



UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

MÉTODO DE CASO JURÍDICO

**“PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS
CINCO HIJOS”**

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO.

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

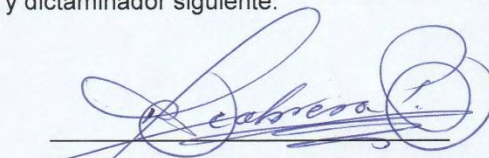
**AUTORES: ALVARADO SANCHEZ DARIO SEGUNDO
MIRANDA OJANAMA LARRY**

SAN JUAN BAUTISTA – LORETO – MAYNAS – PERÚ

2019

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día Miercoles 24 de Julio del 2019 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Presidente



Mag. THAMER LOPEZ MACEDO

Miembro



Abog. MIGUELA VILLA VEGA

Miembro



Mag. CESAR A. MILLONES ANGELES

Asesor

DEDICATORIA

“A mi madre Carmen Rosita por ser la autora de mis días y siempre estar atenta a mis logros y a mi Padre Roger por ser mi guía y ejemplo de vida en todo momento”.

“A mi esposa Olga Lidia, mis hijos Jhordy Larry y Stick Sebastian a la memoria de mis padres, Ernesto y Clotilde, la mamita Olga Mercedes por el soporte que dan a mi vida”.

L.M.O

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme la fortaleza y sabiduría para sobreponerme a los obstáculos de la vida.

Agradezco a mis queridos padres Roger y Carmen Rosa por el apoyo incondicional en todo momento.

Agradezco a mi esposa e hijos queridos por ser el motivo principal de mi sacrificio por obtener una mejor calidad de vida.

Agradezco a mis profesores y autoridades de mi querida Universidad Científica del Perú, a lo largo de mi carrera por permitirme compartir enseñanzas y vivencias que jamás olvidare.



Universidad Científica del Perú - UCP

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 159 del 22 de Julio de 2019, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes Presidente
- Mgr. Thamer Lopez Macedo Miembro
- Abog. Miguel Ángel Villa Vega Miembro

En la ciudad de Iquitos, siendo las 11:00 horas del día **Miercoles 24 de Julio del 2019** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Analisis de Metodo del Caso: **"Padres Desalojan por Ocupantes Precarios a sus Cinco Hijos. Casación N° 4742-2017-Cusco"**

Presentado por los sustentantes:

DARIO SEGUNDO ALVARADO SANCHEZ
LARRY MIRANDA OJANAMA

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**

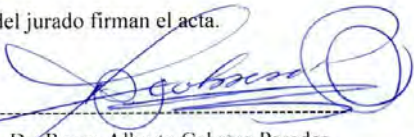
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: *de forma satisfactoria*

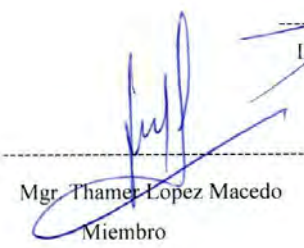
El Jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:


La Sustentación es:

Aprobado por unanimidad

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.


Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente


Mgr. Thamer Lopez Macedo
Miembro


Abog. Miguel Angel Villa Vega
Miembro

CALIFICACION

Aprobado (a) Excelencia
Aprobado (a) Unanimidad
Aprobado (a) Mayoria
Desaprobado (a)

19 - 20
16 - 18
13 - 15
00 - 12

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pg.
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	5
INTRODUCCION	6
CAPÍTULO II:	
MARCO TEORICO	8
2.1. MARCO REFERENCIAL	8
2.1.1. Antecedentes de estudio.....	8
2.1.2. Evolución Normativa.....	12
2.2. Bases Teóricas (definiciones conceptuales).....	14
2.3. Bases Legales.....	43
2.4. Definición de Términos Básicos.....	44
2.3. OBJETIVOS	45
2.7. VARIABLES	45
2.8. SUPUESTOS	45
CAPÍTULO III	
METODOLOGIA	47
2.9. Metodología.....	47
2.10. Muestra.....	47
2.11. PLAN DE ANALISIS RIGOR Y ETICA	48
CAPÍTULO IV:	
RESULTADOS	50
CAPÍTULO V:	
DISCUSION	52
CAPÍTULO VI:	
CONCLUSIONES	55
CAPÍTULO VII:	
RECOMENDACIONES	56
CAPÍTULO VIII:	
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	57
CAPÍTULO IX:	
ANEXOS	58

RESUMEN

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 POR OCUPACIÓN PRECARIA**”, para lo cual se va a proceder ciertamente a hacer un énfasis sobre cada uno de sus conceptos, más aún si el evento se produce dentro del seno familiar; es decir entre padres e hijos; y así poder desarrollar y analizar a fondo el caso en concreto. Dentro de los **Objetivos** podremos identificar las dificultades que se presentan al interior de las relaciones familiares como consecuencia de la convivencia 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. **Material y Método:** Se empleó una ficha de Análisis de documentos, analizando una muestra consistente en un Expediente Judicial Cas. N° 4742-2017, CUSCO, a través del Método Descriptivo Explicativo. El diseño no fue experimental ex post facto. **Resultados:** Se declaró: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los demandantes Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto; en contra de sus cinco hijos, en consecuencia; **CASARON** la sentencia de vista recurrida de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, que revoca la apelada que declara infundada la demanda y, reformándola. Declaró fundada la demanda, **DISPUSIERON** la publicación de la presente Ejecutoria Suprema en el Diario oficial “El Peruano” por demanda de Desalojo por Ocupación Precaria. **Conclusión:** De acuerdo a la Casación N° 4742-2017-CUSCO, en la cual se explica sobre el Derecho de Uso en la cual se sustenta en la sentencia de vista; que puede extenderse a la familia del usuario; resulta que esta Sala Suprema fundamenta su decisión en que no puede reducirse a que el derecho de los demandados con respecto al bien inmueble, materia de Litis, tiene que ser respaldado por el lazo de parentesco con los demandantes; sino que debe centrar la mirada a los derechos fundamentales de los demandantes observando la condición económica de los mismo, para lo cual se debe aplicar normas de orden constitucional en la resolución del conflicto.

PALABRAS CLAVE

Compra venta / Posesión Precaria / Desalojo/ Derecho de uso.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

Mediante Casación N° 4742-2017 CUSCO, la Corte Suprema de la República casó un proceso de desalojo por ocupante precario en el cual los demandantes Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto; solicitan desalojo de bien inmueble propiedad de los mismos; a sus cinco hijos mayores de edad; Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco, y Alberto Calderón Molina; mediante demanda interpuesta en cual indican ser propietarios del bien inmueble ubicado en la Calle Cusco N° 105 – Cercado de Santo Tomas, que en virtud del Testimonio de Compra Venta de fecha dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y uno, ante notario Público que se celebró con el señor Miguel Ángel Vega Aguirre y su esposa, con una extensión de 127.50 m². Asimismo indican que sus cinco hijos en mención actualmente habitan en el inmueble ocupando las ocho habitaciones distribuidos en dos pisos que comprende el referido inmueble, pese a los reiterados pedidos de desalojar dicho inmueble argumentando que necesitan alquilar las habitaciones para costear sus gastos personales ya que debido a su avanzada edad, requieren gastos médicos y alimentarios, lo cual los demandados no pagan renta alguna por ocupar el bien.

Mediante contestación de la demanda; la demandada Maura Calderón Molina señala que no se refiere con precisión el número de la inmueble o desde cuando viene ocupando, asimismo refiere que no se indica cuando le requirieron para desocupar el inmueble, además refiere que viene ocupando una de las habitaciones desde el año de mil novecientos ochenta y siete, como consecuencia de haberle entregado a causa del pago de una deuda contraída por sus padres la suma de 2,500 intis, y la segunda habitación que ocupa es como consecuencia a un contrato de compra venta verbal celebrada con su hermano Gregorio Calderón Molina con conocimiento de los demandantes.

En la sentencia de primera instancia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis declara **FUNDADA** la demanda y dispone que los demandados cumplan con desalojar y entregar el bien inmueble litigado. En la cual argumenta que los demandantes son propietarios del bien inmueble por cuanto los documentos presentados son suficiente para su acreditación.

En la sentencia de segunda instancia de fecha diecinueve de abril de dos mil diecisiete, subida en grado es **REVOCADA** y declarada **INFUNDADA** argumentando que los emplazados son hijos mayores de edad de los recurrentes y en mención al artículo 1029° del Código Civil, que a la letra indica el Derecho de Uso, que autoriza a

su beneficiario a servirse de un bien no consumible y se trata de un derecho carácter personal.

Mediante Recurso de Casación que declara **FUNDADA** la demanda, nos indica que analizando el artículo 1028° del Código Civil, es pertinente mencionar que la extensión del derecho de uso de la habitación no puede colisionar con el derecho a reivindicar de los propietarios, por cuanto, se debe tener como punto eje la consideración de la defensa de la dignidad del ser humano, que ordena proteger entre otros – al anciano, tal como se detalla en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú. Además el criterio de esta Sala Suprema indica que no puede reducirse a que el derecho de los demandados tiene que ser respaldado por el lazo de parentesco con estos, sino que se debe girar la mirada para la resolución del conflicto, aplicando normas de orden constitucional, que a su vez pueda garantizar derechos fundamentales inherentes a las personas; más aún si se encuentran vulnerables en determinada situación.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, que se da respecto a la colisión de derechos de las partes de este proceso; por un lado se manifiesta decisión en merito a un derecho de Propiedad de los demandantes; y por otra parte se manifiesta en merito a derechos inherentes por sentido de parentesco dejando de lado derechos fundamentales de personas vulnerables, indicados en la Constitución Política del Perú. En nuestro país, existen los **antecedentes** de desalojo por ocupación precaria, siendo lo ideal desarrollar los diferentes conceptos sobre el mismo y sobre la posesión en sí, toda vez que durante mucho tiempo los magistrados de las diferentes cortes de nuestro país tuvieron muchas incógnitas y diferencias al momento de resolver.

Asimismo, la **importancia** del tema, consiste en encomendar al Juez que al momento de resolver utilice de manera adecuada las normas Constitucionales especiales, los plenos casatorios y las normas internacionales respecto a los casos en estudio, con el fin de garantizar una decisión acertada para proteger el derecho de posesión de los demandantes, más aun si se trata de personas vulnerables de avanzada edad.

Por estas **razones** que motivan el estudio, se deja establecido que, para aquellas medidas extremas tomadas por el órgano jurisdiccional, se ve necesario optar por un correcto análisis de los hechos y de los medios de prueba propuestos por ambas partes, para así respetar los derechos de ambas partes y conceder la posesión a quien corresponda.

Por lo que, el **Objetivo General** es analizar la **CASACIÓN N° 4742-2017-CUSCO** referente al Desalojo por Ocupación Precaria.

Mientras que los **Objetivos Específicos** es analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano a la vez de tomar en cuenta los derechos fundamentales de las persona.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 MARCO REFERENCIAL.

2.1.1 Antecedentes de Estudio

I.- La importancia de las jurisprudencias, sentencias Casatorias y evolución normativa-Doctrina jurisprudencial vinculante.

1. **CASACIÓN N° 2156-2014-AREQUIPA**, del quince de julio del dos mil quince; publicada en la separata de Casaciones del diario oficial El Peruano del martes dos de mayo de dos mil diecisiete. Veamos el caso: una persona interpuso demanda de desalojo por ocupación precaria con la finalidad de que la demandada entregue la parte del inmueble de su propiedad que ocupa. Indicó que la demandada, aprovechando un conflicto familiar, de manera inconsulta e ilegítima pasó a ocupar un ambiente de aproximadamente veinte metros cuadrados (20 m²) dentro de lo que ahora es de propiedad de la demandante, instalando ilegalmente un puesto de venta de comida rápida.

El juez de la causa expidió sentencia declarando fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó que la demandada, conforme al artículo 587 del Código Procesal Civil, cumpla con desocupar y entregar a la accionante la posesión del inmueble en el plazo de seis días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Sustentó su decisión en que la demandante aparece en la partida registral como propietaria y que el contrato de arrendamiento presentado por la demandada (y celebrado con un tercero, incorporado al proceso como denunciado civil) no resultaba oponible a la demandante, debido a que dicho contrato se trata de un derecho personal y, ante un conflicto de oposición de derechos, se debe preferir a quien hubiera inscrito primero su derecho. En consecuencia, el juez afirmó que la demandada carecía de título que autorice su posesión, por lo que tenía la condición de poseedora precaria. La Sala Superior confirmó dicha decisión.

Al resolver en forma definitiva la causa, la Corte Suprema concluyó que el denunciado civil no logró acreditar tener algún derecho sobre el inmueble que lo faculte a arrendar o ceder el bien, por lo que el contrato

de arrendamiento presentado por la demandada no podía ser oponible a la accionante. Por ello, la Corte Suprema ratificó que la demandada tenía la condición de precaria al haber adquirido la posesión en mérito a un contrato de arrendamiento otorgado por quien no tiene la calidad de propietario del inmueble.

Además, la Suprema aprovechó esta decisión para establecer que, conforme al artículo 911 del Código Civil, 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 –señaló la Corte–, para que prospere la acción de desalojo por dicha causal se requiere la concurrencia inexorable de los presupuestos referidos en el inicio de esta nota. Por tales consideraciones, se declaró infundado el recurso de casación presentado por la demandada y se decidió no casar la sentencia de vista.¹

- 2. CASACIÓN 1532-2016**, Loreto; veintidós de noviembre de dos mil dieciséis. Procede desalojo pese a haber adquirido inmueble por Prescripción o haber realizado construcciones sobre el bien Piénsese en el propietario de una casa que vive en ella: el derecho que le otorga legitimidad a su posesión es la «propiedad», pero esta podría haber derivado de la compraventa celebrada con el anterior dueño (título negocial) o de un proceso de prescripción adquisitiva (título legal). En el caso del título negocial existe (en la mayoría de los casos) un acuerdo entre las partes interesadas, en virtud del cual quien tiene el derecho a poseer transfiere o cede este derecho a favor de su contraparte. Es lo que en la doctrina se conoce como «adquisición derivada»: alguien adquiere un derecho (comprador) gracias a que otro se lo transfiere (vendedor). De esto surgen varias preguntas: ¿es el desalojo la vía idónea para analizar, determinar y concluir sobre la validez (sea o no evidente) del título con el cual se defiende el demandado? ¿En el desalojo se podrá determinar si el título es eficaz o ineficaz? ¿En el desalojo se podrá determinar si quien otorgó el derecho tenía facultades para ello? ¿En el desalojo, entonces, también se

¹ Información recolectada de la página web. <https://laley.pe/art/4023/conozca-los-4-requisitos-para-ganar-una-demanda-de-desalojo-por-ocupante-precario>

deberá analizar si el demandado está protegido por la fe pública registral (por ejemplo, cuando el demandante sostenga que el título del demandado fue otorgado por alguien que no tenía ninguna legitimidad sobre el bien)? Hoy, las respuestas a estas preguntas son un enigma. De lo único que hoy podemos tener certeza es de lo siguiente:

La Corte sigue contradiciendo sus propios plenos casatorios; El desalojo ya no es sólo contra el precario, sino contra cualquier poseedor ilegítimo; El proceso de desalojo cada vez va ganando más terreno, en detrimento del proceso de reivindicación que es en donde formalmente deberían discutirse, de manera amplia, todas las cuestiones vinculadas con la legitimidad del título del poseedor/demandado; y; Cada vez el concepto de precario se hace más ininteligible, y esto no es un problema de su definición tal como está en el 911° del Código Civil, sino de su inadecuada interpretación.

Otro ejemplo de título legal sería el del poseedor que permanece en el bien ejerciendo un derecho de retención, pues su crédito no se encuentra debidamente garantizado. Piénsese en el poseedor que realizó mejoras en el bien y que, dado que las que no le quieren ser reembolsadas por el propietario, se niega (justificadamente) a devolver el bien.

El título negocial no siempre será un contrato: pensemos en el poseedor que pasa a ocupar un inmueble que le fue dejado en legado. En este caso el título negocial será un testamento.

Naturalmente, en el caso de un título legal su sola existencia sí resulta suficiente para “teñir” de legitimidad a la posesión.

Estas consecuencias se ven graficadas en 4 rubros:

- Apropiación de frutos;
- Responsabilidad por pérdida del bien;
- Plazo para adquirir por prescripción adquisitiva; y
- Posibilidad de concretar una adquisición a non domino.

3. CASACIÓN 3417-2015, veintiuno de abril de dos mil dieciséis. Del Santa: Desalojo: No se requiere título posesorio de fecha Cierta, para oponerse a la demanda. Pensemos ahora en una compraventa otorgada por una persona absolutamente capaz, pero en cuyo contrato se incluye una condición suspensiva. Si el comprador, creyendo tener el

derecho, toma posesión del bien, será un poseedor ilegítimo, pues aun cuando su título negocial sea válido, el mismo carece de eficacia: en tanto no se cumpla la condición el comprador no adquiere ninguna facultad de uso sobre el bien.

Entonces, poseer con título negocial no siempre es sinónimo de poseer con derecho. Por ello, estaremos ante un poseedor ilegítimo en 3 casos:

- ✓ poseedor sin título (piénsese en el usurpador o invasor);
- ✓ poseedor con título negocial inválido (una compraventa nula);
- ✓ poseedor con un título negocial válido pero ineficaz (compraventa sometida a condición suspensiva o compraventa otorgada por quien no es el dueño).

La búsqueda realizada sobre el tema en cuestión, dio como resultado el siguiente.

4. CASACIÓN 2529-2015, LIMA NORTE, veintiocho de enero de dos mil diecisiete: Procede acción reivindicatoria de terreno aunque no se conozca quién es propietario de lo construido (aplicación analógica IV Pleno Casatorio Civil).

Entonces, el error del poseedor consiste en creer que el título en base al cual ejerce su posesión, es válido y eficaz. Si no se tiene título no hay nada sobre lo cual pueda recaer el «error», por lo que la buena fe queda absolutamente descartada. En conclusión, siempre que la ilegitimidad derive de la ausencia de título, la posesión, además de ilegítima, será de mala fe.

Por ello, cuando el 911º del Código Civil define al precario como aquel sin título, no se está refiriendo a cualquier poseedor ilegítimo, sino específicamente a aquel poseedor cuya ilegitimidad deriva de la ausencia de título. Es decir, el 911º regula a un poseedor ilegítimo de mala fe contra el cual procede el desalojo: tanto el usurpador que ingresa a un inmueble sin el permiso de nadie (ausencia de título) como aquella persona que en algún momento tuvo una razón que lo autorizaba a estar en el bien (por ejemplo, un contrato de arrendamiento, usufructo, comodato, uso, habitación, etc.) pero dicha razón ya desapareció (vencimiento del plazo), carecen de una razón

que justifique su posesión y ambos son conscientes de ello (y por ende actúan de mala fe).²

2.1.1. Evolución Normativa

II. Historial de precarium

En el Derecho Romano el contrato de precario era concebido como aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su propio arbitrio.

En la fase romana post-clásica el precarium deviene en un contrato innominado afinado entre los derechos reales, que acabe con la muerte del otorgante pero mantiene su característica básica de ser una nítida posición posesoria esencialmente revocable, revocabilidad que viene determinada por el juego de la cláusula de posición viciosa en el interdicto posesorio.³

El patrón romano solía conservar para si el título de propiedad del inmueble concedido, pero otorgaba al cliente el uso temporal de ella, junto con todos los beneficios de él derivados, por todo el tiempo que se mantuviese la relación con frecuencia de por vida.

Si en el pasado la institución jurídica dio lugar a controversia y a eclosión social, hoy en día su misma definición crea resistencia, dudas y jurisprudencia contradictoria. Sus expresiones sociales son aún menos pacíficas, tanto a lo largo de sociedades desarrolladas como en las subdesarrolladas. Entre ellas se abre paso el postulado del principio del destino universal de los bienes.⁴

En la ocupación precaria en el Perú será latente la propia red de espacio rebeldes con vocación pública, paralelas a las prácticas informales de las ocupaciones pidgin de Roma. No solo se trata de precarios en la clásica acepción o en la que da el artículo 911° del Código Civil. La metodología de ocupación ya permite elaborar mapas de liberación de espacios abandonados de la ciudad en particular de bienes abandonados debido a la especulación inmobiliaria, aquellos adquiridos por las mafias, o el patrimonio hereditario o públicos vacantes o en tela de juicio.⁵

² Información recolectada de la página web: <https://legis.pe/del-desalojo-precario-al-desalojo-poseedor-ilegitimo/>

³ *Jurisprudencia vinculante civil y procesal tomo I Plenos Casatorios* .- Hector Lama More. Pag. 405

⁴ *Jurisprudencia vinculante civil y procesal tomo I Plenos Casatorios* .- Hector Lama More. Pag. 406

⁵ Artículo 911° Código Civil Peruano.- *La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que tenía a fenecido.*

III. Legislación Comparada

1. DERECHO ESPAÑOL

El Código Civil de España distingue dos tipos de posesión:

- *Posesión natural*: la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona.
- *Posesión civil*: la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, unidos a la intención de hacer la cosa o el derecho como suyos. Es la única considerada como título suficiente para adquirir la propiedad u otro derecho real por usucapión. Este a su vez se divide en:
 - Posesión en concepto de dueño: la que ejerce el dueño de la cosa o aquel que tiene motivos suficientes para creerse dueño.
 - Posesión en concepto distinto de dueño: la que ejerce un no dueño. Se divide en:
 - Posesión en nombre propio: se posee la cosa para un uso propio sin ser el dueño.
 - Posesión en nombre ajeno: es el llamado servidor de la posesión. Es aquel que tiene la posesión de la cosa para un uso ajeno.

2. DERECHO CHILENO

Según el artículo 700 del Código Civil de Chile, la posesión es «la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o 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.

Por otro lado, señala el inciso segundo de este mismo artículo que "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo".

3. DERECHO ARGENTINO

Según el artículo 2351 del Código Civil de Argentina habrá posesión cuando alguna persona por sí o por otro tenga la cosa bajo su poder con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

Por otro lado, el artículo 2352 señala: «El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho.»

En estos dos artículos se señala como se ejerce la posesión y la diferencia que tiene con la tenencia.

4. DERECHO MEXICANO

Según el artículo 791 del Código Civil Federal de México, «cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada.»

Señala también el artículo 793 que «cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor.»⁶

IV. La Posesión en el Derecho Civil Peruano en Código Civil de 1936

Según manifiesta RAMIREZ CRUZ, en el código del 36 tuvo influencia del código alemán, argentino y brasileño legislo primero a la posesión y luego a la propiedad en su artículo 842 establecía es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos, constituye un vuelco total con relación a su predecesor. En la más pura tradición objetiva de JHERING prescinde hacer referencia al elemento subjetivo (animus). En la doctrina se suele sintetizar algunas relaciones: la posesión si es protegida es porque crea una presunción de propiedad lo que diferencia a la posesión de la propiedad. La propiedad se basa en un título legalista revestida de la sanción de la ley mientras que la posesión no.

El poseedor no tiene facultad de disposición, en cambio el propietario si la tiene porque la propiedad es la utilización de los valores de uso y de 45, cambio de los bienes, la posesión solo es del valor de uso y disfrute de los bienes pero no faculta a disponerlos. (Ramírez Cruz 2004).⁷

V. DESALOJO POR PRECARIO A LA LUZ DEL IV PLENO CASATORIO CIVIL

⁶ <https://es.wikipedia.org/wiki/Posesi%C3%B3n>

⁷ http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1836/1/RE_DERECHO_VENCIMIENTO.CONTRATO.ARRENDAMIENTO.FIGURA.OCUPANTE.PRECARIO_TESIS.pdf

Si bien en los casos mencionados estamos ante poseedores ilegítimos, la ley no trata por igual a todos ellos. No es lo mismo un usurpador que, con conocimiento de causa, invade una propiedad ajena, que aquel que compra un bien de quien –sin serlo–, aparenta ser el propietario (compraventa ineficaz).

El distinto estado subjetivo con que actúa cada poseedor ilegítimo ha llevado a la ley a Distinguir, entre el poseedor (ilegítimo) de buena y mala fe, asignando a cada uno diversas consecuencias. El poseedor de buena fe es aquel que cree equivocadamente en su legitimidad. El ilegítimo de mala fe, en cambio, es consciente que no tiene un derecho que respalde su posesión.

Sin embargo, para ser calificado como un poseedor de buena fe no basta con decir «yo creí que tenía derecho a estar en el bien». Esta creencia debe respaldarse en algo: piénsese en el usurpador que invade una propiedad y que pretende sustentar su buena fe diciendo que él creía tener derecho a estar en el bien. Esa creencia no se sustenta en nada y por ende no es atendible. La creencia que se invoca (es decir, el error en el que se dice haber incurrido) debe recaer en algo, y ese algo es precisamente el título.

Una persona tendrá la condición de precario cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante por haberse extinguido el mismo,

Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones en el predio materia de desalojo, sea de mala o de buena fe, no se justifica que se declare la improcedencia de la demanda bajo el sustento de que previamente tenga que ser discutido los derechos en otro proceso. Por el contrario lo único que se debe verificarse es si el demandante tiene el-derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.⁸

2.2. BASES TEORICAS

2.2.1. CONTRATO

Antecedentes Históricos del Contrato

- **Sistema contractual romano**

⁸ LAMA MORE, Héctor.- JURISPRUDENCIA VINCULANTE CIVIL Y PROCESAL – TOMO1 PLENOS CASATORIOS- Lima – Perú- pag.367- 368

En el Derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (conventio). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar. La consensualidad era el prototipo dominante.

La convención se divide en pacto (pactum) y contrato (contractus), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere únicamente a relaciones que sólo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su cumplimiento.

El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles y estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica.

Los contratos se dividen en verdaderos y en cuasicontratos. Eran verdaderos los que se basaban en consentimiento expreso de las partes y eran cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto. A su vez los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados. Eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho (ej. compraventa) e innominados los que, aún teniendo causa no tenían nombre. Los contratos innominados eran cuatro: "Doy para que des", "Doy para que hagas", "Hago para que des" y "Hago para que hagas". Lo característico de los contratos innominados es que en ellos no intervenía el dinero contado.

En el Derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban solo a una de las partes (por ejemplo, el mutuo) y los bilaterales obligaban a ambas partes (como en el caso de la compraventa).⁹

- **Derecho canónico**

Del precedente análisis surge que si bien en el Derecho romano se llegó a través de una larga evolución a concebir una noción del contrato próxima a la nuestra, ella no llegó a ser la actual, pues el simple acuerdo no podía hacer nacer obligaciones provistas de acción; sólo generaba obligaciones naturales. Justamente un ejemplo de éstas era el simple pacto. Luego sólo eran obligaciones civiles las que cumplían la formalidad exigida, o las

⁹ Información recolectada de la página web; <https://es.wikipedia.org/wiki/Contrato>

figuras nominadas e innominadas a las cuales expresamente se les daba acción.

Al producirse las invasiones bárbaras, se vuelve a un formalismo arcaico, por el cual para la existencia del contrato se exigía cumplir con determinados ritos.

Con el transcurrir de los siglos, surge una categoría de contratos por juramento que, los desarrolla el Derecho canónico, en virtud del cual las partes contratantes comprometían su fe, jurando sobre los libros Sagrados y sobre Reliquias. El que no cumplía con su promesa violaba la fe, incurría en mentira. De ese modo los canonistas llegaron a admitir el carácter obligatorio de los pactos desnudos. Más adelante se sostiene que la simple convención es obligatoria como si hubiese existido una estipulación. Este nuevo principio creó resistencia entre los romanistas, pues alteraba el concepto que formuló el Derecho romano, de que el solo consentimiento formaba el contrato sólo en los casos de contratos nominados.

Pero la fórmula *solus consensus obligat* fue imponiéndose y ya en el siglo XVI se la admitía sin discusiones en la práctica; consagrándola al siglo siguiente los juristas Loysel y Domat, y en el XVIII, Pothier.

Era la consagración del *pacta sunt servanda*, al cual contribuyeron la escuela del Derecho natural y la filosofía imperante en el siglo XVIII.

- **Derecho moderno**

El principio de que el solo consentimiento obliga es consagrado en el Código francés (arts. 1108 y 1134). Se rechaza la distinción entre contratos y simples pactos. Pues el mero consentimiento origina el contrato, con la sola excepción de los contratos reales y en determinadas circunstancias de los solemnes.

Las mismas bases configuran nuestro Código Civil con su claro art. 1197. En la legislación comparada rigen reglas similares.

No obstante ello, razones de prueba vinculadas al aspecto práctico limitan el principio del consensualismo. La protección de la seguridad jurídica, también concurre al renacimiento del formalismo.

Pero además, el Derecho contemporáneo se encuentra con nuevas maneras de producirse el consentimiento, que demuestran que el principio de la autonomía de la voluntad, se encuentra alterado sino restringido (véase infra n° 18).

Conceptos de Juristas sobre CONTRATO

- Para **JIMMY RONQUILLO PASCUAL**, es el acuerdo de dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Y ello ciertamente obedece a que el contrato es, al igual que el testamento y la promesa unilateral, una especie de la categoría general de negocio jurídico, entendiendo a este un acto vinculante por medio del cual se establecen las reglas jurídicas cuya actuación permitirá la satisfacción de los intereses de las partes, sea creando, transfiriendo, regulando, modificando o extinguendo efectos jurídicos, esto es, como un acto de autonomía privada.

Elementos:

- a) El acuerdo.- El acuerdo implica un acto de decisión adoptado por dos o más interesados en la satisfacción de las necesidades que experimentan y que, precisamente, alcanzaran a satisfacer por medio de las reglas automáticamente impuestas.
- b) Las partes.- Las partes son los titulares de los intereses regulados en el contrato, los que serán alcanzados por los efectos directos del contrato, esto es, los que quedarán vinculados por la relación contractual, sea que intervengan por si mismos o mediante representante en la celebración del contrato.
- c) La creación.- el contrato crea efectos jurídicos patrimoniales como, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compra venta que genera, entre otras, la obligación de entregar el bien(a cargo del vendedor) y la obligación de pagar el precio (a cargo del comprador).
- d) Transferencia.- un contrato puede transferir, esto es, trasladar una esfera jurídica a otra, situaciones jurídicas subjetivas “pre existentes”.
- e) Regulación.- precisa los alcances de alguna relación jurídica preexistente sin que esto importe un cambio o alteración de la misma.

f) **Modificación.**- modificar es alterar o cambiar el contrato de una relación jurídica preexistente sin extinguirlo.

g) **Extinción.**- Los contratos se extinguen por las siguientes causas. Al atravesar por las distintas vicisitudes el contrato puede dejar de tener efectos propios. Esto puede darse por la ineficacia que puede ser estructural (vicio en sujeto, objeto o causa). Esto da lugar a la nulidad donde se extingue el contrato y a la anulabilidad donde se debe iniciar una investigación para declarar su nulidad o confirmación. O puede ser ineficacia funcional que deviene con el tiempo de ejecución donde existe un problema en la producción de efectos del contrato.

h) **El efecto jurídico patrimonial.**- Relación jurídica patrimonial permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias sino a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial.

✓ **GONZÁLES BARRÓN, Günther.** (2009), en su investigación titulada “Derechos Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:

Un **CONTRATO** es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones.

El **CONTRATO** es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

2.2.2. COMPRA VENTA

Conceptos de juristas

- El contrato de **COMPRA VENTA** es aquel contrato bilateral en el que una de las partes (vendedora) se obliga a la entrega de una cosa determinada y la otra (compradora) a pagar por ella un cierto precio, en dinero o signo que lo represente.¹⁰

¹⁰ Información recolectada de la página web; campusvirtual.grupoguard.com

- ✓ **GONZÁLES BARRÓN, Günther. (2009)**, en su investigación titulada “Derechos Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:
Una **COMPRA VENTA** es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente. Es un contrato consensual, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo, y sirve para transmitir el dominio.

- ✓ Para **CRISTHIAN NORTHCOTE SANDOVAL** el contrato de compraventa es, si no el más importante, uno de los más importantes en las operaciones que se realizan tanto a nivel personal como a nivel empresarial.
Debido a la importancia que tiene este contrato, consideramos necesario realizar un análisis de su concepto, naturaleza, características y de las principales disposiciones que lo regulan en nuestro país. El artículo 1529º del Código Civil define al contrato de compraventa de la siguiente manera: “Artículo 1529º.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero”. Tenemos entonces que el contrato de compraventa contiene dos obligaciones principales. Por el lado del vendedor, la obligación consiste en la transferencia de propiedad del bien establecido en el contrato y por el lado del comprador la obligación consiste en el pago del precio pactado.

Los elementos característicos del contrato de compraventa:

- **Transferencia de propiedad**

El derecho de propiedad le confiere a su titular una serie de derechos sobre el bien, tales como el uso, el disfrute y la facultad de disposición. Cuando se celebra la compraventa, el vendedor le transfiere la propiedad del bien al comprador, de tal manera que el vendedor pierde todos los atributos que tenía sobre el bien y éstos pasan al comprador. Ahora bien, para que ocurra la transferencia de propiedad, el Código Civil regula ciertas condiciones que deben cumplirse. Para el caso de bienes muebles, la transferencia de propiedad se realiza en el momento en que éstos son entregados al comprador.

1. En el caso de bienes inmuebles, la transferencia de propiedad se realiza en virtud al acuerdo entre el vendedor y el comprador, sin que se requiera mayor formalidad.

2. Acorde con estos mecanismos, el contrato de compraventa no requiere de mayor formalidad para celebrarse.

- **El precio**

Como hemos señalado anteriormente, el precio es la contraprestación que debe pagar el comprador por el derecho de propiedad que adquiere. Debemos tener en cuenta que el precio a ser establecido en el contrato de compraventa debe consistir en una suma de dinero.

- **Determinación del bien a ser vendido**

De acuerdo al artículo 1532º del Código Civil, pueden ser objeto del contrato de compraventa los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya venta no esté prohibida por la ley. Siguiendo la disposición del Código Civil, pueden ser vendidos los bienes existentes o los futuros, es decir, aquellos que aún no existen. Asimismo, los bienes deben estar determinados en el contrato o deben ser susceptibles de determinación. Cuando el Código hace referencia a bienes determinados alude a los bienes que han sido plenamente identificados en el contrato, de acuerdo a la naturaleza del bien.

Por ejemplo, si se tratara de un inmueble, este deberá identificarse por los datos de su partida registral, si estuviera inscrito, y si no, por la dirección en la que se ubica, por sus medidas y por las demás características que lo hagan inconfundible con otro bien.

Sin embargo, tratándose de bienes que son fungibles, es decir, susceptibles de ser intercambiados por otros de su misma especie, calidad y valor, como es el caso de los productos como el arroz, el azúcar, la leche, etc., se considerará que han sido determinados en el contrato cuando se señale la especie, cantidad y calidad que se desea vender.

- **Formalidad del contrato de compraventa**

El contrato de compraventa no requiere de formalidad alguna para su celebración, por lo que puede venderse un bien incluso en forma verbal. Ciertamente, en el caso de bienes que se encuentran inscritos en un Registro Público, como es el caso de los inmuebles o los vehículos, es recomendable que el contrato se celebre con las formalidades necesarias para la inscripción de la transferencia en el Registro Público. En el caso de bienes inmuebles, dicha formalidad será la escritura pública; en tanto que en el caso de los vehículos, la formalidad es el acta de transferencia otorgada ante notario público.

- **Principales obligaciones del vendedor**

Indiscutiblemente, la principal obligación que asume el vendedor, en virtud al contrato de compraventa, es la de transferir la propiedad del bien. Sin embargo, existen otras obligaciones que se derivan del contrato y que son también de suma importancia para que el comprador pueda adquirir la propiedad y disfrutar de todos sus atributos.

2.2.3. INCUMPLIMIENTO

Conceptos de juristas

La omisión o el incumplimiento de un deber, cumplir una promesa, cumplir una obligación, o llevar a cabo un acuerdo.

El incumplimiento de contrato es una causa de acción legal en donde un acuerdo vinculante o un intercambio negociado no es respetado por una o más de las partes del contrato por mal desempeño o interferencia con el desempeño de las otras partes.

Podemos definir el contrato como un pacto entre dos partes. Mediante este acuerdo, las partes firmantes establecen un compromiso entre ellas, que no es otro que el de cumplir ciertos aspectos contenidos en ese contrato que les vincula. De este modo, se genera una serie de obligaciones entre las partes. Estas obligaciones, por desgracia, no son siempre objeto de cumplimiento.

Incumplir un contrato es, tal y como indica el propio término, incurrir en la falta de cumplimiento de una o diversas cláusulas de un acuerdo entre dos partes. Cuando hacemos referencia a este término lo más habitual es que se te pase por la cabeza que una empresa ha incumplido parte del contrato que firmó con su trabajador. Pero este hecho puede darse en muchos casos: el acuerdo puede ser verbal o por escrito, de tipo privado, mercantil, laboral, etc. En

muchas ocasiones, este incumplimiento puede derivar en un juicio. El primer paso para la celebración del juicio oral será la demanda de una de las partes.¹¹

✓ **GONZÁLES BARRÓN, Günther. (2009)**, en su investigación titulada “Derechos

Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:

- **EL INCUMPLIMIENTO** contractual.- es el contrato por la no realización (o la realización incompleta o incorrecta) de alguna de las cláusulas que se contemplan en dicho contrato.

Precisamente, es el mismo contrato el que determina su incumplimiento, por ser el que recoge los términos que deben llevarse a cabo por cada parte.

Por otro lado, nos parece interesante hablar de un concepto básico: la imputación del incumplimiento. ¿En qué consiste? Tal vez te resulte un término un tanto resbaladizo, pero es esencial para la resolución de la demanda. Para que el incumplimiento sea imputable a la persona que lo ha realizado, esta tiene que haber incurrido en alguna conducta o situación que haga visible su responsabilidad ante tal incumplimiento.

Ahora bien, ¿cómo podemos demostrar esto? Existe una serie de criterios que hacen posible la imputación del incumplimiento en sentido material de una o varias cláusulas del contrato:

Dolo: es el incumplimiento premeditado, sin más. No tiene por qué darse intención de causar daño o actuar de mala fe.

Culpa o negligencia: sucede cuando la parte incumplidora, sin intención de realizar incumplimiento, ha transgredido su comportamiento más allá de las conductas que se presuponen en el contrato.

Responsabilidad objetiva: este término indica que el incumplimiento es imputable aunque no exista culpa, siempre y cuando exista conexión de relevancia entre el incumplimiento y la parte.¹²

¹¹ Información recolectada de la página web: campusvirtual.grupogear.com

¹² <https://www.certicalia.com/incumplimiento-de-contrato/que-es-el-incumplimiento-de-contrato>

2.2.4. POSESIÓN

Conceptos de juristas

- ✓ Para GONZALES BARRÓN, el término jurídico “Posesión” se utiliza desde el Derecho Romano, “La palabra possidere (poseer) proviene de la voz sedere (sentarse), lo que alude claramente el significado que tenía esta voz: el poseedor era quien se sentaba sobre la cosa, se instalaba en ella, la ocupaba físicamente”, por lo tanto el poseedor no necesitaba tener el mero título para hacer ejercicio de su derecho en ese entonces; siendo preciso recordar que ya “existía un antiguo concepto de usus, como denominación de la cosa que asegura su goce, y que posibilita la usucapación, conforme se indica ya en las XII Tablas”.(GONZALES BARRÓN, 2016).

De acuerdo al IV Pleno Casatorio, la posesión tiene dos teorías clásicas, cuyos exponentes fueron Savigny e Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (animus domini, animus rem sibi habendi). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión. Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Artículo 896° del Código Civil, taxativamente dice:

“La Posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”; como es de pleno conocimiento, y está proscrita en el artículo 293° Nuestro Código Civil, los poderes inherentes a la propiedad son cuatro: el uso, el disfrute, la disposición y la reivindicación, pero, si bien es cierto, durante el ejercicio de la posesión para un tercero se aplica la reivindicación por ser únicamente un poder inherente al propietario para reclamar su derecho posesorio que perdió por algún motivo. Siendo ello así, también es menester explicar que al expresar

“ejercicio de hecho”, se refiere a que el titular de la posesión es aquel que se encuentra haciendo uso, goce y disfrute del bien, es aquel que lo tiene bajo su poder, aunque por derecho le podría corresponder la posesión a otra persona, en este caso sería el propietario, por ello cabe resaltar que no es lo mismo “el derecho de la posesión” y “el derecho a la posesión”. La doctrina ha establecido como **elementos constitutivos de la posesión**, los planteamientos de la teoría subjetiva y objetiva, como son:

“*Animus possidendi*”. El “animus” es el elemento volitivo, psíquico o de conciencia de ejercer el derecho “como propio” (como si fuese propietario “animus domini”). Esta es la tendencia de SAVIGNY, en su doctrina subjetiva de la posesión, en la cual afirma que, para que exista posesión ésta tiene que ser ejercitada con la voluntad e intención del propietario.

El “*corpus*”, es la relación directa entre el sujeto y el bien. Ihering señala que cuando el ejercicio de la posesión es por el titular del derecho de la propiedad, o por otros como derivación de éste, basta el elemento “corpus”, porque contiene el animus del poseedor. Ésta doctrina inspira a nuestro Código Civil, en materia posesoria. El Código Civil Peruano de 1984, clasifica la posesión en el Título I, Capítulo Tercero, Sección Tercera, del Libro V; así, se tiene las posesiones mediata e inmediata regulada en el artículo 905, de buena fe regulada en el artículo 906, de mala fe regulada en los artículos 909 y 910, precaria en el artículo 911, continua e interrumpida en el artículo 953, ad usucapiónem para los inmuebles y muebles regulado en el artículo 950 y ad interdicta en el artículo 921.

- ✓ **VÁSQUEZ RÍOS, Alberto.** (2011), en su investigación titulada “Derechos Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:

La **POSESIÓN** es el poder de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre una cosa, con el fin de utilizarla económicamente; dicho poder se protege jurídicamente, con prescindencia de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho.

✓ **GONZÁLES BARRÓN, Günther.** (2009), en su investigación titulada “Derechos Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:

Se habla de la **POSESIÓN** como “contenido de ciertos derechos” o como “requisito para la adquisición de derechos reales”.

✓ **QUESNAY CASUSOL, Johan M.** , en su investigación titulada “El Cuarto Pleno Casatorio Civil y la Indiferencia hacia el Derecho de Contratos”, llegó a las siguientes conclusiones:

La **POSESIÓN** es aquel estado factico resultante de la confluencia de elementos facticos (corpus) y volitivos (animus), ejercido por un sujeto de derecho (a excepción del concebido) sobre bienes susceptibles de ser objeto de aquel estadio material; precisando que el animus está referido a la voluntad e intencionalidad de mantener un vínculo con el bien, lo cual se demuestra a través del mismo estado fáctico de relación con el bien, no requiriendo para su configuración que posea a título de propietario (animus domini).

Clasificación

El Código Civil Peruano de 1984, clasifica la posesión en el Título I, Capítulo Tercero, Sección Tercera, del Libro V; así, se tiene las posesiones mediata e inmediata regulada en el artículo 905, de buena fe regulada en el artículo 906, de mala fe regulada en los artículos 909° y 910°, precaria en el artículo 911, continua e interrumpida en el artículo 953°, ad usucapionem para los inmuebles y muebles regulado en el artículo 950° y ad interdicta en el artículo 921°

1. POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA

Para GONZALES BARRÓN, la finalidad principal de esta clasificación es conferir tutela posesoria a las dos partes de la relación, esto es, al poseedor “mediato” y al “inmediato”. En el Derecho romano, muchos de los poseedores inmediatos eran simples “tenedores” o “poseedores naturales” (por faltarles *animus domini*, según Savigny; o porque la ley degradaba la relación a una simple tenencia por razones utilitarias, según Ithering; o porque no tenían la intención de poseer para sí con exclusión de los demás, esto es, les faltaba *animus possidendi*, según una actual doctrina),

desprovistos de la protección posesoria. Sin embargo, también en el Derecho Romano se admitieron hipótesis de mediadores que tenían la condición de poseedores, como el precarista, el secuestratario, el acreedor prendario, el enfiteuta; y a los que Savigny denominó “poseedores derivados”.(GONZALES BARRÓN, 2016).

Mientras que para VASQUEZ RIOS, en esta clase de posesión, se encuentra implicada una relación jurídica entre el poseedor inmediato y el poseedor mediato. El primero posee actual y temporalmente y ejerce su poder de hecho sobre el bien mediante un acto derivado del segundo, determina el derecho limitado que tendría el primero sobre la cosa a conservarla y disfrutarla. Como bien dice Zea, “Al poseedor que ejerce su poder de hecho por intermedio de otro, la Doctrina la denomina poseedor mediato y al que tiene actualmente la cosa, poseedor inmediato”. Así, por ejemplo, el arrendatario, el usufructuario, el comodatario, el depositario, el acreedor prendario; divergentemente serán poseedores mediatos: el arrendador, el usufructante, el comodante, el depositante, el deudor prendario, etc. Luego, la posesión inmediata es aquella que se ejerce actual y temporalmente, mediante un acto derivativo que le atribuye al poseedor inmediato una determinada condición jurídica. Estamos de acuerdo con Valencia Zea cuando afirma que, entre la posesión mediata e inmediata, existen relaciones de dos órdenes que serían las siguientes:(VASQUEZ RIOS, 2011)

- Es poseedor mediato quien tiene, a su favor, una acción o pretensión de entrega; y correlativamente, es poseedor inmediato quien está obligado a devolver la cosa al poseedor mediato. Tan solo es necesario que exista la obligación, por parte del poseedor inmediato, de restituir la cosa a otro, sin importar la clase o fuente de la obligación. Así, el usufructuario estará obligado a restituir la cosa al propietario, el acreedor prendario al deudor, el arrendatario al arrendador.

- La posesión mediata es de grado superior a la del poseedor inmediato, por este motivo, la Doctrina suele denominar al poseedor mediato con los nombres de poseedor superior o poseedor originario, y al poseedor inmediato como subposeedor o poseedor subordinario derivado.

2. POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

Para GONZALES BARRÓN, la posesión legítima no merece mayores comentarios, por ser aquella fundada en un derecho (o en un “título” como dice ambiguamente el Código, pues en realidad no basta el título, ya que éste, además, debe ser válido, eficaz y otorgado por el titular del derecho). Este tipo de posesión no viene a ser más que el ejercicio fáctico de un derecho subjetivo preexistente; y por tanto, los alcances y limitaciones de la posesión legítima son exactamente los mismos que los del derecho subyacente al estado posesorio.(GONZALES BARRÓN, 2009).

Siendo así, para VASQUEZ RIOS la posesión es ilegítima cuando existe correspondencia neta (unívoca o sea, no equívoca) entre el poder ejercitado y el derecho alegado; será ilegítima cuando se rompe dicha correspondencia, el poder de hecho se ejerce independientemente, protegida por la ley con abstracción del título. Lafaille dice que la posesión es legítima cuando el ejercicio de un derecho real sea de acuerdo a las disposiciones del Código Civil; y será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o fuere adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla. Jorge Eugenio Castañeda afirma que la posesión legítima emana de un título, deriva de un derecho real, de un negocio jurídico que deberá ser válido. Es posesión legítima en tanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño. La adquisición se ha hecho en virtud de un título formalmente válido, pero que es anulable en virtud del principio *nemo plus iuris*. (VASQUEZ RIOS, 2011).

3. POSESIÓN DE BUENA FE Y MALA FE

GONZALES BARRÓN establece que, en el derecho romano, el momento decisivo para valorar la buena fe era el instante en que se iniciaba la posesión, y cualquier acto posterior en que el poseedor descubriese la ilegitimidad de su estado era totalmente irrelevante.(GONZALES BARRÓN, 2009). El artículo 906° de nuestro Código Civil dice: “La posesión legítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su

legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”¹³

VASQUEZ RÍOS, establece que la buena fe, en la posesión, aparece así definida de dos maneras:(VASQUEZ RIOS, 2011).

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

- Cuando se trata de la usucapión, se define como un estado de creencia de que la cosa ha sido adquirida de quien, por ser dueño de ella, podía transmitir el dominio, con la consecuencia de que el adquirente queda reducido a la condición de poseedor.

Dos son los elementos de la posesión de buena fe:

1. La ignorancia y el error

En cuanto al error, este puede ser de hecho o de derecho. El primero, se realiza cuando el adquirente le da un valor de verdad a una realidad que no es tal; el segundo, se realiza cuando el adquirente le da un valor de verdad jurídica a la apariencia del derecho que se revela como tal. La ignorancia por lo general es desconocimiento.

2. La persuasión de legitimidad

Este elemento de la posesión se revela en la consciencia del poseedor adquirente como la creencia errónea en el derecho transmitido, sobre el cual, tiene una convicción de legitimidad. Así, dicha persuasión la podemos apreciar desde dos hipótesis: la buena fe para poseer y la buena fe para usucapir. Se tiene buena fe para poseer como propietario, cuando se ignora la existencia de un vicio que invalida su título, incluso podría no existir el título realmente, existiendo únicamente la creencia del poseedor adquirente. En este supuesto, se denominará título putativo.

¹³ Código Civil artículo 906°, “Posesión Ilegítima de Buena Fe”, Jurista Editores 2015, pág.229

- ✓ VASQUEZ RÍOS, establece que, la posesión de Mala fe se determina por la intervención o no de la buena fe, ciertamente por oposición al concepto de posesión de buena fe.

Así la posesión de mala fe existe cuando el poseedor es consciente de que su posesión es ilegítima, como también cuando el poseedor, no conociendo que su posesión es ilegítima, pero procediera con negligencia culpable, estaría actuando de mala fe. La posesión de mala fe es aquella en que falta la convicción fundada en la ignorancia de los vicios de la adquisición.(VASQUEZ RIOS, 2011).

- ✓ GONZALES BARRÓN establece que, la posesión de mala fe está definida por contraposición a la buena fe establecida en el artículo 906° del Código Civil. Es decir, será poseedor de mala fe el que conozca (o debiera conocer con una diligencia media) la ilegitimidad de su título, o el que simplemente no tenga título.

En la doctrina se hace una sub-clasificación de la posesión ilegítima: **posesión de mala fe y posesión viciosa**. Ésta última se produce en los bienes muebles cuando ha existido hurto, robo o abuso de confianza; en el caso de los inmuebles cuando ha existido despojo violento. El código de 1984 no reconoce esta sub clasificación, ni se le atribuye tampoco ninguna diferencia en cuanto a las consecuencias jurídicas. Por ende, en nuestro caso se trata de una distinción meramente académica, sin eficacia práctica. (GONZALES BARRÓN, 2009).

- ✓ VASQUEZ RÍOS, nos dice, que como también ocurre con la posesión de buena fe, el efecto inmediato de la posesión de mala fe es la restitución de la cosa poseída, pero aparte sobrevienen los siguientes:(VASQUEZ RIOS, 2011)

a) En relación a los frutos, el poseedor de mala fe está obligado a reembolsar aquellos que hubiere percibido y en casos de que ellos no existan, debe pagar su valor estimado al tiempo en que los percibió o debió percibir. Así lo prescribe el artículo 910° del código Civil que consagra una de las obligaciones del poseedor de mala fe.

b) El artículo 909° del código Civil señala “ el poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se hubiera producido en caso de haber estado en poder de su titular”, de él, podemos inferir lo siguiente: “La responsabilidad del poseedor de mala fe por la pérdida o detrimento del bien, originado no solo porque ha existido dolo o culpa; sino también en el caso fortuito ocurrido durante el ejercicio de su posesión.

c) El poseedor de mala fe requerirá de una posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, para poder adquirir la propiedad del inmueble mediante la prescripción adquisitiva. En ese sentido, para los casos de prescripción de un inmueble, se aplicara la norma jurídica prevista en la primera parte del artículo 950° del código; y si fueran muebles se requerirá de cuatro años.

El poseedor de mala fe puede hacer uso de los interdictos para defender su posesión, además de las acciones posesorias conforme lo contempla el artículo 921° del Código; asimismo, tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que pueden separarse sin daño (art. 17° del Código Civil). Colateralmente tendría el derecho a retener el bien reivindicado, mientras no se le reembolse dichas mejoras (art. 918° del Código).

4. POSESIÓN PRECARIA

- ✓ **VÁSQUEZ RÍOS, Alberto.** (2011), en su investigación titulada “Derechos Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:

El **POSEEDOR PRECARIO** es el tenedor de una cosa, es el típico detentador de un bien que posee en nombre de otro. Son dos las hipótesis que se infieren de la Jurisprudencia en su afán de ampliar el concepto de precario:

a) La ocupación precaria o uso precario que se hace en virtud de alguna concesión o de algún convenio o contrato o en contravención de la legislación especial del inquilinato o del contrato de locación; lo cual implica la existencia de algún nexo causal de la ocupación, pero no requiere título

alguno para esa ocupación, además que no debe haber pago de merced en forma algún.

b) La ocupación precaria o posesión precaria en virtud de la cual se posee sin título y sin pagar pensión.

✓ **GONZÁLES BARRÓN, Günther.** (2009), en su investigación titulada “Derechos Reales”, llegó a las siguientes conclusiones:

La **POSESION PRECARIA** es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que tenía ha fenecido. En tal situación, el “precario” es el poseedor sin título o con título fenecido que está obligado a la restitución del bien cuando lo requiera su concedente.

Precario es aquel poseedor que recibió temporalmente la cosa a fin de restituirla (art. 905 del código civil), mediante una relación social, de hecho (licencia, asentamiento, gracia, amistad, benevolencia, etc), o cuyo título obligacional es nulo; pues en ambos casos existe entrega voluntaria del concedente, o por lo menos aquiescencia, con el consiguiente deber de restitución a cargo del precario en cuanto el otorgante revoque su voluntad. No obstante, si la nulidad se produce por falta de manifestación de la voluntad, entonces no habrá precario, pues falta el acto de voluntad, por lo que no hay posesión mediata e inmediata, sino mero acto de despojo del poseedor actual, que puede ser corregido a través del interdicto. De esta manera, la noción sustantiva de precario queda aclarada, y en caso de renuencia a la restitución del bien, el concedente tiene el instrumento procesal que tutela su interés, específicamente el proceso de desalojo.

También explica que el concepto de posesión precaria se ha expandido tanto que abarca múltiples hipótesis, tales como los poseedores autónomos en concepto de dueño, los compradores a quienes se les resolvió el contrato por efecto de una simple carta, los poseedores de los que ya consumaron a su favor el plazo de la usucapión, entre otros. En la inmensa mayoría de los casos se trata de ocupantes que disfrutaban el bien en condición de vivienda, por lo que corresponde analizar la hipótesis a la luz del derecho humano a la vivienda adecuada y del debido proceso.

- ✓ **ESPINOZA ARIAS, Víctor Alfonso.** , en su investigación titulada “Desalojo por precario a la luz del IV Pleno Casatorio”, llegó a las siguientes conclusiones:

Una persona tiene la condición de **POSEEDOR PRECARIO** cuando ocupa un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genera ningún efecto de protección para quien lo ostenta, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se hace referencia al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.¹⁴

- ✓ **QUESNAY CASUSOL, Johan M.** , en su investigación titulada “El Cuarto Pleno Casatorio Civil y la Indiferencia hacia el Derecho de Contratos”, llegó a las siguientes conclusiones:

La doctrina nacional mayoritaria, lejos de cuestionar la regulación normativa del **PRECARIO**, la acepta y la desarrolla subsumiendo dentro de los supuestos fijados por la disposición normativa diversos sucesos.¹⁵

- ✓ **ABANTO TORRES, Jaime David.** , en su investigación titulada “Análisis del Precedente Vinculante establecido por el Cuarto Pleno Casatorio Civil”, llegó a las siguientes conclusiones:

Una persona tendrá la condición de **PRECARIO** cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.¹⁶

2.2.6. DESALOJO

Concepto de juristas

- ✓ **GONZÁLES BARRÓN, Günther. (2009),** en su investigación titulada “**Derechos Reales**”, llegó a las siguientes conclusiones:

¹⁴ Información recolectada de la página web: <http://legis.pe/desalojo-precario-la-luz-del-iv-pleno-casatorio-civil/>

¹⁵ Información recolectada de la página web <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper10.pdf>

¹⁶ *Gaceta Civil & Procesal Civil* N° 3, Setiembre 2013

La pretensión de **DESALOJO** es aquella que tiene por objeto recuperar el uso y goce de inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso sin pretensiones a la posesión.

- ✓ Para **LEDESMA NARVÁEZ**, el desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario.(LEDESMA NARVÁEZ, 2009).

El desalojo es un procedimiento judicial para que los ocupantes de un inmueble urbano o rústico (inquilinos, locatarios, arrendatarios, aparceros, precaristas) lo desocupen y lo restituyan a quien tiene derecho a él. Estos juicios se tramitan por procedimiento sumarísimo¹⁷

El desalojo tiene por objeto recuperar o reintegrar en el uso y goce (tenencia) de un inmueble a quien reclama su libre disposición frente a quien no tiene ningún título pero se encuentra ocupando sin derecho a permanecer en él y sin pretensiones a la posesión¹⁸

El artículo 585° de nuestro Código Procesal Civil dice: “La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este subcapítulo. Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza. Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85° de este código”¹⁹

El desalojo procede para obtener la restitución de los siguientes bienes.

1. Los predios (art 585° CPC) Denominación de origen romano, algo en desuso fuera de los juristas, para referirse a cualquier finca o propiedad inmueble.

2. Los bienes muebles que no sean predios (art 596° CPC)

¹⁷ Información recolectada de la página web <http://pintoarce.blogspot.pe/2011/05/proceso-de-desalojo.html>

¹⁸ <http://pintoarce.blogspot.pe/2011/05/proceso-de-desalojo.html>

¹⁹ Código Procesal Civil artículo 585°, “Procedimiento de Desalojo”, Jurista Editores 2015, pág. 624.

SUJETO

Sujeto Activo y Sujeto Pasivo

El artículo 586° de nuestro Código Procesal Civil dice: “Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598°, considere tener derecho a la restitución de un predio. Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución”²⁰

- ✓ Para **LEDESMA NARVÁEZ**, la norma hace referencia a los sujetos legitimados para demandar y ser demandados en el desalojo. A pesar de que la norma haga referencia solo a las partes, consideramos que los terceros también pueden incorporarse al proceso. Estos también están legitimados para actuar, por tener interés directo o indirecto en el resultado del proceso. (LEDESMA NARVÁEZ, 2009).

- ✓ Para **GONZALES BARRÓN**, el demandante del desalojo, según la jurisprudencia que interpreta el código procesal civil, puede ser el propietario, con o sin posesión, el arrendador, el administrador y cualquier otro que tenga derecho a la restitución del predio, como es el caso del constituyente del usufructo, superficie o uso y habitación, así como el concedente de la posesión por obra de gracia, liberalidad o aquiescencia. Por otro lado, el demandado natural en el desalojo, es el arrendatario o cualquier poseedor temporal a quien le es exigible la restitución (...) Sin embargo, por la vía del “precario” se ha logrado una ampliación descomunal de hipótesis incluidas en el desalojo, por lo que, hoy, este proceso resuelve conflictos de propiedad, usucapión, nulidad de acto jurídico, accesión, resolución de contrato, doble venta, entre otros. (GONZALES BARRÓN, 2016).

Los **sujetos activos** en el proceso de desalojo son:

1. El propietario. Persona física o jurídica que tiene derecho de dominio sobre una cosa, especialmente sobre bienes inmuebles. Frente al inquilino, el dueño de la cosa alquilada.

²⁰ Código Procesal Civil artículo 586°, “Sujetos Activos y Pasivos en el Desalojo”, Jurista Editores 2015, pág.625

2. El arrendador o Locador En el contrato de locación se llama así quien concede el uso o goce de una cosa, ejecuta la obra o presta el servicio. Denominase también arrendador.

3. El administrador Persona física o jurídica que administra sus propios bienes o los ajenos.

En Derecho Público es administrador, por medio de sus organismos, el Estado en general y específicamente el Poder Ejecutivo en sus diversos aspectos.

4. Todo aquel que considere tener derecho a la restitución, salvo que el actual poseedor haya interpuesto interdicto (art 586° - primera parte CPC).

Los sujetos pasivos en el proceso de desalojo son:

1. El arrendatario. En el contrato de locación se llama así el que paga el precio por el uso o goce de una cosa, por la recepción de un servicio o la ejecución de una obra. Se denomina también arrendatario o inquilino.

2. El subarrendatario. El que arrienda para sí lo que otro tenía a su vez arrendado.

3. El precario. (Dícese de aquello que se tiene por un título que autoriza al propietario revocar en cualquier momento el uso o tenencia).

4. Cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución (art 586° segunda parte – CPC).

Competencia en el proceso de desalojo

Para GONZALES BARRÓN, el juez de paz letrado es competente en los casos en que la renta mensual del contrato de arrendamiento no supere las cincuenta unidades de referencia procesal. La utilización de la renta implica que la pretensión procesal se sustenta en el contrato de arrendamiento, por tanto, el desalojo se funda en las causales de falta de pago, conclusión de contrato o vencimiento de plazo. Por el contrario, el juez especializado civil es competente cuando la renta supera las cincuenta unidades de referencia procesal, o se trata de “precario”. (GONZALES BARRÓN, 2016).

1. COMPETENCIA TERRITORIAL

Es competente el juez del domicilio del demandado y el juez de lugar donde se encuentre el bien; a elección del demandante (art 24° CPC Inc. 1).

2. COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUANTIA

a) Cuando la renta mensual es mayor a 50 unidades de referencia procesal o no exista cuantía son competentes los jueces civiles. Uno de los casos donde no hay cuantía es en la ocupación precaria.

b) Cuando la renta mensual sea hasta cincuenta unidades de referencia procesal, son competentes los jueces de paz letrado (art 547° CPC).

INTERVENCION DE TERCEROS

El artículo 587° de nuestro Código Procesal Civil dice: “Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a la relación establecida entre el demandante y la persona a quien éste le cedió la posesión, el demandante debe denunciarlo en su demanda. El denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso. Si al momento de la notificación del admisorio se advierte la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que va a producirle la sentencia. El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del demandado desde la audiencia única. Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de título posesorio, el Juez aplicará lo dispuesto por el Artículo 107”²¹

- ✓ Para GONZALES BARRÓN, el proceso de desalojo puede usarse fraudulentamente cuando el demandante pretende utilizarlo para conseguir una posesión que nunca tuvo como ocurriría por ejemplo, en el caso de la simulación de un contrato de arrendamiento, del que luego se pide, ante el juez respectivo, la falsa restitución del bien.(GONZALES BARRÓN, 2016).

- ✓ Para LEDESMA NARVÁEZ, la norma regula la posibilidad de que el actor denuncie la existencia de subarrendamiento u ocupantes ajenos a la persona a quien este le cedió la posesión, en su demanda. La denuncia no solo corresponde al actor, sino también puede operar por los propios emplazados,

²¹ Código Procesal Civil artículo 587°, “Tercero con título o sin él”, *Jurista Editores 2015*, pág. 625.

en atención al artículo 102° del Código Procesal Civil.(LEDESMA NARVÁEZ, 2009).

Según el artículo 589° de nuestro Código Procesal Civil, “además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta. Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquirendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido”²²

EJECUTORIA DE SENTENCIA

- ✓ Para GONZALES BARRÓN, luego de quedar firme la sentencia, el juez de ejecución dictará el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena que se cumpla lo ejecutoriado, y luego de seis días, a pedido de parte, se ordenará el lanzamiento.

Según el artículo 592° de nuestro Código Procesal Civil, “El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso”²³

- ✓ Para LEDESMA NARVÁEZ, el artículo en mención condiciona el lanzamiento de los ocupantes del predio, a un criterio material y temporal, como es que hayan transcurrido seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena que se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso.(LEDESMA NARVÁEZ, 2009).

Según el artículo 593° de nuestro Código Procesal Civil, “Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien 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”²⁴

²² Código Procesal Civil artículo 589°, “Notificación”, Jurista Editores 2015, pág. 626.

²³ Código Procesal Civil artículo 592°, “Requerimiento”, Jurista Editores 2015, pág. 626.

²⁴ Código Procesal Civil artículo 593°, “Lanzamiento”, Jurista Editores 2015, pág. 626.

- ✓ Para GONZALES BARRÓN, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación, lo que se justifica en tanto los hipotéticos terceros han tenido diversos momentos para apersonarse al proceso, sea porque se notificó en el predio materia de la pretensión, sea porque el notificador debe instruir a los ocupantes, sea porque el demandante debe denunciar a los terceros, sea porque el demandado debe llamar a los poseedores. El lanzamiento se entiende efectuado solo cuando se hace entrega del bien en su integridad al demandante y totalmente desocupado. Si dentro de dos meses siguientes, al lanzamiento se acredita que el demandado ha vuelto a ingresar al predio, el actor podrá solicitar un nuevo lanzamiento.(GONZALES BARRÓN, 2016).

- ✓ Para LEDESMA NARVÁEZ, la ejecución de la sentencia de desalojo contra los ocupantes del inmueble solo se halla supeditada a la circunstancia de haber sido regularmente notificados del traslado de la demanda, no se requiere que ellos se hayan presentado al proceso. La sentencia se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual con intervención del personal auxiliar del juzgado y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del demandado y demás ocupantes.(LEDESMA NARVÁEZ, 2009).

Normas referentes al proceso de desalojo: LEY 30201 Y EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1177

Para GONZALES BARRÓN, la Ley N° 30201 establece diversas disposiciones sobre los deudores morosos, entre ellas la creación de un registro administrativo que sirve como una especie de central de riesgos para los acreedores y entidades financieras. Modifica el artículo 594° del Código Procesal Civil para establecer un nuevo proceso de desalojo, bastante simplificado. Las diferencias entre el proceso de desalojo del Código Procesal Civil (norma general) y la Ley N° 30201 (norma especial), son: (GONZALES BARRÓN, 2016)

- La norma especial es aplicable solo en los contratos de arrendamiento de inmuebles que contengan la “cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario”, con firmas certificadas ante notario o juez de paz.

- El desalojo, en la norma especial, procede en los casos de conclusión de contrato (art. 1699, 1703, 1705 y 1708 CC), Así como en los de resolución por falta de pago de la renta (art. 1697).

- El juez competente en la norma especial es el del lugar del inmueble, mientras en la norma general no existe restricción, pues también le corresponde al juez del lugar de domicilio del demandado (art. 14 CPC). Por otro lado, a falta de previsión de la norma especial, se entiende que el juez competente es el de paz letrado o civil, según la cuantía de la renta mensual, cuyo tope para pasar del rango inferior al superior es de 50 URP.

- En la norma especial, el actor debe interponer la demanda de desalojo “por allanamiento a futuro del arrendatario”, y luego de la admisión, el juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación de la renta. Por el contrario, la norma general prevé la contestación en el plazo de cinco días.

- La norma especial no prevé audiencia única, por tanto, luego de la contestación el juez emite directamente la sentencia, pero ante la laguna legal, se entenderá aplicable el plazo de la norma general, por tanto, la sentencia se dictara luego de diez días contados desde la contestación.

- La norma especial señala que la sentencia ordena el lanzamiento en el lazo de quince días hábiles.

- La norma especial no establece trámite alguno de apelación, no obstante, por virtud del principio constitucional de doble instancia, deberá entenderse que la apelación es posible, pero sin efecto suspensivo, pues el art. 594° CPC., modificado, señala en forma terminante: “El juez ordena el lanzamiento en quince días”. Por tanto, la apelación no impide el lanzamiento.

- La norma especial se limita a regular el desalojo, por lo que deberá entenderse que no es posible la acumulación procesal con la pretensión de cobro de renta.

- La deuda del arrendatario judicialmente reconocida (se supone en la sentencia de desalojo por falta de pago de la renta, en la cual se establezca un monto de la

deuda), origina la inscripción del arrendatario en el registro administrativo de deudores judiciales morosos.

✓ Para GONZALES BARRÓN, el Decreto Legislativo N° 1177 “establece un régimen especial y facultativo para la promoción, facilitación y seguridad jurídica del arrendamiento de inmuebles destinados para vivienda, así como promover la inversión en la construcción de inmuebles destinados al arrendamiento para vivienda, en el marco de la política del Estado de reducción del déficit cualitativo y cuantitativo de viviendas en el país. (GONZALES BARRÓN, 2016).

El arrendador podrá demandar la restitución del inmueble contra el arrendatario o contra quien lo posea a través del nuevo Proceso Único de Ejecución de Desalojo creado por el Decreto Legislativo N° 1177. Este nuevo desalojo “expres” procede por terminación del contrato por:²⁵

a) Conclusión del contrato por vencimiento del plazo contractual, sustentada en el formulario respectivo.

b) Resolución contractual de mutuo acuerdo, sustentada en acta con firmas legalizadas.

c) Incumplimiento de pago de la renta convenida o cuota periódica pactada por dos meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono.

d) Incumplimiento de pago de los conceptos complementarios (servicio de mantenimiento, agua, seguro por riesgo de pérdida y otros) por seis meses consecutivos, dentro del plazo contractual, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el estado de cuenta de la cuenta de abono o la liquidación del saldo deudor emitida por la empresa respectiva.

e) Uso del inmueble a fin distinto al de vivienda, sustentada en la resolución del contrato comunicada mediante carta notarial adjuntando el documento de constatación policial respectivo. Esta maravilla de desalojo supera con creces al “allanamiento anticipado” del que se ocupa la Ley 30201. Sin embargo, solo es

²⁵<http://laley.pe/not/2626/9-datos-que-debes-conocer-sobre-el-nuevo-proceso-de-ejecucion-dedesalojoexpres/>

posible en arrendamientos de vivienda y siempre que los contratos se hayan celebrado al amparo del Decreto Legislativo 1177, utilizando los formularios y procedimientos previstos en esta norma²⁶

Para la procedencia del desalojo por ocupación precaria debe probarse dos condiciones copulativas: que la parte demandante sea el titular del bien cuya desocupación pretende, y que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que se tenía ha fenecido. El "título" a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que se detenta; siendo que la posesión precaria es aquella que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión²⁷

Actualmente, tras la entrada en vigencia de este DL, el arrendador cuenta con tres (3) procedimientos para tratar de obtener la recuperación del bien. A saber: el proceso de desalojo a que se refiere el artículo 585 y siguientes (con excepción del artículo 594) del CPC; el proceso de desalojo a que especialmente se refiere el artículo 594 del CPC; y, el nuevo proceso "único de ejecución" de desalojo. El nuevo proceso (ni único, ni de ejecución) de desalojo tiene por objeto ser una herramienta que busque acelerar la recuperación de viviendas alquiladas. Es probable que su eficacia práctica redunde con mayor efectividad en los arrendamientos tradicionales. Por su puesto que resultará atractivo para quien busca mayor rapidez para recuperar su bien. En "contrapartida" el arrendador deberá someterse a las formalidades del DL N.º 1177 (suscribir el formulario e inscribirlo en el RAV, abrir una cuenta de abono en el sistema financiero para percibir la renta, pagar el impuesto correspondiente a SUNAT, etc.)²⁸

La Casación N.º 2156-2014-Arequipa, establece que, para que prospere la acción de desalojo por la causal de ocupación precaria se requiere la concurrencia de cuatro presupuestos esenciales. Los dos primeros son que el actor acredite su derecho a la restitución del bien, al tener condición de propietario o encontrarse dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 586 del Código Procesal Civil que otorgan derecho a la restitución del predio; y que no exista vínculo contractual alguno entre demandante y demandado. El tercer presupuesto

²⁶ <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/08/nuevo-desalojo-ahora-pues.html>

²⁷ Información recolectada de la página web: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cijuris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistemizada/as_jurisprudencia_uniforme/as_civil/as_PosesionPrecaria/

²⁸ <http://ius360.com/privado/civil/un-nuevo-proceso-de-desalojo-unico-y-de-ejecucion/>

es que existe ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien inmueble por la parte demandada. Y, finalmente, que, ante la existencia de título que justifique la posesión del emplazado, esta resulte ineficaz, es decir, que la posesión sea ilegítima, que no se ajusta 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 aquel que teniendo derecho a la posesión, se encontraba impedido de transmitirlo²⁹.

Por ello, llegamos a la conclusión de que el proceso de Desalojo es aquel proceso por el cual, la persona que se cree con el derecho de posesión del inmueble, puede exigir la restitución del bien, para tal efecto, deberá justificar su pretensión con los medios probatorios pertinentes, y para tal fin se ha podido apreciar que el IV Pleno Casatorio ha establecido ciertos supuestos para garantizar, valga la redundancia, la restitución del bien.

2.3. BASE LEGAL

CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL.- Se encuentra establecido como doctrina jurisprudencial vinculante en los casos descritos en este pleno casatorio, que el Juez no podrá expedir una sentencia inhibitoria sino que deberá pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida en el sentido que corresponda, acorde a los hechos y valoración de las pruebas aportadas.

ARTICULO 911° CODIGO CIVIL.- Exige que se prueben dos condiciones copulativas: primero.- que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende; y segundo que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido.

ARTICULO 1028° CODIGO CIVIL.- Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta. Con respecto a este

²⁹ <http://laley.pe/not/4023/conozca-los-4-requisitos-para-ganar-una-demanda-de-desalojo-por-ocupanteprecario/>

artículo nos refiere al derecho de los descendientes del titular de un bien inmueble en la cual direcciona su contenido a aquellos que por derecho les corresponde el uso y habitación de dicho inmueble en la medida que no colisione con otros derechos fundamentales que tenga mayor importancia dentro de un proceso

CORTE IDH –OC-9/87 “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.- Artículo 1° La Defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.- Artículo 4°, La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la mujer y al **anciano en situación de abandono**, también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

2.4. DEFINICION DE TERMINOS BASICOS

1. OCUPANTE PRECARIO

Refiere de la persona que tiene la condición de precaria cuando u 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.³⁰

2. INMUEBLE

Se refiere al motivo de la Litis (casa, habitación, extensión de terreno), por la cual debe existir un propietario que pueda ejercer el derecho de posesión sobre la misma y que puede ser materia de desalojo en sus distintos casos.

3. DESALOJO

Se refiere a la acción que por derecho le corresponde al propietario de ejercer su derecho a posesión sobre el inmueble materia de Litis, ante la presencia de posesionario de forma ilegal.

4. ESTADO DE NECESIDAD

Estamos ante situación en que la persona se encuentra en estado de vulnerabilidad de acuerdo con lo que especifica nuestra constitución Política del

³⁰ CASACION N°2195-2011 Ucayali- Cuarto Pleno Casatorio: Desalojo en el contexto de ocupación precaria- Sumilla.

Perú, en su artículo 4° donde indica las personas a la que el Estado protege es decir a los niños a la mujer y en este caso a las personas ancianas justamente por su avanzada edad, que se encuentran en estado de necesidad.

5. DERECHO DE USO Y HABITACION

Derecho fundamental especificado en nuestra Constitución Política que nos indica que el derecho de uso de la propiedad se podrá extender a los hijos tal como se puede analizar en la sentencia de segunda instancia del caso en estudio.

6. DERECHO A LA PROPIEDAD

Nos indica que el derecho a la propiedad es aquella que se ejerce con respecto a inmuebles adquiridos de acuerdo a Ley, esto es derecho a la propiedad que tiene congruencia con la posesión del inmueble, materia de discusión en los casos de desalojos.

2.5 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.5.1 PROBLEMA GENERAL:

- La CASACIÓN N° 4742-2017-CUSCO, referente al caso “Padres Desalojan por Ocupantes Precarios a sus cinco hijo, protege adecuadamente a la vez garantiza los derechos fundamentales de personas propietarias de inmueble en las cuales se encuentran colisionados con otros derechos fundamentales, teniendo en cuenta que se trata de personas en estado de vulnerabilidad y de avanzada edad, en casos similares a futuro?

2.5.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS.

- Procede los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano.
- Es indispensable analizar las normas Constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de personas vulnerables en los procesos de desalojo por precario?.

2.6. OBJETIVOS

2.6.1. GENERAL

- Analizar la CASACION N° 4742-2017-CUSCO.- referente al caso “Padres desalojan por ocupantes precarios a sus cinco hijos”

2.6.2. ESPECIFICOS

- Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el Derecho Civil peruano.
- Analizar las Normas Constitucionales que garantizan los Derechos Fundamentales de personas vulnerables

2.7. VARIABLES.

2.7.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

Proceso de Desalojo por la causal de Ocupante Precario.

2.7.2 VARIABLE DEPENDIENTE

Situaciones en el cual las personas se encuentran en la condición de Ocupante

Precario, siendo los demandados hijos de los demandantes.

2.8. SUPUESTOS

2.8.1. GENERAL

La Casación 4742-2017-CUSCO, sobre “Padres desalojan por ocupantes precarios a sus cinco hijos” protege adecuadamente los derechos fundamentales de las personas en estado de necesidad (personas ancianos en estado de abandono) al libre goce de usufructo de su bien inmueble con el propósito de costear los gastos de subsistencia.

2.8.2. ESPECIFICOS

Procede el desalojo de descendientes de bien inmueble cuando el propietario requiere usar los usufructos para solventar sus gastos primarios, y su vez se encuentra en estado de necesidad por su avanzada de edad.

- El demandante de desalojo debe sustentar su pretensión y demostrar mediante documentos o pruebas ciertas, cuál es su derecho de posesión sobre el bien.

- Las reglas establecidas como precedente judicial vinculante en el IV Pleno Casatorio Civil respecto a los supuestos de posesión precaria.

CAPÍTULO III

2.9. METODOLOGÍA

- **MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.**

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación **DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA** de tipo Socio Jurídico.

2.9.1. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por el fallo de los magistrados que integran LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA – PERU, recaída en la Casación N° 4742- 2017-CUSCO – **PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS.**

2.9.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

- **ANÁLISIS DOCUMENTAL**, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 4742-2017-CUSCO. Asimismo analizar los aspectos normativos que dio lugar a la decisión de los magistrados de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.
- **FICHAJE DE MATERIALES ESCRITO**, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para una determinada conceptualización

2.9.3. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

- Se realizó el análisis de la Casación N° 4742-2017-Cusco, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico (Derecho Civil - Derecho Procesal Civil).

- Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
- La recolección estuvo a cargo del autor del método de caso.
- El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código Civil (1984), Código Procesal Civil (1984) y la Casación N°4742- 2017-Cusco.

2.10. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la Casación N° 4742-2017-Cusco.

2.11. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV
RESULTADOS

Respecto al análisis de la casación estudiado, esto es, la Casación N° 4742-2017-CUSCO, se tiene que: Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto a fojas trescientos cincuenta y uno; en consecuencia; **CASARON** la recurrida de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, de fojas doscientos ochenta y seis, que revoca la apelada que declara infundada la demanda y, reformándola declaró fundada la demanda, ordenando la restitución del bien; **y actuando en sede de instancia; CONFIRMARON** la apelada que declara **fundada** la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria.

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está referido al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por “restitución” del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del

Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

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

Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.

5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:

5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber feneció el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelva el contrato sino que, por imperio de la ley, se asuma la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

5.3. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierta la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia – sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico -, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adoloce de nulidad manifiesta.

5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.

5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo – sea de buena o mala fe - , no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que

invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer, si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá existir una sentencia inhibitoria, sino que deberá pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

PRIMERO.- En esta investigación realizada se planteó como objetivo analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano, siendo ello así Para GONZALES BARRÓN, el precario es aquel poseedor que recibió temporalmente la cosa a fin de restituirla (art. 905 del código civil), mediante una relación social, de hecho (licencia, asentamiento, gracia, amistad, benevolencia, etc), o cuyo título obligacional es nulo; explica que el concepto de posesión precaria se ha expandido tanto que abarca múltiples hipótesis, tales como los poseedores autónomos en concepto de dueño, los compradores a quienes se les resolvió el contrato por efecto de una simple carta, los poseedores de los que ya consumaron a su favor el plazo de la usucapión, entre otros.

En la inmensa mayoría de los casos se trata de ocupantes que disfrutan el bien en condición de vivienda, por lo que corresponde analizar la hipótesis a la luz del derecho humano a la vivienda adecuada y del debido proceso; así, para VASQUEZ RÍOS no es ocupante precario sino autentico poseedor, aquel que sin título posee el inmueble como dueño, por el que no paga pensión y que, cumplido el termino para prescribir, se convertirá en propietario, y por consiguiente, tampoco puede ser un poseedor precario porque posee para sí; salvo que ahora se entienda, en el Derecho Civil peruano, que el poseedor precario que norma el artículo 911° es el auténtico poseedor; por otro lado, si el ocupante precario es el que usa el bien sin tener título ni derecho alguno y de una manera graciosa, pero que no representa una nueva clase de posesión, sino más bien significa una calificación procesal a efectos de permitir la procedencia de la acción de desahucio que está dada para recuperar el uso, por lo que, en dicha acción sumaria, no procede debatir el derecho de propiedad que está reservado a la acción reivindicadora, entonces para qué se perpetuó la norma del artículo 911° .

SEGUNDO.- En esta investigación también se planteó como objetivo explicar el proceso de Desalojo, que, para LEDESMA NARVÁEZ, el desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario. Mientras que para PINTO ARCE, el desalojo es un procedimiento judicial para que los ocupantes de un inmueble urbano o rústico (inquilinos, locatarios, arrendatarios, aparceros, precaristas) lo desocupen y lo restituyan a quien tiene derecho a él. Estos juicios se tramitan por

procedimiento sumarísimo. Según el Diario GESTIÓN, para la procedencia del desalojo por ocupación precaria debe probarse dos condiciones copulativas: que la parte demandante sea el titular del bien cuya desocupación pretende, y que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que se tenía ha fenecido. El "título" a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que se detenta; siendo que la posesión precaria es aquella que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión.

TERCERO.-Es evidente ver la preocupación por los magistrados supremos sobre el desalojo y la protección de la posesión, por ello las tres normas sobre el proceso de desalojo, para lo cual, si bien es cierto, conlleva a generar ciertas confusiones, las cuales pueden ser absueltas mediante un correcto análisis de los hechos y los supuestos previstos en el IV Pleno Casatorio.

CUARTO.- Respecto de la expedición de la casación N° 4742-2017-Cusco, sobre Padres desalojan por ocupantes precarios a sus cinco hijos, sin duda alcanzó un gran interés en lo que concierne a derecho de ambas partes, ya que por una parte se pudo identificar que los demandantes son propietarios del inmueble en Litis, a su vez que los demandados también gozan de derechos de uso sobre el bien como advierte el artículo 1026° del Código Civil, así como también el artículo 1028° y 1029° del mismo cuerpo normativo además que no obstante el carácter personal del derecho de uso, la Ley permite una excepción por cuanto dicho derecho puede extenderse a la familia del usuario.

Siendo así que la demandada Maura Calderón Molina hija de los demandantes argumenta que viene ocupando una de las habitaciones del inmueble desde el año de mil novecientos ochenta y siete por habersele entregado a causa del pago de una deuda contraída por sus padres ascendente a la suma de 2,500 intis y en relación a la segunda habitación que viene ocupando desde el año de mil novecientos noventa y uno, como consecuencia de una compra venta privada con su hermano Gregorio Cevallos Molina, con conocimiento de los demandantes. Es ahí en donde empieza dicho conflicto materia de controversia.

Éste caso es un proceso de "desalojo por ocupación precaria", sin embargo toda la problemática se basó en encontrar normativa que sustente la garantía de derechos fundamentales ya que los demandantes son personas de avanzada edad y requieren el inmueble por cuanto hay ocho habitaciones que alquilándolos podrían solventar sus

gastos económicos, ya sea alimentación, medicinas que requieren para su cuidado, ya que no reciben ayuda alguna de ninguno de sus hijos. .

En la sentencia de primera instancia el juzgado llega a la conclusión de que los demandantes son los propietarios del bien inmueble ubicado en la calle Cuzco N°105; y que contrato de compra venta que hace alusión la demandada Maura Cevallos Molina no es suficiente por cuanto se trata de un contrato privado, y que dicho documento no tendría ningún valor probatorio, no existiendo así ningún tracto sucesorio a la vez que debió estar plasmado por escrito y no de manera verbal como señala la demanda.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES

- 1.** Ante las dificultades para resolver, de los magistrados de las diferentes cortes del Perú, las diferentes controversias sobre ocupante precario, los magistrados de la Corte Suprema se vieron en la obligación de enumerar ciertos supuestos en los que es aplicable el correcto análisis de dicho concepto, siendo ello así no es considerado como numerus clausus aunque lo parezca.

- 2.** Hoy en día el proceso de desalojo es resuelto en un plazo más breve, dado a las diferentes actualizaciones que ha tenido la norma que lo regula, siendo ello para garantizar el derecho a la posesión.

- 3.** Dentro del proceso de desalojo, se evalúa los medios de pruebas de ambas partes, para así determinar a cuál de ellas le pertenece el derecho a la posesión del bien.

- 4.** En el Perú son tres las normas que regulan el desalojo: el artículo 585° del Código Procesal Civil, la Ley N° 30201 y el Decreto Legislativo N° 1177.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

Recomiendo que se realicen seminarios para capacitar a los funcionarios y/o servidores públicos, en temas relacionados con los procesos de Desalojo por ocupación precaria, en donde se haga especial énfasis en las siete reglas que impone el IV Pleno Casatorio, lo cual no es óbice para que ellos por su propia iniciativa, y denotando una actitud proactiva, puedan hacerlo a su propio costo, lo que en cierta medida debería reconocérsele de alguna manera.

Sugiero a los señores magistrados de nuestras cortes a nivel nacional, la correcta aplicación del precedente vinculante impuesto por el IV Pleno Casatorio, y de esa manera evitar las resoluciones inhibitorias que genera cierta debilidad al demandante al exigir su derecho a la posesión.

Además de atender normas constitucionales con el propósito de garantizar derechos fundamentales de las personas-

CAPÍTULO VII
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. **RONQUILLO PASCUAL**, Jimmy J. “La Resolución de los Contratos”. 1era Edición. Gaceta Juridica S.A., Año 2018.
2. **GONZÁLES BARRÓN**, Günther. “Derechos Reales”. 2da Edición. Ediciones LEGALES (EDILGESA S.R.L.) Lima-Perú, Año 2009.
3. **VIDAL RAMOS**, Roger. “Libro de Ponencias del IX° Congreso Nacional de Derecho Civil”. 1ra Edición. Editorial LEX & IURIS. Lima-Perú, Año 2014.
4. **GONZÁLES BARRÓN**, Günther. “PROCESO DE DESALOJO (y Posesión Precaria)”. 3ra Edición. Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima-Perú, Año 2016.
5. **DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA**, “Resolución contractual en la jurisprudencia del OSCE, Gaceta Jurídica, Tomo 234, Edición 2018.
6. **HÉCTOR LAMA MORE**, Jurisprudencia Vinculante Civil y Procesal Civil, tomo 1 edición 2018 Instituto Pacifico – Lima Perú

ANEXOS

ANEXOS

METODO DE CASO : “PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS CASACION 4742-2017-CUSCO

AUTORES: ALVARADO SANCHEZ, Darío Segundo. / MIRANDA OJANAMA , Larry

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p><u>GENERAL</u> LA CASACION 4742-2017-CUSCO referente al caso “Padres desalojan porque ocupantes precarios a sus cinco hijos” protege adecuadamente, a la vez garantiza los derecho fundamentales teniendo en cuenta que se trata de personas en estado de vulnerabilidad y de avanzada edad, en casos similares a futuro?</p> <p><u>ESPECIFICOS</u> Procede los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano?</p> <p>Es indispensable analizar las normas constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de personas vulnerables en los procesos por desalojo por precarios?</p>	<p><u>GENERAL</u> Analizar la CASACION N°4742-2017-CUSCO- referente al caso “Padres desalojan por ocupantes precarios a sus cinco hijos”</p> <p><u>ESPECIFICOS</u> Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el Derecho Civil Peruano</p> <p>Analizar las normas constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de personas vulnerables.</p>	<p><u>GENERAL</u> La Casación 4742-2017-CUSCO, sobre “Padres desalojan por ocupantes precarios a sus cinco hijos” protege adecuadamente los derechos fundamentales de las personas en estado de necesidad (personas ancianos en estado de abandono) al libre goce de usufructo de su bien inmueble con el propósito de costear los gastos de subsistencia.</p> <p><u>ESPECIFICOS</u> Procede el desalojo de descendientes de bien inmueble cuando el propietario requiere usar los usufructos para solventar sus gastos primarios, y su vez se encuentra en estado de necesidad por su avanzada de edad. - El demandante de desalojo debe sustentar su pretensión y demostrar mediante documentos o pruebas ciertas, cuál es su derecho de posesión sobre el bien. - Las reglas establecidas como precedente judicial vinculante en el IV Pleno Casatorio Civil respecto a los supuestos de posesión precaria.</p>	<p><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u> Proceso de Desalojo por la causal de Ocupante Precario.</p> <p><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u> Situaciones en el cual las personas se encuentran en la condición de Ocupante Precario, siendo los demandados hijos de los demandantes.</p>	<p>-Racionalidad de fallo</p> <p>-Congruencia del fallo del Tribunal Supremo</p> <p>-Análisis de los derechos fundamentales de ambas partes dentro del contexto del tema Ocupación Precaria dentro del marco constitucional donde se llega a la decisión del Tribunal Constitucional.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACION</u></p> <p>Descriptiva Explicativa –</p> <p>1. <u>DISEÑO</u> No experimental</p> <p>2. <u>MUESTRA</u> Fallo de los Magistrados que integran la Sala Permanente de la Corte Suprema de la Republica</p> <p>3. <u>TECNICAS</u> Análisis documental Fichaje de materiales escritos</p> <p>4. <u>INSTRUMENTOS</u> Sentencia Casatoria N°4742-2017-CUSCO- de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica</p>

PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS [CASACIÓN 4742-2017, CUSCO]

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 4742-2017 CUSCO**

Lima, veinticuatro de julio de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala el recurso de casación interpuesto por los demandantes Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto, en contra de la sentencia de vista contenida en la resolución número treinta y ocho de fecha catorce de junio de dos mil diecisiete, la misma que revoca la sentencia contenida en la resolución número treinta y tres de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis que declara fundada la demanda y reformándola declara infundada la demanda interpuesta por Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto, en contra de Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco y Alberto Calderón Molina sobre desalojo por la causal de ocupante precario.

II. ANTECEDENTES

2.1.- De LA DEMANDA:

– A fojas dieciocho del expediente principal se aprecia la demanda interpuesta por Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto, dirigiéndola en contra de Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco, y Alberto Calderón Molina, sobre desalojo por ocupación precaria, a fin que desocupen el bien inmueble ubicado en la Calle Cusco N° 105 – Cercado de Santo Tomás. – Señala que en virtud del testimonio de compra venta de fecha dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y uno, otorgado ante Notario Público Anacleto Mamani Santo Tomas y del testimonio de escritura de compra venta celebrado con Miguel Ángel Vega Aguirre y Esposa Josefina Villafuerte, respecto del inmueble sub litis, se acredita que tienen la calidad de propietarios del referido bien inmueble, el cual tiene una extensión superficial de 127.50 m².

– Refiere que en la actualidad viven los demandados en el inmueble que comprende ocho habitaciones, cuatro en el primer nivel y cuatro en el segundo, de los cuales el primer y segundo nivel viene siendo ocupado por el señor Nicolás Calderón Molina, una habitación en cada piso, y dos habitaciones son ocupadas por la señora Maura Calderón Molina, y que respecto del segundo nivel el señor Gregorio, Francisco y Alberto Calderón Molina ocupan una habitación. – Señala que todos los demandados son sus hijos y no obstante haberles requerido que se retiren de su inmueble, no lo hacen, a pesar que todos ellos son mayores de edad y tienen su propia familia, motivo por el cual entabla la demanda, considerando que son personas ancianas y tienen el deseo de alquilar su habitación, costear su alimentación y medicamentos, debido a su avanzada edad y a las enfermedades que adolecen conjuntamente con su esposa.

– Relata que sus hijos no le permiten que ingrese a vivir al inmueble ~~sublitis y no le pagan renta alguna~~ y que su hija Maura pretende apropiarse de su casa, por cuanto, sin su permiso viene construyendo y mejorando los ambientes que usa, sin hacer caso a la invocación de que no realice ningún cambio en el inmueble, lo cual fue materia de constatación por la Policía Nacional, habiendo hecho caso omiso, y fue quien demostró una actitud prepotente y de malcriadez frente a las autoridades policiales. Además, que con ninguno de sus hijos celebró documento alguno que les otorgue derecho a permanecer en su propiedad, tampoco ha otorgado anticipo de legítima, ni ha realizado la división y partición de herencia u otro documento similar.

2.2.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La demandada Maura Calderón Molina, contesta la demanda, conforme se aprecia de fojas cuarenta y ocho, en los términos siguientes:

– Señala que los demandantes, dentro de los argumentos de su demanda no indican con precisión el número del inmueble o desde cuándo viene ocupando y tampoco señala cuándo le requirieron para desocupar el inmueble, pese a dichas omisiones, señala que viene ocupando una de las habitaciones desde el año de mil novecientos ochenta y siete, por habersele entregado a causa del pago de una deuda contraída por sus padres ascendente a la suma de 2,500 intis. Y, en relación a la segunda habitación ubicada en la esquina de la Calle Cusco N° 105, la viene ocupando desde noviembre de mil novecientos noventa y uno, por haberlo adquirido en compra venta privada de su hermano mayor Gregorio Calderón Molina, con pleno conocimiento de los hoy demandantes, quienes antes que le transfieren el inmueble le dieron el bien de manera verbal a su referido hermano, conforme acredita con el documento privado de compra venta, y que le han ratificado la validez de dicha venta, situación que es de conocimiento de sus hermanos y codemandados, razón por la cual no tiene la condición de ocupante precario.

– Indica que los ambientes que forman parte del inmueble, lo viene ocupando desde el año de mil novecientos ochenta y siete y mil novecientos noventa y uno, respectivamente, por lo cual, el derecho de acción de los demandantes ha periclitado por el transcurso del tiempo y pese a que los demandantes han interpuesto dos demandas sobre la misma materia y pretensión, ambos procesos han sido concluidos por abandono de los demandantes, razones por las cuales considera que la demanda debe ser declarada infundada.

2.3.- PUNTOS CONTROVERTIDOS

Conforme se aprecia del Acta de continuación de audiencia única, de fecha doce de abril de dos mil trece, que obra de fojas ciento diez a ciento trece, se aprecia que se consignaron los siguientes puntos controvertidos:

– Que los actores deben acreditar ser propietarios del bien ubicado en la calle Cusco N° 105 del distrito de Santo Tomás.

– Que la demandada Maura Calderón Molina, acredite que cuenta con título vigente que ampare su posesión, es decir, que no se encuentre en calidad de ocupante precario.

2.4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia contenida en la resolución número treinta y tres de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, el Primer Juzgado Mixto de la sede de Santo Tomás, emite sentencia, conforme se aprecia de fojas doscientos ochenta y seis a doscientos noventa y tres, declarando fundada la demanda

interpuesta por Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto y dispone que los demandados cumplan con desocupar y entregar el bien inmueble litigado ubicado en la calle Cusco N° 105 del Cercado Santo Tomas de un área de ciento veintisiete con cincuenta metros cuadrados. Argumenta que los demandantes han acreditado con título suficiente que el inmueble sub litis es de su propiedad, por cuanto el contrato de compra venta al que hace alusión la demandada se trata de un documento privado, donde su hermano Gregorio realiza una compra venta privada y que dicho documento no tendría valor probatorio alguno, lo cual implica que no existe ningún tracto sucesorio, ya que el referido contrato debió estar plasmado por escrito y no de manera verbal como señala la demandada, lo cual queda corroborado con la declaración del demandante Jorge Calderón Cevallos, a quién se le preguntó si a los demás demandados se les exigió que desocupen el bien, al igual que a doña Maura Calderón, quien respondió, que ciertamente el demandante pidió que desocupen el lugar a todos los demandados y que solo su hijo Alberto desocupará el bien cuando retorne de viaje.

La sentencia señala que de conformidad con las pruebas valoradas, se colige que los demandados ya no viven dentro del inmueble sub litis, incluyendo Maura Calderón, razón por la cual resulta innecesario probar si tiene o no la condición de precaria, siendo también innecesario pronunciarse respecto de la otra habitación ocupada, respecto de la cual la demandada Maura Calderón tampoco ha acreditado ser propietaria como consecuencia de un préstamo a sus padres, siendo que los documentos consistentes como la constancia domiciliaria, pago de servicios no constituyen documentos idóneos para acreditar la propiedad, razones por las cuales declara fundada la demanda interpuesta.

2.5.- SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante sentencia de fecha diecinueve de abril de dos mil diecisiete, la sentencia subida en grado es revocada y declarada infundada, argumentado que los emplazados son hijos mayores de edad de los recurrentes. Señala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1026° del Código Civil, el derecho a uso es aquél que autoriza a su beneficiario a servirse de un bien no consumible y se trata de un derecho de carácter personal, en razón a que se sustenta en el uso directo del bien, por lo que se impide ceder a otros el ejercicio de este derecho, en atención a lo establecido en el artículo 1029 del mismo cuerpo normativo; además, que no obstante, el carácter personal del derecho de uso, la ley permite una excepción por cuanto dicho derecho puede extenderse a la familia del usuario, a tenor de lo prescrito en el artículo 1028° del Código Civil.

Señala que en el presente caso, los demandados al ser hijos de los accionantes tienen derecho al uso del bien inmueble materia del presente proceso, por cuanto, el derecho que tienen es por el simple hecho de ser hijos de los demandantes, por el que tendrían derecho a la herencia, del cual conforme se advierte de la demanda no se dispuso, tampoco anticipo de legítima, por tanto, no tienen la calidad de ocupantes precarios, razones por las cuales desestiman la demanda y revocan la sentencia apelada.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Los demandantes interponen recurso de casación, la misma que ha sido declarada procedente, conforme se desprende la resolución de fecha veinte de noviembre de dos mil diecisiete, admitiéndose por las siguientes causales:

– Infracción al artículo 1028° del Código Civil: Si bien es cierto existe un derecho de uso extensible a la familia del usuario haciendo uso del citado artículo, la norma no puede ser utilizada en contra de los derechos del titular del predio o inmueble como en este caso, los demandados quienes en calidad de hijos con capacidad económica y que en ninguna parte del proceso han demostrado un estado de necesidad, puedan seguir usufructuando, ya que como han manifestado, requieren contar con ingresos económicos

~~que solventen sus necesidades primordiales, por lo que la Sala estaría permitiendo atentar contra la integridad física, moral y material. Sin embargo, en el artículo 495° del Código Civil, se aprecia que únicamente pueden beneficiarse los que tengan necesidades o sufran alguna carencia en calidad de incapaces, pues como puede verse de la secuela del proceso, jamás se cuenta con ninguna de las partes a excepción de los actores.~~

“Se toma en cuenta los supuestos de que se habían otorgado en calidad de venta a la demandada Maura Calderón Molina, en que el codemandado Gregorio Calderón Molina con conocimiento de los recurrentes habrían vendido una habitación por un préstamo de I/. 3,500.00 intis en el año 1987, pues es falso y mal valorado” (sic), dando lugar a apreciaciones subjetivas que evaden la verdad real y legal, “con lo que la resolución materia de casación no tiene ni cuenta con ninguna garantía sustancial ni constitucional para poder determinar que se trata de que la primera sentencia se haya emitido en contra de los derechos fundamentales de los recurrentes y menos aún sin otorgar garantías constitucionales de una sentencia fundamentada.”

– **Infracción del artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú:** La resolución materia de casación no tiene una motivación clara y precisa, tiene motivación equivocada y errónea, ya que el artículo 495° del Código Civil ha sido mal interpretado, y que en este entender, no existe estado de necesidad, menos aún incapaces que pudieran tener como sustento, un derecho personal que pueda poner en riesgo tanto el derecho a la propiedad como la subsistencia misma de los recurrentes, ya que son personas de tercera edad que necesitan de ingresos económicos.

IV. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

La materia jurídica en discusión se centra en examinar si las sentencias dictadas por las instancias de mérito han incurrido e infracción normativa del artículo 1028° del Código Civil y del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

V. FUNDAMENTO DE ESTA SALA SUPREMA

PRIMERO.- GENERALIDADES.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios que lo regulan.

SEGUNDO.- En ese sentido, resulta necesario poner de relieve que por encima de cualquier análisis alegado por la recurrente, el conocimiento de una decisión jurisdiccional por parte del órgano superior jerárquico, tiene como presupuesto ineludible la evaluación previa del respeto, en la actuación procesal de los órganos jurisdiccionales, a los requerimientos básicos que informan al debido proceso; por ello, si bien es cierto, que la actuación de esta Sala Suprema al conocer el recurso de casación, se debe limitar al examen de los agravios invocados formalmente por la parte recurrente; también lo es que, dicha exigencia tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos procesales con valor constitucional, pues evidentemente que allí donde el ejercicio de la función jurisdiccional los vulnera o amenaza, se justifica la posibilidad de ejercer las facultades nulificantes que reconoce la ley, como instrumento de su defensa y corrección, quedando descartado que dentro de dicha noción se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales, que, no son por sí mismas contrarias a la Constitución Política del Perú.

TERCERO: Ahora bien, en relación a la debida motivación de las resoluciones, el artículo 139° inciso 5) de nuestra Constitución Política, consagra como principio rector de la función jurisdiccional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la observancia del debido proceso; el cual, conforme a la interpretación que reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige fundamentalmente que todo proceso o procedimiento sea desarrollado de tal forma que su tramitación garantice a las personas involucradas en él las condiciones necesarias para defender adecuadamente y dentro de un plazo razonable los derechos u obligaciones sujetos a consideración[1].

Así, uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación, consagrado por el artículo 139 inciso 5 de la Carta Política, por el cual se garantiza a las partes involucradas en la controversia el acceso a una respuesta del juzgador que se encuentre adecuadamente sustentada en argumentos que justifiquen lógicamente y razonablemente, en base a los hechos acreditados en el proceso y al derecho aplicable al caso, la decisión adoptada, y que, además, resulten congruentes con las pretensiones y alegaciones esgrimidas por aquellas dentro de la controversia.

Este derecho no solo tiene relevancia en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la litis, sino que también juega un papel esencial en la idoneidad del sistema de justicia en su conjunto, pues no debe olvidarse que una razonable motivación de las resoluciones constituye una de las garantías del proceso judicial, directamente vinculada con la vigilancia pública de la función jurisdiccional, por la cual se hace posible conocer y controlar las razones por las cuales el Juez ha decidido una controversia en un sentido determinado; implicando, en ese sentido, un elemento limitativo de los supuestos de arbitrariedad. Ahora bien, a fin de determinar si un pronunciamiento específico ha cumplido con el deber de motivación, en los términos antes reseñados, conviene recordar que, según lo ha sostenido esta Suprema Corte, "el cumplimiento de este deber no se satisface con la sola expresión escrita de las razones internas o psicológicas que han inclinado al juzgador a decidir la controversia de un modo determinado, sin importar cuáles sean éstas; sino que, por el contrario, exige necesariamente la existencia de una exposición clara y coherente en la sentencia que no solo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso, y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso "[2].

CUARTO.- En ese sentido, cabe precisar que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva constituyen principios consagrados en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, los cuales comprenden a su vez, el deber de los jueces de observar los derechos procesales de las partes y el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquiera etapa del proceso. De ahí que dichos principios se encuentren ligados a la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5 del referido artículo constitucional, esto es, que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron.

QUINTO.- De igual manera, el Tribunal Constitucional estableció que "El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso". A mayor abundamiento, el Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido "que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso" caso "[3].

SEXTO.- Así, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3943-2006-PA/TC, ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)"[5]. (Resaltado agregado).

SÉTIMO.- Entonces, tenemos que dentro de la esfera de la debida motivación, se halla el principio de congruencia, "cuya transgresión la constituye el llamado "vicio de incongruencia", que ha sido entendido como "desajuste" entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones o sus argumentos de defensa, pudiendo clasificarse en incongruencia omisiva, cuando el órgano judicial no se pronuncia sobre alegaciones sustanciales formuladas oportunamente, la incongruencia por exceso, cuando el órgano jurisdiccional concede algo no planteado o se pronuncia sobre una alegación no expresada y la incongruencia por error, en la que concurren ambos tipos de incongruencia, dado que en este caso el pronunciamiento judicial recae sobre un aspecto que es ajeno a lo planteado por la parte, dejando sin respuesta lo que fue formulado como pretensión o motivo de impugnación"[6].

OCTAVO: De la revisión de los actuados se desprende que los demandantes Jorge Calderón Cevallos y doña María Molina Huayto solicitan que se declare la condición de poseedores precarios respecto de sus hijos, los demandados Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco y Alberto Calderón Molina, en relación al inmueble ubicado en la Calle Cusco N° 105 del Cercado de Santo Tomás.

NOVENO: En relación a la infracción del artículo 1028° del Código Civil, referida a que los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario. En ese sentido, como se aprecia de los actuados, la sentencia de vista revoca la de primera instancia y declara infundada la demanda y en esta sede de casación los recurrentes denuncian la infracción del artículo 10287 del Código Civil, antedicha. En relación a ello, es imprescindible efectuar varias precisiones, desprendiéndose de las alegaciones fácticas expresadas por los demandantes que don Jorge Calderón Zevallos tiene ochenta y dos años de edad y

doña María Molina Huayto de ochenta años, destacándose que existe entre los demandantes y demandados vínculos directos de parentesco, condiciones que tienen que ser evaluadas de manera minuciosa, por cuanto, si bien el artículo 1028 del Código Civil ya aludido, hace referencia al derecho de uso y habitación y que esta se extiende a la familia, también se debe considerar que i) la propiedad materia de litis es de propiedad de los demandantes, tal como se desprende de la Escritura N° 18 Bienio 1981-1982, además ii) que durante la secuela del proceso los demandados no han demostrado que ostenten título alguno que justifique la posesión de del bien sub litis, y iii) en el caso particular de la demandada Maura Calderón Molina, si bien, presentó un documento de compra venta de fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y uno, el mismo que deviene en un documento privado suscrito con su hermano Gregorio Calderón Molina, en mérito a una venta privada con su hermano, sustentada en una supuesta herencia transmitida de manera verbal por el padre de éstos, por lo cual, el documento aludido para justificar su posesión, no tiene la fuerza suficiente ad solemnitatem para justificar su condición de precaria respecto del bien sub lits. Más si los padres se encuentran vivos y por tanto, no se produjo ninguna traslación de bienes o derechos por sucesión.

Ahora bien, y analizando el alcance del artículo 1028° del Código Civil, es pertinente mencionar que la alegada extensión en el derecho a uso de la habitación, no puede colisionar con el derecho a reivindicar de los propietarios, por cuanto, se debe tener como punto eje la consideración de la defensa de la dignidad del ser humano, el mismo que ordena proteger -entre otros- al anciano, tal como lo detalla el artículo 4° de la Constitución del Perú, por cuanto, se aprecia de los fundamentos fácticos expuestos por los recurrentes que han expresado que "...Todos los demandados son mis hijos, señor Juez pese a que les he pedido de buena voluntad en varia ocasiones y hasta me cansé de invocarles que desalojen y desocupen mi casa, no lo hacen a pesar que todos los demandantes son mayores de edad y con su propia familia, es por esto que me he visto obligado a entablar dicha demanda para poder pernoctar y vivir en mis últimos años ya que los recurrentes somos ya ancianos y posteriormente alquilar y poder costear nuestra alimentación y medicamentos de salud, que lo necesito, debido a nuestra avanzada edad donde adolecemos de enfermedad conjuntamente con mi esposa.", siendo así, el análisis normativo debe procurar converger entre el análisis normativo dispuesto de la mano con el amparo constitucional que ostenta cada ser humano.

En las circunstancias expuestas, declarar infundada la demanda de desalojo importaría la infracción de orden constitucional, por cuanto, en la práctica al negar el uso y disfrute pleno de la propiedad a los demandantes, se estaría restringiendo la propia subsistencia de estos, habida cuenta que han referido en su demanda que los emplazados no les permiten el ingreso a su vivienda y tampoco pagan renta alguna, y por ende se estaría postergando los derechos fundamentales de los demandantes, contenidos en el artículo 1°, 4° v 6° de la Constitución Política del Perú.

Siendo así, se pone en evidencia que los demandantes tienen un apremio imperioso en recuperar su propiedad y usufructuarla, lo cual coadyuvará a su propia subsistencia, máxime que sus hijos no aportan para su manutención, y que incluso se ven enfrentados con ellos judicialmente, hecho que esta Sala Suprema no puede pasar por desapercibida, a lo cual se aúna que durante la secuela del proceso, se ha declarado la rebeldía de todos los demandados a excepción de Maura Calderón Molina, quien a lo largo de la litis no ha acreditado con título suficiente el respaldo de su posesión, razón por la cual, y valorando estas dos aristas es que el criterio de esta Sala Suprema, es en el sentido que la aplicación del artículo 1028° no resulta aplicable al caso en concreto y *per se*, no resulta suficiente para declarar infundada la demanda, por cuanto las relaciones posesorias nacidas de los vínculos familiares son actos de tolerancia que no configuran actos de posesión, en tanto el titular del bien no solo desea mantenerlo en su esfera jurídica de propiedad, sino que además desea recuperarlo para usufructuar el mismo y de esa manera procurar su manutención, resultando que el requerimiento de restitución del bien los convierte en

precarlos a los demandados, pese a tener la condición de hijos de los actores, ya que si los demandantes autorizaran la posesión sin pago de renta, igualmente pueden hacerla cesar este acto de liberalidad a través del proceso de desalojo por ocupación precaria; razón por la cual, el agravio denunciado es posible ser admitido por esta Sala Suprema.

DÉCIMO: Ahora bien, en relación al segundo agravio, relativo a que la sentencia de vista habría vulnerado la debida motivación de las resoluciones judiciales contenida en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, se aprecia de la sentencia de vista, que en el fundamento octavo de la misma hace referencia a la Casación N° 2195-2011, Ucayali, la misma que constituye precedente judicial vinculante, y posteriormente hace referencia a la Casación N° 1784-2012, Ica de fecha quince de octubre de dos mil catorce, sentencia que estableció que la conviviente y los menores hijos no pueden ser considerados precarios al producirse una extensión del derecho de uso y habitación que le otorgaron los demandantes, sin embargo, dicho análisis no resulta compatible con el presente caso, habida cuenta que en la Casación referida por el Ad quem la sentencia busca proteger de manera fundamental el derecho de los hijos menores de edad, circunstancia fáctica que es diferente al presente caso, donde los demandados son hijos mayores de edad de los demandantes, quienes no procuran la manutención de sus ancianos padres, siendo así, esta circunstancia convierte en inviable la aludida casación para ser aplicada al caso en concreto.

En esa misma línea de análisis, se aprecia de la sentencia de vista, que esta se encuentra sustentada en el supuesto que el derecho de uso puede extenderse a la familia del usuario y que en el caso materia de evaluación ha quedado evidenciado que los demandados son hijos de los demandantes, y en consecuencia tendrían derecho al uso del bien materia del presente proceso, no obstante, el análisis, a criterio de esta Sala Suprema no puede reducirse a que el derecho de los demandados tiene que ser respaldado por el lazo de parentesco con estos, sino, que en el caso en concreto, se debe girar la mirada para la resolución del conflicto aplicando normas de orden constitucional, como las referidas, razón por la cual, se aprecia que la motivación efectuada por la Sala Superior se ha circunscrito a analizar de manera aislada el conflicto puesto a decisión, omitiendo confrontar el análisis con normas de orden constitucional, que en el caso en concreto, sin duda, ayudan a emitir una decisión que no sólo pone final al conflicto, sino, fundamentalmente busca optimizar derechos de orden fundamental respecto de los demandantes. Siendo así, este Colegiado Supremo toma la decisión de declarar fundado el recurso de casación y anular la sentencia de vista, para actuar como sede de instancia y declarar fundada la demanda, en mérito a los argumentos vertidos en los extremos de la presente sentencia.

VI. DECISIÓN

En base a las consideraciones expuestas, esta Sala Suprema declara: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los demandantes Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos cincuenta y uno; y actuando en sede instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, de fojas doscientos ochenta y seis, que declaro fundada la demanda. **DISPUSIERON** la publicación de la presente Ejecutoria Suprema en el Diario Oficial "El Peruano"; en los seguidos por María Molina Huayto y otros, sobre desalojo por ocupación precaria; y los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo De la Barra Berrera por el señor Távara Córdova. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Hurtado Reyes.

SS.

HURTADO-REYES
HUAMANÍ-LLAMAS

[1] Corte IDH. OC-9/87 "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párr. 28.

[2] Casación N° 6910-2015, del 18 de agosto de 2015.

[3] EXP. N.° 03433-2013-PA/TC LIMA SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. – SERPOST S.A. Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS – ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL

[5] EXP N.° 00728-2008-PHC/TC- LIMA GIULIANA LLAMOJA HILARES.

[6] CASACION N°.2813-10 LIMA. p.3.

7 Artículo 1028 del Código Civil: Extensión de los derechos y usos de habitación. Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta.

8 Artículo 1o de la Constitución Política del Perú: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

9 Artículo 4o de la Constitución Política del Perú: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al **anciano en situación de abandono**. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. (negrilla nuestra).

10 Artículo 6o de la Constitución Política del Perú: La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

Actualidad jurisprudencial para jueces, fiscales y abogados litigantes

DIRECTORES

VICTOR PRADO SALDARRIAGA
NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ
JOHÁN CARLOS MORÓN URBINA

Nº 294 | MARZO 2018 | AÑO 23

**Resolución
contractual en
la jurisprudencia
del OSCE**

Identidad de género
Cambio de sexo

Usucapión e hipoteca
Preferencia de derechos

Vencimiento de arrendamiento
Efectos de solicitar la restitución del bien

Rebeldía
Error en el cómputo del plazo

Tentativa de feminicidio
Configuración

Exclusión de remuneraciones
Causas relativas de justificación

Competencias jurisdiccionales
Materia civil y procesal civil

del Poder Judicial de la Federación

G JURIDICA
DE ASESORES DE LIBERTAD



**NUEVAMENTE EL CUARTO PLENO:
RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y POSESIÓN PRECARIA**

A propósito del Maestrino y su "gol de tiro libre" en la Corte Suprema

Efraín PRETELALONZO*

TEMA RELEVANTE

En esta ocasión, el autor analiza la Casación N° 1725-2016-Lima Este, una ejecutoria suprema en la que se declaró infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria incoada en contra del exfutbolista Nolberto Solano. En tal sentido, luego de analizar los aspectos más relevantes de la resolución contractual (definición, naturaleza, modalidades, requisitos, etc.), el autor concluye que la decisión de los magistrados supremos fue correcta, pues la carta notarial de comunicación de resolución de contrato por cláusula expresa nunca fue dejada en el domicilio consignado por Nolberto Solano, sino simplemente diligenciada, por lo que no puede tenerse por efectuada la resolución de la compraventa, en consecuencia, no se gestó posesión precaria alguna.

▶ PALABRAS CLAVE

Contrato / Resolución / Posesión precaria / Desalojo

Recibido: 09/03/2018

Aprobado: 13/03/2018

INTRODUCCIÓN

La publicación de la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Pleno Casatorio, en

adelante) fue quizás uno de los hechos más esperados por los operadores jurídicos. Tras el suceso, que ocurrió el 14 de agosto de 2008, se cerró –al menos a nivel judicial– uno de los temas que mayor debate ha generado: la posesión precaria.

Como se sabe, la Corte Suprema acogió una definición amplia de la posesión precaria, de tal forma que pudiera englobar la mayor cantidad de supuestos. Con tal fin, definió la carencia de título o fenecimiento del mismo, referidos en el artículo 911 del Código Civil (CC, en adelante), en

* Asistente de juez superior en la Corte Superior de Justicia de Lima. Asistente de docencia de los cursos Acto jurídico, Derechos Reales y Responsabilidad Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y Derecho Procesal Civil I y II en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Cursando estudios de maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Taller de Derecho Civil "José León Barandiarán".

el sentido de que dicho dispositivo "no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la parte demandada"¹. Esto dejó descartada aquella posición doctrinal que venía haciendo esfuerzos para que el dispositivo sea interpretado bajo una lectura del *precarium* romano, un concepto mucho más restringido que se contrae a dos de los supuestos actualmente establecidos en el precedente vinculante. El mayor mérito del Cuarto Pleno –más allá de su correcta o incorrecta determinación respecto del instituto– ha sido, pues, el haber puesto fin a esa interminable discusión de tan larga data.

En ese contexto, ¿qué ocurre si se juntan las disciplinas acaso más ricas del Derecho Civil (contratos, representado por la resolución, y derechos reales, representado por la posesión precaria), un precedente vinculante, la Corte Suprema y uno de los (ex)futbolistas más entrañables de nuestra selección? El resultado, sin duda, un caso más que interesante digno de análisis.

Uno de los supuestos de posesión precaria es el establecido en el precedente vinculante "5.1" del Pleno Casatorio, referido al fenecimiento del título por resolución del contrato, bajo las formas reguladas en los arts. 1429 y 1430 CC, esto es, por intimación y en virtud de una cláusula resolutoria expresa, respectivamente. Lo graficamos con un ejemplo: "X" (vendedor) celebra con "Y" (comprador) un contrato de compraventa, en virtud del cual el primero transfiere al segundo la propiedad de un inmueble. Las partes acuerdan que el pago del precio será en 25 armadas mensuales de US\$ 4,200.00. Luego de haber pagado puntualmente todas las cuotas anteriores,

"Y" incumple con los pagos de las armadas 11, 13, y 14. Ante ello, "X" decide resolver el contrato, ya sea por intimación (ex art. 1429 CC), amparado en el art. 1561 CC, ya sea por la existencia de una cláusula resolutoria expresa (ex art. 1430 CC), en caso de haberse pactado.

Luego de que "X" cumpla con las formalidades exigidas por ley, el contrato se habrá resuelto indefectiblemente y, consecuentemente, "Y" quedará constituido en poseedor precario por fenecimiento de título. Así, si fuera el caso que "Y" se niega a restituir el inmueble, "X" estará expedito para exigirla judicialmente, esto es, a través del desalojo por ocupación precaria. Pero ¿qué pasa si "Y" afirma que "X" no le notificó con la intimación o no le comunicó su deseo de hacerse valer de la cláusula resolutoria? ¿Qué ocurre si "Y" afirma haber pagado las armadas que "X" le imputa haber incumplido? ¿Cómo debe resolver el juez del desalojo ante estos argumentos de defensa del demandado?

En el presente trabajo trataremos de dar respuesta a estas y otras posibles interrogantes. Ello con ocasión de analizar una reciente ejecutoria suprema, Casación N° 1725-2016-Lima Este, que ha resuelto un recurso de casación interpuesto nada menos que por uno de los futbolistas más entrañables que han vestido la blanquiroja, nos referimos a Nolberto Solano, el Maestrito. Para ello, partiremos por analizar brevemente la institución de la resolución por incumplimiento; luego, en atención al tipo de resolución invocada en la casación, analizaremos el juicio de resolución y sus elementos, para después hacer lo propio con los requisitos especiales que exigen los artículos 1429 y 1430 del CC. Posteriormente, pondremos de relieve

¹ Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, Cas. N° 2195-2011-Ucayali, Publicado en *El Peruano* el 14/08/2013.

algunas patologías de la relación resolución-posesión precaria, para a continuación analizar el caso concreto resuelto en la ejecutoria y, finalmente, dar nuestras conclusiones.

1. PREMISA: SOBRE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Como hemos advertido en la parte introductoria, el caso a propósito del cual surge el presente trabajo está directamente vinculado con una de las instituciones más importantes de la teoría general del contrato: la resolución por incumplimiento. Así, uno de los supuestos de ocupación precaria es el referido al (ex)comprador de un bien que lo sigue poseyendo pese haberse resuelto el contrato de compraventa que inicialmente justificaba su posesión.

En ese sentido es necesario realizar un breve *exkursus* sobre la resolución, a fin de conocer su operatividad en nuestro ordenamiento. La intención es que el lector comprenda el mecanismo de la tutela resolutoria que el ordenamiento otorga al acreedor (quien sería el vendedor en el ejemplo propuesto en la parte introductoria). Sin embargo, no pretendemos direccionar este trabajo a un profundo análisis de la resolución por incumplimiento, por no ser su objeto; nos proponemos solamente glosar las nociones más básicas y primordiales del instituto con el fin de que sirva de sustento del análisis de la casación.

1. Definición y naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento

Es sabido que la doctrina moderna distingue la ineficacia de los negocios jurídicos entre la estructural y la funcional. La primera en tanto afecta su estructura misma, es decir, si no verificarse alguno de los presupuestos, elementos o requisitos necesarios para que pueda constituirse válidamente. Un negocio jurídico que "nace" en tales condiciones se reputa inválido y sus remedios son la nulidad y la anulabilidad. La segunda, en cambio,

en cuanto afecta la función del negocio válidamente formado, esto es, al sobrevenir un hecho externo o una conducta de alguna de las partes; sus remedios son la rescisión y la resolución.

Una autorizada doctrina italiana ha diferenciado, acertadamente, la invalidez (ineficacia estructural) de la resolución (ineficacia funcional) en los términos siguientes:

La invalidez afecta el contrato, por un vicio que este lleva en sí; y la ineficacia —es decir, la cancelación de los efectos contractuales— es su consecuencia. En cambio, la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación. (Roppo, 2009, p. 859)

El artículo 1371 del CC parece contener una clara definición de la resolución cuando refiere que: "[l]a resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración". No obstante, como bien lo refiere el profesor Forno (1987) —acaso quien mejor ha trabajado el instituto en sede nacional—, la definición más completa ha sido de Messineo (p. 75). El profesor italiano, en tesis que compartimos, entiende que:

La resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, un hecho (objetivo) nuevo, un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se había constituido originalmente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que este no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión no constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia

al celebrarlo. Por lo tanto, la resolución pone fin (*ex nunc*) al contrato. (Messineo, 1979, p. 522)

Tal definición, empero, al ser completa también es genérica, por lo que abarca las distintas causales de resolución conocidas, y reguladas en nuestro ordenamiento, a saber: i) por incumplimiento (arts. 1428, 1429 y 1430 del CC); ii) por imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1431 del CC); y iii) por excesiva onerosidad de la prestación (art. 1440 del CC). Sin embargo, para los fines del presente trabajo solo nos referiremos a la primera.

En esa línea, desglosando parte de la definición dada por Messineo (como se citó en Forno, 1987), "podemos decir que la resolución por incumplimiento es la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia de la inexecución imputable a una de las partes, de las prestaciones que contiene la obligación creada a su cargo por el contrato" (p. 76).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento, ciertamente no es unánime la doctrina, dos han sido los principales postulados. El primero señala que la resolución es, ante todo una sanción jurídica que el ordenamiento ha previsto para la parte infiel, es decir, el incumplidor. Son partidarios de esta tesis Josserand, Barbero y Auletta, como lo refieren los profesores De la Puente (2007, p. 380) y Forno (1987, pp. 77 y 80). Se ha criticado con razón esta forma de ver a la resolución, porque la sanción al incumplimiento no es tanto esta, sino el resarcimiento de los daños y perjuicios al que queda obligado la parte infiel. Así, Scognamiglio (1996), en similares términos, refiere que "la sanción contra el incumplimiento no consiste en la acción resolutoria, sino en el resarcimiento del daño, que es la reacción típica frente al ilícito civil y que la ley consagra expresamente como

¿Qué dijo Messineo?

La resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, un hecho (objeto) nuevo, un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originalmente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que este no pueda continuar existiendo.

la consecuencia posterior y autónoma del incumplimiento" (p. 265), que en nuestro caso sería el artículo 1321 del CC. Hacemos nuestras las gráficas las palabras de Messineo (1986) para apartarse de dicha línea de pensamiento señalando que:

[L]a resolución no es una sanción a cargo del incumpliente, sino —sobre todo— un medio para liberar a la parte no incumpliente y para restituírle la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que le ha faltado. Se entiende que de este modo viene a quedar liberado también el incumpliente, salvo su obligación de resarcir el daño. (p. 345)

Nosotros nos adherimos a la segunda tesis, aquella que ve en la resolución a una situación jurídica subjetiva de ventaja activa, esto es, un derecho potestativo frente a una situación jurídica de desventaja inactiva, esto es, un estado de sujeción en el que se encontrará el incumpliente. Como señala Dell'Aquila (como se citó en Forno, 1987), la resolución por incumplimiento es un poder dispositivo

Comentario del autor

La constitución de la prestación para la resolución de la prestación...

que el derecho tiene naturaleza de... (82-83). En nuestra opinión, por importantes... (2007, 381)

Ahora bien, la resolución debe materializarse. Es decir, la verificación no genera por sí misma la extinción de los efectos, requiere cuanto menos para su efectivización que exista incumplimiento vigente mientras existan mecanismos potestativos de rescisión. Daremos una breve mirada a la resolución que opera la resolución.

2. Resolución judicial

En realidad, como se ha visto, la vía judicial no es la única para la resolución por incumplimiento, sino una vía genérica que las partes pueden utilizar sin efecto el contrato cuando se verifique la imposibilidad o imposibilidad de cumplimiento, es decir, ya sea por imposibilidad o imposibilidad de cumplimiento, tal aclaración, trabajo solo la opera el juez cuando al primer caso.

La resolución judicial es una resolución ordenada por el juez.

DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA

extrajudicial (ex arts. 1429 y 1430 del CC).
• A nuestro entender, el juez del desalojo debe tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Únicamente está autorizado a analizar la verificación de los requisitos especiales (formalidades, en términos del Pleno) a los que ya hemos hecho referencia.
- Si se invoca la resolución por intimación, debe verificar lo siguiente: i) que la intimación contenga la exigencia del cumplimiento de la prestación, la fijación de un plazo y el apercibimiento del efecto resolutorio en caso de persistencia del incumplimiento; ii) que dicha intimación haya sido puesta en conocimiento al deudor; y iii) que haya transcurrido el plazo concedido en la intimación sin que el deudor haya cumplido.
- Si se alega resolución por cláusula resolutoria expresa, el juez debe verificar: i) la claridad de la cláusula resolutoria; y ii) la declaración del acreedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria; y iii) que dicha declaración haya sido puesta en conocimiento al deudor.
- Si no se acredita la concurrencia de dichos requisitos especiales, la demanda debe ser infundada.
- Está prohibido de analizar los elementos generales del juicio de resolución a los que hemos referencia anteriormente: i) la reciprocidad de las prestaciones; ii) la justificación (o no) del incumplimiento; iii) la gravedad del mismo; y iv) el cumplimiento (o por lo menos su garantía) del acreedor de su propia prestación.
- Si hay cuestionamiento del demandado respecto de la (in)concurrencia de dichos elementos, que –pese a cumplirse con los requisitos especiales– generan duda sobre la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda, por existir complejidad.

No obstante, no basta el simple cuestionamiento u oposición del demandado respecto de la eficacia de la resolución, sino que los mismos deben estar acompañados de genuinos medios(s) probatorio(s) que generen cuanto menos un indicio razonable de que en el caso concreto no ha operado la resolución. El cuestionamiento sin pruebas en ningún caso da lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

- En ningún caso el juez puede emitir sentencia inhibitoria, esto es, declarando improcedente la demanda. Debe declarar fundada o infundada.

VII. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCESO DE DESALOJO: ALGUNOS SUPUESTOS Y EL PAPEL DEL JUEZ

Además de lo ya señalado, existe otro abanico de posibilidades por los que el demandado en un proceso de desalojo por precario cuya fuente es la resolución del contrato puede oponerse, negando su validez o eficacia. Surge la pregunta natural ¿qué debe hacer el juez en esos casos? A continuación la respuesta en dos supuestos recurrentes.

1. Cuando el comprador asegura haber cumplido con los pagos

En este caso, el juez debe hacer un análisis de los documentos con los que el demandado pretende acreditar haber realizado los pagos que el demandante le imputa haber incumplido. Dicho análisis –aunque superficial– debe concentrarse en: i) la fecha del pago, a fin de verificar si fue realizado antes de decaimiento del plazo concedido si la resolución fue por intimación, o de la fecha en que el deudor tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, en caso se trate de resolución por dicho convenio expreso; ii) el monto, a fin de ver si el pago ha sido integral, pues de no ser así, aun si el pago –parcial– fue realizado dentro del plazo.

extrajudicial (ex arts. 1429 y 1430 del CC). A nuestro entender, el juez del desalojo debe tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Únicamente está autorizado a analizar la verificación de los requisitos especiales (formalidades, en términos del Pleno) a los que ya hemos hecho referencia.
- Si se invoca la resolución por intimación, debe verificar lo siguiente: i) que la intimación contenga la exigencia del cumplimiento de la prestación, la fijación de un plazo y el apercibimiento del efecto resolutorio en caso de persistencia del incumplimiento; ii) que dicha intimación haya sido puesta en conocimiento al deudor; y iii) que haya transcurrido el plazo concedido en la intimación sin que el deudor haya cumplido.
- Si se alega resolución por cláusula resolutoria expresa, el juez debe verificar: i) la claridad de la cláusula resolutoria; y ii) la declaración del acreedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria; y iii) que dicha declaración haya sido puesta en conocimiento al deudor.
- Si no se acredita la concurrencia de dichos requisitos especiales, la demanda debe ser infundada.
- Está prohibido de analizar los elementos generales del juicio de resolución a los que hemos referencia anteriormente: i) la reciprocidad de las prestaciones; ii) la justificación (o no) del incumplimiento; iii) la gravedad del mismo; y iv) el cumplimiento (o por lo menos su garantía) del acreedor de su propia prestación.
- Si hay cuestionamiento del demandado respecto de la (in)concurrencia de dichos elementos, que -pese a cumplirse con los requisitos especiales- generan duda sobre la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda, por existir complejidad.

No obstante, no basta el simple cuestionamiento u oposición del demandado respecto de la eficacia de la resolución, sino que los mismos deben estar acompañados de genuinos medios(s) probatorio(s) que generen cuanto menos un indicio razonable de que en el caso concreto no ha operado la resolución. El cuestionamiento sin pruebas en ningún caso da lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

- En ningún caso el juez puede emitir sentencia inhibitoria, esto es, declarando improcedente la demanda. Debe declarar fundada o infundada.

VII. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCESO DE DESALOJO: ALGUNOS SUPUESTOS Y EL PAPEL DEL JUEZ

Además de lo ya señalado, existe otro abanico de posibilidades por los que el demandado en un proceso de desalojo por precario cuya fuente es la resolución del contrato puede oponerse, negando su validez o eficacia. Surge la pregunta natural ¿qué debe hacer el juez en esos casos? A continuación la respuesta en dos supuestos recurrentes.

1. Cuando el comprador asegura haber cumplido con los pagos

En este caso, el juez debe hacer un análisis de los documentos con los que el demandado pretende acreditar haber realizado los pagos que el demandante le imputa haber incumplido. Dicho análisis -aunque superficial- debe concentrarse en: i) la fecha del pago, a fin de verificar si fue realizado antes de decaimiento del plazo concedido si la resolución fue por intimación, o de la fecha en que el deudor tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, en caso se trate de resolución por dicho convenio expreso; ii) el monto, a fin de ver si el pago ha sido integral, pues de no ser así, aun si el pago -parcial- fue realizado dentro del plazo,

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

Actualidad jurisprudencial para jueces, fiscales y abogados litigantes

DIRECTORES
VÍCTOR PRADO SILDARRIAGA
NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ
JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Nº 234 | MARZO 2018 | AÑO 23

**Resolución
contractual en
la jurisprudencia
del OSCE**

Identidad de género
Cambio de sexo

Usucapión e hipoteca
Preferencia de derechos

Vencimiento de arrendamiento
Efectos de solicitar la restitución del bien

Rebeldía
Error en el cómputo del plazo

Tentativa de feminicidio
Configuración

Rebaja de remuneraciones
Causas objetivas de justificación

Plenos jurisdiccionales
En materia civil y procesal civil



UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

**GACETA
JURIDICA**
25 AÑOS DE LIDERAZGO



NUEVAMENTE EL CUARTO PLENO: RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y POSESIÓN PRECARIA

A propósito del Maestrillo y su “gol de tiro libre” en la Corte Suprema

Efrain PRETEL ALONZO*

TEMA RELEVANTE

En esta ocasión, el autor analiza la Casación N° 1725-2016-Lima Este, una ejecutoria suprema en la que se declaró infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria incoada en contra del exfutbolista Nolberto Solano. En tal sentido, luego de analizar los aspectos más relevantes de la resolución contractual (definición, naturaleza, modalidades, requisitos, etc.), el autor concluye que la decisión de los magistrados supremos fue correcta, pues la carta notarial de comunicación de resolución de contrato por cláusula expresa nunca fue dejada en el domicilio consignado por Nolberto Solano, sino simplemente diligenciada, por lo que no puede tenerse por efectuada la resolución de la compraventa, en consecuencia, no se gestó posesión precaria alguna.

▶ PALABRAS CLAVE

Contrato / Resolución / Posesión precaria / Desalojo

Recibido: 09/03/2018

Aprobado: 13/03/2018

INTRODUCCIÓN

La publicación de la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Pleno Casatorio, en

adelante) fue quizás uno de los hechos más esperados por los operadores jurídicos. Tras el suceso, que ocurrió el 14 de agosto de 2008, se cerró –al menos a nivel judicial– uno de los temas que mayor debate ha generado: la posesión precaria.

Como se sabe, la Corte Suprema acogió una definición amplia de la posesión precaria, de tal forma que pudiera englobar la mayor cantidad de supuestos. Con tal fin, definió la **carencia de título o fenecimiento del mismo**, referidos en el artículo 911 del Código Civil (CC, en adelante), en

* Asistente de juez superior en la Corte Superior de Justicia de Lima. Asistente de docencia de los cursos Acto jurídico, Derechos Reales y Responsabilidad Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y Derecho Procesal Civil I y II en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Cursando estudios de maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”.

el sentido de que dicho dispositivo “no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la parte demandada”¹. Esto dejó descartada aquella posición doctrinal que venía haciendo esfuerzos para que el dispositivo sea interpretado bajo una lectura del *precarium* romano, un concepto mucho más restringido que se contrae a dos de los supuestos actualmente establecidos en el precedente vinculante. El mayor mérito del Cuarto Pleno –más allá de su correcta o incorrecta determinación respecto del instituto– ha sido, pues, el haber puesto fin a esa interminable discusión de tan larga data.

En ese contexto, ¿qué ocurre si se juntan las disciplinas acaso más ricas del Derecho Civil (contratos, representado por la resolución, y derechos reales, representado por la posesión precaria), un precedente vinculante, la Corte Suprema y uno de los (ex)futbolistas más entrañables de nuestra selección? El resultado, sin duda, un caso más que interesante digno de análisis.

Uno de los supuestos de posesión precaria es el establecido en el precedente vinculante “5.1” del Pleno Casatorio, referido al fenecimiento del título por resolución del contrato, bajo las formas reguladas en los arts. 1429 y 1430 CC, esto es, por intimación y en virtud de una cláusula resolutoria expresa, respectivamente. Lo graficamos con un ejemplo: “X” (vendedor) celebra con “Y” (comprador) un contrato de compraventa, en virtud del cual el primero transfiere al segundo la propiedad de un inmueble. Las partes acuerdan que el pago del precio será en 25 armadas mensuales de US\$ 4,200.00. Luego de haber pagado puntualmente todas las cuotas anteriores,

“Y” incumple con los pagos de las armadas 11, 13, y 14. Ante ello, “X” decide resolver el contrato, ya sea por intimación (*ex art.* 1429 CC), amparado en el art. 1561 CC, ya sea por la existencia de una cláusula resolutoria expresa (*ex art.* 1430 CC), en caso de haberse pactado.

Luego de que “X” cumpla con las formalidades exigidas por ley, el contrato se habrá resuelto indefectiblemente y, consecuentemente, “Y” quedará constituido en poseedor precario por fenecimiento de título. Así, si fuera el caso que “Y” se niega a restituir el inmueble, “X” estará expedito para exigirla judicialmente, esto es, a través del desalojo por ocupación precaria. Pero ¿qué pasa si “Y” afirma que “X” no le notificó con la intimación o no le comunicó su deseo de hacerse valer de la cláusula resolutoria? ¿Qué ocurre si “Y” afirma haber pagado las armadas que “X” le imputa haber incumplido? ¿Cómo debe resolver el juez del desalojo ante estos argumentos de defensa del demandado?

En el presente trabajo trataremos de dar respuesta a estas y otras posibles interrogantes. Ello con ocasión de analizar una reciente ejecutoria suprema, Casación N° 1725-2016-Lima Este, que ha resuelto un recurso de casación interpuesto nada menos que por uno de los futbolistas más entrañables que han vestido la blanquirroja, nos referimos a Nolberto Solano, el Maestrillo. Para ello, partiremos por analizar brevemente la institución de la resolución por incumplimiento; luego, en atención al tipo de resolución invocada en la casación, analizaremos el juicio de resolución y sus elementos, para después hacer lo propio con los requisitos especiales que exigen los artículos 1429 y 1430 del CC. Posteriormente, pondremos de relieve

¹ Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, Cas. N° 2195-2011-Ucayali. Publicado en *El Peruano* el 14/08/2013.

algunas patologías de la relación resolución-posesión precaria, para a continuación analizar el caso concreto resuelto en la ejecutoria y, finalmente, dar nuestras conclusiones.

I. PREMISA: SOBRE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Como hemos advertido en la parte introductoria, el caso a propósito del cual surge el presente trabajo está directamente vinculado con una de las instituciones más importantes de la teoría general del contrato: la resolución por incumplimiento. Así, uno de los supuestos de ocupación precaria es el referido al (ex)comprador de un bien que lo sigue poseyendo pese haberse resuelto el contrato de compraventa que inicialmente justificaba su posesión.

En ese sentido es necesario realizar un breve *excursus* sobre la resolución, a fin de conocer su operatividad en nuestro ordenamiento. La intención es que el lector comprenda el mecanismo de la tutela resolutoria que el ordenamiento otorga al acreedor (quien sería el vendedor en el ejemplo propuesto en la parte introductoria). Sin embargo, no pretendemos direccionar este trabajo a un profundo análisis de la resolución por incumplimiento, por no ser su objeto; nos proponemos solamente glosar las nociones más básicas y primordiales del instituto con el fin de que sirva de sustento del análisis de la casación.

1. Definición y naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento

Es sabido que la doctrina moderna distingue la ineficacia de los negocios jurídicos entre la estructural y la funcional. La primera en tanto afecta su estructura misma, es decir, al no verificarse alguno de los presupuestos, elementos o requisitos necesarios para que pueda constituirse válidamente. Un negocio jurídico que “nace” en tales condiciones se reputa inválido y sus remedios son la nulidad y la anulabilidad. La segunda, en cambio,

en cuanto afecta la función del negocio válidamente formado, esto es, al sobrevenir un hecho externo o una conducta de alguna de las partes; sus remedios son la rescisión y la resolución.

Una autorizada doctrina italiana ha diferenciado, acertadamente, la invalidez (ineficacia estructural) de la resolución (ineficacia funcional) en los términos siguientes:

La invalidez afecta el contrato, por un vicio que este lleva en sí; y la ineficacia —es decir, la cancelación de los efectos contractuales— es su consecuencia. En cambio, la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación. (Roppo, 2009, p. 859)

El artículo 1371 del CC parece contener una clara definición de la resolución cuando refiere que: “[l]a resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración”. No obstante, como bien lo refiere el profesor Forno (1987) —acaso quien mejor ha trabajado el instituto en sede nacional—, la definición más completa ha sido de Messineo (p. 75). El profesor italiano, en tesis que compartimos, entiende que:

La resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, un hecho (objetivo) nuevo, un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se había constituido originalmente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que este no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión no constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia

al celebrarlo. Por lo tanto, la resolución pone fin (*ex nunc*) al contrato. (Messineo, 1979, p. 522)

Tal definición, empero, al ser completa también es genérica, por lo que abarca las distintas causales de resolución conocidas, y reguladas en nuestro ordenamiento, a saber: i) por incumplimiento (arts. 1428, 1429 y 1430 del CC); ii) por imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1431 del CC); y iii) por excesiva onerosidad de la prestación (art. 1440 del CC). Sin embargo, para los fines del presente trabajo solo nos referiremos a la primera.

En esa línea, desglosando parte de la definición dada por Messineo (como se citó en Forno, 1987), “podemos decir que la resolución por incumplimiento es la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia de la inexecución imputable a una de las partes, de las prestaciones que contiene la obligación creada a su cargo por el contrato” (p. 76).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento, ciertamente no es unánime la doctrina, dos han sido los principales postulados. El primero señala que la resolución es, ante todo una sanción jurídica que el ordenamiento ha previsto para la parte infiel, es decir, el incumplidor. Son partidarios de esta tesis Jossierand, Barbero y Auletta, como lo refieren los profesores De la Puente (2007, p. 380) y Forno (1987, pp. 77 y 80). Se ha criticado con razón esta forma de ver a la resolución, porque la sanción al incumplimiento no es tanto esta, sino el resarcimiento de los daños y perjuicios al que queda obligado la parte infiel. Así, Scognamiglio (1996), en similares términos, refiere que “la sanción contra el incumplimiento no consiste en la acción resolutoria, sino en el resarcimiento del daño, que es la reacción típica frente al ilícito civil y que la ley consagra expresamente como

¿Qué dijo Messineo?

La resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, un hecho (objetivo) nuevo, un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originalmente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que este no pueda continuar existiendo.

la consecuencia posterior y autónoma del incumplimiento” (p. 265), que en nuestro caso sería el artículo 1321 del CC. Hacemos nuestras las gráficas las palabras de Messineo (1986) para apartarse de dicha línea de pensamiento señalando que:

[L]a resolución no es una sanción a cargo del incumpliente, sino –sobre todo– un medio para liberar a la parte no incumpliente y para restituírle la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que le ha faltado. Se entiende que de este modo viene a quedar liberado también el incumpliente, salvo su obligación de resarcir el daño. (p. 345)

Nosotros nos adherimos a la segunda tesis, aquella que ve en la resolución a una situación jurídica subjetiva de ventaja activa, esto es, un derecho potestativo frente a una situación jurídica de desventaja inactiva, esto es, un estado de sujeción en el que se encontrará el incumpliente. Como señala Dell’Aquila (como se citó en Forno, 1987), la resolución por incumplimiento es un poder dispositivo

extrajudicial (ex arts. 1429 y 1430 del CC). A nuestro entender, el juez del desalojo debe tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Únicamente está autorizado a analizar la verificación de los requisitos especiales (formalidades, en términos del Pleno) a los que ya hemos hecho referencia.
- Si se invoca la resolución por intimación, debe verificar lo siguiente: i) que la intimación contenga la exigencia del cumplimiento de la prestación, la fijación de un plazo y el apercibimiento del efecto resolutorio en caso de persistencia del incumplimiento; ii) que dicha intimación haya sido puesta en conocimiento al deudor; y iii) que haya transcurrido el plazo concedido en la intimación sin que el deudor haya cumplido.
- Si se alega resolución por cláusula resolutoria expresa, el juez debe verificar: i) la claridad de la cláusula resolutoria; y ii) la declaración del acreedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria; y iii) que dicha declaración haya sido puesta en conocimiento al deudor.
- Si no se acredita la concurrencia de dichos requisitos especiales, la demanda debe ser infundada.
- Está prohibido de analizar los elementos generales del juicio de resolución a los que hemos referencia anteriormente: i) la reciprocidad de las prestaciones; ii) la justificación (o no) del incumplimiento; iii) la gravedad del mismo; y iv) el cumplimiento (o por lo menos su garantía) del acreedor de su propia prestación.
- Si hay cuestionamiento del demandado respecto de la (in)concurrencia de dichos elementos, que –pese a cumplirse con los requisitos especiales– generan duda sobre la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda, por existir complejidad.

No obstante, no basta el simple cuestionamiento u oposición del demandado respecto de la eficacia de la resolución, sino que los mismos deben estar acompañados de genuinos medios(s) probatorio(s) que generen cuanto menos un indicio razonable de que en el caso concreto no ha operado la resolución. El cuestionamiento sin pruebas en ningún caso da lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

- En ningún caso el juez puede emitir sentencia inhibitoria, esto es, declarando improcedente la demanda. Debe declarar fundada o infundada.

VII. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCESO DE DESALOJO: ALGUNOS SUPUESTOS Y EL PAPEL DEL JUEZ

Además de lo ya señalado, existe otro abanico de posibilidades por los que el demandado en un proceso de desalojo por precario cuya fuente es la resolución del contrato puede oponerse, negando su validez o eficacia. Surge la pregunta natural ¿qué debe hacer el juez en esos casos? A continuación la respuesta en dos supuestos recurrentes.

1. Cuando el comprador asegura haber cumplido con los pagos

En este caso, el juez debe hacer un análisis de los documentos con los que el demandado pretende acreditar haber realizado los pagos que el demandante le imputa haber incumplido. Dicho análisis –aunque superficial– debe concentrarse en: i) **la fecha del pago**, a fin de verificar si fue realizado antes de decaimiento del plazo concedido si la resolución fue por intimación, o de la fecha en que el deudor tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, en caso se trate de resolución por dicho convenio expreso; ii) **el monto**, a fin de ver si el pago ha sido integral, pues de no ser así, aun si el pago –parcial– fue realizado dentro del plazo,

extrajudicial (ex arts. 1429 y 1430 del CC). A nuestro entender, el juez del desalojo debe tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Únicamente está autorizado a analizar la verificación de los requisitos especiales (formalidades, en términos del Pleno) a los que ya hemos hecho referencia.
- Si se invoca la resolución por intimación, debe verificar lo siguiente: i) que la intimación contenga la exigencia del cumplimiento de la prestación, la fijación de un plazo y el apercibimiento del efecto resolutorio en caso de persistencia del incumplimiento; ii) que dicha intimación haya sido puesto en conocimiento al deudor; y iii) que haya transcurrido el plazo concedido en la intimación sin que el deudor haya cumplido.
- Si se alega resolución por cláusula resolutoria expresa, el juez debe verificar: i) la claridad de la cláusula resolutoria; y ii) la declaración del acreedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria; y iii) que dicha declaración haya sido puesta en conocimiento al deudor.
- Si no se acredita la concurrencia de dichos requisitos especiales, la demanda debe ser infundada.
- Está prohibido de analizar los elementos generales del juicio de resolución a los que hemos referencia anteriormente: i) la reciprocidad de las prestaciones; ii) la justificación (o no) del incumplimiento; iii) la gravedad del mismo; y iv) el cumplimiento (o por lo menos su garantía) del acreedor de su propia prestación.
- Si hay cuestionamiento del demandado respecto de la (in)concurrencia de dichos elementos, que – pese a cumplirse con los requisitos especiales– generan duda sobre la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda, por existir complejidad.

No obstante, no basta el simple cuestionamiento u oposición del demandado respecto de la eficacia de la resolución, sino que los mismos deben estar acompañados de genuinos medios(s) probatorio(s) que generen cuanto menos un indicio razonable de que en el caso concreto no ha operado la resolución. El cuestionamiento sin pruebas en ningún caso da lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

- En ningún caso el juez puede emitir sentencia inhibitoria, esto es, declarando improcedente la demanda. Debe declarar fundada o infundada.

VII. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCESO DE DESALOJO: ALGUNOS SUPUESTOS Y EL PAPEL DEL JUEZ

Además de lo ya señalado, existe otro abanico de posibilidades por los que el demandado en un proceso de desalojo por precario cuya fuente es la resolución del contrato puede oponerse, negando su validez o eficacia. Surge la pregunta natural ¿qué debe hacer el juez en esos casos? A continuación la respuesta en dos supuestos recurrentes.

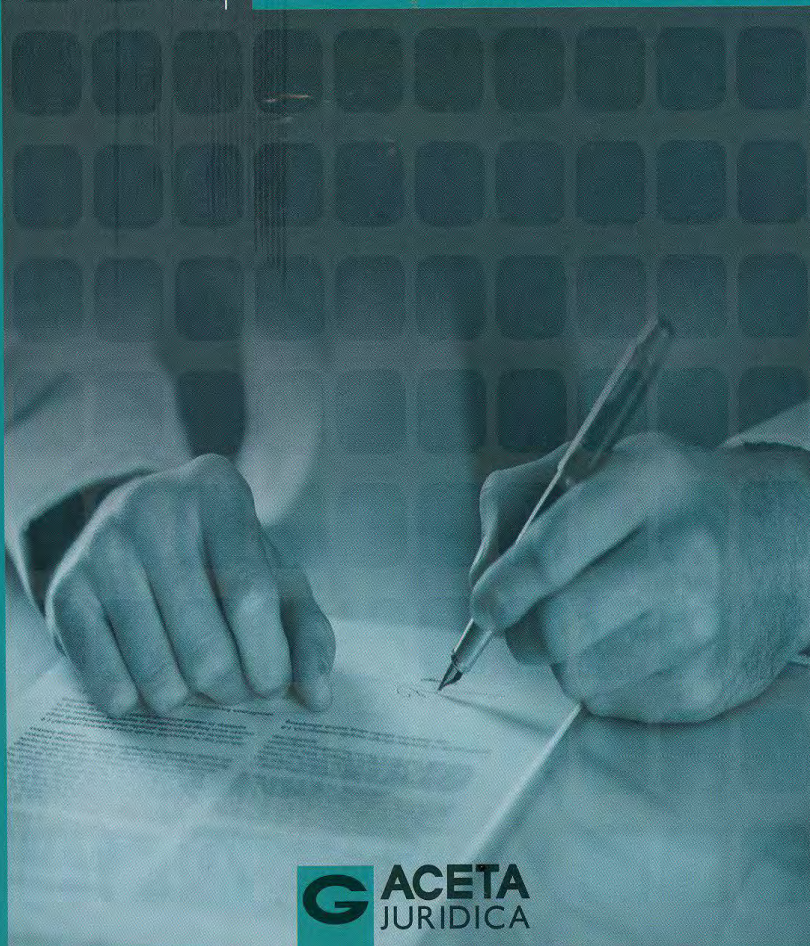
1. Cuando el comprador asegura haber cumplido con los pagos

En este caso, el juez debe hacer un análisis de los documentos con los que el demandado pretende acreditar haber realizado los pagos que el demandante le imputa haber incumplido. Dicho análisis –aunque superficial– debe concentrarse en: i) **la fecha del pago**, a fin de verificar si fue realizado antes de decaimiento del plazo concedido si la resolución fue por intimación, o de la fecha en que el deudor tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, en caso se trate de resolución por dicho convenio expreso; ii) **el monto**, a fin de ver si el pago ha sido integral, pues de no ser así, aun si el pago –parcial– fue realizado dentro del plazo,

JIMMY J.
RONQUILLO
PASCUAL

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

PROBLEMAS LEGISLATIVOS
Y JURISPRUDENCIALES
DEL INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL



G ACETA
JURIDICA

CAPÍTULO I

EL CONTRATO Y LAS REGLAS GENERALES EN MATERIA CONTRACTUAL

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO

El Código Civil peruano, al igual que la mayoría de Códigos Civiles que se adscriben al sistema romano germánico, adopta una noción pandectística del contrato, entendiéndolo, conforme aparece en su artículo 1351, como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Como puede verse, esta definición guarda bastante similitud con la definición que el mismo cuerpo normativo nos brinda respecto del “acto jurídico” [*rectius*, negocio jurídico⁽¹⁾], en el artículo 140, en donde se señala que este viene a ser “la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. Y ello, ciertamente, obedece a que el contrato es, al igual que el testamento y la promesa unilateral, una especie de la categoría general de negocio jurídico, entendiéndose a este como un acto vinculante por medio del cual se establecen las reglas jurídicas cuya actuación permitirá la satisfacción de los intereses de las partes, sea creando, transfiriendo, regulando, modificando o extinguiendo efectos jurídicos, esto es, como un acto de autonomía privada. En esta misma línea se ha dicho que: “El contrato entra en la categoría más amplia del acto de autonomía privada o negocio jurídico, o sea del acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica” (Bianca 2007: p. 24).

Pues bien, partiendo de la definición legislativa que aparece en el citado artículo 1351 del Código Civil, podemos construir el concepto de contrato, en función a cuatro elementos o componentes a saber: i) el acuerdo; ii) las partes; iii) la creación, transferencia, regulación, modificación o extinción; y iv) el efecto jurídico patrimonial.

(1) Véase: Acápites 2.1, del Capítulo II del presente trabajo.

1. El acuerdo

El acuerdo implica un acto de decisión adoptado por dos o más interesados [técnicamente, partes] en la satisfacción de las necesidades que experimentan y que, precisamente, alcanzarán a satisfacer por medio de las reglas autónomamente impuestas. Más técnicamente, atendiendo a que el contrato no es sino un fenómeno social, debemos decir que el acuerdo implica un acto de voluntad plurisubjetivo, entonces, el acuerdo está representado por la confluencia o coincidencia de dos declaraciones de voluntad comúnmente denominadas, oferta, la una, y aceptación, la otra.

Naturalmente, el significado de acuerdo “como acto de decisión no excluye la posibilidad de que la parte o las partes tengan un querer distinto del manifestado. La falta de una voluntad interna correspondiente no impide, en efecto, que el acto se presente siempre como acto de voluntad” (Bianca 2007: p. 27).

Retomaremos y profundizaremos estas ideas cuando nos ocupemos de la regla del consensualismo, por el momento solo nos interesa concluir que el contrato es un acto de voluntad o, si se prefiere, un acto consensual.

2. Las partes

El acuerdo lo adoptan partes. Y el concepto de parte no se identifica con el de persona. No es lo mismo decir que el contrato es el acuerdo de dos o más personas, a decir que el contrato es el acuerdo de dos o más partes.

Parte es un “centro de intereses homogéneos”, que, como tal, puede estar integrada por una o más personas unidas por un mismo interés (De la Puente 1998 a: p. 76). Así, por ejemplo, piénsese en el caso en donde concurren varios compradores y un enajenante o varios enajenantes y un comprador, o también varios compradores y varios enajenantes, en todos estos casos las partes no dejarán de ser dos: la parte vendedora (integrada por todos los enajenantes) y la parte compradora (integrada por todos los compradores).

Las partes son los titulares de los intereses regulados en el contrato, los que serán alcanzados por los efectos directos del contrato, esto es, los que quedarán vinculados por la relación contractual, sea que intervengan por sí mismos o mediante representante en la celebración del contrato.

Si la parte está conformada por una sola persona nos encontraremos frente a una parte simple o parte unisubjetiva; y si la parte está conformada por varias personas nos encontraremos ante una parte compleja o parte plurisubjetiva (De la Puente 1998 b: p. 109).

NÚMERO

3

BIBLIOTECA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

DIRECTOR: Günther Gonzales Barrón

PROCESO
DE DESALOJO
(Y POSESIÓN PRECARIA)

Günther Gonzales Barrón

TERCERA
EDICIÓN



JURISTA
editores

En suma, la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable, con sustento en las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada.

B.- DE LA POSESIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES AFINES.

Como quiera que en el presente caso constituye materia de controversia únicamente el interés invocado por las partes a disfrutar de la posesión inmediata, conforme al derecho y a los hechos invocados por la demandante y contradicho por la parte demandada, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, para luego adentrarnos al tema de la posesión precaria.

B.1.- LA POSESIÓN:

30.- Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896° define lo que es la posesión, conforme al texto siguiente:

“Artículo 896°: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Al respecto, como bien comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherentes a la propiedad, es decir el *usare*, el *fruere* y el *consumere*⁽¹⁸⁾.

31.- En el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que la posesión era la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su

⁽¹⁸⁾ El autor sigue la definición del tratadista argentino Daniel Ovejero. Cf. Castañeda, Jorge Eugenio, *Los derechos reales*, 4° ed., t I, Lima, P. L. Villanueva, 1973, pp. 93-94 y 95.

formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (*traditio*, usucapión, tesoro, frutos, etc.). Es el reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencias significativas⁽²²⁾.

34.- Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar, en el tráfico jurídico, las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia.

B.2- CLASES DE POSESIÓN:

35.- Nuestro ordenamiento civil contiene una clasificación de los tipos de posesión y sus efectos, tal como se puede verificar de lo regulado por los artículos 905° a 911° del Código Civil, siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata; legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado arduos debates, tanto en los ámbitos doctrinarios como jurisprudencial, a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances, sobre lo que más adelante nos ocuparemos.

36.- La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el corpus necesario para elevarlo a la categoría de poseedor⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Id, p. 86.

⁽²³⁾ Cf. Jiménez Horwitz, Margarita, La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil" en: Anuario de Derecho Civil, Madrid, t LII, 1999, p. 613.

vicio, para su justa solución. Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consistía en el acto por el cual una persona cedía a otra, a petición o ruego de esta, el uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento⁽²⁸⁾.

45.- Sólo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750° del Código Civil de dicho país ha suscitado dos posiciones distintas a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto al precario. Una primera tendencia conceptúa al precario como un contrato, pues sostienen que existen reminiscencias del antiguo concepto romano del precario, por la cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante. Por el contrario, el otro sector estima que dicho artículo no contempla la figura de un precario de origen contractual, sino de una simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia⁽²⁹⁾ del titular de la posesión real.

(28) Cf. Cano Morlano, Guadalupe, Estudio sobre la figura del precario, Madrid, Edersa, 1999, p. 243. También Ferrer Martín, Daniel, El precario y el juicio de desahucio por juicio de precario”, en: Revista de Derecho Privado Madrid, t. XXXVI, enero-diciembre, 1952, p. 303.

(29) Latour señala que liberalidad y tolerancia no son términos o expresiones idénticas. Liberalidad, gramaticalmente, equivale a virtud moral del que da generosamente lo que tiene sin esperar recompensa, al paso que tolerancia vale tanto como acción y efecto de tolerar, de sufrir, llevar con paciencia, y, en última instancia, disimular o permitir algunas cosas sin consentidas expresamente. Lo primero equivale a un obrar, un hacer, algo positivo, en suma. Lo segundo, a mera abstención, un no obrar o no hacer, simple pasividad en suma.

Por tal razón, sigue precisando el autor citado, que el precario sea, por esencia, revocable a voluntad del precario dans —en doctrina se denomina corno “precario dans” al sujeto que concede el uso o posesión de la cosa, bien mediante un acto de liberalidad o concesión graciosa, bien porque tolera los actos de ocupación del precarista o la posesión de quien, por cual-

B.2.1.- POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA:

37.- El artículo 905° del Código Civil regula lo concerniente a la posesión mediata e inmediata, señalando que es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título, mientras que le corresponderá la posesión mediata a quien confirió el título.

38.- Conforme expresa Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos)⁽²⁴⁾.

39.- Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatez no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata⁽²⁵⁾.

B.2.2.- POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA:

40.- De lo regulado por los artículos 906° a 910° del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado, será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia.

41.- Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento

⁽²⁴⁾ Cf. Hernández Gil, Ob. cit., p. 111.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 111, Vid. también Díez-Picazo, Sistema..., p. 107

el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico⁽³²⁾.

49.- De acuerdo a lo señalado, se puede decir que en lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española, se asume que la figura del precario supone una situación posesoria, razón por la cual esta calificación jurídica del precario es consecuencia del concepto que se tiene de la institución en estos últimos tiempos, cuya esencia radica, como antes, en la gratuidad, pero no nace ya con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble⁽³³⁾. No es ya el contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si bien es cierto algunas veces tiene su origen en un contrato, pero otras no; lo que ha determinado que se desplace el eje característico de la institución de la causa al efecto, cifrando en éste -tenencia, detentación, posesión en suma- la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora, que unas veces será el contrato y otra el vicio en la posesión⁽³⁴⁾.

C.2) DEL OCUPANTE PRECARIO EN SEDE NACIONAL.

50.- Teniendo en cuenta la situación descrita, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, no puede resultar ajena frente a la necesidad de darle un contenido preciso al caso del ocupante precario en sede nacional. Con mayor razón si nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina anteriormente

(32) Cf. Cano Moriano, Ob. cit., p. 90.

(33) Manuel de la Plaza Indicaba que el precario supone una situación posesoria, que, a pesar de su inestabilidad, ha de ser mantenida, mientras no se obtenga el vencimiento del poseedor en el proceso de destitución; la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo; y a la falta de título que justifique el goce de la posesión, bien porque nos dé una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho.

Cf. De la Plaza, Manuel, Derecho procesal civil español, vol. II, 2ª edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pp. 354-355

(34) Cf. Ferrer Martín, Ob. Cit. p. 308.

expuesta, al otorgarle un concepto variado, impreciso y, en no muy pocas oportunidades, contradictorio, deviniendo en insuficiente para cubrir todos los supuestos planteados por las partes, generando una jurisprudencia igualmente imprecisa. Esta situación genera inseguridad jurídica en nuestra sociedad, debilidad que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos, cuya necesaria solución definitiva, por la jurisdicción civil, generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado, los cuales deben destinar un alto porcentaje de su presupuesto para atender la solución de dichos conflictos, los que, por experiencia jurisdiccional, se puede afirmar que integra un preocupante y elevado porcentaje, entre los conflictos que se tramitan en el Poder Judicial; recargando aún más la actividad de los jueces, efecto que se incrementa, debido a que las indecisiones anteriormente expuestas, generan inseguridad, trasladando falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, debilidades de las cuales buscan aprovecharse, como ya se ha dicho, personas inescrupulosas, pretendiendo ostentar la posesión de un inmueble, por un tiempo prolongado, sin sustento jurídico alguno. Ello se agrava más, cuando observamos que hay una alta incidencia de procesos cuyas pretensiones se declaran improcedentes, bajo la concepción de .que en el desalojo por ocupación precaria, basta que se presente cualquier aspecto vinculado a la propiedad o cualquier circunstancia que se alegue no puede ser controvertida y decidida en el proceso sumario de desalojo, para que la jurisdicción la acoja como razón para rechazar la demanda, considerando que previamente tal situación debe ser discutida previamente en un proceso de trámite más lato, lo cual, desde luego viene afectando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, porque con una sentencia que declara improcedente la demanda, mal puede considerarse que está propendiéndose a la protección del derecho sustantivo afectado y menos que se está dando solución al conflicto. Dentro de esta concepción, para ejercer el derecho a poseer resulta necesario se discuta previamente, en otro proceso más lato, la defensa expuesta por el demandado, con la cual pretende justificar su posesión.

51.- Siendo este el diagnóstico, y aprovechando la oportunidad que se presenta para resolverse la controversia sometida a análisis, este Colegio ha considerado que es impostergable la necesidad de solucionar estos conflictos en forma predecible, precisa y oportuna. Por tal motivo, resulta

pertinente efectuar una interpretación del artículo 911° de nuestro Código Civil, otorgándole un contenido que permita establecer por este alto Tribunal, de una manera clara y uniforme, la conceptualización de la figura jurídica del precario, que priorice la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional. Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión⁽³⁵⁾; hechos o actos cuya probanza pueden realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite; entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

52.- Como se ha mencionado, a nivel de la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posiciones sobre lo que debemos de entender por precario, por tal razón, se hace imperativo que en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911° del Código Civil, el cual señala que: La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.”

53.- Al respecto resulta interesante lo definido por el Diccionario de la Real Academia, cuando señala, en cuanto al término de Derecho, que se concibe como precario lo que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño.

De lo señalado, surgen dos características básicas, la, primera, referida a la necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de la cosa ajena y, la segunda, a la ausencia de título jurídico de esa posesión. Pero la ausencia de título puede encontrar su justificación en la tolerancia o en la inadvertencia del dueño.

54.- Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título

⁽³⁵⁾ Posición que coincide con la expuesta por el *amicus curiae* Dr. Martín Mejorada Chauca, tanto en la vista de la causa, como en sus artículos publicados.

alguno; esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer -dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.

55.- El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.

56.- En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía - con el cual justificaba su posesión el demandado- 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 de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una 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 encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

57.- Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585° del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la restitución del bien, lo que debemos entender como entrega de

cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585°, en cuanto a que el término "restitución" se debe entender en un sentido amplio y no restringido. Quedando entendido que la probanza de la legitimidad para obrar activa estará referida al supuesto que alegue la parte actora (propietario, administrador o que idóneamente considere tener derecho a la restitución del bien).

60.- En esa misma línea de ideas, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva; para mantener la sistematicidad, resulta concordante interpretar conjuntamente el citado artículo 586° con el artículo 911° del Código Civil, por lo que se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

61.- Estando a lo señalado, esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario -a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la Jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia-, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. En consecuencia, se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya fenecido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante -sea a título de propietario, poseedor mediato, administrador, comodante, etc.-, pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, 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, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante.

62.- Ahora bien, estando a lo conceptualizado, y sin que se pretenda hacer una relación con carácter de *numerus clausus*, consideramos necesario, que, aplicando los criterios anteriormente expuestos y tomando como

base los casos recurrentes ante la Jurisdicción Civil y que se han venido conociendo y decidiendo en forma contradictoria, en algunos casos por esta Corte Suprema y sobre todo por los demás órganos jurisdiccionales de grados inferiores, establecer criterios para poder discernir aquellos casos que configurarían o no supuestos de ocupantes precarios:

C.3) SUPUESTOS DE POSESIÓN PRECARIA.

63.-Teniendo en cuenta lo dicho, siempre a título de *numerus clausus*, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

- I) En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos; se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429° ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisten mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y sustentándola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la validez de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.
- II) También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del

arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Sólo en el caso de existencia de requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

III) Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.

IV) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.

V) En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo -sea

de buena o mala fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

VI) La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la Improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda de desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inexecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

64.- En todos los casos anteriormente descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino, por el contrario, deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

65.- En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, que permite abrir el debate de la posesión en un proceso

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

Actualidad jurisprudencial para jueces, fiscales y abogados litigantes

DIRECTORES

VICTOR PRADO Saldarriaga
NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ
JOAN CARLOS MORÓN URBINA

Nº 234 | MARZO 2018 | AÑO 23

**Resolución
contractual en
la jurisprudencia
del OSCE**

Identidad de género
Cambio de sexo

Usucapión e hipoteca
Preferencia de derechos

Vencimiento de arrendamiento
Efectos de solicitar la restitución del bien

Rebeldía
Error en el cómputo del plazo

Tentativa de feminicidio
Configuración

Rebeldía a remuneraciones
Efectos de las objeciones de justificación

Rebeldía a resoluciones jurisdiccionales
Efectos de la rebeldía civil y procesal civil

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

G JURIDICA
26 AÑOS DE LIBERAZIÓN



**NUEVAMENTE EL CUARTO PLENO:
RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y POSESIÓN PRECARIA**

A propósito del Maestrito y su "gol de tiro libre" en la Corte Suprema

Efraín PRETELALONZO*

TEMA RELEVANTE

En esta ocasión, el autor analiza la Casación N° 1725-2016-Lima Este, una ejecutoria suprema en la que se declaró infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria incoada en contra del exfutbolista Nolberto Solano. En tal sentido, luego de analizar los aspectos más relevantes de la resolución contractual (definición, naturaleza, modalidades, requisitos, etc.), el autor concluye que la decisión de los magistrados supremos fue correcta, pues la carta notarial de comunicación de resolución de contrato por ocurrencia expresa nunca fue dejada en el domicilio consignado por Nolberto Solano, sino simplemente diligenciada, por lo que no puede tenerse por ejecutada la resolución de la compraventa, en consecuencia, no se gestó posesión precaria alguna.

▶ PALABRAS CLAVE

Contrato / Resolución / Posesión precaria / Desalojo

Recibido: 09/03/2018

Aprobado: 13/03/2018

INTRODUCCIÓN

La publicación de la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Pleno Casatorio, en

adelante) fue quizás uno de los hechos más esperados por los operadores jurídicos. Tras el suceso, que ocurrió el 14 de agosto de 2008, se cerró –al menos a nivel judicial– uno de los temas que mayor debate ha generado: la posesión precaria.

Como se sabe, la Corte Suprema acogió una definición amplia de la posesión precaria, de tal forma que pudiera englobar la mayor cantidad de supuestos. Con tal fin, definió la carencia de título o fenecimiento del mismo, referidos en el artículo 911 del Código Civil (CC, en adelante), en

* Asistente de jura superior en la Corte Superior de Justicia de Lima. Asistente de docencia de los cursos Acto jurídico, Derechos Reales y Responsabilidad Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y Derecho Procesal Civil I y II en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Cursando estudios de maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Taller de Derecho Civil "José León Barandiarán".

el sentido de que dicho dispositivo "no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la parte demandada". Esto dejó descartada aquella posición doctrinal que venía haciendo esfuerzos para que el dispositivo sea interpretado bajo una lectura del *precarium* romano, un concepto mucho más restringido que se contrae a dos de los supuestos actualmente establecidos en el precedente vinculante. El mayor mérito del Cuarto Pleno –más allá de su correcta o incorrecta determinación respecto del instituto– ha sido, pues, el haber puesto fin a esa interminable discusión de tan larga data.

En ese contexto, ¿qué ocurre si se juntan las disciplinas acaso más ricas del Derecho Civil (contratos, representado por la resolución, y derechos reales, representado por la posesión precaria), un precedente vinculante, la Corte Suprema y uno de los (ex)futbolistas más entrañables de nuestra selección? El resultado, sin duda, un caso más que interesante digno de análisis.

Uno de los supuestos de posesión precaria es el establecido en el precedente vinculante "S.1" del Pleno Casatorio, referido al fenecimiento del título por resolución del contrato, bajo las formas reguladas en los arts. 1429 y 1430 CC, esto es, por intimación y en virtud de una cláusula resolutoria expresa, respectivamente. Lo graficamos con un ejemplo: "X" (vendedor) celebra con "Y" (comprador) un contrato de compraventa, en virtud del cual el primero transfiere al segundo la propiedad de un inmueble. Las partes acuerdan que el pago del precio será en 25 annadas mensuales de US\$ 4.200.00. Luego de haber pagado puntualmente todas las cuotas anteriores,

"Y" incumple con los pagos de las annadas 11, 13, y 14. Ante ello, "X" decide resolver el contrato, ya sea por intimación (ex art. 1429 CC), amparado en el art. 1561 CC, ya sea por la existencia de una cláusula resolutoria expresa (ex art. 1430 CC), en caso de haberse pactado.

Luego de que "X" cumpla con las formalidades exigidas por ley, el contrato se habrá resuelto indefectiblemente y, consecuentemente, "Y" quedará constituido en poseedor precario por fenecimiento de título. Así, si fuera el caso que "Y" se niega a restituir el inmueble, "X" estará expedito para exigiría judicialmente, esto es, a través del desalojo por ocupación precaria. Pero ¿qué pasa si "Y" afirma que "X" no le notificó con la intimación o no le comunicó su deseo de hacerse valer de la cláusula resolutoria? ¿Qué ocurre si "Y" afirma haber pagado las annadas que "X" le imputa haber incumplido? ¿Cómo debe resolver el juez del desalojo ante estos argumentos de defensa del demandado?

En el presente trabajo trataremos de dar respuesta a estas y otras posibles interrogantes. Ello con ocasión de analizar una reciente ejecutoria suprema, Casación N° 1725-2016-Lima Este, que ha resuelto un recurso de casación interpuesto nada menos que por uno de los futbolistas más entrañables que han vestido la blanquiroja, nos referimos a Nolberto Solano, el Maestrillo. Para ello, partiremos por analizar brevemente la institución de la resolución por incumplimiento; luego, en atención al tipo de resolución invocada en la casación, analizaremos el juicio de resolución y sus elementos, para después hacer lo propio con los requisitos especiales que exigen los artículos 1429 y 1430 del CC. Posteriormente, pondremos de relieve

algunas patologías de la posesión precaria, analizar el caso concreto y, finalmente,

I. PREMISA: SI POR INCUMPLIMIENTO

Como hemos advertido, el caso a presentarse con una de las tesis de la teoría de la resolución por incumplimiento de los supuestos de ocurrido al (ex)comprador poseyendo posesión de compraventa de su posesión.

En ese sentido es el *excursus* sobre la operatividad de la resolución por incumplimiento. La intención es que el mecanismo de la resolución por incumplimiento otorgue al vendedor en la parte introductoria del presente análisis de la resolución por incumplimiento no ser su objetivo glosar las características morales del instituto de sustento del un

1. Definición y resoluciones por incumplimiento

Es sabido que la resolución por incumplimiento afecta la estructura y la operatividad de la resolución por incumplimiento, al no verificarse los elementos o requisitos para que pueda constituirse un acto jurídico que "no es reputa inválido y anulabilidad"

1 Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, Cas. N° 2195-2011-Ucayali. Publicado en *El Peruano* el 14/06/2013.

algunas patologías de la relación resolución-posesión precaria, para a continuación analizar el caso concreto resuelto en la ejecutoria y, finalmente, dar nuestras conclusiones.

1. PREMISA: SOBRE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Como hemos advertido en la parte introductoria, el caso a propósito del cual surge el presente trabajo está directamente vinculado con una de las instituciones más importantes de la teoría general del contrato: la resolución por incumplimiento. Así, uno de los supuestos de ocupación precaria es el referido al (ex)comprador de un bien que lo sigue poseyendo pese haberse resuelto el contrato de compraventa que inicialmente justificaba su posesión.

En ese sentido es necesario realizar un breve *exkursus* sobre la resolución, a fin de conocer su operatividad en nuestro ordenamiento. La intención es que el lector comprenda el mecanismo de la tutela resolutoria que el ordenamiento otorga al acreedor (quien sería el vendedor en el ejemplo propuesto en la parte introductoria). Sin embargo, no pretendemos direccionar este trabajo a un profundo análisis de la resolución por incumplimiento, por no ser su objeto; nos proponemos solamente glosar las nociones más básicas y primordiales del instituto con el fin de que sirva de sustento del análisis de la casación.

1. Definición y naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento

Es sabido que la doctrina moderna distingue la ineficacia de los negocios jurídicos entre la estructural y la funcional. La primera en tanto afecta su estructura misma, es decir, al no verificarse alguno de los presupuestos, elementos o requisitos necesarios para que pueda constituirse válidamente. Un negocio jurídico que "nace" en tales condiciones se reputa inválido y sus remedios son la nulidad y la anulabilidad. La segunda, en cambio,

en cuanto afecta la función del negocio válidamente formado, esto es, al sobrevenir un hecho externo o una conducta de alguna de las partes; sus remedios son la rescisión y la resolución.

Una autorizada doctrina italiana ha diferenciado, acertadamente, la invalidez (ineficacia estructural) de la resolución (ineficacia funcional) en los términos siguientes:

La invalidez afecta el contrato, por un vicio que este lleva en sí; y la ineficacia -es decir, la cancelación de los efectos contractuales- es su consecuencia. En cambio, la resolución afecta no el contrato, sino directamente y solo sus efectos: hace el contrato ineficaz, sin tocar la validez. En otras palabras: la invalidez atañe al contrato como acto; la resolución como relación. (Roppe, 2009, p. 859)

El artículo 1371 del CC parece contener una clara definición de la resolución cuando refiere que: "[l]a resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración". No obstante, como bien lo refiere el profesor Forno (1987) -acaso quien mejor ha trabajado el instituto en sede nacional-, la definición más completa ha sido de Messineo (p. 75). El profesor italiano, en tesis que compartimos, entiende que:

La resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, un hecho (objetivo) nuevo, un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se había constituido originalmente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que este no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión no constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia

al celebrario. Por lo tanto, la resolución pone fin (*et tunc*) al contrato. (Messineo, 1979, p. 522)

Tal definición, empero, al ser completa también es genérica, por lo que abarca las distintas causales de resolución conocidas, y reguladas en nuestro ordenamiento, a saber: i) por incumplimiento (arts. 1428, 1429 y 1430 del CC); ii) por imposibilidad sobreviniente de la prestación (art. 1431 del CC); y iii) por excesiva onerosidad de la prestación (art. 1440 del CC). Sin embargo, para los fines del presente trabajo solo nos referiremos a la primera.

En esa línea, desglosando parte de la definición dada por Messineo (como se citó en Forno, 1987), "podemos decir que la resolución por incumplimiento es la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia de la inexecución imputable a una de las partes, de las prestaciones que contiene la obligación creada a su cargo por el contrato" (p. 76).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento, ciertamente no es unánime la doctrina, dos han sido los principales postulados. El primero señala que la resolución es, ante todo una sanción jurídica que el ordenamiento ha previsto para la parte infiel, es decir, el incumplidor. Son partidarios de esta tesis Josseland, Barbero y Auletta, como lo refieren los profesores De la Puente (2007, p. 380) y Forno (1987, pp. 77 y 80). Se ha criticado con razón esta forma de ver a la resolución, porque la sanción al incumplimiento no es tanto esta, sino el resarcimiento de los daños y perjuicios al que queda obligado la parte infiel. Así, Scognamiglio (1996), en similares términos, refiere que "la sanción contra el incumplimiento no consiste en la acción resolutoria, sino en el resarcimiento del daño, que es la reacción típica frente al ilícito civil y que la ley consagra expresamente como

Lo que dijo Messineo:

La resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, un hecho (objetivo) nuevo, un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originalmente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que este no pueda continuar existiendo.

la consecuencia posterior y autónoma del incumplimiento" (p. 265), que en nuestro caso sería el artículo 1321 del CC. Hacemos nuestras las gráficas (as palabras de Messineo (1986) para apartarse de dicha línea de pensamiento señalando que:

[...] la resolución no es una sanción a cargo del incumpliente, sino —sobre todo— un medio para liberar a la parte no incumpliente y para restituírle la posibilidad de recurrir a otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o equivalente a la que le ha faltado. Se entiende que de este modo viene a quedar liberado también el incumpliente, salvo su obligación de resarcir el daño. (p. 345)

Nosotros nos adherimos a la segunda tesis, aquella que ve en la resolución a una situación jurídica subjetiva de ventaja activa, esto es, un derecho potestativo frente a una situación jurídica de desventaja inactiva, esto es, un estado de sujeción en el que se encontrará el incumpliente. Como señala Dell'Aquila (como se citó en Forno, 1987), la resolución por incumplimiento es un poder dispositivo

Comentario del autor

La constitución dada para el de la prestación opta por la res

que el derecho contiene naturaleza de 82-83). En nuestra por importantes Puente (2007, 381)

Ahora bien, la remiento debe mater Es decir, la verificación no genera por sí misma la extinción de los efectos requiere cuanto menos para su efectivización exista incumplimiento vigente mientras que los mecanismos potestativo de resarcimiento de daños que opera la resolución

2. Resolución judicial

En realidad, como en la vía judicial no es por incumplimiento genérica que las partes sin efecto el contrato cuando se verifica es decir, ya sea incumplimiento o imposibilidad tal aclaración, el trabajo solo la opera cuanto al primer caso

La resolución judicial ordenada por el juez

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

extrajudicial (ex arts. 1429 y 1430 del CC). A nuestro entender, el juez del desalojo debe tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Únicamente está autorizado a analizar la verificación de los requisitos especiales (formalidades, en términos del Pleno) a los que ya hemos hecho referencia.
- Si se invoca la resolución por intimación, debe verificar lo siguiente: i) que la intimación contenga la exigencia del cumplimiento de la prestación, la fijación de un plazo y el apercibimiento del efecto resolutorio en caso de persistencia del incumplimiento; ii) que dicha intimación haya sido puesta en conocimiento al deudor; y iii) que haya transcurrido el plazo concedido en la intimación sin que el deudor haya cumplido.
- Si se alega resolución por cláusula resolutoria expresa, el juez debe verificar: i) la claridad de la cláusula resolutoria; y ii) la declaración del acreedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria; y iii) que dicha declaración haya sido puesta en conocimiento al deudor.
- Si no se acredita la concurrencia de dichos requisitos especiales, la demanda debe ser infundada.
- Está prohibido de analizar los elementos generales del juicio de resolución a los que hemos referencia anteriormente: i) la reciprocidad de las prestaciones; ii) la justificación (o no) del incumplimiento; iii) la gravedad del mismo; y iv) el cumplimiento (o por lo menos su garantía) del acreedor de su propia prestación.
- Si hay cuestionamiento del demandado respecto de la (in)concurrencia de dichos elementos, que - pese a cumplirse con los requisitos especiales- generan duda sobre la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda, por existir complejidad.

No obstante, no basta el simple cuestionamiento u oposición del demandado respecto de la eficacia de la resolución, sino que los mismos deben estar acompañados de genuinos medios(s) probatorio(s) que generen cuanto menos un indicio razonable de que en el caso concreto no ha operado la resolución. El cuestionamiento sin pruebas en ningún caso da lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

- En ningún caso el juez puede emitir sentencia inhibitoria, esto es, declarando improcedente la demanda. Debe declarar fundada o infundada.

VII. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCESO DE DESALOJO: ALGUNOS SUPUESTOS Y EL PAPEL DEL JUEZ

Además de lo ya señalado, existe otro abanico de posibilidades por los que el demandado en un proceso de desalojo por precario cuya fuente es la resolución del contrato puede oponerse, negando su validez o eficacia. Surge la pregunta natural ¿qué debe hacer el juez en esos casos? A continuación la respuesta en dos supuestos recurrentes.

1. Cuando el comprador asegura haber cumplido con los pagos

En este caso, el juez debe hacer un análisis de los documentos con los que el demandado pretende acreditar haber realizado los pagos que el demandante le imputa haber incumplido. Dicho análisis -aunque superficial- debe concentrarse en: i) la fecha del pago, a fin de verificar si fue realizado antes de decaimiento del plazo concedido si la resolución fue por intimación, o de la fecha en que el deudor tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, en caso se trate de resolución por dicho convenio expreso; ii) el monto, a fin de ver si el pago ha sido integral, pues de no ser así, aun si el pago -parcial- fue realizado dentro del plazo,

Comentario del autor

Si el demandado en imposibilidad de culpa, el requerimiento pese a dictado que los su domicilio, a fin acompañado que generen duda razonable su afirmación, jo debe declarar manda por no mandado tuvo mismos.

persistirá el incumplimiento que el contrato ha sido demanda debe ser evidencia que el pago mente dentro del plazo en consecuencia, la

Si del referido análisis claro las indicadas persiste la duda ad juez debe declarar desalojo.

2. Cuando el comprador tomado conocimiento o declaración cláusula resolutoria

Si el demandado argumentando que no porque nunca tomó intimación o la compra valer de la cláusula del caso, el análisis debe limitarse a la miento de las formas

extrajudicial (ex arts. 1429 y 1430 del CC). A nuestro entender, el juez del desalojo debe tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Únicamente está autorizado a analizar la verificación de los requisitos especiales (formalidades, en términos del Pleno) a los que ya hemos hecho referencia.
- Si se invoca la resolución por intimación, debe verificar lo siguiente: i) que la intimación contenga la exigencia del cumplimiento de la prestación, la fijación de un plazo y el apercibimiento del efecto resolutorio en caso de persistencia del incumplimiento; ii) que dicha intimación haya sido puesta en conocimiento al deudor; y iii) que haya transcurrido el plazo concedido en la intimación sin que el deudor haya cumplido.
- Si se alega resolución por cláusula resolutoria expresa, el juez debe verificar: i) la claridad de la cláusula resolutoria; y ii) la declaración del acreedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria; y iii) que dicha declaración haya sido puesta en conocimiento al deudor.
- Si no se acredita la concurrencia de dichos requisitos especiales, la demanda debe ser infundada.
- Está prohibido de analizar los elementos generales del juicio de resolución a los que hemos referencia anteriormente: i) la reciprocidad de las prestaciones; ii) la justificación (o no) del incumplimiento; iii) la gravedad del mismo; y (iv) el cumplimiento (o por lo menos su garantía) del acreedor de su propia prestación.
- Si hay cuestionamiento del demandado respecto de la (in)concurrencia de dichos elementos, que –pese a cumplirse con los requisitos especiales– generan duda sobre la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda, por existir complejidad.

No obstante, no basta el simple cuestionamiento u oposición del demandado respecto de la eficacia de la resolución, sino que los mismos deben estar acompañados de genuinos medios(s) probatorio(s) que generen cuanto menos un indicio razonable de que en el caso concreto no ha operado la resolución. El cuestionamiento sin pruebas en ningún caso da lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

- En ningún caso el juez puede emitir sentencia inhibitoria, esto es, declarando improcedente la demanda. Debe declarar fundada o infundada.

VII. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO EN EL PROCESO DE DESALOJO: ALGUNOS SUPUESTOS Y EL PAPEL DEL JUEZ

Además de lo ya señalado, existe otro abanico de posibilidades por los que el demandado en un proceso de desalojo por precario cuya fuente es la resolución del contrato puede oponerse, negando su validez o eficacia. Surge la pregunta natural ¿qué debe hacer el juez en esos casos? A continuación la respuesta en dos supuestos recurrentes.

1. Cuando el comprador asegura haber cumplido con los pagos

En este caso, el juez debe hacer un análisis de los documentos con los que el demandado pretende acreditar haber realizado los pagos que el demandante le imputa haber incumplido. Dicho análisis –aunque superficial– debe concentrarse en: i) la fecha del pago, a fin de verificar si fue realizado antes de decaimiento del plazo concedido si la resolución fue por intimación, o de la fecha en que el deudor tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, en caso se trate de resolución por dicho convenio expreso; ii) el monto, a fin de ver si el pago ha sido integral, pues de no ser así, aun si el pago –parcial– fue realizado dentro del plazo,

Comentario del autor

Si el demandado en imposibilidad de culpa, el requerimiento de intimación pese a haber sido notificado que los documentos que lo acompañan no son su domicilio, sino el de su fin acompañado de un documento que genere duda razonable sobre su afirmación, el juez debe declarar fundada la demanda por no haber sido el demandado quien tuvo los documentos.

persistirá el incumplimiento del contrato que el demandado debe ser fundamentado por evidencia que el pago fue realizado dentro del plazo, en consecuencia, la demanda debe ser fundada.

Si del referido análisis no se desprende claro las indicaciones, persiste la duda acudida al juez debe declarar fundada la demanda de desalojo.

2. Cuando el comprador asegura haber tomado conocimiento de la cláusula resolutoria

Si el demandado asegura haber tomado conocimiento de la cláusula resolutoria, pero nunca tomó conocimiento de la declaración del acreedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria, el análisis debe limitarse a la verificación de la fecha de la declaración de la cláusula resolutoria.

Héctor Lama More
Estudio preliminar

**JURISPRUDENCIA
VINCULANTE**

CIVIL Y PROCESAL CIVIL

TOMO I

PLENOS CASATORIOS

— Jurisprudencia vinculante —

NUEVOS FALLOS QUE
DESARROLLAN LOS PLENOS

— Jurisprudencia relevante —

INSTITUTO
PACIRCO

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

345.728 L21 Lama Mora, Héctor Enrique
Jurisprudencia vinculante : civil y procesal civil / estudio preliminar, surtillas
(y) gress, Héctor Lama Mora, Fernando Vidal Ramírez. - 1a ed. - Lima : Instituto
Pacífico, 2016 (Lima : Pacífico Editores).

2. l. : 26 cm.

Contenido: 1.1 Perros casationes: jurisprudencia vinculante. Nuevos fallos que
desarrollan los plenos: jurisprudencia relevantes - 1.2 Sentencias en casación:
jurisprudencia relevante

D.L. 2016-14454

ISBN 978-612-4328-49-7 (t.1)

1. Perú. Corte Suprema de Justicia - Resoluciones 2. Perú. (Código procesal civil
(1982)) - Interpretación y aplicación 3. Recurso de casación (Derecho procesal civil) -
Perú - Casos 4. Derecho civil - Perú - Casos 5. Derecho procesal civil - Perú - Casos 6.
Justicia. Administración de - Perú - Casos 1. Vidal Ramírez, Fernando, 1934- II. Instituto
Pacífico (Lima) II. Título
BNP: 2016-1381

JURISPRUDENCIA VINCULANTE CIVIL Y PROCESAL CIVIL (TOMO I)

Autor

© HÉCTOR LAMA MORE, 2016

Primera edición: octubre 2016

Copyright 2016

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Diego Camacho Borja
Georgina Candori Choque

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. -2016
Jr. Castroliryo N.º 224-Bueno
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@instituto.com

Tiraje: 1,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051601177

ISBN : 978-612-4328-49-7

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º : 2016-14454

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castroliryo N.º 224-Bueno
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier me-
dio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin au-
torización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propie-
dad intelectual y de autor por la legislación peruana.

CASACIÓN N.º 2195-2011 UCAYALI
CUARTO PLENO CASATORIO: DESALOJO EN EL CONTEXTO
DE OCUPACIÓN PRECARIA

Casación N.º 2195-2011 UCAYALI
Fecha: 13.8.2012
Presidencia: Pleno de Salas Civiles de la Corte Suprema
Ponente: César Castañeda Serrano
Tema: Desalojo en el contexto de ocupación precaria
Concordancia: Código Civil arts. 220, 911, 1429, 1430, 1704 y 1708
Código Procesal Civil: arts. 585, 586 y 601

Sumilla:

1. Una persona tendrá la condición de precarista cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
2. Cuando se haga alusión a la carencia de título o al fincamiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que si dicho acto en sí mismo no otorga la propiedad sino el derecho a poseer.
3. Interpretar el artículo 585 del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege al artículo 911 del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente de que se sea propietario o no.
4. Establecer, conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activo no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un bien. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasivo se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupe el bien sin someter su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque renuncia lo tuvo o al que tenía fincado.
5. Se considerará como supuestas de posesión precaria a los siguientes:
 - 5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fincado el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. En consecuencia, si el Juez advierte que los hechos reúnen mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.
 - 5.2. Será caso de título de posesión fincado, cuando se presenten el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fincado el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha prescrito o constituido un poseedor precario por fincamiento de su título.

5.3 Si en el trámite de un proceso de desahogo, el Juez advierte la inutilidad absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo analizada dicha situación en la parte correspondiente de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico– y declarada fundada o infundada la demanda vincularia sobre el desahogo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que acredita de modo fehaciente...

5.4 La enajenación de un bien enajenado, cuyo contrato no se haya inscrito en los registros públicos, conviene en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil.

5.5 Cuando el demandado afirma haber realizado modificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desahogo –sea de buena o mala fe–, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda bajo el sustento de que pretentemente deben ser discriminados dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a declarar la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desahogo y declarar la improcedencia de la demanda correspondiente. El Juez del desahogo valorará las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocando, sin que ello implique, que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en la demanda de desahogo por precario, en nada afecta lo que se venga a decidir. De declararse fundada la demanda de desahogo por precario, en nada afecta que el usucapiente tendrá espacio en otro proceso para solicitar la inyección del mandato de desahogo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponde, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdiccional, el sectionante no podrá optar por recurrir al desahogo para lograr la recuperación de su bien.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
PLENO CASATORIO CIVIL
CASACIÓN N.º 2195-2011 UCAYALI

Demandante: Jorge Enrique Correa Panduro, César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro.
Demandados: Milva Libeth Panduro Abanca y Eudides Van Turco.
Materia: Desahogo por ocupación precaria.
Vía procesual: Proceso sumario.

- Sumario:
- I. Introducción
- II. Materia del recurso
- III. Fundamentos del recurso
- IV. De la convocatoria al Pleno Casatorio
- V. Consideraciones
- A. De la contravención al derecho a un debido proceso
- a.1. El debido proceso: Aspecto formal y sustancial

- a.2. De la motivación de las resoluciones
- a.3. De la causal de casación
- B. De la posesión y otras figuras afines
 - b.1. La Posesión
 - b.2. Clases de posesión
 - B.2.1. Posesión mediata e inmediata
 - B.2.2. Posesión legítima e ilegítima
 - B.2.3. Servidor de la posesión
 - C. Del ocupante precario
 - c.1. Consideraciones previas
 - c.2. Del ocupante precario en sede nacional
 - c.3. Supuestos de posesión precaria
 - D. Naturaleza la sentencia a dictarse
- VI. Conclusiones
- VII. Fallo

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
CASACIÓN N.º 2195-2011 UCAYALI

En la ciudad de Lima, Perú, a los trece días del mes de agosto de dos mil doce, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Visa que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil once; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes, así como de los *amicus curiae* invitados; discutida y deliberada que fue la causa:

I. INTRODUCCIÓN

1. A fojas 62 corre la demanda interpuesta por Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro, Jorge Enrique Correa Panduro y César

Arturo Correa Panduro, la misma que la dirige contra Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el Jirón Tarapacá N.º 663 y 665 de la ciudad de Pucallpa.

2. El accionante manifiesta que sus poderdantes son propietarios del inmueble materia de reclamo, cuya titularidad tienen inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Pucallpa, siendo que la numeración del bien fue otorgada por la Municipalidad provincial de Coronel Porcillo, el cual está signado como la fracción Lore. 1-A, Mz. 86, del plano regulador de la ciudad de Pucallpa, que corre en la Ficha 1619D, Partida Electrónica DDDD2031, y la Ficha 16189, Partida Electrónica DDDD2050.

3. Finalmente, el actor señala que, como sus poderdantes han adquirido el bien inmueble, los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar.

4. Mediante resolución del uno, de junio del 2010 (obrante a fojas 67 del principal), se declara inadmisibles la demanda, ordenándose que se precise el petitorio de la misma, siendo subsanada oportunamente (a fojas 71).

5. Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas 185 por Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

6. A fojas 192 se declara inadmisibles la contestación de la demanda, siendo subsanada por los emplazados a fojas 197 y 298, respectivamente, por lo que mediante resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010, se tiene por deducida la excepción y por contestada la demanda, señalándose fecha para la audiencia única, de acuerdo a ley.

7. La citada audiencia se lleva a cabo el 10 de agosto del 2010, conforme consta del acta de fojas 492, en la que se declara infundada la excepción deducida, y preguntadas que fueron las partes sobre dicha decisión, estas manifestaron su conformidad con lo resuelto (tal como consta a fojas 497). Seguidamente se declaró saneado el proceso y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

8. Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010 (fojas 526) se declaró fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo, una vez haya quedado consentida o ejecutoriada dicha sentencia.

9. La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, como consta a fojas 536 y 549, respectivamente, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699, 1700 y 1704 del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el juez resolvió aplicando dichas normas, incluyendo el artículo 1697 del mismo Código (que no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia. Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapción que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado, el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.

10. La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril del 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por el A quo, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por usucapción que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, vacíos de ellos aparecen a nombre de terceros, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

Dicha resolución es la que viene en Recurso de Casación por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

II. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos veintitrés, por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca, contra la sentencia de vista, de fojas seiscientos diez a seiscientos once, expedida el 8 de abril del 2011, por la Sala especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que resuelve confirmar la sentencia apelada que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal—referida

al inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil y al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado—, prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

- Infacción normativa de naturaleza procesal:

Para sustentar esta denuncia, la recurrente sostiene dos argumentos:

a) La infacción del inciso 3. del artículo 122 del Código Procesal Civil, puesto que la demanda de desalojo por ocupación precaria se planteó usando normas referidas a la conclusión del arrendamiento, no obstante ello, la sentencia de primera instancia lejos de corregir ese error, incrementó un artículo más, el 1697 del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento, resultando claro que se ha hecho uso indebido de una norma de derecho material, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Incluso que, sobre este punto, la resolución impugnada no hace ninguna referencia, pese a que fue advertido en el recurso de apelación, por tal motivo la sentencia no se encuentra debidamente motivada conforme lo dispone el artículo 122, inciso 3, del Código Procesal Civil. Finalmente, señala la recurrente, que si bien en la demanda se invocan artículos ajenos al peticitorio, el juez, en aplicación del principio iura novit curia, dispuso por el artículo VII del Título preliminar del Código Civil, debió aplicar los artículos 2, numeral 16, de la Constitución Política y 896, 923 y 950 del referido Código Civil.

b) La infacción del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, dado que durante el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, pues no se han cumplido los plazos respecto a la deducción de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar, pese a haber sido advertida esta omisión por la recurrente; así como tampoco se les corrió traslado del escrito de absolución de la citada excepción. Omisiones que, pese a haber sido denunciadas, ninguna de las dos instancias han resuelto este punto de la controversia, lo que atenta contra el derecho al debido proceso previsto en la norma mencionada, toda vez que las resoluciones judiciales deben pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos, conforme señala el artículo 122, inciso 4, del Código Procesal Civil.

IV. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO

1. Mediante resolución del 5 de diciembre de 2011, la Sala Civil Permanente convocó a los integrantes de las salas civiles, Permanente y Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, al Pleno Casatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, con el objeto de fijar precedente judicial en atención al caso materia de autos. Interviniendo como Juez Ponente el señor César Casarín Serrano.

2. A través de sendas resoluciones, del veinte de diciembre de dos mil once, se aceptó la intervención, en calidad de *amicus curiae*, de los señores abogados especialistas en materia civil: Fernando Bursamante Zegarra, Martín Mejorada Chauca, Luis Guillermo Vargas Fernández, Jorge Avendaño Valdez y Alberto Loayza Lazo, quienes hicieron uso de la palabra el día de la visa de la causa para abordar los temas que se les habla planteado previamente.

V. CONSIDERACIONES

1. Habiéndose invocado vicios *in procedendo* como única causal casatoria, es menester realizar el estudio de dicha causal, no solo atendiendo a sus efectos, sino también como un paso previo al análisis que se realizará de algunas instituciones jurídicas, con fines de sustentar el acuerdo del pleno casatorio.

2. El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un error razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, que confirma la de primera instancia, la cual declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas vinculadas a la posesión y los títulos legitimantes para alegar tal derecho. Esto en lo que concierne al ámbito del derecho sustancial, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales.

A. De la contravención al derecho a un debido proceso

3. Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa que en la sentencia de visa se ha incurrido en contravención al debido proceso por contener una indebida motivación, al no haberse resuelto sobre todos los extremos materia del recurso de apelación.

Como un acto previo a emitir pronunciamiento sobre la denuncia casatoria anotada, se ha visto por conveniente recapitular algunas ideas sobre lo que se entiende por el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

a.1. El debido proceso: aspecto formal y sustancial

4. Se llega a sostener que la garantía constitucional del debido proceso se remonta al siglo XIII, cuando en 1215, la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de que "ningún

hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país”.

En nuestro medio, esta garantía constitucional está reconocida en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, y que tiene correlato en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

5. De su inicial concepto, como garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*), el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (*general limitation*), garantía sustantiva y patrón de justicia¹ reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. A nivel doctrinario, se ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes: la primera referida, de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el derecho al juez natural, el derecho a probar, el derecho a impugnar, el derecho a la doble instancia, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa².

a.2. De la motivación de las resoluciones

7. El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía casi a finales del siglo XVIII. Si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación de las sentencias, esa no fue una práctica de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

1 Cf. LINARES, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada" en *La Constitución argentina*, Buenos Aires: 1970, pp. 15-22.

2 Para una ordenada exposición sobre el debido proceso, vid. HUFRADO RIVERES, Marín, *La casación civil. Una aproximación al control de los hechos*, Lima: Idemsa, 2012, p. 299 y ss.

8. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica³, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune*, no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprimere causam in sententia*⁴.

9. Tal comportamiento judicial, empero, no fue de ordinario proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos de ellos se hacían excepciones a tal regla, como en el reino de Aragón, por el origen contractual de su monarquía, donde sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias⁵; por lo que, en la España tardomedieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación legal de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con la Real Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por Carlos III, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencias a todo el territorio español⁶.

3 Nos remitimos para todo lo dicho a: COLOMBA HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 60 y ss.; GARAUCA, Carlos y MARA LORENTE, "El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)" en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, 1997, p. 97 y ss. e ICARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, *passim*.

4 Cf. COLOMBA HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 64

5 Cf. GARRIGA Y LORENTE, ob. cit., p. 101.

6 Cf. COLOMBA, ob. cit., p. 69.

Por su lado Tomás-Javier Aliste señala que en el reino de Aragón las normas que exigen la motivación de las decisiones judiciales eran explícitas, mientras que en el reino de Castilla ello emerge de los textos legales, por lo que no se podría afirmar de manera categórica que en dicho reino no era una deber el que se justifican las decisiones judiciales. Asimismo, este autor llega a sostener que la real intención de Carlos III fue la de erradicar el carácter prejudicial de una praxis motivadora, cuyo entendimiento se redujera a plasmar en la sentencia un mero resumen de lo obrado en autos, no teniendo otro fundamento que el interesado engrosase de la fortuna de los escribanos, los cuales por esta vía encontraban una fuente más para incrementar los aranceles cobrados a los litigantes.

Motivación de la sentencia en la historia

10. Sea como fuere antes, el punto es que, posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa, se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces⁷.

Funciones esenciales de la motivación

11. Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias, se perseguían tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudieran comprender y valorar lo ajustado a Derecho de esta, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver⁸.

La motivación en la Constitución

12. Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122 que los juicios civiles debían ser públicos, los jueces deliberaban en secreto, pero las sentencias serían movidas y se pronunciarían en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido ineluctable hasta nuestros días. Es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación, como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139 de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio

Cfr. ALUISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 100, 101 y 106.

7 Cfr. COLOMER, ob. cit., pp. 65 y 66.

Bien se dice respecto a la discrecionalidad, como un concepto diferente a la arbitrariedad, que "(...) es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni propiamente inmunidad no es equivalente a una toma de decisiones arbitrada, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e insoslayable de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión".

Cfr. AÑÓN, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en *Doxa* n.º 15-16, 1994, p. 902.

8 Cfr. COLOMER, ob. cit., p. 65.

de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan⁹.

13. En esa misma corriente garantizarse se encuentran el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122 del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, prescribiendo que su cumplimiento acarrea la nulidad de la misma, habida cuenta que por mandato constitucional, la argumentación jurídica, constitutiva de la motivación de una resolución judicial, tendrá necesariamente forma escrita y su contenido será tanto de naturaleza jurídica como fáctica inherentes al caso materia de la decisión.

Dimensión procesal y extraprocesal

14. Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprocesal y otra extraprocesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social¹⁰, puesto que, como dice Igarua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público¹¹.

En suma, motivar significa expresar las razones por las que ha sido dictada una decisión. Por lo que, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez

9 Se dice que: "Entendida como instrumento para asilar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evaluación que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encierra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consignar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos".

Cfr. GASCOIN ABERILAN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2.ª ed., Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 192.

10 Cfr. COLOMER, ob. cit., p. 124.

11 Cfr. IGARUA SALAVERRÍA, ob. cit., p. 24.

de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por tanto, cuando el Derecho establece que el juez que dicta una decisión debe de motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al Derecho¹².

15. También, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; b) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; d) Permite la efectividad de los recursos por las partes; y e) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos¹³.

16. Con igual criterio, se suele distinguir entre motivación formal y motivación sustancial. Entendiéndose por la primera a aquella que está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación; en tanto que la segunda (la sustancial), se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. Estando a lo dicho, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados¹⁴.

17. Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que

la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes¹⁵.

a.3) De la causal de casación

18. Ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación, la recurrente denuncia que la demanda de desalojo se ha planteado invocando normas referidas a la conclusión del arrendamiento y que el A quo, lejos de corregir ello, ha aplicado, además, el artículo 1697 del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento. Siendo así, a criterio de la impugnante, el tribunal *Ad quem*, también ha incurrido en el mismo error al no haber resuelto sobre este punto que fue materia de apelación, por lo que estaría indebidamente motivada.

19. En lo que concierne a este extremo de la denuncia casatoria, es menester precisar que en ninguna de las sentencias de mérito se hace alusión alguna —expresa o implícitamente— a los artículos del Código Civil referidos al contrato de arrendamiento que menciona la recurrente, con lo cual, formalmente, no se puede señalar que dichas normas hayan servido de sustento jurídico a los jueces de mérito para resolver sobre el fondo de la litis, dado que han sido otras normas sustantivas y procesales las que se han invocado para amparar la demanda, con lo cual queda sin mayor sustento lo denunciado en el recurso de casación. Es más, conforme a lo alegado, se estaría propiamente ante un caso de aplicación indebida de normas legales más que en uno de motivación indebida, razón adicional para no dar cabida a la denuncia casatoria.

20. Sin perjuicio de lo ya apuntado, y siguiendo a lo descrito en el escrito que contiene el recurso de casación, pareciera que la recurrente hubiera entendido que el A quo ha aplicado normas referidas al contrato de arrendamiento —y a la conclusión del mismo por la causal de resolución, al momento de plasmar su razonamiento, en el considerando tercero¹⁶—, cuando se menciona cuáles serían los requisitos o supuestos

15 Cfr. Picó I Junoy, ob. cit., p. 61.

16 El citado considerando tercero, en realidad es el fundamento básico de la sentencia de primera instancia, por lo que, pese a su alonjada extensión, conviene consignarlo, el cual se transcribe literalmente como sigue: "Tercero: Que, la esencia del proceso de desalojo por ocupación precaria no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad, sino la validez de la restitución de la posesión en base a cualquier título válido y suficiente que la justifique, frente a la ausencia o fenecimiento del que tuvo la parte ocupante; título o ausencia o fenecimiento del mismo que por su naturaleza, debe ser demento de probanza y dilucidación; para que prospere esta acción es necesaria la existencia de tres presupuestos indispensables: a) Que los actores acrediten plenamente ser titulares del dominio del bien inmueble,

Bases de motivación del juez

Finalidades de la motivación

Motivación formal y sustancial

12 Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 145.

13 Cfr. CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la constitución*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 205. Y PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 64. En sede nacional resulta ilustrativo lo desarrollado sobre la motivación por HUERTADO REYES, ob. cit., p. 187 y ss.

14 Cfr. IGARTUA SALAVERRA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima: Bogotá: Palestra-Temis, 2009, pp. 28 y 29.

Entre las partes en litigio no se menciona a demandada

para que prospere una demanda de desalojo. Empero, ello no es así, habida cuenta que siguiendo el razonamiento del magistrado de primera instancia, se ha indicado que para que la posesión de los demandados no se configure como precaria tendrían que haber estado en alguno de los supuestos señalados en el citado considerando tercero. Pero de modo alguno se puede arribar a la conclusión que se aplicaron las normas de la resolución de un contrato de arrendamiento, y menos que la Sala Superior haya sostenido la existencia de una relación contractual de arrendamiento entre las partes. Incluso, el tribunal superior es más específico, cuando alude a casaciones que se refieren a la figura del poseedor precario puntualmente. Por lo tanto, como ya se anotó, este extremo del recurso deviene en inaplicable.

21. Siguiendo la línea expositiva de la recurrente, queda por determinar si es que era procedente o no la acumulación de los procesos de desalojo con el de Usucapión, que los demandados estaban siguiendo ante el mismo juzgado. Al respecto se debe precisar que no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar —desde

cuya desocupación solicitan; b) que se acredite la ausencia de una relación contractual de arrendamiento entre los demandantes; y c) que para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso o disfrute del bien, por parte de la demandada. Respecto al acápite a) de las pruebas aportadas por los demandantes como son la escritura pública de anticipo de legítima otorgada por Nancy Pareduro Abarca a favor de ellos, y la copia literal de la Partida número 00002050, se acredita que los demandados son los titulares del dominio, situación que no ha sido objetada por los demandantes; en cuanto a la letra b) ambas partes no han referido tener relación contractual de arrendamiento; y por último la letra c) respecto a este punto los demandados refieren que "(...) son poseedores desde hace cuarenta años y que la posesión la realizan de forma pacífica, continua, pública y como propietarios, por lo que ha ganado la propiedad del referido inmueble por efectos de la prescripción adquisitiva de dominio (...)” (3 Lc.), por lo que es menester aclarar que en este proceso no se definió el derecho de propiedad como lo reclaman los demandantes; estos presencian entre otros documentos, varios recibos de agua a nombre de Balbina Abarca de Pareduro, recibos de luz a nombre de Balbino Abarca de Pareduro, diversos auto avales a nombre de Tóbaldo Pareduro Ruiz y Abarca Sarmiento Balbina para acreditar que terceros poseen ajenas a los demandados campo, estos documentos acreditan que terceros poseen ajenas a los demandados fueron los que pagaron los derechos mantenidos, y si bien acreditan con otros documentos como recibos de pago de riego y apertura de establecimiento otorgada por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo estar en posesión del bien, esto no constituye circunstancia alguna que justifique el uso o disfrute del mismo, pues los demandados no con inquilinos ni arrendatarios de los propietarios, ejerciendo por ende la posesión de fidei, resolviéndose de esta manera el punto controvertido en el sentido de que los demandados no cuentan con algún título para que ejerzan la posesión del inmueble materia de litis.

No se establece la excepción de desalojo con el proceso de usucapión

un plano meramente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales—ello desde el solo aspecto formal—. Empero, este tribunal considera que nada impide que ante situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se decretaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria—que por tramitarse en la vía sumarisima, resulta más breve—, con una reconvencción cuya prescripción sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más largos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo juzgado. (Expediente N.º 004407-2010-0-2402-JR-CI-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito si se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cuál de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más lato. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan solo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer. Por lo tanto, este aspecto de la denuncia casatoria tampoco tiene asidero.

22. En lo tocante al segundo argumento—que para efectos ulteriores corre bajo el literal b) del capítulo III precedente—, señalan que no se habría respetado el derecho de las partes, al no haberse cumplido con los plazos señalados para la absolución de la excepción deducida, con lo cual se habría violado el debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como tampoco

se les habría notificado con el escrito de dicha absolución, razón por la cual también se les habría privado de su derecho al debido proceso.

23. Sobre ello se debe señalar que no basta con que se denuncie que se ha violado el debido proceso, sino que es menester se precise cuál de los derechos que componen este derecho complejo (contiene) se han vulnerado, esto es: qué actos procesales se ha visto impedida de realizar la parte que alega esa vulneración y de qué manera se le ha causado algún perjuicio, puesto que para alegar nulidades no basta con que se haya infringido alguna formalidad prevista por ley, sino que además se debe haber causado agravio con ello, de lo contrario, al no existir agravio no hay nulidad que declarar (por eso en la doctrina francesa se dice muy gráficamente *pas de nullité sans grief*). Por ello, se sostiene que la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio¹⁷.

24. Ahora bien, la recurrente sostiene que el *Ad quem* no ha advertido que el Juez ríe primera instancia dio por abuelto el traslado de la excepción deducida, cuando la misma era extemporánea. Al respecto, es necesario remitimos a los autos para verificar, en primer lugar, si es que aconteció tal hecho y, en segundo lugar, si es que con ello se ha violado algún derecho de la reclamante.

25. Como se puede advertir de los actuados, a fojas trescientos dos obra la resolución número cuatro, del 5 de junio del 2010 —siendo lo correcto que debió consignar el mes de julio de dicho año, puesto que el escrito de subsanación de omisiones de la contestación de la demanda está fechado con el dos de julio, como consta a fojas doscientos noventa y seis del principal—, la cual, además de tener por contestada la demanda, corre traslado de la excepción de falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, que fuera deducida juntamente con la contestación, la que es notificada al demandante apoderado Luis Correa Linares en su casilla procesal el viernes 9 de julio (fojas trescientos doce) y es absuelta mediante escrito del miércoles 14 de julio de 2012 (fojas cuatrocientos sesenta y seis), esto es, dentro de los tres días de plazo que le dio el Juzgado para absolver dicho traslado, con lo cual se verifica que la denuncia de la recurrente no tiene sustento alguno.

26. Es cierto que en la resolución número cinco, del 15 de julio de 2010, el Juez señala que la fecha de absolución del traslado fue el 15 de julio de 2012, pero ello no se ajusta a los actuados, como se ha señalado en el numeral precedente, obediendo tal hecho a un error intrascendente

17 Cfr. MAURINO ALBERTO, *Nulidades procesales*, 2.ª reimpr. de la 2.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 37.

del *Ad quo*, lo que de por sí no es causal de nulidad, puesto que este hecho tampoco fue alegado por la demandada ni ante el mismo Juez de primera instancia, cuando se realizó la audiencia única, ni tampoco en sus alegatos previos a la sentencia. Ergo, es manifiesta la ausencia de sustento real de la denuncia casatoria de la recurrente, tanto más si es que cuando se declaró infundada la excepción que dedujera, ella ni su conviviente apelaron de dicha decisión, así como tampoco alegaron la existencia de alguna invalidez procesal. Por el contrario manifestaron su plena conformidad con la decisión del juzgador, de desestimar la excepción que dedujeron, tal como se observa del acta de fojas cuatrocientos noventa y siete del principal.

27. Respecto a que no se le habría corrido traslado del escrito de absolución de la excepción deducida, también se debe señalar que estando a la estructura sumaria del presente proceso, y a diferencia de los otros procedimientos más largos, en el caso bajo análisis se busca resolver una litis dentro de los plazos más cortos y con la realización de actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, en aplicación de los principios de economía y sus sub principios celeridad y concentración procesal, por lo que disponer el traslado sin límite de todas las absoluciones o escritos atentaría contra los principios aludidos y la tutela jurisdiccional oportuna.

28. Estando a ello, conforme a las reglas del artículo 554 del Código Procesal Civil, una vez contestada la demanda, se procede a fijar fecha para la audiencia única, en la cual se resuelven las excepciones y cuestiones probatorias deducidas, no señalándose que se debía de notificar a la parte excepcionante con la absolución del traslado de las excepciones que hubiere formulado la parte excepcionada, ello se debe a la simple razón que, estando a la sumariedad del procedimiento, es la audiencia única el momento preciso donde se llevan a cabo todas las actuaciones procesales pertinentes, se ejercen todas las defensas pertinentes y se emite sentencia inmediatamente o, en todo caso, dentro de un plazo fijado por ley.

29. Sobre este punto, a mayor abundancia, resulta necesario exponer que tampoco la excepcionante alegó, en el acto de la audiencia única, que se había incurrido en lo que considera causal de invalidez procesal (no habérsele corrido traslado del citado escrito presentado por la parte demandante absolviendo el traslado de la excepción), por lo que, al no haber demostrado que se le causó perjuicio alguno con ello, no se hace atendible la supuesta invalidez argüida. Es más, con su silencio convalidó cualquier eventual agravio que pudo habérsele irrogado, pues recién alegó esta supuesta infracción en su recurso de apelación

Convalidación del vicio y ausencia de perjuicio

Y menos aún resulta oportuno alegar dicho vicio en casación, cuando estuvo en oportunidad de alegarlo en la misma audiencia única aludida. En consecuencia, este extremo de su recurso también deviene en inamparable.

En suma, la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable, con sustento en las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada.

B. De la posesión y otras instituciones afines

Como quiera que en el presente caso constituye materia de controversia únicamente el interés invocado por las partes a disponer de la posesión inmediata, conforme al derecho y a los hechos invocados por la demandante y contradicho por la parte demandada, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, para luego adentrarnos al tema de la posesión precaria.

b.1. La posesión:

30. Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896 define lo que es la posesión, conforme al texto siguiente:

"Artículo 896: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad".

Al respecto, como bien comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindiencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades inherentes a la propiedad, es decir el *usare*, el *fructu* y el *consumere*¹⁸.

31. En el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que la posesión era la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con

la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio¹⁹.

32. Es ya sabido que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes fueron Savigny e Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (*animus domini*, *animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica²⁰.

33. En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afeican fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa. Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi*, lo cual implica afirmar no solo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia²¹.

En atención a ello, el citado autor opina que lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad (*traditio*, usucapción, cesorio, fructos, etc.). Es el reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la ficción de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente),

Teoría de las cosas sobre la posesión

18 El autor sigue la definición del tratadista argentino Daniel Ovejero. Cf. Castañeda, Jorge Eugenio, *Los derechos reales*, 4.ª ed., t. I, Lima: P. I. Villanueva, 1973, pp. 93, 94 y 95.

19 Cf. García Calderón, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, t. III, 2.ª edición facsimilar de 1879, Lima: Gryllus, 2003, p. 1559.

20 Cf. Castañeda, J. E., ob. cit., p. 96, también Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial, volumen tercero. Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 1995, pp. 548 y 549.

21 Cf. Álvarez Caperochipi, José A., *Curso de derechos reales. Propiedad y posesión*, t. I, Madrid: Civitas, 1986, p. 84.

sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencias significativas²².

34. Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar, en el tráfico jurídico, las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia.

b.2. Clases de posesión

35. Nuestro ordenamiento civil contiene una clasificación de los tipos de posesión y sus efectos, tal como se puede verificar de lo regulado por los artículos 905 a 911 del Código Civil, siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata; legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado arduos debates, tanto en los ámbitos doctrinarios como jurisprudencial, a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances, sobre lo que más adelante nos ocuparemos.

36. La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el corpus necesario para elevarlo a la categoría de poseedor²³.

b. 2.1. Posesión mediata e Inmediata

37. El artículo 905 del Código Civil regula lo concerniente a la posesión mediata e inmediata, señalando que es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título, mientras que le corresponderá la posesión mediata a quien confirió el título.

38. Conforme expresa Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de

22. *Ibid.*, p. 86.

23. Cfr. JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, "La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil" en *Anuario de Derecho Civil*, t. LII, Madrid: 1999, p. 613.

donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato "ostenta" o "tiene" y no "ejerce", porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del "ejercicio" propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una juxta posición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos)²⁴.

39. Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatidad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata²⁵.

b. 2.2. Posesión legítima e ilegítima

40. De lo regulado por los artículos 906 a 910 del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado, será ilegítima cuando déja de existir esa correspondencia.

41. Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento civil, en tanto que será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño.

b. 2.3. Servidor de la posesión

42. Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897 del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación,

24. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 111.

25. *Ibidem*, p. 111, *vid.* también Díez-Picazo, ob. cit., p. 107

dado que actúa por orden, no por poder, no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios.⁴⁶

El servidor no participa de la posesión

43. En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones.⁴⁷

C. DEL OCUPANTE PRECARIO

1) Consideraciones previas

44. Mucho se ha escrito sobre lo que debemos de entender por la figura del ocupante precario y a pesar de ello nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución. Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consista en el acto por el cual una persona ceda a otra, a petición o ruego de esta, el uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento.⁴⁸

terminadas doctrinarias

45. Solo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750 del Código Civil de dicho país ha suscitado dos posiciones distintas a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto al precario. Una primera tendencia concierne al precario como un contrato, pues sostienen que existen reminiscencias del antiguo concepto romano del precario, por la

26 Cf. Ramírez Cruz, Eugenio María, *Tratado de derechos reales*, t. 1, 3ª ed., Lima: Rodhas, 2007, p. 404, también Díez-Picazo, ob. cit., p. 671.

27 Cf. Hernández Gil, ob. cit., pp. 123 y 124.

28 Cf. Cano Moruano, Guadalupe, *Ensayo sobre la figura del precario*, Madrid: Edersa, 1999, p. 243. También Ferrer Martín, Daniel, "El precario y el juicio de desahucio por juicio de precario", en *Revista de Derecho Privado*, t. XXXVI, Madrid: enero-diciembre de 1952, p. 303.

cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante. Por el contrario, el otro sector estima que dicho artículo no contempla la figura de un precario de origen contractual, sino de una simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia⁴⁹ del titular de la posesión real.

46. Sobre ello, Daniel Ferrer Martín nos dice que existe un doble concepto de precario, uno restringido, coincidente con el fiado en el Derecho romano, que considerara precario el disfrute gratuito de una cosa ajena, por tolerancia de su dueño, y otro amplio, que además del anterior, admite en el precario todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con título ineficaz frente al del propietario, cuyos casos, a excepción del último, en definitiva, quedan resumidos en el primero, puesto que la ocupación sin título y sin pago de renta equivale al disfrute por tolerancia del dueño.⁵⁰

47. La misma jurisprudencia española ha ido basculando, desde una concepción restrictiva del precario, a una más amplia, sin encontrar aún una posición definitiva, que permita dar una solución a dichos conflictos.

29 Latorra señala que liberalidad y tolerancia no son términos o expresiones idénticas. Liberalidad, gramaticalmente, equivale a virtud moral del que da generosamente lo que tiene sin esperar recompensa, al paso que tolerancia vale tanto como acción y efecto de tolerar, de sufrir, llevar con paciencia, y, en última instancia, dismular o permitir algunas cosas sin consentidas expresamente. Lo primero equivale a un obstar, un hacer, algo positivo, en suma. Lo segundo, a una abstención, un no obstar o no hacer, simple pasividad en suma.

Por tal razón, sigue precisando el autor citado, que el precario sea, por esencia, revocable a voluntad del precario dans —en doctrina se denomina como "precario dans" al sujeto que concede el uso o posesión de la cosa, bien mediante un acto de liberalidad o concesión gratuita, bien porque tolera los actos de ocupación del precarista o la posesión de quien, por cualquier motivo ha visto desaparecer el título que lo legitimaba, permitiendo de ese modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble —no que puede ser libremente revocado—, no autoriza a catalogar este institución dentro de la órbita contractual. La revocación en el "precario dans" equivale a la otorgación de su propia liberalidad o tolerancia.

30 Cf. Latorra Borróns, Juan, "El precario", en *Revista de Derecho Privado*, t. XLIII, Madrid: 1959, pp. 1074 y 1075. Vid. también Cano Moruano, ob. cit., p. 110. Cf. Ferrer Martín, Daniel, "El precario y el juicio de desahucio por causa de precario", en *Revista de Derecho Privado*, t. XXXVI, Madrid: 1952, p. 305.

Doble concepción de precario

Justamente sobre ello, Moreno Mocholi nos dice que el concepto romano de precario ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia hasta comprender no solo la detentación por tolerancia, sino todos aquellos casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presentan caracteres de abusiva³¹.

48. Siendo así, hoy en día la jurisprudencia española viene siendo uniforme al considerar como posesión precaria a aquella ocupación de un inmueble ajeno sin pago de renta ni merced y sin título para ello, o cuando el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico³².

49. De acuerdo a lo señalado, se puede decir que en lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española, se asume que la figura del precario supone una situación posesoria, razón por la cual esta calificación jurídica del precario es consecuencia del concepto que se tiene de la institución en estos últimos tiempos, cuya esencia radica, como antes, en la gratuidad, pero no nace ya con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble³³. No es ya el contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si bien es cierto algunas veces tiene su origen en un contrato, pero otras no; lo que ha determinado que se desplace el eje característico de la institución de la causa al efecto, cifrando en éste —tenencia, detentación, posesión en suma— la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora, que unas veces será el contrato y otra el vicio en la posesión³⁴.

c.2) Del ocupante precario en sede nacional.

50. Teniendo en cuenta la situación descrita, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, no puede resultar ajena frente a la necesidad de darle un contenido preciso al caso del ocupante precario en sede nacional. Con mayor razón si nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina anteriormente expuesta, al otorgarle un concepto variado, impreciso y, en no pocas oportunidades, contradictorio, deviniendo en insuficiente para cubrir todos los supuestos planteados por las partes, generando una jurisprudencia igualmente imprecisa. Esta situación genera inseguridad jurídica en nuestra sociedad, debilidad que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos, cuya necesaria solución definitiva, por la jurisdicción civil, generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado, los cuales deben destinarse un alto porcentaje de su presupuesto para atender la solución de dichos conflictos, los que, por experiencia jurisdiccional, se puede afirmar que integra un preocupante y elevado porcentaje, entre los conflictos que se tramitan en el Poder Judicial; recargando aún más la actividad de los jueces, efecto que se incrementa, debido a que las indecisiones anteriormente expuestas, generan inseguridad, trasladando falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, debilidades de las cuales buscan aprovecharse, como ya se ha dicho, personas inescrupulosas, pretendiendo ostentar la posesión de un inmueble, por un tiempo prolongado, sin sustento jurídico alguno. Ello se agrava más, cuando observamos que hay una alta incidencia de procesos cuyas pretensiones se declaran improcedentes, bajo la concepción de que en el desalojo por ocupación precaria, basta que se presente cualquier aspecto vinculado a la propiedad o cualquier circunstancia que se alegue no puede ser controvertida y decidida en el proceso sumario de desalojo, para que la jurisdicción la acoja como razón para rechazar la demanda, considerando que previamente tal situación debe ser discutida previamente en un proceso de trámite más lato, lo cual, desde luego viene afectando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, porque con una sentencia que declara improcedente la demanda, mal puede considerarse que está propendiéndose a la protección del derecho sustantivo afectado y menos que se está dando solución al conflicto. Dentro de esta concepción, para ejercer el derecho a poseer resulta necesario se discuta previamente, en otro proceso más lato, la defensa expuesta por el demandado, con la cual pretende justificar su posesión.

Ampliación del concepto de precario

Poseión precaria en la jurisprudencia española

Definición actual de precario

31 Para esto nos remitimos al prolijo estudio realizado sobre el precario por MORENO MOCHOLI, Manuel, *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1976, pp. 355 y 356.

En esa misma línea de análisis se encuentra GUADALUPE CASO, ob. cit., p. 85 y ss. Cfr. CANO MORANO, ob. cit., p. 90.

32 Manuel de la Plaza indicaba que el precario supone una situación posesoria, que, a pesar de su inestabilidad, ha de ser mantenida, mientras no se obtenga el vencimiento del poseedor en el proceso de destitución; la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo; y a la falta de título que justifique el goce de la posesión, bien porque nos dé una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho.

Cfr. DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho procesal civil español*, vol. II, 2.ª ed. corregida, aumentada y puesta al día, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945, pp. 354 y 355.

34 Cfr. FERRER MARTÍN, ob. cit. p. 308.

51. Siendo este el diagnóstico, y aprovechando la oportunidad que se presenta para resolverse la controversia sometida a análisis, este Colegiado ha considerado que es imperopreciable la necesidad de solucionar estos conflictos en forma predecible, precisa y oportuna. Por tal motivo, resulta pertinente efectuar una interpretación que permita establecer por este alto Tribunal, de una manera clara y uniforme, la conceptualización de la figura jurídica del precario, que priorice la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional. Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión³⁵, hechos o actos cuya probanza puedan realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite, entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

Bases normativas

52. Como se ha mencionado, a nivel de la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posiciones sobre lo que debemos de entender por precario, por tal razón, se hace imperativo que en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911 del Código Civil, el cual señala que: "La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido."

53. Al respecto resulta interesante lo definido por el Diccionario de la Real Academia, cuando señala, en cuanto al término de Derecho, que se concibe como precario lo que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño.

Características de la posesión precaria

De lo señalado, surgen dos características básicas, la primera, referida a la necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de la cosa ajena y, la segunda, a la ausencia de título jurídico de esa posesión. Pero la ausencia de título puede encontrar su justificación en la tolerancia o en la inadvertencia del dueño.

54. Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título

35. Posición que coincide con la expuesta por el *amicus curiae*, Dr. Martín Mizgorada Chauca, tanto en la vista de la causa, como en sus artículos publicados.

alguno; esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer—dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario—, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.

55. El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concluir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.

56. En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía—con el cual justificaba su posesión el demandado—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 de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una 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 encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineffecticia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

57. Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585 del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la restitución del bien, lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911 del Código Civil, para garantizar al sujeto, a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente de, si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en

Supone la parte adversa al poseedor precario

Generalidad del juez sobre la validez del título del poseedor

No se aplica al despojo de propiedad en el desalojo

este proceso no se puede discutir — por su sumariedad — sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien.

58. Como quiera que el legislador ha precisado que esta pretensión restitutoria de la posesión debe ser tramitada bajo las reglas del procedimiento sumarisimo, debe interpretarse que tal indicación implica que este específico conflicto de intereses no contiene una naturaleza compleja, dado que para la protección del derecho en análisis la controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata, independientemente de la determinación de la propiedad o de la validez o vigencia (en sí) del título con el cual se defiende el disfrute de dicho derecho, lo cual será materia de análisis y decisión en los otros procesos pertinentes, los cuales, a pesar de alegarse mantener conexión con el derecho al disfrute del derecho a poseer, para su satisfacción se exige la acreditación de supuestos diferentes³⁶, en algunos casos más complejos de tutelarse y de allí la exigencia del cumplimiento de vías procedimentales más amplias.

59. Dentro de esta línea de interpretación corresponde establecer, concordantemente, en cuanto al artículo 586 del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, con lo cual se colige que el desalojo por ocupación precaria no exige de modo alguno que deba ser incoado únicamente por quien ostenta la propiedad del bien, dado que además de éste, se encuentran legitimados los otros sujetos mencionados, quienes resultan tener calidad para solicitar la entrega en posesión del inmueble, con lo cual cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585, en cuanto a que el término "restitución" se debe entender en un sentido amplio y no restringido. Quedando entendido que la probanza de la legitimidad para obrar activa estará referida al supuesto que alegue la parte accora (propietario, administrador o que idóneamente considere tener derecho a la restitución del bien).

36 FERRER apunta que no puede ser motivo del juicio de desahucio el resolverse incidentalmente cuestiones que tiendan a destruir el dominio y la posesión en que por el momento aparece el demandante, como ocurriría al pedir la nulidad de las escrituras de la adquisición, ni tampoco pueden decidirse cuestiones de dominio o mejor derecho de poseer, ya que solo debe atenderse al estado posesorio, sin prejuzgar cuestiones de propiedad.

Cf. FERRER MARTÍN, ob. cit., p. 311.

60. En esa misma línea de ideas, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva; para mantener la sistemática, resulta concordante interpretar conjuntamente el citado artículo 586 con el artículo 91 del Código Civil, por lo que se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

61. Estando a lo señalado, esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario — a efectos de englobar todas las variables, que en la casística se viene planteando a la Jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia —, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. En consecuencia, se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya fenecido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante — sea a título de propietario, poseedor mediano, administrador, comodante, etc. — pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, 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, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante.

62. Ahora bien, estando a lo conceptualizado, y sin que se pretenda hacer una relación con carácter de *numerus clausus*, consideramos necesario, que, aplicando los criterios anteriormente expuestos y tomando como base los casos recurrentes ante la Jurisdicción Civil y que se han venido conociendo y decidiendo en forma contradictoria, en algunos casos por esta Corte Suprema y sobre todo por los demás órganos jurisdiccionales de grados inferiores, establecer criterios para poder discernir aquellos casos que configurarían o no supuestos de ocupantes precarios:

Legitimidad pasiva

Corte sustrae un concepto amplio de precario

Legitimación activa

c.3) Supuestos de posesión precaria

63. Teniendo en cuenta lo dicho, siempre a título de *numera clausura*, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

I) En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. En estos, se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429 ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisen mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y suscribiéndola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la validez de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.

II) También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, supuesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Solo en el caso de existencia de requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

III) Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta. IV) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.

V) En los casos en los que el demandado afirma haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo—sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sistema de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

VI) La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte

Resolución extrajudicial del contrato

Requerimiento de devolución del inmueble

Manifiesta manifiesta del título

Conclusión del arrendamiento por el nuevo adquirente

Edificación en terreno baldío por el poseedor

Usucapión del bien poseído

demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda de desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiante tendrá expedito su derecho para solicitar la inefecación del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

64. En todos los casos anteriormente descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino, por el contrario, deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

65. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, que permite abrir el debate de la posesión en un proceso plenario, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdicta, evidencia, sin duda que el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien, puesto que, al haber sido negligente en la defensa de su posesión durante el plazo de un año, mal puede pretender usar un procedimiento sumario para recuperar su bien, dado que el despojo presupone que ha sido el mismo accionante quien padeció ese acto de desposesión ilegítima.

D. DE LA NATURALEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA

66. Resulta necesario que este Pleno Casatorio precise cuales son los alcances de la cosa juzgada aplicable a las sentencias definitivas, que pongan fin a este tipo de procesos. Correspondiendo precisar, sin afear la sistematicidad de nuestro Código Procesal Civil, que toda sentencia que pone fin a todo proceso, entre ellos, el de desalojo por ocupación precaria, en cuanto se convierte en definitiva, adquiere todos los efectos de la cosa juzgada y por lo tanto la única posibilidad de ser revisada es mediante el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dentro de los presupuestos que exige el mismo.

67. Lo expuesto anteriormente no descarta ni contraviene la posición pacífica existente en la doctrina procesal, respecto a que toda sentencia surte los efectos de cosa juzgada únicamente, en cuanto al ámbito

de la pretensión procesal, cuyo contenido hubiere sido materia de conocimiento, debate, prueba y decisión, en la jurisdicción³⁷. Así, interpuesta nueva demanda, en la que la nueva pretensión consignada, se sustente en hechos con contenido y efectos diferentes a los planteados en el proceso anterior, no estaremos frente a identidad de pretensiones, presupuesto que se exige para que se produzca la cosa juzgada. Así por ejemplo, si en el caso de la usucapión, de la resolución o nulidad del acto o título, situaciones en las cuales sustentó la parte ganadora (o perdedora) su derecho a poseer, hubieren variado, con posterioridad a la demanda y sentencia de desalojo, por la expedición de una sentencia, expedida por el órgano jurisdiccional, en el cual se decidió la usucapión, resolución, nulidad de acto jurídico, eta no existe impedimento alguno, para que quien obruvo una sentencia favorable, alegando estos hechos nuevos y diferentes a los alegados en la oportunidad anterior, insistan en la interposición de una demanda nueva en la que se discute y decida el desalojo por ocupación precaria, si es que se exponen como fundamentos fácticos estos nuevos hechos y se ofrecen las correspondientes pruebas.

68. Estando a lo señalado, y a la alta incidencia de declaraciones de improcedencia de las demandas de desalojo por precario, resulta necesario que los jueces de toda la República, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente sentencia, en estricto respeto del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, eviten emitir sentencias inhibitorias, recomendándose, resuelvan sobre el fondo, pronunciándose por la fundabilidad o no de la pretensión planteada.

69. La tutela jurisdiccional efectiva, consagrada tanto en el artículo 139.3 de la Constitución Política como el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, debemos entenderla como la observancia tanto al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, como a merecer un pronunciamiento sobre el fondo, según el sentido que a justicia corresponda, así como a la eficacia de lo decidido en la sentencia, dentro de una concepción garantida que comprende todo lo concerniente al derecho a accionar, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, y a la obtención de una resolución fundada en derecho.

37 En esto se sigue la idea propuesta por Sonia Cauza.

Cfr. Cauza López, Sonia, "La cobertura actual de la cosa juzgada", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, 2009-II, p. 88.

VI. CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1. No hay contravención al debido proceso conforme ha alegado el recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.
2. Por otro lado, todo lo analizado representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por cuanto se ha venido observando una serie de interpretaciones sobre lo que debe entenderse respecto a la categoría del ocupante precario, por lo que no uniformar dichos criterios implicaría dejar subsistentes interpretaciones contradictorias, susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas.³⁸
3. Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 911 del Código Civil, así como de los artículos 586 y 586 del Código Procesal Civil debe hacerse en el sentido que se ha dejado sentado en los numerales precedentes. Reiterándose que los mismos no son numerus clausus, sino que se han establecido en atención a los casos recurrentes que se presentan en la judicatura y que han suscitado mayores discrepancias en los diferentes niveles judiciales.

VII. FALLO

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400 del Código Procesal Civil:

- a) Declarar, por unanimidad, **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Mirna Lieberth Panduro Abarca; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, obrante de fojas sesientos diez a sesientos once, su fecha ocho de abril de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali;
- b) Por mayoría **ESTABLECE** como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

38 Cf. Guzmán Fajó, Vicente C., El recurso de casación civil (*Control de hechos y de derecho*) Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 104-110.

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

3. Interpretar el artículo 585 del Código Procesal Civil, en el sentido que por «restitución» del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911 del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

4. Establecer, conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.

5. Se consideraran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:

- 5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

- 5.2 Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble

se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico— y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

5.4 La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil.

5.5 Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justificar que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro

proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la in ejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descriptos, el juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que correspondiere, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdiccional, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

e) **ORDENARON** la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial «El Peruano», teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

SS. RAMIRO DE VALDMA CANO, ANA MARIA ARANDA RODRIGUEZ, EVANGELINA HUAMANI LLAMAS, ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE RICARDO VINATEA MEDINA, CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO.

Leslie Soeila Zegarra

Secretaría de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Secretaría que suscribe certifica que, además de los considerandos precedentes, el voto singular de los señores jueces supremos Ramiro de Valdivia Cano y Andrés Caroajulca Bustamante Jueces de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, es como sigue:

Consideramos necesario elucidar algunas razones adicionales a las que contiene la presente sentencia.

I. DEONTOLOGÍA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA PRECARIEDAD

1. Cada agrupación social es el tapiz en el que se entretienen los dos clásicos elementos complementarios: Por un lado: Las personas y grupos, miembros de ese cuerpo social; sujetos administrados o gobernados y a quienes les es inherente una dignidad esencial y permanente - los mandantes, en una comunidad democrática. Y por otro, la magistratura: los medios o instituciones ordenados al fin de administrar o gobernar —que, en una comunidad democrática, son los mandatarios— cuyos



funciones son, a su vez, encargadas a personas: magistrados, administradores o gobernantes, que constituyen la autoridad.

2. En este tapiz, es notable el criterio deontológico y primario de toda la magistratura: Administrar justicia es buscar el bien de grupo; cuyo criterio se halla en la base del principio de convergencia en el bien común, advirtiendo que "Summum ius summa iniuria"; como lo recordó el señor V. Rodolfo Walde en reciente mensaje. Pues bien, la razón última y vinculante en cada acto de la magistratura es la de servir a los mandantes y demás miembros del cuerpo social; y no el servirse de ellos. El bien común, —el que las personas buscan y pueden conseguir formando la comunidad social— es expresión del bien moral. Es garantía del bien personal, familiar y comunitario.

3. Tal es el espíritu que anima la convocatoria a este Pleno Casatorio³⁹ sobre la ocupación precaria. El magistrado está sometido a la búsqueda permanente del bien común, que constituye su tarea diaria. Debe arbitrar con los medios más adecuados para alcanzar ese objetivo, respetando en todo momento la capacidad de iniciativa de los miembros (personas o grupos) de la sociedad, en cuanto puedan realizar por sí mismos.

A su vez, todos estos —magistrados y no— magistrados, están en la obligación de contribuir, con su esfuerzo y su aporte y según sus propias capacidades, al logro de los fines sociales; en tanto no son meros receptores o beneficiarios pasivos; son creadores de aquello que reciben. Corresponde, por tanto, al magistrado, el deber de preocuparse por asegurar, mediante resoluciones justas, que los individuos, en la búsqueda legítima del bien particular, sirvan también al bien común. La bilateralidad de este precepto implica que, por su parte, los miembros de la comunidad, —señaladamente en el uso y disfrute de los bienes que otorga el derecho de propiedad—, deben tener en cuenta el servicio a los demás; en el marco de la justicia, que brota de la dimensión social de la propiedad.

39 IV Pleno Casatorio Civil del 29 de diciembre del 2011, sobre desarrollo por ocupación precaria, casación N.º 2195-2011. El suscrito, Dr. Ramiro de Valdivia Cano, tuvo el honor de dirigir este certamen casatorio por cuanto fui convocado a suceder al Sr. Dr. Luis Felipe Almenara Bryson, Presidente de la Sala Civil Permanente, hasta noviembre del 2011, ya que él fue mercedadamente elegido miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por la Sala Plena de la Corte Suprema. En cuanto al señor Presidente de la Sala Civil Transitoria, el Sr. Dr. Víctor Tenora Postigo, incansable promotor de la realización del Pleno Casatorio, no pudo estar presente el día de la Vista de la Causa debido al sentido deceso de su señero padre. El alijamiento formal de tan probos como distinguidos Jueces Supremos y eminentes estudiosos del Derecho Civil no nos privó de su acertado consejo y acompañamiento a lo largo de los ocho meses que duraron los debates. A ambos, les reitero mi profundo afecto y agradecimiento.

4. El primer principio (correspondiente al magistrado) se denomina de la subsidiariedad; el segundo (que incluye a todos los miembros de la comunidad) es el de la participación. La vitalidad de estos principios emerge en cada una de las etapas de la historia del Derecho que se propone revisar:

En esa vista, la trascendencia del Derecho Romano a lo largo de la historia universal y su influencia en el quehacer jurídico peruano son fácilmente advertibles. Más aún cuando se analiza instituciones tan actuales como la de la precariedad y el mismo perfil del *Precario habere*, entre otras interdicciones que nacieron en la Roma clásica. Son innumerables las instituciones que fueron asumidas y perennizadas en el Derecho de los pueblos de Occidente y continúan ampliando su radio de inculturación.

5. Así es como el IV Plenario Civil Casatorio (2011) de la Corte Suprema ha debatido a lo largo de nueve meses acerca de las connotaciones de la institución jurídica del desarrollo del inmueble ocupado por el precario y la profusa polémica a que dio origen parte de longevos conceptos del Derecho Romano. No es superfluo recordar que en el instituto del *precarium*, del Derecho Romano clásico, el precarista solía ser un "diente que impetraba a su patrono el favor de otorgarle el disfrute pleno y gratuito de un fondo de propiedad de aquel, como un recurso para mantenerse él y su familia. Ulpiano definía al precario de la siguiente forma: "*Precarium est quod precibus perennis iurisdum conceditur tamdiu quamdiu i qui concessit patitur*". Aunque el patrono, el *precarius datus*, podía revocar tal concesión en cualquier momento, lo cierto es que la concesión se convertía usualmente en vitalicia o era de larga duración en el tiempo. No era infrecuente que se prolongase durante generaciones para la utilización con ese fin del legado *in iusmodi* modo o para otros fines.

II. HISTORIAL DEL PRECARIUM

6. Debe indicarse que en el Derecho Romano el contrato de precario era concebido como aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su propio arbitrio. Por el contrato de precario, el patrono concedía la cosa *in genere*, a título de tolerancia, sin determinación del tiempo, finalidad ni modo.

7. En la fase romana post-clásica el precarium deviene en un contrato innominado, afincado entre los derechos reales, que acaba por la muerte de su otorgante, pero mantiene su característica básica de ser una nuda posición posesoria esencialmente revocable; revocabilidad que viene determinada por el juego de la cláusula de posesión viciosa en el interdicto posesorio.

8. Del precario derivan en la Edad Media distintas modalidades de concesiones de derechos reales vinculados al agro. Tal como lo ocurrido en las antiguas provincias romanas en las cuales, los terratenientes locales solían constituir sus

ejércitos privados; al modo en el que los magnates de la metrópoli mantenían como patrones, sus grupos de "clientes" a los que brindaba a cambio, protección legal. Cuando alguien se interesaba en establecer una relación patrón- cliente, impetraba el *patrocinium* del magnate y lo formalizaba realizando el acto de Comendación, encomendándose al cuidado de su patrón. El encomendado permanecía libre, obteniendo vestido y alimento en pago de sus servicios —cualquiera que ellos fueren. Si el hombre era de alguna clase alta, era llamado «Fidelis», i.e. hombre fiel. En el período Carolingio, el término «Vassus» —que primigeniamente denotaba a un hombre de modestas circunstancias— había adquirido el significado de hombre que prestaba servicios militares a su patrón o señor. Ser «Vassus» o vasallo no era ignominioso. Era el nuevo nombre de un status ganado por el acto de encomienda personal.

9. El patrón romano solía conservar para sí el título de propiedad del inmueble concedido, pero otorgaba al cliente el uso temporal de ella, junto con todos los beneficios de él derivados, por todo el tiempo que se mantuviese la relación —con frecuencia, de por vida—. Los magistrados carolingios adoptaron esta vieja práctica de la época clásica, para esta clase de tenencia utilizando el clásico término romano, *Precarium*, y a veces, el nuevo: *Beneficium*, para describir la relación establecida entre la tierra temporalmente otorgada a un vasallo en contraprestación por sus servicios. Hacia el año 1000, el acto de convertirse en vasallo, usualmente, tenía la connotación de recibir el beneficio. El beneficiario, inclusive, podía recusarse a prestar el servicio fiel o el deber de lealtad a menos que estuviese satisfecho con la tierra que se le ofrecía.

III. DEL *PRECARIUM* CONTEMPORÁNEO — LA OCUPACIÓN PIDGIN.

10. En el Derecho actual todavía persiste una reminiscencia de la antigua noción de precario, pero su acepción ha devenido muy distinta de la que rigió en Roma, pues no se configura el precario como un contrato, sino que se concibe como una situación de hecho o, incluso, ilegítima; o como posesión concedida o tolerada.

11. Si en el pasado, la institución jurídica dio lugar a controversia y a eclosión social, hoy en día su misma definición crea resistencias, dudas y jurisprudencia contradictoria. Sus expresiones sociales son aún menos pacíficas, tanto a lo largo de sociedades desarrolladas como en las sub desarrolladas. Entre ellas se abre paso el postulado del principio del destino universal de los bienes.

12. Entre las manifestaciones de evolución más notorias se puede hacer referencia a la suscitada en la Ciudad Eterna, la cura del Derecho Romano, que ha prohibido las versiones tercermundistas de la ocupación precaria. Roma ya le ha puesto un apelativo: la ocupación pidgin (*Pidgin Cities*). Lo que en Glasgow se conoce como *Pop Up cities*. En todo caso se trata de la ocupación no regulada o ilegal de espacios

en la ciudad por parte de desposeídos y, hoy en día, la posesión inmediata que ejercen de facto, patias e inmigrantes: Y no está lejos de convertirse en una vía de renovación de los barrios en la ciudad, en una forma alambicada de Derecho Real. En un tipo de asentamiento, la ocupación pidgin, que favorece la proliferación de nuevas formas de ciudadanía.

13. Pidgin deriva de la incorrecta pronunciación que los chinos hacían del vocablo inglés *business*. La necesidad primero y la costumbre, después, dejaron establecido que los ingleses deberían decir "pidgin" en lugar de *business*, cuando querían comerciar con los chinos —cambiando su propio lenguaje para hacerse comprender. Para comerciar y hablar pidgin hubo que aceptar el error lingüístico, estar dispuesto a equivocarse deliberadamente, y a no querer corregir ni corregirse, ni determinar las cosas, sino dejarse llevar por lo imprevisible. No solo por lo conveniente que resultaba el comercio chino, sino porque no se avizoraba alternativa a la tolerancia y aceptación del error.

14. En la Roma del s. XXI, el envejecimiento de la población y la subsecuente migración internacional han alcanzado niveles inéditos, produciendo fenómenos urbanos imprevistos y los consiguientes problemas socio- jurídicos a los que no escapan los Derechos Reales. La ocupación pidgin de espacios rebeldes con vocación pública es la que está emergiendo de los grupos de inmigrantes y de su interacción con los barrios ya consolidados de la capital italiana. Tal como ha ocurrido en el interior del IV Pleno Casatorio, para entender la ocupación pidgin y a su colega, la ocupación precaria, hay que liberarse del miedo a equivocarse a errar deliberadamente, a preferir la justicia y a estar disponibles para ponderar las nuevas interacciones.

15. No obstante, el esquema básico aún no es sustituido: En los interdictos prohibitorios para retener la posesión prevalece el que está actualmente asentado en el inmueble. Es el mismo interdicto "*uti possidetis*" en cuya fórmula romana clásica se asienta la cláusula consabida que establece que solo puede prevalecer el que no lesiona la posición del contrario por un acto de violencia o con un vicio de su posesión. Aunque esta cláusula aún tiene un efecto relativo: cuando el poseedor con «vicio» no deriva su posesión del adversario (ab altero), sino de otra persona cualquiera, entonces tal defectuosa derivación no le impediría prevalecer en el interdicto contra su adversario.

16. En la ocupación precaria peruana está latente la propia red de espacios rebeldes con vocación pública, paralela a las prácticas informales de las ocupaciones pidgin de Roma. No solo se trata de precarios en la clásica acepción o en la que da el art. 911 del Código Civil⁴⁰. La metodología de ocupación ya permite elaborar mapas de liberación de espacios abandonados de la ciudad —en

40 Código Civil. "Artículo 911. La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido".

particular los bienes abandonados debido a la especulación inmobiliaria, aquellos adquiridos por las mafias, o el patrimonio hereditario o público vacantes o en tela de juicio. Roma posee muchos de estos inmuebles urbanos vacantes que han sido abandonados o dejados desiertos por las costumbres individualistas del consumismo en los nuevos estilos de vida urbanos occidentales: o por las crisis de las antiguas industrias.

17. En el Perú, la situación se agrava por las derivaciones de la intensa presión del mercado inmobiliario; pero, tanto como en Roma, el auge de la ocupación precaria columbra un cambio socio jurídico más profundo que la simple renovación física de espacios abandonados. Este fenómeno de “neo liberación” de espacios abandonados resulta siendo una clave interesante para interpretar las nuevas realidades sociales supuestamente liberadas al devaneo de las fuerzas del mercado.

18. Las ocupaciones de inmuebles vacíos realizada por familias de todo el mundo avanza con más energía cuando los movimientos de lucha por el derecho a la vivienda, abrieran su lucha a familias inmigrantes, del extranjero o de las zonas más deprimidas del propio país, de extrema pobreza y de necesidad habitacional. En Roma, muchas de estas familias inmigrantes vivían en asentamientos informales, incluso debajo de puentes y autopistas, otras, víctimas de la recesión europea, habían perdido el trabajo y pasaban de una situación de bienestar a una de precariedad no prevista y a un destino incierto. Va en aumento el número de inmigrantes que luchan por sus derechos en primera persona.

19. La incertidumbre legal y la endeble predictibilidad en sede judicial o administrativa contribuyen a que la nueva configuración eche mano al atorismo medieval “*bonis possessor*” que aludía a la ventaja de los poseedores inmediatos demandados frente a los demandantes, sobre cuyos hombres se atribuye la carga de la prueba. A tal dificultad de probanza se le encuentra similitud con la denominación de “probario diabólico”, que parece provenir de los “juicios del alma”, - aquellas piezas judiciales del medioevo, representadas escénicamente en forma plástica en las que el Diablo, que pretende reivindicar la titularidad del Derecho Real para el Infierno, siempre acaba perdiendo, por defecto de prueba, ante el Ángel.

20. Es en este nuevo desarrollo de los Derechos Reales en que el IV Pleno Casatorio Civil ha llegado mucho más allá de los Paradigmas señalados por el Derecho Romano. Ha logrado remonstrarse al reconocimiento de la vigencia de la dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado y en la constante búsqueda del Bien común, entendido el Bien común como el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con que las personas, las familias y los grupos o asociaciones pueden lograr, con mayor plenitud y facilidad, su propia perfección. (cfr. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia).

21. El intercambio de criterios entre jueces altamente calificados conduce a *pergrar* que, al tratar cualquier ítem vinculado al Derecho Real, es imposible ignorar que el bien común exige facilitar a cada hombre (varón o mujer) todo lo necesario para que pueda acceder a una vida verdaderamente humana. Por ello y para ello se origina y se configura la sociedad, con su ordenamiento estructural (político, económico, jurídico, cultural). Por su naturaleza, el bien común está determinado esencialmente por la dignidad de todo ser humano: desde su fecundación. Mientras sus exigencias particulares derivan de las condiciones propias de cada época y lugar es obligación del Estado y de la sociedad adecuarse para satisfacer tales exigencias.

22. Al atender a las exigencias del hombre en lo concerniente a los Derechos Reales se debe partir del enlace intrínseco que los vincula con el principio antropológico y con el del orden natural. Porque el bien común exige tener en cuenta la realidad completa de la persona, de manera que sus contenidos no puedan establecerse de manera arbitraria.

23. No podría ofrecer soluciones jurídicas, valederas quien no fuese capaz de conocer realmente los genuinos contenidos del bien común, quien no tuviese un adecuado conocimiento de cuáles son las exigencias para ese logro y partiese de una concepción antropológica deficiente, que olvidase o negase alguno de los elementos que integran el ser personal del hombre.

24. Ello implica la reiteración del deber de la judicatura de promover que todos los seres humanos puedan concretar la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral. Por eso, la aplicación de los postulados de la justicia social en el uso de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social. Y los que, de una y mil formas, ha tratado de asentarse a lo largo de la historia. Tales postulados exigen, a su vez, la práctica de otro pilar del Derecho: Los bienes — sean intelectuales o materiales — están destinados a todos.

25. Es así que, ante la formulación de la ponencia, no se puede menos que volver a visitar el antiguo principio jurídico de solidaridad: le la invocación al compromiso personal y comunitario con la opción preferencial por la dignidad de todos los seres humanos.

26. Cada persona está llamada a alcanzar altísimas finalidades concordantes con su dignidad; pero, no podría prescindir de los bienes para responder a las necesidades. Especialmente a aquellas, sin cuya satisfacción su misma existencia física se torna inviable. Estas son las que devienen en indispensables para alimentarse y crecer material y espiritualmente; para comunicarse, y para constituirse en familias y grupos sociales entre otras exigencias básicas.

27. Del repaso de los hitos históricos se tiene que concluir que la aplicación del principio del destino universal de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social.

28. Es de tal trascendencia este principio que una comunidad humana se hunde en la depresión y la atrofia cuando se niega —a alguno, a muchos o a algunos de los seres humanos que la integran— la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral.

29. El postulado del destino universal de los bienes es un derecho natural, inherente a la naturaleza del hombre. Su vigores, además, de la mayor necesidad si es que una comunidad se propone la salvaguarda de la justicia social y la solidaridad humana. No se pretenda ubicar este postulado en los catálogos del Derecho Positivo o en los de un determinado contexto histórico; más bien, en los anales de la lucha por la consolidación de la dignidad humana como supremo fin de la sociedad y del Estado. En ellos se reflejan con nitidez las frecuencias y las vibraciones de la sociedad. Y las del presente manifiestan un dantesco espectáculo de desigualdades materiales. La magia del admirable crecimiento macroeconómico actual solo hace más clamorosa la miseria de importantes segmentos sociales. ¡Otra razón adicional para invocar la exigencia del destino universal de los bienes!⁴¹

Por las razones expuestas, en esta sentencia dictada por el Pleno de magistrados de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República; en atención a los fundamentos alegados en este voto; y, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil; el Juez que suscribe se adhirió al voto en mayoría que: a) Declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Mirna Libbeth Panduro Abarca y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 610 a 611.

SS. RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

Leslie Sueño Zegarra

Secretaría de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

41. Material bibliográfico consultado:

- Dios, Alvaro, *Derecho romano privado*, 10.ª ed., revisada. Universidad de Navarra, Pamplona: 2004.
- De VALDIVIA CANO, Ramiro, *Derecho constitucional*. I. Texto Universitario. Arequipa: El Catolico, 2009.
- ROMAN MANRIQUE, Benjamin, *Derecho romano*. Texto Universitario, Arequipa: Universidad Católica de Santa María, 1970.

Páginas web consultadas:

- <http://vnuwagvm.com/Arrendamiento.Precio.htm> 2012.08.14 <http://hwAy.pdiglin.net/fcl.com/index.php/architecture/the-Doo-uo-city/>.
- <http://www.bing.com/search?c=COMPENDIO+DE+LA+DOCTRINA+SOCIAL+L+CAT+%C3%93LUCATar+IE+SearchBox&FORM=1E8SRC>.

La Secretaría que suscribe certifica que, además de los considerandos precedentes, el voto singular de la señora Ana María Aranda Rodríguez, Jueza de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, es como sigue:

- I. Introducción
- II. Concepto de posesión
- III. Servidor de la posesión
- IV. Clasificación de posesión
- V. Posesión precaria
- VI. Título
- VII. Acumulación
- VIII. Defensa posesoria

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente pleno casatorio ha sido desarrollado no solo en atención a las decisiones dispares que reiteradamente han llegado a la Corte Suprema de Justicia de la República, sino y sobre todo, dado el gran impacto que ha producido en nuestra sociedad la ocupación de bienes inmuebles.

2. Se considera que es necesario que esta sede casatoria brinde las pautas adecuadas a fin que las instancias de mérito, puedan decidir con criterio uniforme en los casos en que se está frente a una ocupación precaria, evitando la inseguridad jurídica de quienes ostentan algún derecho sobre determinados bienes. Nuestro ordenamiento procesal civil ha diseñado una vía expeditiva para conocer el proceso de desalojo por ocupación precaria, que es la vía procedimental sumarisima, que muestra un trámite célere, a fin de lograr la pronta restitución de cualquier bien.

3. Comprendiendo esta situación, la labor de la Corte Suprema de Justicia de la República no puede ser ajena al perjuicio que se genera tanto en las titularidades sobre los bienes como en el normal desarrollo del tráfico jurídico de éstos, que se ve afectado por quienes no ostentan ni título ni causa jurídica alguna que los ampare en la ocupación de los inmuebles, encareciendo su transferencia al trasladar los costes económicos que supone esta situación anómala, dado que si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos⁴².

42 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Los sistemas de transferencia de propiedad de la propiedad inconclusa", en *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 1.ª reimp., Lima: octubre del 2009, p. 183.

4. La trascendencia de este pleno casatorio se puede apreciar en la decisión adoptada en mayoría, la cual recoge el desarrollo jurisprudencial de varias décadas de nuestra institución, las posiciones doctrinarias e interpretación normativa que los jueces han venido considerando, y permite presentar de una manera clara las reglas que servirán de observancia obligatoria para toda la judicatura, quienes son los encargados de impartir justicia en el caso concreto, en una tema de gran impacto social entre nosotros como es el desalojo por ocupación precaria.

II. CONCEPTO DE POSESIÓN

5. La posesión, como la tenemos regulada entre nosotros, responde a la concepción objetiva de ella, tributaria de Ihering, que es la asumida por los diferentes tratados nacionales, y que ha establecido que la posesión nace del contacto del hombre con la tierra; exterioriza un estado de hecho⁴³, y ha sido conforme a esta concepción que fue desarrollada en el Segundo Pleno Casatorio Civil, en su considerando 25, precisándose que (...) la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquel, así como que los terceros puedan confiar en dicha apariencia (...).

6. Sobre el particular, cabe precisar que la posesión se encuentra taxativamente regulada en el artículo 896 del Código Civil, el cual establece que es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad y ello es importante para señalar que la posesión entre nosotros no depende de la voluntad del sujeto sino del ejercicio de hecho del sujeto sobre el bien; por ello es que, quien aparece en la realidad fáctica como el que ejerce el derecho de uso del bien es a quien se considera el poseedor del mismo; razón por la cual, en nuestro sistema no existen ni posesiones abstractas ni posesiones fictas.

7. Es importante tener en cuenta que la posesión lejos de ser en todo caso un mero estar nutrido de ventajosas o renuncias, ha de ser considerada también, desde el punto de vista jurídico, como instrumento de reforma y del cambio social⁴⁴, dado que si bien el ejercicio del derecho de posesión compete a su titular, éste debe realizarse en armonía al sustento económico y social en el cual se desenvuelve el sujeto de derecho.

III. SERVIDOR DE LA POSESIÓN

8. Sin perjuicio de lo antes señalado, queda absolutamente claro que el servidor de la posesión no es un poseedor, conforme lo establece el artículo 897 del Código Civil, cuando señala que, no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas; y ello es así en razón que el servidor de la posesión ejerce la misma en nombre de otro, que le tiene. Su estatuto es puramente negativo; nos dice solo quien no es poseedor. Mientras las cosas estén en manos del servidor de la posesión se han de considerar a todos los efectos jurídicos como si estuvieran en las manos del poseedor⁴⁵.

9. Fue siguiendo la línea legislativa antes señalada que, en el Segundo Pleno Casatorio, en su considerando 35, se precisó que (...) el servidor de la posesión no partícipe en la posesión ni esta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que esta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que impara las Instrucciones. Ello implica que en este caso, a pesar del ejercicio de hecho del uso del bien, éste no lo realiza para sí mismo, sino para otro, quien es el titular del ejercicio del derecho de posesión, de quien depende y de quien recibe órdenes e instrucciones pero no como un representante sino como un dependiente.

IV. CLASIFICACIONES DE POSESIÓN

4.1. POSEEDOR MEDIATO E INMEDIATO

10. Nuestro cuerpo normativo civil en el artículo 905 establece que Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediana a quien confirió el título. En efecto, el poseedor mediano posee por medio del poseedor inmediato, que es la persona que por estar ligada con una relación jurídica a aquel se halla en una posesión directa con la cosa⁴⁶.

11. Este desarrollo normativo, fue reseñado también en el Segundo Pleno Casatorio Civil en su considerando 33, estableciendo (...) conforme a lo expresado por Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediano mantiene una relación, de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediano "ostenta" o "tiene" y no "ejerce", porque en la posesión mediana predomina la nota de la atribución o el reconocimiento

43 Castañeda, Jorge Eugenio, *Instituciones del Derecho Civil. Los derechos reales*, t. I, Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de San Marcos, 1965, p. 9.

44 Hernández Gil, Antonio, *La función social de la posesión*, Madrid: Alianza Editorial, 1969, p. 67.

45 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 6.ª ed., vol. III, Madrid: Temis, 1997, p. 109.

46 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *ob. cit.*, t. I, 107.

antes que la del "ejercicio" propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos).

12. Asimismo, el citado pleno Casatorio precisó en el considerando 34 que (...) lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatez no es un grado de la posesión, sino simplemente la única manera de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata.

13. Sobre el particular, cabe precisar que es a partir de esta norma que se puede apreciar que el legislador utiliza el término "título", que ha sido interpretado de diversas maneras y que se desarrollará más adelante.

4.2. POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

14. Si bien, nuestro Código Civil no ha estatuido una segunda clasificación de la posesión, ésta se puede interpretar a partir de lo establecido en el artículo 906 de nuestra norma sustancial, la cual establece que La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legítimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. De esta manera, la posesión legítima es la que se conforma con el derecho mientras que la ilegítima es la contraria al derecho⁴⁷. Siendo ello así, en esta norma, además de referirse nuevamente a la expresión "Título", se establece la existencia de la posesión ilegítima de buena fe, y en la norma siguiente, artículo 907, consigna hasta cuando puede señalarse que existe esta buena fe; es por ello que, también podemos interpretar a contrario, que existe una posesión ilegítima de mala fe, cuando no cumple con los requisitos antes precisados, y que adicionalmente, como contrapartida del concepto de posesión ilegítima, también puede interpretarse a contrario, la existencia de una posesión legítima, que vendría ser la ejercida conforme al derecho vigente.

47 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. La posesión ilegítima o precaria, en *Themis Revista de Derecho*. Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 4. Segunda Época, 1986, p. 59.

V. POSESIÓN PRECARIA

5.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

15. A parte de una clasificación taxativa de posesión, mediata e inmediata, y otra que puede ser establecida vía interpretación normativa, conforme lo hemos señalado precedentemente, legítima e ilegítima; nuestro Código Civil ha establecido en el artículo 911 del Código Civil, otro supuesto de posesión, que no tiene antecedentes legislativos en nuestros dos cuerpos normativos civiles anteriores, Código Civil de 1852 y Código Civil de 1936.

16. El artículo 911 del Código Civil de 1984 establece que La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. Siendo, Lucrecia Maish Von Humboldt quien la consideró en el artículo 80 de su proyecto y así ha sido recogida por el artículo 911⁴⁸.

17. La posesión precaria es la que ha suscitado una serie de disquisiciones, debates y posiciones contrapuestas, pues su definición no es pacífica; sin embargo, lo que sí debe quedar claramente establecido, es que la posesión precaria se encuadra en lo que el Código Civil de 1984 establece como posesión ilegítima, porque es la que se ejerce sin título o porque su título ha fenecido.

18. Siendo ello así, la posesión precaria, es un supuesto específico de posesión ilegítima, que ha logrado su consagración legislativa en el artículo 911 del Código Civil, luego de un largo desarrollo jurisprudencial, como lo veremos en el punto siguiente.

5.1. EL CONCEPTO DE PRECARIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1912

19. Si bien la posesión precaria, como lo hemos señalado precedentemente, no tiene antecedentes en los cuerpos normativos civiles; sí lo tiene en la norma procesal anterior, concretamente en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que en su artículo 970, señala que Hay acción de desahucio para recuperar bienes sujetos en los casos de los artículos 1002, 1006 y 1174 del Código Civil, sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas. Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión.

20. Es a partir de la interpretación de la norma antes reseñada, por parte de la judicatura nacional, que empieza a desarrollarse jurisprudencialmente el concepto

48 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, t. III (Derechos reales), 2.ª ed., Lima: Normas Legales, 2011, p. 123.

de precario, y que por cierto, produjo una dispar jurisprudencia, al punto que, como lo hemos precisado, la Dra. Lucrecia Mash Von Humboldt, consideró necesario plantear legislativamente para así encontrar la unificación de la interpretación de este concepto, que desde sus inicios, en sede nacional, ha sido fruto del desarrollo jurisprudencial de más de 80 años, y que este pleno casatorio acertadamente ha desarrollado para unificar criterios:

5.2. JURISPRUDENCIA DEL USO PRECARIO ANTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

21. Es en base al artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, que se comenzó a elaborar la jurisprudencia del uso precario, pero debe tenerse en cuenta que en aquel momento, se encontraba aún vigente el Código Civil de 1852, que en su artículo 452 establecía que Posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservar para sí. En esta norma podemos apreciar de manera contundente la influencia de Friedrich Karl von Savigny, para quien resultaba fundamental el ánimo de poseer, por lo que nuestro primer cuerpo normativo civil se alinea en torno a la posición subjetiva de la posesión.

22. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, mientras estuvo vigente el Código Civil de 1852, desarrolló la siguiente jurisprudencia:

El ocupante sin título puede ser desahuciado por el que posee el bien como propietario. A.J. 1919. p. 68⁴⁹.

Quien no prueba que ocupa el inmueble como arrendatario se encuentra en la condición de ocupante precario. Procede el desahucio. A.J. 1934, p. 178. R. de T. 1934, p. 368. Rev. J. P. 1968, p. 7545⁵⁰.

El que ocupa el bien por concesión graciosa del propietario, es ocupante precario. Procede el desahucio. A.J. 1915, p. 2085⁵¹.

En esta última jurisprudencia puede notarse como es que, como lo señala Savigny, es la voluntad de quien concede la posesión, el signo distintivo de ésta.

23. Nuestra evolución normativa en el Código Civil de 1936, consagra legislativamente el artículo 824, el cual establece que es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos. Es a partir de esta norma que nuestro sistema se adscribe a la corriente objetiva de la posesión,

cuyo referente fue Caspar Rudolf von Ihering, al considerar que es el ejercicio de hecho y no el ánimo de poseer, el signo distintivo de la posesión.

24. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, mientras estuvo vigente el Código Civil de 1936, desarrolló la siguiente jurisprudencia:

Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno y, además, anteriormente fue vendido en un juicio de reivindicación del mismo bien. Rev. Juríd. 1961, N.º 1, p. 31⁵².

Si el demandado no prueba que paga merced conductiva, se encuentra en la condición de ocupante precario, contra quien procede el desahucio. "El Peruano", 5 Nov. de 1952. A.J. 1966, p. 1189⁵³.

Es ocupante precario el que ocupa una casa-habitación, que estuvo alquilada a otra persona, sin mediar contrato de arrendamiento, ni pagar merced conductiva. A.J. 1947, p. 243. Rev. del F. 1959, N.º 3, p. 718⁵⁴.

Es precario el que ocupa un inmueble sin título ninguno y sin pagar merced conductiva, aunque invoque a su favor la donación del mismo, si ésta no consta de escritura pública. Rev. J. P. 1962, p. 331; 1967, p. 941⁵⁵.

25. En la jurisprudencia reseñada, se hace evidente que ya no es la sola voluntad la que distingue el ejercicio de la posesión, sino que es el ejercicio de hecho, y un elemento adicional, que resulta importante en la concepción de precario que hoy tenemos regulada, el "Título", concepto que desarrollaremos a continuación.

VI. TÍTULO

26. El tema en debate en la posesión precaria, el sustento del mismo, se centra particularmente para nosotros, en lo que entendemos por "Título", y para ello nos vamos a referir a una sede de definiciones, empezando por la que establece el lenguaje español en el Diccionario de la Lengua Española⁵⁶, el cual utilizamos

52 Ibid., p. 1001.

53 Ibid., p. 1002.

54 Ibid.

55 Ibid., pp. 1002 y 1003.

56 Título. (Del lat. titulus), m. Palabra o frase con que se da a conocer el nombre o asunto de una obra o de cada una de las partes o divisiones de un escrito. // 2. Remembre o distributivo con que se conoce a alguien por sus cualidades o sus acciones. // 3. Causa, razón, motivo o pretexto. // 4. Documento jurídico en el que se otorga

49 Guevaras Bararua, Fernando, *Código de Procedimientos Civiles*, Lima: Cultural Cuzco, 4.ª ed., 1982, p. 1007.

50 Ibid.

51 Ibid.

una gran mayoría de peruanos, y en donde el título puede entenderse tanto como la causa, razón o motivo de algo, así como el documento jurídico que otorga un derecho.

27. En el lenguaje jurídico, Título⁵⁷ se puede entenderse como causa, razón o motivo jurídico, y lo apreciamos cuando nuestro ordenamiento entienda que el título es el fundamento jurídico por el que se alega algo, ergo, la justificación jurídica del mismo invocada por el sujeto de derecho, no solo es el documento, que es otra de las acepciones de título; lo cual debemos tener como premisa, para una adecuada interpretación del artículo 911 del Código Civil, y que deberá ser analizado por los magistrados cuando les corresponda impartir justicia en el caso a resolver, a propósito de las pretensiones de desalojo por ocupación precaria, teniendo como base a las categorías generales que presentamos a continuación.

6.1. HECHO JURÍDICO

28. Todo hecho no es relevante para el derecho, para ello se requiere que éste haya sido apreciado por nuestro ordenamiento jurídico, y en razón de ello la

un derecho o se establece una obligación (...). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22.ª ed., t. 10, España: Marcu Cromo Mes Gráficas, 2001, p. 1483.

57 Título: Origen. Causa. Razón. Motivo. Pretexto // Instrumento o diploma que acredita la legitimidad de una profesión // Origen o fundamento jurídico de un derecho, potestad u obligación, y demostración fehaciente del mismo // Por ejemplo, los testimonios de las escrituras públicas de dominio debidamente inscritas en los Registros Públicos, constituyen título de propiedad legítimo para su dueño. // Documento en el cual consta una obligación de carácter mercantil. // Para CARRANT es causa o fundamento jurídico de un derecho, por ejemplo: acto a título oneroso o a título gratuito; justo título, título de nobleza. En otra acepción, según el mismo autor, dicese del documento escrito redactado con el fin de consignar un acto jurídico o un acto material que puede producir efectos jurídicos (...). FLORES POLO, Pedro, *Diccionario de términos jurídicos*, vol. 4, Lima: Marsol, 1987, p. 344 y 345.

58 Título: Palabra o frase que da a conocer algo. Renombre adquirido por acciones especiales. / Origen, causa, razón. / Pretexto, excusa. / Instrumento, documento, diploma que acredite determinados estudios, la legalidad de la profesión o la de un nombramiento. / En términos legislativos, una de las principales divisiones de los cuerpos legales; que suele seguir a los libros en importancia y atender a los capítulos (v.). / Fundamento de un derecho u obligación. / Documento que prueba una relación jurídica. / Demostración auténtica del derecho con que se posee. / Dignidad nobiliaria. / Persona que la ostenta. / Documento que acredita una deuda pública o valor mercantil CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Nuevo diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. VIII, 29.ª ed., Buenos Aires: Heliasa, 2006, p. 112.

juridicidad de un hecho se plantea, (...) generalmente en relación estrecha con la existencia de una norma⁵⁹.

29. De esta manera el modelo del hecho jurídico en sentido estricto se da, con seguridad, en todos los casos en los cuales se toman en consideración solamente eventos naturales o, bien se toman, indiferentemente, eventos naturales y comportamientos humanos⁶⁰. Siendo ello así, debemos tener en cuenta que un hecho jurídico es un acontecimiento, la producción de un evento, algo que sucede pero que tiene consecuencias jurídicas.

6.2. ACTO JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO

30. Corresponde precisar que en el acto jurídico en sentido estricto sería necesario, como también suficiente, que se quiera ejecutar el comportamiento como tal. Sería relevante la mera voluntariedad del acto y no el fin jurídico ("el propósito"), para el cual se le ejecuta⁶¹. El acto jurídico en sentido estricto tiene como base a la voluntad de realizar el mismo, pero es independiente del efecto jurídico que se busca.

31. No todos los actos jurídicos son negocios jurídicos, desde que aquellos producen sus efectos con independencia de lo que las partes buscan.

6.3. NEGOCIO JURÍDICO

32. Los negocios jurídicos están caracterizados por el propósito (en el sentido de que para el derecho es relevante, a más del evento y le voluntariedad del comportamiento, el fin práctico que el sujeto pretende⁶²).

33. Un negocio jurídico conlleva la autorregulación de intereses de las partes, que se produce no solo por la mera voluntariedad del comportamiento de éstos para celebrarlos, sino que además de plasmarse en cuanto tal, buscan un propósito, que es el efecto recogido por el ordenamiento jurídico.

34. De esta manera, los actos jurídicos en sentido estricto tienen lugar cuando no hay negocio. Se trata de actos voluntarios —no hechos— (que producen efectos jurídicos) y hay negocio cuando el autor o autores declaran su voluntad, a efectos

59 BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BACCIA y otros. *Derecho Civil* t. I, vol. 2 (Hechos y actos jurídicos), Fernando HINESTROSA (trad.), Universidad Externado de Colombia, p. 563.

60 BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BACCIA y otros, ob. cit., p. 575.

61 BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BACCIA y otros, ob. cit., p. 578.

62 BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BACCIA y otros, ob. cit., pp. 572 y 573.

de auto regular sus propios intereses, con la consecuencia de crear (modificar o extinguir) o regular relaciones jurídicas⁶³.

35. En atención a lo expuesto, consideramos que los jueces de mérito deben propender a realizar un meditado análisis de las categorías jurídicas previamente reseñadas, para establecer si la posesión que ejerce la parte demandada en un proceso de desalojo por ocupación precaria, se sustenta en un título posesorio o si éste ha fenecido. Ello no implica un pronunciamiento sobre la prevalencia o ineficacia del mismo, salvo que se trate de nulidades manifiestas o que dentro del mismo proceso pueda determinarse la falta de idoneidad del título, sin desnaturalizar la vía procedimental sumarísima.

VII. ACUMULACIÓN

36. Las normas de acumulación de pretensiones, la verdadera acumulación, así como de reunión de sujetos procesales, desarrollada a través del instituto del litisconsorcio, se encuentran previstas a partir de los artículos 83 y siguientes del Código Procesal Civil.

37. La acumulación de pretensiones, es en suma la reunión de pretensiones sobre la base de la conexidad de éstas, conforme lo establece el artículo 84 del Código Procesal Civil, pues se requiere de un factor de relación entre las distintas pretensiones para que éstas puedan ser reunidas o acumuladas⁶⁴.

38. De esta manera, la conexidad se aprecia en la misma estructura de la pretensión, tanto en su objeto, el pedido concreto de aplicación, como la causa de pedir de ésta, que estará constituida por los fundamentos que cada sujeto procesal sustentará en base a su pedido.

39. En el caso del proceso de desalojo por ocupación precaria, teniendo en cuenta que el objeto del proceso se centra en determinar respecto a la parte demandada, la existencia de título que justifique la posesión o su ausencia, o si teniendo título éste ha fenecido; corresponde a la judicatura rechazar de plano todo pedido de acumulación que pretenda ser deducida en autos por parte del demandado, más aún cuando nos encontramos en un proceso cuya tramitación se realiza en la vía sumarísima, que está destinado a atender asuntos que no requieren de mayor complejidad, por ende no están previstas mayores actuaciones procesales, razón por la cual este instituto procesal debe ser rechazado al pretenderse incluir en el objeto del proceso de desalojo por ocupación precaria, controversias ajenas a lo que hemos reseñado precedentemente.

⁶³ Espinoza Espinoza, Juan, *Año jurídico neoliberal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 41.

⁶⁴ Matthews López, Carlos, *Parte, Tercero, acumulación e intervención procesal*, Lima: Palabra, 2001, p. 67.

VIII. DEFENSA POSSORIA

40. El derecho a la posesión, también puede ser objeto de tutela a través de las llamadas defensas posesorias, nos referimos a los interdictos de recobrar así como a los interdictos de retener, vencido el plazo de prescripción de un año, luego de producido el hecho que fundamenta la demanda, previsto en el artículo 601 del Código Procesal Civil, sin haberse ejercitado la acción interdictal, el poseedor tiene expedito su derecho para promover las acciones posesorias.

41. Estimamos, que luego de vencido el plazo antes señalado, quien ha sido despojado, podrá iniciar otro proceso, incluyendo el desalojo por ocupación precaria, teniendo en cuenta que ahora deberá acreditar como parte demandante, su derecho a poseer en tanto que deberá establecerse en el proceso si el demandado tiene título o no, o si su título ha fenecido, para justificar la posesión que ostenta.

42. Se considera pertinente mencionar, que quién promueve un proceso de desalojo por ocupación precaria debe estar premunido de alguna de las calidades previstas en el artículo 586 del Código Procesal Civil, es decir demostrar que tiene derecho a la restitución del bien, y como se ha referido con anterioridad, algar que la parte demandada carece de título justificativo de la posesión que exhibe.

43. Negar lo anterior, es decir, sostener que no es viable promover un proceso de desalojo en estos casos, daría lugar a limitar de manera inconstitucional el derecho de acción de los interdictos, en su contenido de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, vulnerándose el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, desnaturalizando la esencia de un Estado Constitucional de Derecho como es el caso del Perú; asimismo, se estaría implicando el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece de manera taxativa que Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso, norma que consustituye el desarrollo legal de la previsión constitucional antes precisada.

45. En esa misma línea de pensamiento, reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, sostiene que uno de los contenidos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, conforme lo ha establecido en el fundamento jurídico 8 de la STC N.º 763-2005-AA/TC, el cual precisa que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, se sienta la obligación de acogérle y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo renunciar un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de

la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un procedimiento cualquiera que sea su resultado.

S. ARANDA RODRIGUEZ.

Leilie Soledad Zegarra

Secretaría de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Secretaría que suscribe certifica que el voto en minoría de los señores Jueces supremos Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña, Miranda Molina y Chaves Zapater es como sigue:

Quienes suscriben este voto en minoría expresamente hacen constar que concuerdan con la parte resolutoria de la sentencia del presente Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República en cuanto declara infundado el recurso de casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca consecuentemente no casa la resolución de vista obrante de fojas 610 al 611 de fecha 8 de abril de 2011 expedida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y lo determinado en el literal a) del Fallo; en tanto que no concordamos con los puntos que establecen doctrina jurisprudencial vinculante ni con las consideraciones pertinentes que la sustentan, conforme a los siguientes fundamentos:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. El procedimiento predeterminado por ley

Nuestra Constitución reconoce este derecho fundamental en el artículo 139 inciso 3 en cuanto dispone: "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos".

A su turno, nuestro Código Procesal establece normas que determinan expresamente la vía procedimental para los asuntos o litigios, dependiendo de la naturaleza de la pretensión o su cuantía, pero al mismo tiempo contiene normas flexibles que permiten al Juez adecuar la vía procedimental, siempre que considere atendible su empleo.

El proceso judicial, en principio, es unitario; consútye un conjunto de actos que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, no obstante, atendiendo a la finalidad de la pretensión que constituye su objeto o a la complejidad o urgencia de tutela del derecho material, los procesos contenciosos se clasifican en: a) Proceso de declaración o de conocimiento; b) Proceso de ejecución y c) Proceso cautelar.

CUARTO PLENO CASATORIO

Para Lino Enrique Palacio⁶⁵ el proceso de declaración, llamado también de conocimiento o de cognición, persigue que el órgano jurisdiccional declare la existencia o inexistencia de un derecho (o derechos) sustantivo (una relación jurídica sustancial o una relación jurídica) invocada en la demanda por el actor; persigue, por tanto, eliminar la incertidumbre que obstaculiza o traba el ejercicio regular de aquel derecho sustantivo, o la efectividad o consecuencia de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, brindando la seguridad jurídica que no existe o existe precariamente en las relaciones humanas, con relevancia para el derecho. Como sostiene Monroy Gálvez⁶⁶, la intervención de un Juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, dependiendo de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al Juez y a las partes, siendo que esta variación determina precisamente la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento: a los más amplios se les denomina de conocimiento propiamente dichos, a aquellos en los que los plazos se han reducido se les conoce como abreviados, y a los procesos en los que el debate se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *sumarísimos*.

En el proceso de ejecución no se discute la existencia o inexistencia de un derecho; por el contrario, existe un derecho cierto o presumiblemente cierto contenido en los llamados títulos de ejecución, sean estos de naturaleza judicial (sentencia o laudo arbitral firme) o extrajudicial (como la letra de cambio o el pagaré), a los cuales la ley concede la ejecución forzada, sin que sea necesaria la previa declaración positiva de certeza.

Finalmente, el proceso cautelar tiene por finalidad obtener de la prestación jurisdiccional que se adopten medidas para conservar o preservar la situación de hecho o de derecho mientras el órgano jurisdiccional dicte sentencia final, previniendo así los posibles daños que se pudieran causar debido a la demora en la composición del litigio. Agrega en este punto Lino Enrique Palacio, citando a Liebman, que: "La función que el juez cumple en esta clase de procesos no es ajena, desde luego, a todo conocimiento. No se trata, sin embargo, de un conocimiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino de un conocimiento periférico o superficial tendiente a formular un pronunciamiento de simple probabilidad acerca de la existencia del derecho que se discute en el proceso principal"⁶⁷.

65 Cfr. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 2.ª ed., Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1990, p. 304 y ss.

66 Cfr. MONROY GALVEZ, Juan, *Tecnica general del proceso*, 1.ª ed., Lima: Palestra, 2007, p. 273.

67 PALACIO, ob. cit., p. 308.

B. El proceso de conocimiento o de cognición

Nuestro Código Procesal Civil vigente adoptó la precitada clasificación de los procesos contenciosos en conocimiento, de ejecución y cautelar. Particularmente, respecto del proceso de conocimiento previó una sub clasificación, atendiendo a la necesidad, complejidad y urgencia de las materias sometidas a la jurisdicción, de tal manera que dicho proceso comprende: b. 1) el proceso de conocimiento propiamente dicho; b. 2) el proceso abreviado; y, b. 3) el proceso sumarísimo.

- b. 1. **El proceso de conocimiento propiamente dicho:** Se distingue por ser el más completo, así como por la amplitud de los plazos previstos para cada una de las actuaciones procesales, concediendo un amplio margen para la acreditación de los hechos alegados por las partes, en atención a la naturaleza compleja de las pretensiones que se discuten o a su alta estimación patrimonial. Según el artículo 475 del Código Procesal Civil, modificado por Ley N.º 29057, acceden al proceso de conocimiento los asuntos contenciosos que: 1) No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación; 2) la estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal; 3) son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su procedencia; 4) el demandante considere que la cuestión debatida solo fuese de derecho; y, 5) los demás que la ley señale.

- b. 2. **El proceso abreviado:** Se caracteriza, precisamente, por la abreviación o reducción de los plazos, así como de las actuaciones procesales, en razón a la menor complejidad de las causas tramitadas en esta vía o su reducido valor económico.

Acceden al proceso abreviado, según lo dispuesto en el artículo 486 del mismo cuerpo normativo, también modificado por Ley N.º 29057, los siguientes asuntos contenciosos: 1) Retractor; 2) título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos; 3) responsabilidad civil de los Jueces; 4) expropiación; 5) herencia; 6) impugnación de acto o resolución administrativa; 7) la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal; 8) los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y, 9) los demás que la ley señale.

- b. 3. **El proceso sumarísimo:** Es el proceso de cognición reducido a su mínima expresión, tanto en lo que se refiere en actuaciones procesales como a plazos, de forma tal que, inmediatamente después de concluir

la etapa postulatoria, el juez se encuentra habilitado a sancionar el proceso, fija puntos controvertidos, admitir y actuar pruebas y emitir sentencia en un solo acto. Su existencia y regulación obedece a la necesidad de tutela urgente y a la escasa complejidad de las materias sometidas a jurisdicción, por tanto, está prohibido en esta vía: reconvenir, informar sobre hechos y ofrecer medios probatorios en segunda instancia, entre otros. En atención a lo normado en el artículo 546 del acorjado Código Procesal, igualmente modificado por Ley N.º 29057, se tramitan en la vía del proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1) Alimentos; 2) separación convencional y divorcio ulterior; 3) interdicción; 4) desalojo; 5) interdictos; 6) los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por que debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo; 7) aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y, 8) los demás que la ley señale.

C. El desalojo como proceso sumarísimo

Entre otras pretensiones, el Código de Procedimientos Civiles regulaba el llamado Entere desahucio dentro del juicio de menor cuantía. Se asignaban como características de esta vía la reducción del término probatorio y la excepción de los términos para actuar las pruebas; la contestación, formulación de excepciones y reconvenición debían proponerse solo en el acto de comparendo, expidiéndose sentencia por el juez dentro de los diez días posteriores a su celebración.

Entendemos que el hecho de que el legislador hubiera regulado del juicio de desahucio dentro del proceso de menor cuantía encontraba su razón de ser en la finalidad concreta que perseguía: recuperar el uso del bien por quien lo entregó, ya sea en virtud de un contrato de locación conducción, o en virtud a un usufructo, o por simple acto de liberalidad transitoria o de amistad, revocable a voluntad de quien lo entregó. La falta de entrega o devolución del bien por la persona obligada o requerida a hacerlo habilitaba recurrir a esta vía procesal para concretar su recuperación.⁶⁸

Las circunstancias que justificaron la regulación del juicio de desahucio dentro del llamado juicio de menor cuantía no han variado sustancialmente; por el contrario, se reafirmaron con la promulgación del actual Código Procesal Civil, que considera al proceso de desalojo dentro del proceso sumarísimo, caracterizado por incorporarse en un solo acto (audiencia única) las principales actuaciones procesales, como son la conciliación, la resolución de excepciones, el saneamiento, la fijación de puntos

⁶⁸ Cfr. **Dino Caserio, Remigio, Nociones de derecho procesal y comentario del Código de Procedimientos Civiles**, t. IV, Lima: Tipografía Peruana, 1965, p. 43.

controvertidos, la resolución de cuestiones probatorias, la actuación de pruebas y la emisión de la sentencia final.

Como en el caso regulado en el Código de Procedimientos Civiles, el legislador entendió que la única controversia planteada entre las partes —y no otra— era la restitución del bien por quien lo había entregado.

Nótese que la variación del texto del segundo párrafo del artículo 970 del Código de Procedimientos derogado, con el texto de los artículos 585 y 586 del Código Procesal vigente se circunscribe a la sustitución de los términos "recuperar" por "restituir", que en puridad tienen significados sinónimos, como explicaremos más adelante, así como también expondremos los fundamentos por los cuales en este proceso no puede resolverse otra cuestión distinta a la simple recuperación o restitución del bien.

Sin embargo, para un mejor entendimiento del tema, creemos necesario desarrollar los aspectos referidos a la precariedad a través de su devenir histórico, legislativo y jurisprudencial, para así poder tener una visión completa de lo que entendemos y debe entenderse acerca del desalojo por la causal de ocupación precaria.

II. EL PRECARIO

A. En el derecho romano

En su primera fase evolutiva, la figura del precario se desenvuelve en el seno de la "clientela"⁶⁹ y la organización social de la "gens". Así, se presentaba como la concesión que el patrono hacía de determinadas extensiones de terreno que estaban bajo su posesión directa, sin que se requiriera del cliente canon o tributo como pago o contraprestación por lo que recibía del patrono, aunque el transferente reservaba su potestad revocatoria, la cual podía darse en cualquier momento. Precisamente la palabra *praerarium* proviene de *preces* que significa "ruego", pues el patrono daba la concesión o permiso para ocupar las tierras a ruego del cliente. Como refiere Anibal Torres Vásquez respecto del precario, citando a Albaladejo, "específicamente se designa con este nombre a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocada a su voluntad"⁷⁰.

Entonces tenemos que, para el derecho romano, la precariedad se distingue por tres características⁷¹: 1) la concesión o permiso que daba el patrono para la ocupación de sus tierras; 2) la liberalidad que implicaba el acto, al no exigirse contraprestación

69 Extranjeros voluntariamente sometidos al ejército beligerante o acogidos en Roma bajo protección de la *gens* o *servos manumitidos*.

70 Torres Vásquez, Anibal, *Derechos reales*, t. I. Lima: Idemsa, 2006, p. 388.

71 Cfr. MORENO MOCHOLI, Miguel, *El precario*, 2.^a ed., Pamplona: Universidad de Navarra, 1976, p. 6045.

alguna, lo que no quiere decir que el precario no debiera fidelidad al patrono o realizara ciertos servicios a su favor; y 3) su revocabilidad, por la que se deja sin efecto la declaración de voluntad que permitía al precario el ejercicio de la posesión.

En su segunda fase, hace presencia la jurisdicción del pretor y, con ella, el surgimiento de especiales defensas para garantizar la institución del precario, que había alcanzado gran importancia debido al desarrollo del comercio y las ciudades. Esas defensas se desenvolvían en dos vías: a) La defensa a favor del concedente o *precario datus*; y, b) la otorgada a favor del precarista.

Son dos las defensas que se le reconocen a favor del concedente: i) el interdicto de precario y ii) la *defensa indirecta*. El interdicto de precario se ejercía para recobrar la posesión automática de aquel que se niega a reintegrar la posesión cedida⁷². De otro lado, en cuanto a la *defensa indirecta*, ésta se ejercía a través de la *autodefensa* —sin intervención del pretor—, según la cual (...) puede el concedente ocupar, por su propia autoridad, la cosa cedida reintegrándose en la posesión material de ella, para lo cual cabe utilizar la violencia, siempre que no sea mediante la fuerza armada (...)⁷³.

Por su parte, la defensa del precarista descansaba básicamente en los llamados interdictos *retinendae possessionis* y *recuperandae possessionis*, que se ejercitaban ya sea para retener la posesión o para recuperarla⁷⁴. Entre los primeros encontramos al interdicto *uti possidetis*, que impedía la perturbación violenta de la posesión; y así también tenemos el interdicto *uti vi*, destinado a retener la posesión de las cosas muebles. Entre los interdictos de recobrar citamos al *interdicto unde vi*, para repeler el despojo violento que se produjera sin armas, y finalmente el interdicto de *vi armata* para efectos de repeler el despojo valiéndose de las armas, solo en el caso que éstas se hubieran empleado para despojarlo. Por su particularidad, este último interdicto no solo podía ejercitarse contra el *precario datus*, sino también contra terceros.

B. En el derecho moderno

Señala Miguel Moreno Mocholi⁷⁵ que son dos los periodos que pueden distinguirse en esta etapa: 1) el periodo previo a la Codificación, que abarca una serie de disposiciones propias del Medievo, pasando por las Ordenanzas Reales de Castilla hasta la Novísima Recopilación, en las que la figura del precario se diluye en

72 "Pero hay que tener en cuenta que se concedía no solo al primitivo *precario datus*, sino a cualquiera adquiriera posterior. Y en este caso no es acertado considerar el interdicto como recuperatorio, porque el que reclama no habla tenido nunca la cosa". *Ibidem*, p. 75.

73 MORENO MOCHOLI, ob. cit., p. 86.

74 Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo, *La posesión*, Bogotá: Temis, 1983, pp. 258-262.

75 Cfr. MORENO MOCHOLI, ob. cit., pp. 284 y 289.

figuras de tipo señorial en las que predomina la sumisión y el vasallaje; y, 2) así también se distingue el periodo de la Codificación, en donde se define la figura de lo que hoy conocemos como precario, como triunfo de la Revolución Francesa y subsiguiente caída de las monarquías, y que supuso la abolición radical de las normas señoriales heredadas de la edad media (superioridad del señor frente al siervo), situando a ambos protagonistas en un mismo plano. No obstante, los códigos modernos no regulan expresamente la figura del precario o lo redujeron al papel de una modalidad contractual derivada del comodato.

En el Código Napoleónico la entrega en uso de un inmueble se reguló a través de la figura del comodato, en el que igualmente se dejaba a salvo la facultad del comodante a exigir la devolución del bien y la obligación del comodatario de devolverlo, y que en este caso el incumplimiento tomaba en precario al ocupante. Collin y Capitant, sin embargo, distinguen la figura del precario de la posesión precaria, que ejercía el colono, depositario y usufructuario, quienes poseen a nombre del arrendador, depositante y nudo propietario, respectivamente, reconociendo inclusive tal precariedad en los concesionarios del dominio público⁷⁶.

C. En el derecho comparado

Como bien refiere Gonzales Barrón⁷⁷, 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.

El Código Civil italiano considera que el precario se origina por licencia del concedente, y tiene carácter revocable.

En el Código Civil español se regula al comodato como el préstamo en uso de un bien no fungible a título gratuito. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

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 solo 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.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 290 y 291.

⁷⁷ Gonzales Barrón, Gunther, "Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario", Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/precario_y_sus_vaivenes.pdf> p. 8.

En este lado del continente, el Código Civil Argentino regula igualmente la figura del precario dentro del comodato, señalando que el mismo se configura cuando no se pacta su duración ni el uso que se le dará a la cosa, en cuyo caso el comodante puede solicitar la restitución de la cosa cuando quisiera.

En el mismo sentido, 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 meza tolerancia del dueño⁷⁸.

Para el Código de Colombia, el comodato se torna en precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier momento. Así también constituye precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o meza tolerancia del dueño.

Gonzales Barrón, luego de 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 el bien al primer requerimiento.⁷⁹

III. PRECARIO Y COMODATO

Pudiera afirmarse que la precariedad es una modalidad del comodato⁸⁰, en cuanto ambos se caracterizan por ser actos gratuitos, cuya finalidad o destino es el goce o disfrute de la cosa ajena sin pago o contraprestación. Es cierto que aquellas son

⁷⁸ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile ha entendido la meza tolerancia como la exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia; así también considera que la ignorancia no debe darse con respecto a la tenencia en sí sino respecto de su calificación jurídica, para borrar el grado de consideración de quien demanda, pues el Diccionario de la Real Academia define el término ignorancia como la falta de inmanación y noticias. Finalmente, la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato no solo considera la carencia de estos actos jurídicos, sino de todo título o antecedente que justifique la tenencia. (Cf. LEONARDO SANCHEZ, José Miguel, "Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia", en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ais Boni et Aequi*, Año 4, n.º 8, Santiago de Chile: 2008, pp. 93 y 94.)

⁷⁹ GONZALES BARRÓN, Gunther, *op. cit.*, p. 9.
⁸⁰ Así se reconocía en los Códigos Civiles de 1852 y 1936, el mismo que se configuraba cuando no se ha señalado el plazo ni se ha determinado el uso que se dará al bien cedido en comodato. Al respecto, José León BARASODIMAN sostiene que "llamado precario es una sub-especie del comodato, no siendo pues un contrato distinto, a diferencia del antiguo contrato de precario del derecho romano" (*Comentarios al Derecho Civil Romano*, t. II, Lima: 1975, p. 66).

sus similitudes, pero en realidad pueden darse sutiles diferencias entre uno y otro. La primera de ellas es que, a diferencia del comodato, cuyo plazo de duración puede ser determinado o indeterminado, ya por convención de ambas partes o por el cese de la situación que dio origen a la relación jurídica entre aquellas, el plazo de la precariedad es ciertamente indeterminado y está sujeto a la voluntad del dueño o propietario, quien con el solo ejercicio de su facultad revocatoria determina su conclusión.

La segunda y más significativa de las diferencias se configura con respecto al destino específico que se le atribuye al bien cedido. En el comodato este destino se encuentra definido, es decir, se encuentra establecido el uso concreto y determinado que se le dará al bien inmueble. En la precariedad, la entrega del bien tiene como destino genérico su ocupación, sin que el dueño o propietario asigne al ocupante un uso o destino específico.

Así lo ha establecido el Tribunal Supremo Español en su Sentencia del 2 de octubre del 2008, cuando al resolver la controversia suscitada entre el propietario del inmueble y quien fuera su nuera, ahora divorciada de su hijo, que se niega a desocupar el citado bien, estableció en su segundo considerando pautas para la distinción entre las figuras del comodato y del precario, siendo las principales:

- A. Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.
- B. En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes.
- C. Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

Esta sentencia no solo establece estas pautas sino que además nos ilustra el hecho concreto de que un comodato puede tomarse en precario, lo que ocurre cuando el destino o la finalidad concreta para el cual se ha cedido la cosa ha desaparecido. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo de España, la Sala estableció que

si bien el inmueble fue cedido por el padre (propietario) al hijo para que éste lo ocupe conjuntamente con su familia como inmueble conyugal, sin embargo, al desaparecer la causa o finalidad para la cual se había cedido el inmueble —lo que tuvo lugar al concretarse el divorcio del hijo y romperse la convivencia conyugal— la situación de quien fuera nuera del propietario, e incluso la de su propio hijo, se torna en precarista, toda vez que "(...) al cesar la convivencia conyugal desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida". Por tanto, establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial".

En tal sentido, sobrevenida la ruptura de la sociedad conyugal, la vivienda pasa a ser ocupada por la ex esposa del hijo por mera tolerancia del propietario, quien puede requerir su devolución en cualquier momento.

Por cierto, aun cuando se trate de una doctrina jurisprudencial, la misma no puede ser entendida como solución única para todos los casos posibles. Resulta de suma importancia advertir las particularidades que importan a cada caso concreto y analizar las relaciones que existen entre la parte que pretende la restitución de la posesión del inmueble y quien lo detenta efectivamente, a fin de determinar si estamos ante un precario, un comodato u otro derecho posesorio. Por ejemplo, en el caso donde la madre cedió a su hijo en uso un inmueble de su propiedad, para ser usado como vivienda familiar conjuntamente con la esposa de éste, no obstante lo cual sobrevino el resquebrajamiento de la relación conyugal, la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia del 21 de octubre del 2010, estableció que existía comodato en la posesión que detenía la nuera, en razón de que la suegra —propietaria del bien— acompañó al hijo al Juzgado el día del juicio de divorcio, conoció lo que allí se pactó y estuvo de acuerdo con ello, considerando en el convenio por el cual ambos cónyuges pactaron que la custodia del hijo común se llevaría a cabo en la vivienda familiar, y que se ejercería en forma compartida y alternada por los padres (el padre los fines de semana y el resto la madre), hasta que el menor alcanzara independencia económica. Por tanto, habiéndose destinado un uso concreto al bien por un tiempo limitado, existe comodato⁸¹.

81 Cfr. ALONSO Saura, María Pilar y Francisco Casarulo Vinader, "Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario", en *Revista Jurídica Región de Murcia*, n.º 40, Murcia: Fundación Mariano Ruiz-Funes, 2010, pp. 106 y 107.

Cabe agregar que la sentencia del 2 de octubre del 2008 unificó la jurisprudencia española dispersa hasta ese momento, partiendo del análisis de la sentencia dictada por el mismo Tribunal Supremo el 26 de diciembre del 2005, en el que no solo se trató un caso similar de posesión del bien posterior a la ruptura del vínculo matrimonial, sino también se abordó el tema del comodato y la precariedad en los siguientes términos: "Ciertamente cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifique la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del condecenente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe consistir de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos racionales de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el [...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario".

Vemos más adelante que este razonamiento postulado por el Tribunal Supremo de España respecto de la conversión de la figura de comodato en precario nos ayudará a interpretar los alcances del artículo 911 del Código Civil, particularmente en cuanto al extremo que concibe la precariedad como fenecimiento del título para poseer.

IV. EL PRECARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO CIVIL

A. El Código de Procedimientos Civiles

La figura del precario aparece específicamente regulada por primera vez en el artículo 970 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, referido a la acción de desahucio con el siguiente texto:

Artículo 970. Hay acción de desahucio para recuperar bienes sujetos a enfiteusis, usufructo, uso o habitación en los casos

de los artículos 1902, 1906 y 1174 del Código Civil⁸², sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas.

Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión (el resaltado es nuestro)

Remigio Pino Carpio sostiene que la precariedad a la que alude la segunda parte de este artículo se refiere "(...) a la tenencia sin título, proveniente de un acto de liberalidad o de amistad de su propietario y por tanto revocable en cualquier momento, razón por la que el tenedor no tiene ningún derecho para continuar su uso. Si ésta no fuera la estricta interpretación del caso en cuestión, no se explicaría la existencia de la segunda parte del numeral, pues bastarían los arts. 952, 953 y la primera parte del que estudiamos para cubrir todos los casos en que, conforme a los citados numerales procede el desahucio"⁸³

Similar interpretación ha dado Francisco Velasco Gallo, para quien la precariedad a la que se refiere la norma procesal es la que ejerce el ocupante "(...) que sin título y reconociendo la propiedad de otro, se introduce en un bien ajeno sin pagar pensión"⁸⁴.

Por su parte, la jurisprudencia⁸⁵ recaída en el juicio de desahucio por precario se encargará de perfilar aún más este concepto. Así se afirmó por ejemplo que: "El

82. Se refiere al Código Civil de 1852.

83. Pino Carpio, Remigio, *Noiones de derecho precario y comentario del Código de Puro Carpio*, Remigio, IV, Tipografía Peruana, 1965, p. 91. El mismo *Procedimientos Civiles*, t. IV, Lima: Tipografía Peruana, 1965, p. 91. El mismo autor refiere, como ejemplo, que no procedía plantear una demanda de desahucio por precario por quien habla adquirido un bien arrendado, sosteniendo que: "(...) en nuestros estratos judiciales, es de todos los días ver como se invoca como causal para el desahucio la tenencia precaria, sin más que por el hecho de que el actor, que ha comprado el predio locado alega no tener vinculación con el locatario que fue del vendedor. Respecto del demandado, asimismo se ve que éste, ante la causal de tenencia precaria invocada por el actor como derivada de la compra que ha efectuado, opone la simulación de la venta. Como vemos al estudiar el art. 970, la causal de tenencia precaria no puede generarse por la compra del predio locado, y tratándose de la simulación alegada por el demandado, no puede ventilarse en el juicio de desahucio, tanto porque se trata de una acción que debe seguirse en la vía ordinaria, cuando porque se trata al juicio especial que nos ocupa" (*Ibidem*, p. 44).

84. Velasco Gallo, Francisco, *Derecho precario civil, juicios especiales y procedimientos*, Versasco Gallo, Francisco, *Derecho precario civil, juicios especiales y procedimientos*, no contermina, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1976, p. 124. Véase diversa jurisprudencia sobre la noción de precariedad a la luz del Código de Procedimientos Civiles en Guzmán Ferraer, Fernando, *Código de Procedimientos Civiles*, t. II, Lima: Científica, 1986, pp. 999-1002.

concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del art. 970 del C. de P. C. es de ocupante sin título ninguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva". Igualmente se ha dicho que: "El uso precario a que se refiere la segunda parte del art. 970 del C. de P. C. supone la preexistencia de un uso idéntico, del que deriva precisamente la precariedad. En consecuencia, si no ha habido transmisión de aquél derecho, sino más bien desposesión clandestina o de facto, no es la acción de desahucio por ocupación precaria la que debe hacerse valer". En el mismo sentido se ha dicho que: "El que ocupa el bien por concesión graciosa del propietario es ocupante precario. Procede el desahucio, y así también: "En los casos de desahucio por ocupación precaria, sin pagar pensión, no es el demandante quien debe acreditar este hecho, sino el demandado quien debe probar la existencia del vínculo contractual o de otra naturaleza que justifique la ocupación del bien".

A su turno el artículo 971 del mismo Código de Procedimientos refería que la acción para la recuperación de bien ocupado en precario correspondía al propietario, a los depositarios judiciales y a los administradores de los bienes ajenos. Así también, como única pretensión que podía oponer el demandado dentro del proceso encontrábase al pago de mejoras regulado en el artículo 974, no pudiendo resolverse cuestiones distintas a la materia que constituye su objeto, que no es otro que recuperar la posesión inmediata de la cosa por quien lo entregó; aun cuando el emplazado alegue detentar derecho de propiedad o de posesión sobre el inmueble, toda vez que tales derechos debían ventilarse en los juicios de reivindicación, mejor derecho de propiedad o de posesión o a través de los interdictos, entre otros⁸⁶. Finalizado el juicio de desahucio, la parte vencida podía contradecir la sentencia en la vía ordinaria, según lo informa el artículo 973, en concordancia con el artículo 1083, alegando únicamente cuestiones de puro derecho, sin que proceda la restitución de la cosa (en caso de ampararse la demanda) sino únicamente el pago de una indemnización a su favor⁸⁷.

Teniendo en cuenta estas premisas básicas derivadas del desarrollo doctrinario y jurisprudencial, podemos afirmar que el derogado ordenamiento procesal reconocía al precario como la concesión expresa que hacía el propietario o el que hacía sus veces, respecto de un inmueble, para que determinada persona lo ocupe, y que se caracteriza por ser gratuito y revocable.

86 Cfr. PINO CARPIO, ob. cit., pp. 43 y 44.

87 El mismo PINO CARPIO señala que: "El actor que ha triunfado en el juicio de Desahucio o en el Aviso de Despedida, solo ha recuperado el uso de la cosa que le es propia o el uso a que tiene derecho, por lo que, con ello, no ha arrebatado al demandado nada de su patrimonio. De aquí que sería irritó el que, si el locatario triunfa en la acción contradictoria, se dispusiera la restitución de la cosa, la que solo cabe respecto de bienes patrimoniales". *Ibidem*, p. 95.

B. El Código Civil de 1936

A diferencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el Código Civil de 1936 no hizo mención al precario en sí, salvo en la figura del "comodatario precario" regulado en el art. 1594, que señalaba:

Artículo 1594. Cuando no se ha determinado el objeto del uso ni su duración, ni aquél resulte determinado por la costumbre, puede el comodatante, a su arbitrio, pedir que se le devuelva la cosa prestada.

José León Barandiarán consideraba que la figura del precario regulada en este artículo era, en efecto, una sub-especie de comodato, toda vez que "(...) se ha entregado la cosa para que la use directamente el comodatario, y no en forma indefinida (si no, no se estaría dentro de la configuración estructural del comodato); pero no se ha especificado nada, como ocurre en el comodato ordinario, ya bien sobre la fijación de un plazo de subsistencia del contrato, ya bien acerca del uso de la cosa". Agrega el maestro sanmarquino que: "De ahí que lo característico de este tipo de comodato precario, estriba en esa incerteza en cuanto a la subsistencia de la posesión de la cosa por el comodatario, pues el comodatante puede *ad nutum* determinar en cualquier momento su término. Ello se explica por la naturaleza gratuita de la ventaja recayente en el tenedor, y porque hay que entender que las partes, sobre todo el comodatario, entendieron que al no precisarse ni tiempo ni objeto del uso, han querido someter la relación jurídica creada a esa resolución por voluntad absolutamente unilateral del comodatante. Este, en su caso, comunicará su determinación al comodatario. Y el comodatario queda obligado de inmediato (a) la devolución de la cosa⁸⁸".

Es de destacar que la figura normada en el artículo 1594 del Código Civil de 1936 se encontraría, por su ubicación en el ordenamiento, sujeta a las obligaciones que vinculan al comodatante y comodatario, previstas en los artículos 1592 y 1593 del mismo Código derogado, entre otras normas reguladoras de la relación contractual establecida entre las partes. Sin embargo, el precario constituye una situación de hecho no sujeta a pacto y que, por tanto, no genera una relación jurídica, salvo la obligación de quien detenta en precario de devolver el bien una vez que sea requerida su restitución. Por tanto, al no tener origen en un contrato, no resultaría acertado considerar que la precariedad desarrollada en la doctrina encuentre su símil en el comodato precario.

88 LEÓN BARANDIARÁN, José, *Contratos en el Derecho Civil Peruano*, t. II, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1975, pp. 64 y 65.

C. El Código Civil de 1984

Para reafirmar el hecho de que el comodato precario es distinto a la figura del precario en sí, el Código Civil de 1984 incorporó en el artículo 1737 una redacción similar del artículo 1594 del Código Civil de 1936, aunque con diferencias significativas⁸⁹, e independientemente incorporó la figura de la posesión precaria con el siguiente texto:

Artículo 911. Posesión precaria

La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

La redacción de este artículo corresponde a Lucrecia Maistich Von Humboldt y, en atención a lo referido por la citada jurista, obedeció a la necesidad de superar las polémicas doctrinarias y unificar la jurisprudencia contrarictoria existente hasta ese momento en nuestros tribunales respecto de la figura del precario⁹⁰. Pero cabe preguntarnos, ¿cuál era esa jurisprudencia contradictoria dictada en materia de precariedad? Estimamos que fue aquella que comenzó a considerarse al precario como la simple tenencia sin título, sin incidir en la adquisición del propietario, depositario o administrador del bien, según era el espíritu del Código de Procedimientos Civiles, sino considerando circunstancias en las que no mediaba entrega alguna del inmueble entre el propietario o titular del derecho y el ocupante. Ejemplos de esa jurisprudencia la encontramos en los siguientes fallos⁹¹: "Procede desalojo por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno". Asimismo: "Procede el desahucio por ocupación precaria contra quien ha ocupado el inmueble sin consentimiento del dueño". Continúa señalando la jurisprudencia que: "Es ocupante precario el que ocupa una casa-habitación que estuvo alquilada a otra persona, sin mediar contrato de arrendamiento, ni

89 Código Civil, Artículo 1737. Comodato indeterminado.

Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodatario lo solicite". Nótese aquí que el legislador del Código Civil de 1984, a diferencia del legislador del Código Civil de 1936, únicamente consideró la falta de acuerdo respecto de la duración del contrato para efectos de tomar el llamado comodato precario en el moderno comodato indeterminado. Para el Código derogado, el comodato precario no se configuraba solo con la falta de acuerdo respecto de la duración del contrato, sino también respecto del destino u objeto de uso del bien.

90 Cfr. Maistich Von Humboldt, Lucrecia, *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*, Lima: Desarrollo, 1983, p. 71.

91 Véase en: Guzmán Ferrera, ob. cit., pp. 1002 y 1013.

pagar merced conductiva". Finalmente: "Carece de título y es ocupante precario el marido que continúa ocupando el inmueble después de haber cesado en la administración de los bienes propios de su esposa, por autorización judicial concedida a ésta para administrarlos directamente". Y así entre otras muchas e incógnitas que desvirtúan la concepción de precario concebida en el Código de Procedimientos derogado.

Pero regresando al análisis de la norma en comento, debemos referir que el texto propuesto por la destacada jurista fue el siguiente: "La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha caducado". Al incorporarse el texto propuesto al Código Civil, el legislador únicamente optó por variar el término "caducado" por fenecido".

Coincidimos con Julio Martín Wong Abad⁹² cuando sostiene que la redacción del artículo 911 del Código Civil vigente, lejos de concluir el debate lo inicia, toda vez que sus alcances no fueron de ningún modo esclarecidos en la Exposición de Motivos. Su redacción genérica ha conducido a las Salas Civiles del Supremo Tribunal, así como a los órganos jurisdiccionales de todas las instancias, a realizar interpretaciones de lo más variadas respecto a lo que éstas entienden como precariedad.

Decimos que adolece de una redacción genérica cuando sostiene que la posesión precaria es la que se ejerce sin título, definición que hasta cierto punto puede estimarse correcta, en cuanto se entiende que quien posee lo hace sin contar con un contrato u otro acto jurídico que le otorgue determinados derechos sobre el inmueble, pero no se especifica el origen de su ocupación, esto es, de quien la ha obtenido.

Autores como Héctor Lama More sostienen que la redacción propuesta por el Código Civil vigente se aparta de modo claro y concluyente de la concepción tradicional de la precariedad expuesta en la doctrina y el derecho comparado⁹³. Lama More sostiene que ello se debe básicamente al hecho de que la posesión precaria, según la propia redacción normativa, la ejerce solo aquél que posee sin título.

Permisamos disentir de esta opinión. No cualquiera que posee sin título es precario, sino que para ser tal debi reunir determinadas características que, si bien no se precisa textualmente en la norma en comento, devienen precisamente de la interpretación histórica, doctrinaria, sistemática y retológica de la instrucción

92 Wong Abad, Julio Martín, *El precario y el juicio de desahucio por precario*, Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

93 Cfr. Lama More, Héctor, *La posesión y la posesión precaria*, Lima: Grijley, p. 147 y ss.

del precatario. Creemos firmemente que la labor del juez no se reduce a la mera aplicación de la norma, menos aún se circunscribe a su interpretación literal. No porque el texto de la ley no indique expresamente en qué casos se produce el supuesto específico que regula, debemos concluir inexorablemente que aquella es completa, suficiente por sí misma e inmutable.

Establecer en el proceso la voluntad objetiva de la norma jurídica requiere de métodos o criterios de interpretación; y los criterios pertinentes para cada caso deben ser empleados de la manera más armónica y crítica. Todo enunciado normativo requiere de una interpretación; por tanto, no es cierto que cuando el texto de la norma es claro no requiere de actividad interpretativa. Por ello el paradigma que se sustenta en el clásico *bractado: in claris non fit interpretatio*, ha quedado sin vigencia.

Dentro de los criterios que la doctrina propone y que el Juez debe considerar en su labor interpretativa, puede mencionarse al gramatical (denominado también literal), al lógico-conceptual (*argumentos a priori, a contrario, a fortiori, generali sensu, stricto lege, ad absurdum*), al sistemático, al histórico (precedentes inmediatos y remotos, proceso de elaboración de normas, exposición de motivos y debates legislativos), al teleológico y al axiológico, entre otros.

El Juez, en un Estado Constitucional de Derecho⁹⁴, debe recusar y apartarse de las posiciones extremas del positivismo jurídico a ultranza o dogmatismo⁹⁵, y debe también rechazar las posiciones extremas corrosivas de la Escuela del Derecho Libre, porque el Juez de nuestros tiempos no debe ser la boca de la ley pero tampoco debe atribuirse las facultades propias del legislador. El Juez es ante todo creador del derecho, pues su sentencia objetiva y materialmente justa recrea el derecho, vivifica los valores y fines de éste, concreta el sistema de valores que acoge la Constitución, primordialmente el valor justicia, que el valor supremo del derecho.

94 Con acierto dice Manuel Aragón Reyes "(...) el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar 'moderna', esto es, la propia de un Estado Constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la constitución y a la ley (...)". "La vinculación del juez a la Ley", Madrid: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid I (1997)*, 1997, p. 180.

95 El imperio de la Constitución y de la ley es uno de los pilares esenciales de un Estado de Derecho, llámese Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático y Social de Derecho; empero la legalidad surge como una respuesta a la arbitrariedad y el absolutismo del antiguo régimen y así nos lo recuerda Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferraz cuando precisa: "El principio de legalidad se construye históricamente como oposición a la arbitrariedad y la subjetividad de las decisiones del príncipe; como sistema de ejercicio de poder objetivo, igualitario y previsible y como elemento clave para legitimar el poder, para organizarlo y delimitarlo (...)". "Constitución, legalidad y seguridad jurídica", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid I (1997)*, p. 157.

Por las razones expuestas, estimamos que la norma contenida en el artículo 911 del Código Civil no puede ser aplicada de forma aislada y literal, sino que corresponde realizar respecto de ella una interpretación histórica, doctrinaria, y sobre todo, sistemática y teleológica, es decir, atendiendo a su conexión con la totalidad del ordenamiento jurídico y a la finalidad objetiva que persigue. Y para ello, es necesario referirnos a continuación a la regulación del proceso de desalojo desarrollada por el Código Procesal Civil de 1993.

V. EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

Como indicáramos anteriormente, el juicio de desahucio regulado en el Código de Procedimientos Civiles no difería sustancialmente del proceso de desalojo que vino a regular el Código Procesal vigente. Mientras que el primero perseguía la "recuperación" del bien entregado por el propietario o por quien hacia sus veces, el segundo persigue la "restitución" del mismo bien. Se ha definido al verbo recuperar como: "Volver a tomar o adquirir lo que se había perdido." Por su parte, se conceptúa a la restitución como la "[d]evolución de una cosa a quien la tenía antes" y así también como el "[e]stablecimiento o vuelta de una cosa al estado que tenía antes.

Los artículos pertinentes del Código Procesal son claros y elocuentes. Veamos:

Procedimiento⁹⁶

Artículo 585. *La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo. [El subrayado es nuestro] Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.*

Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código.

Sujetos activo y pasivo *en el desalojo*

Artículo 586. *Pueden demandar el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo*

96 Artículo modificado por Ley N.º 29057, publicada el 29 de junio del 2007.

HECTOR LYMA MORE | JURISPRUDENCIA VINCLANTE CIVIL Y PROCESAL CIVIL.
 dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la
 restitución de un predio.

Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario,
 el prestatario o cualquier otra persona a quien le es exigible la
 restitución. [El resaltado es nuestro]

Tercero con título o sin él

Artículo 587. Si el predio es ocupado por un tercero ajeno a
 la relación establecida entre el demandante y la Persona a quien
 éste le cedió la posesión el demandante debe denunciarlo en su
 demanda. El denunciado será notificado con la demanda y
 podrá participar en el proceso. [El resaltado es nuestro]

Si al momento de la notificación del admisorio se advierte
 la presencia de tercero, quien lo notifique lo instruirá del
 proceso iniciado, su derecho a participar en él y el efecto que
 va a producirle la sentencia.

El tercero puede actuar como litisconsorte voluntario del
 demandado desde la audiencia única.

Si durante la audiencia se advierte que el tercero carece de
 título posesorio, el Juez aplicará lo dispuesto por el Artículo
 107.

Por eso, procede el desalojo —en general— contra el arrendatario que no paga
 la renta, o por haberse vencido o resuelto el contrato que los vinculaba, o cuando
 se requiera a quien ocupa el bien precariamente, entre otros supuestos, en donde
 media la entrega física del bien por su titular.

Entonces cabe preguntarnos: ¿es viable plantear un proceso de desalojo por causal
 de ocupante precario, entendiendo como precariedad a la simple posesión sin
 título, sin atender a la naturaleza de su origen? Estimamos que no. Desde que el
 proceso de desalojo persigue esencialmente la restitución del bien que su dueño—o
 titular del derecho o quien haga sus veces— entregó en su momento al ocupante,
 de una interpretación sistemática y teleológica del artículo 911 del Código Civil con
 los artículos del Código Procesal Civil enumerados ur supra, así como también del
 desarrollo histórico de las normas que regulan el comodato precario, hasta llegar
 a su concepción actual contenida en el artículo 1737 del acotado Código Civil,
 se concluye que el presupuesto para que se configure la precariedad importa que
 el titular haya entregado al ocupante la posesión del inmueble, generando como
 único deber del ocupante devolver o restituir la posesión cuando le sea requerida,

asistiendo al citado titular el derecho para exigir, judicial o extrajudicialmente,
 dicha restitución.

De esta forma, nuestra normatividad vigente continúa con la sistemática y
 lógica concebida por el Código de Procedimientos Civiles (artículo 970) en
 cuanto regulaba que el desahucio por precario perseguía la “recuperación” del
 bien, denominada ahora como “restitución, entendiéndose por recuperación o
 restitución el reintegro o retorno del bien al titular.

Asimismo, estando a su propia naturaleza, y teniendo en cuenta que los plazos
 establecidos para la realización de los actos procesales se reducen a su mínima
 expresión, es claro que en dicho proceso de desalojo no pueden debatirse cuestiones
 relativas a la validez o nulidad del título en el cual se sustenta el derecho del
 demandante o quien solicite la restitución. Tampoco puede pretenderse que, por
 medio de esta vía, se declare la existencia o constitución de otros derechos, como
 sería el mejor derecho de propiedad, la adquisición de propiedad por prescripción
 adquisitiva⁹⁷, u otros derechos reales que el demandado, estime, detenta sobre el
 bien, más aún si conforme a lo normado en el inc. 1 del art. 559 del C.P.C. está
 prohibida la reconvencción, y porque para ello se requiere de mayor amplitud en
 los plazos y actos procesales que permitan el debate probatorio, además de que
 las citadas pretensiones cuentan con vías procesales específicas más latas que debe
 ejercitar oportunamente el interesado.

VI. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 911 DEL CÓDIGO CIVIL

Partimos de considerar que el artículo 911 del Código Civil regula dos supuestos
 en que se configura la precariedad: cuando quien ocupa el inmueble carece de
 título, o cuando el título del ocupante ha fenecido.

- a) La ocupación sin título —que es la precariedad propiamente dicha o
 como se conoce en la doctrina más autorizada— se configura cuando el
 titular del derecho concede o entrega gratuitamente a otro la posesión
 de un inmueble, sea por un acto de liberalidad, amistad, parentesco o
 guiado por motivos humanitarios, sin exigir contraprestación ni fijarse
 plazo para su devolución o determinarse el uso específico del bien. Entre

⁹⁷ No puede adquirirse ni propiedad quien reconoce que detenta la posesión en nombre
 de otro. Asilo ha establecido la jurisprudencia cuando señala: “La posesión puede
 ser en nombre propio (*possessio pro suo*) o en nombre ajeno (*possessio alieno nomine*).
 La primera es la que se ejerce como propietario, *animus domini*, y conduce a la
 prescripción adquisitiva de dominio, también denominada usucapción. La posesión
 en nombre ajeno reconoce el dominio de otra persona, como es la posesión del
 arrendatario, del depositario, del usufructuario, del guardador o guardián, etc.”
 (Casación N.º 2105-2004 La Libertad).

el titular y el poseedor se genera una relación de hecho en el que el titular puede a su arbitrio y en cualquier momento, requerir la restitución de la posesión que detenía. La "restitución" importa que el titular haya a su vez "entregado", pues ese es el presupuesto exigido por el Código Procesal Civil para configurar el derecho a solicitar el desalojo por la vía sumarísima. Por tanto, y para este supuesto específico, es impropio el desalojo de aquí que ocupa sin asentimiento del titular del derecho (propietario, arrendador, administrador, entre otros), en cuyo caso se debe recurrir a la vía más lata para definir el derecho controvertido (reivindicación, mejor derecho de posesión, interdictos, entre otros)⁹⁸.

Dentro de la llamada posesión sin título encontramos, además, a *aquella que se ejerce sin justificación alguna*. Así lo ha entendido y desarrollado la jurisprudencia al considerar a la posesión precaria como "la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien" (Casación N.º 1147-2001 La Libertad). Del mismo modo se ha dicho que la posesión precaria se configura cuando no existe título o inclusive cuando "no existe siquiera uno inválido que justifique la posesión" (Casación N.º 1801-2000 Moquegua). Recientemente, la Casación 417-2009 Ica ha establecido que la posesión precaria "es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante" (Casación N.º 417-2009 Ica).

Entonces, contrario sensu, si quien ingresó al inmueble lo hizo premunido de un título (aun cuando éste no hubiera sido otorgado por el titular del derecho) o lo hizo existiendo de por medio circunstancias que justificaban este accionar, ciertamente no se configura la precariedad. Las circunstancias "justificantes" de la posesión deben presentarse de forma clara y contundente, y ser suficientemente probadas en los actos postulatorios. No basta alegar, por ejemplo, que se ingresó al inmueble porque el mismo fue objeto de compra venta, cuya entrega debía formalizarse por el vendedor, pero que nunca se concretó con su entrega física, si es que no existen pruebas que acrediten fehacientemente tal circunstancia.

b) Nuestro ordenamiento civil agrega el supuesto de la *ocupación precaria por feneamiento del título*, por lo que cabría preguntarnos en

98 Como ocurre, por ejemplo, en el caso del poseedor sin título que pretende ser desalojado por el nuevo propietario del inmueble, de quien no recibió la posesión, alegando la existencia de precariedad. En tales casos, es impropio demandar el desalojo en la vía sumarísima, siendo lo correcto recurrir a la reivindicación.

qué supuesto se ubica nuestro legislador para justificar esta premisa. Evidentemente se trataría de lo que denominaremos una "precariedad sobreviniente", porque en puridad la misma no existió sino que se configuró con posterioridad al feneamiento del título.

Sostenemos que la precariedad se caracteriza por el hecho de haber existido de por medio la entrega efectiva que hace el titular del bien que se va a ocupar, sin que exista ningún título que vincule a las partes. En los casos de precariedad sobreviniente se parte del presupuesto de que existe una entrega efectiva de la posesión del bien por quien es su titular, pero mediante un título que faculta a ejercer tal posesión con la condición de devolverlo (contrato de arrendamiento, anticresis, usufructo, depósito, entre otros).

Este es el caso típico de la posesión mediata y la posesión inmediata. Al respecto nuestro Código Civil señala:

Artículo 905. Posesión inmediata y mediata

Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud a un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

Entonces, es poseedor mediato el propietario, el comodante, el arrendatario (respecto del sub arrendatario), o quien instituye el usufructo o el depósito, entre otros. Es poseedor inmediato quien ejerce la posesión directa y efectiva de la cosa en virtud a un título conferido, tales como serían el arrendatario, comodatario, usufructuario, etc.

El poseedor inmediato reconoce como verdadero titular del derecho de posesión al poseedor mediato, quien se lo transfirió temporalmente en virtud de un título⁹⁹. No se trata, pues, de dos derechos de posesión independiente, sino de uno solo, así como tampoco puede hablarse de coposesión, pues el poseedor mediato ejerce su derecho a través del poseedor inmediato y no de forma conjunta con aquél.

99 La jurisprudencia ha sido clara al señalar que si no existe título que acredite la transferencia temporal de la posesión, no se configura la posesión inmediata. Así se sostiene que: "El artículo 905 del Código Civil al definir la condición de poseedor inmediato establece como requisito necesario que posea con un título, situación está que no se ha dado en autos, pues se ignora la naturaleza y clase de ese título y su existencia; y dada esta situación mal puede considerarse que exista un poseedor que haya dado el título (...). La doctrina es unánime al considerar que cuando alguien posee un bien sin título para sí por sí, excluye la existencia del poseedor mediato". (Casación N.º 1040-1999 Huaura).

Como refiere Gunther Gonzales Barrón: "El reconocimiento legal de una posesión mediata se basa en la espiritualización del concepto de poder de hecho; pues aunque existe un fenómeno de mediación entre el poseedor mediano y el bien, esta relación aparece como un poder de hecho actual, y no como la expectativa de un poder futuro. Según Wolff, la entrega en concepto de arrendamiento, comodato, prenda, etc., no representa una renuncia al poder o señorío, sino una atenuación de éste, y la devolución del bien al poseedor mediano no significa la constitución de un nuevo poder o señorío, sino confirmación de uno ya existente. Por otro lado, el poder del poseedor inmediato es de carácter derivado (deriva de quien le entregó el bien, aunque éste no sea el titular del derecho) y limitado en relación al contenido del derecho superior (...)"¹⁰⁰

En tales casos, si el título que se tenía para ocupar el inmueble feneció, el propietario se encuentra facultado a demandar la restitución vía desalojo del bien.

En este punto, sin embargo, debemos establecer ciertas restricciones que devienen no solo de la correcta interpretación de las normas procesales sino principalmente de la naturaleza misma de la vía sumarisima en la que se desenvuelve el proceso de desalojo. Hemos venido retrayendo e insistiendo que caracteriza a esta vía, se plazos y abreviación extrema de los actos procesales que caracterizan a esta vía, se hace imposible debatir o absolver cuestionamientos relacionados con la validez del título del demandante o de los presuntos derechos que alegue el ocupante haber adquirido de un tercero ajeno al actor o por el simple transcurso del tiempo. Por ello, consideramos que en el supuesto que se demande el desalojo por la causal de ocupación precaria alegándose el fenecimiento del título que autorizaba la posesión del ocupante, el actor solo podrá alegar su derecho a la restitución posesoria acreditando la existencia de resolución judicial firme que declare el fenecimiento del título que detentaba el ocupante (nulidad, resolución o rescisión, entre otros).

Circunstancias excepcionales. Por excepción, y únicamente debido a su estrecha vinculación, tanto en su desarrollo histórico como doctrinario, se exceptúa de tal requerimiento (esto es, de la previa obtención de una decisión judicial firme sobre la vigencia del título que autoriza la posesión del ocupante), en el que, al no precario (denominado actualmente comodato indeterminado), en el que, al no haberse fijado el plazo para la devolución del bien, el mismo puede ser requerido por el comodante en cualquier momento, presupuesto que se puede cumplir ya sea mediante su requerimiento con carta notarial o documento de fecha cierta o con la sola interposición de la demanda.

También por excepción, se admitirá el desalojo por causal de fenecimiento del título (en los casos que exista obligación de restituir la posesión del bien, como en el arrendamiento, en el usufructo, entre otros) cuando se produzca la resolución

100 *Gonzales Barrón, Gunther, Derechos Reales*, Lima: Jurista, 2005, pp. 282 y 283.

contractual sustentada en cláusula resolutoria pactada expresamente por las partes, en cuyo caso será necesaria la remisión de carta notarial u otro medio por el que se comunique a la otra parte que se quiere hacer valer dicha cláusula resolutoria. Si no existiera tal cláusula, la resolución del contrato no podrá discutirse en la vía del proceso sumarisimo sino que deberá ser declarada previamente en la vía del proceso de conocimiento, cuyo resultado -de ser favorable- dará lugar a la restitución de las posesiones, incluyendo precisamente la devolución del bien, sin que sea necesario interponer nueva demanda solicitando el desalojo por ocupación precaria. De otro lado, en el caso que se produzca el vencimiento del contrato de arrendamiento debe precisarse que este constituye acorde a lo estipulado por los artículos 1700 y 1704 del Código Procesal Civil el título que permite a las partes esto es al arrendador solicitar la devolución del bien por vencimiento del plazo estipulado en el mismo así como el cobro de la penalidad convenida o una prestación igual a la renta y al arrendatario continuar en el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución la cual puede pedir en cualquier momento siendo por tanto la causal a invocar para demandar la restitución del bien la de desalojo por vencimiento del plazo del contrato y no la de desalojo por ocupación precaria toda vez que como ya se ha anotado el vencimiento del plazo del contrato y la restitución del mismo no convierten en precario al arrendatario pues este permanece en el bien en el entendido que continúa el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones estando obligado por el contrato a pagar la penalidad si esta fue convenida o una prestación igual a la renta exigencias que no se requiere a lo normado por el artículo 911 del Código Civil este ejerce la posesión sin contar con título que justifique la misma y por ende no se obliga a cumplir los pagos antes descritos.

Caso especial: Resolución de contrato de compraventa cuando el vendedor hizo entrega del bien inmueble al comprador. En la compra venta, el propietario, en su calidad de titular del derecho de propiedad y posesión, asume la obligación de transferir tal derecho —conjuntamente con otros que aseguran su dominio— al comprador, la misma que se cumple o satisface mediante la entrega física del bien. La resolución de la compra venta no genera, per se, la obligación de devolver el inmueble al enajenante, pues el transferente no conserva el derecho de posesión para sí, sino que lo pierde una vez producida la transferencia. En tal sentido, podría considerarse que la resolución de un contrato de compra venta de inmueble no encaja dentro del supuesto de precariedad sobreviniente por fenecimiento del título para poseser, como ocurre por ejemplo cuando un contrato de usufructo fenecé al vencerse el plazo previsto para su validez y, por tanto, se genera la obligación de devolver la posesión al usufructuario.

No podemos negar, sin embargo, que una vez resuelto el contrato de compra venta de un inmueble cuya entrega física se hizo efectiva, el poseionario perdió

todo derecho adquirido sobre el mismo y que la consecuencia lógica inmediata sería la restitución de la posesión a quien la entregó. Pero ¿basta que el efecto de la resolución, circunscrito a la restitución de las prestaciones, permita al propietario obtener la devolución del bien?

Recordemos que la resolución de un contrato puede configurarse por dos vías: *judicial y extrajudicialmente*. No existen dudas respecto a los efectos coercitivos de una sentencia expedida en sede judicial que declara la resolución de un contrato, toda vez que la restitución del inmueble enajenado (y de las demás prestaciones) se verifica en vía de ejecución, en cumplimiento del artículo 1372 del Código Civil¹⁰¹, sin perjuicio de lo normado en el artículo 590 del Código Procesal Civil¹⁰². Sin embargo, cuando la resolución opera *extrajudicialmente* de pleno derecho, al haberse pactado en cláusula específica (cláusula resolutoria, según lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil) y al no existir mecanismos idóneos que permitan al propietario recuperar la posesión del inmueble (salvo que lo hiciera por la vía de hecho, lo que está proscrito por ley), resulta atendible que se recurra a una vía expeditiva en sede judicial que permita restituir la posesión a su legítimo titular, por ello estimamos que, excepcionalmente, se puede acudir al proceso de desalojo por ocupación precaria para obtener tal cometido. En este punto, coincidimos con Lama More cuando sostiene que: "Tratándose de un bien entregado al comprador como resultado de una compra-venta en la que existe cláusula resolutoria expresa, es evidente que tal contrato quedará sin efecto, si el vendedor, beneficiario de la cláusula resolutoria, hace uso de ella. En tal caso, el comprador, que venía conduciendo el bien a título de propietario, perderá automáticamente la titularidad del derecho y devendrá, de pleno derecho en poseedor precario, en razón de haber fenecido el título que tenía."¹⁰³

101 Código Civil. "Artículo 1372.-

La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento Indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe".

102 Código Procesal Civil. "Artículo 590.-

"Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 87".

103 LAMA MORE, Héctor, *La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho*

No ocurre lo mismo con respecto a la resolución extrajudicial del contrato de compra venta —sin cláusula resolutoria— sustentada en el incumplimiento de las prestaciones a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil, pues el mismo puede ser objeto de empleo abusivo por parte del transferente del bien, quien podría alegar el incumplimiento de alguna prestación a cargo del comprador, aun cuando la misma no sea válida o carezca de todo fundamento, para efectos de generar la resolución extrajudicial. En el supuesto de resolución extrajudicial sustentada en cláusula expresa cuando menos el acuerdo o pacto entre las partes a fin de establecer que el contrato puede resolverse; pero en la resolución extrajudicial sin pacto de resolución, una de las partes quedará siempre al arbitrio de la otra, y para determinar en ese caso si se configura o no el incumplimiento contractual —y por tanto, el fenecimiento del título—, debe examinarse previamente si se han cumplido con los presupuestos necesarios para que opere la resolución, lo cual, estimamos, debe ser discutido en una vía más lata.

VII. IMPROCEDENCIA DEL DESALOJO CUANDO SE ACCEDA A LA POSESIÓN EN FORMA CLANDESTINA O VIOLENTA, LAS ACCIONES POSESORIAS Y LOS INTERDICTOS

Cabe preguntarnos si la posesión tomada ocultamente o por la fuerza puede recuperarse a través de un proceso de desalojo por ocupación precaria. Para absolver este punto debemos caracterizar brevemente esta clase de posesión.

- a) **Posesión clandestina.** Se accede a esta posesión de manera oculta, es decir, carece del requisito de publicidad en el uso normal del bien. Néstor Jorge Musto sostiene que la posesión es clandestina "cuando se toma furtiva u ocultamente"¹⁰⁴. La posesión clandestina u oculta dejará de serlo cuando el poseedor de uso concreto al bien conforme a su naturaleza y destino, es decir, desde que realice actos de manifestación de su posesión¹⁰⁵. Agrega Musto que, inclusive, el solo conocimiento que tome el propietario (o quien tenga derecho sobre el inmueble) respecto

civil peruano. Tesis para optar el grado de Magíster con mención en Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Graduados. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/1123456789/99/LAMA_MORE_HECTOR_POSESION_POSESION_PRECARIA.pdf;sequence=1>.

104 Musto, Néstor Jorge. *Derechos Reales*, t. I, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000, pp. 191 y 192.

105 Cfr. TORRES VÁSQUEZ, ob. cit., p. 359.



CASACIÓN 4742-2017-CUSCO

PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

EXPOSITORES:

- Bach. DARIO SEGUNDO ALVARADO SANCHEZ
- Bach. LARRY MIRANDA OJANAMA

INTRODUCCION

En el presente caso materia de análisis jurídico es la Casación N° 4742-2017 CUSCO, la Corte Suprema de la República casó un proceso de desalojo por ocupante precario en el cual los demandantes Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto; solicitan desalojo de bien inmueble propiedad de los mismos a sus cinco hijos mayores de edad; Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco, y Alberto Calderón Molina; mediante demanda interpuesta en cual indican ser propietarios del bien inmueble ubicado en la Calle Cusco N° 105 – Cercado de Santo Tomas, que en virtud del Testimonio de Compra Venta de fecha dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y uno, ante notario Público que se celebró con el señor Miguel Ángel Vega Aguirre y su esposa, con una extensión de 127.50m².

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

ANTECEDENTES

- **DEMANDA.-** Los demandantes Jorge Calderón Zevallos y María Molina Huayta, solicitan desalojo de bien inmueble propiedad de los mismos a sus cinco hijos mayores de edad: Gregorio, Maura, Nicolás, Francisco y Alberto Calderón Molina.
- **CONTESTACION DE LA DEMANDA.-** la demandada Maura Calderón Molina señala que viene ocupando las habitaciones por motivo de haber asumido una deuda contraída por sus padres por la suma de 2,500 intis; y a un contrato de compra venta verbal celebrada con su hermano Gregorio Calderón Molina con conocimiento de los demandantes.

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-** De fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis declara **FUNDADA** la demanda y dispone que los demandados cumplan con desalojar y entregar el bien inmueble litigado. En la cual argumenta que los demandantes son propietarios del bien inmueble por cuanto los documentos presentados son suficiente para su acreditación.
- **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.-** De fecha diecinueve de abril de dos mil diecisiete, subida en grado es **REVOCADA** y declarada **INFUNDADA**, indicando que son hijos mayores de edad de los recurrentes y en mención al artículo 1029º del Código Civil, que a la letra indica el Derecho de Uso, que autoriza a su beneficiario a servirse de un bien no consumible y se trata de un derecho carácter personal.

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

MATERIA JURIDICA EN DEBATE

- Examinar si las sentencias dictadas por las instancias de merito han incurrido en infracción normativa del artículo 1028° del Código Civil y del Artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- **Problema General.-**
 - ¿Protege y garantiza adecuadamente los Derechos fundamentales de las personas propietarias de inmuebles; la **CASACIÓN N° 4742-2017-CUSCO** referente al Desalojo por Ocupación Precaria.?
- **Problemas Específicos**
 - ¿Procede los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano ?
 - ¿Es indispensable analizar las normas constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de las persona vulnerables en los procesos de desalojo por precario?

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

OBJETIVOS

► Objetivo General.-

- Analizar la CASACIÓN N° 4742-2017-CUSCO referente al Desalojo por Ocupación Precaria.

► Objetivos Específicos

- Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano
- Analizar las normas constitucionales que garantizan los derechos fundamentales de las persona vulnerables en los procesos de desalojo por precario


CASACIÓN 4742-2017-CUZCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

SUPUESTOS

GENERAL- La Casación 4742-2017-CUSCO, sobre "Padres desalojan por ocupantes precarios a sus cinco hijos" protege adecuadamente los derechos fundamentales de las personas en estado de necesidad (personas ancianos en estado de abandono) al libre goce de usufructo de su bien inmueble con el propósito de costear los gastos de subsistencia.

ESPECIFICOS

- Procede el desalojo de descendientes de bien inmueble cuando el propietario requiere usar los usufructos para solventar sus gastos primarios, y su vez se encuentra en estado de necesidad por su avanzada de edad.
- El demandante de desalojo debe sustentar su pretensión y demostrar mediante documentos o pruebas ciertas, cuáles su derecho de posesión sobre el bien.
- Las reglas establecidas como precedente judicial vinculante en el IV Pleno Casatorio Civil respecto a los supuestos de posesión precaria.




CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES DE ESTUDIO

- ▀ La importancia de las jurisprudencias, sentencias Casatorias y evolución normativa-Doctrina jurisprudencial vinculante.
- ▀ Evolución Normativa
- ▀ Legislación Comparada



CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

BASES TEÓRICAS

- ▀ CONTRATO
- ▀ POSESION
- ▀ POSESION PRECARIA
- ▀ DESALOJO

BASE LEGAL

- ▀ CUARTO PLENO CASATORIO
- ▀ CODIGO CIVIL artículo 911°, 1026° Y 1028°
- ▀ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. Artículo 1°, 4° Y 6°

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS


VARIABLES

- **VARIABLE INDEPENDIENTE.-** Proceso de Desalojo por causal de Ocupante Precario
- **VARIABLE DEPENDIENTE.-** Situaciones en la cual las personas se encuentran en la condición de Ocupante Precario, siendo los demandados los hijos de los demandantes.

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

METODOLOGIA

- **TIPO DE INVESTIGACION.-** Descriptiva - Explicativa
- **MUESTRA.-** Casación Nº 4742-2017-Cusco-"Padres desalojan por ocupantes a sus cinco hijos" Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República.
- **DISEÑO.-** No experimental
- **TECNICAS.-** Análisis documental y fichaje de materiales escritos.
- **INSTRUMENTOS.-** Casación; 4742-2017-Cusco




CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

RESULTADOS

La Casación N° 4742-2017-CUSCO, se tiene que:

- Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jorge Calderón Cevallos y María Molina Huayto a fojas trescientos cincuenta y uno; en consecuencia;
- **CASARON** la recurrida de fecha veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, de fojas doscientos ochenta y seis, que revoca la apelada que declara infundada la demanda y, reformándola declaró fundada la demanda, ordenando la restitución del bien; y actuando en sede de instancia;
- **CONFIRMARON** la apelada que declaro **fundada** la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria.



CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

DISCUSION

La problemática se basó en encontrar normativa Constitucional que sustente la garantía de derechos fundamentales ya que los demandantes son personas de avanzada edad y requieren el inmueble; por cuanto hay ocho habitaciones que alquilándolos podrían solventar sus gastos económicos, ya sea alimentación, medicinas que requieren para su cuidado, ya que no reciben ayuda alguna de ninguno de sus hijos.

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

CONCLUSIONES

- Los magistrados de la Corte Suprema se vieron en la obligación de dar a conocer ciertos errores que cometen los jueces en las diferentes instancias de un proceso; en este caso sobre desalojo por ocupación precaria no se tomo en cuenta normas constitucionales
- Hoy en día el proceso de desalojo es resuelto en un plazo más breve, dado a las diferentes actualizaciones que ha tenido la norma que lo regula, siendo ello para garantizar el derecho a la posesión.
- Dentro del proceso de desalojo, se evalúa los medios de pruebas de ambas partes, para así determinar a cuál de ellas le pertenece el derecho a la posesión del bien.
- En el Perú son tres las normas que regulan el desalojo: el artículo 585° del Código Procesal Civil, la Ley N° 30201 y el Decreto Legislativo N° 1177.

CASACIÓN 4742-2017-CUSCO PADRES DESALOJAN POR OCUPANTES PRECARIOS A SUS CINCO HIJOS

RECOMENDACIONES

- Recomendamos, que se realicen seminarios para capacitar a los funcionarios y/o servidores públicos, en temas relacionados con los procesos de Desalojo por ocupación precaria, en donde se haga especial énfasis en las reglas que impone el IV Pleno Casatorio, lo cual no es óbice para que ellos por su propia iniciativa, y denotando una actitud proactiva, puedan hacerlo a su propio costo, lo que en cierta medida debería reconocérsele de alguna manera.
- Sugerimos a los señores magistrados de nuestras cortes a nivel nacional, la correcta aplicación del precedente vinculante impuesto por el IV Pleno Casatorio, y de esa manera evitar las resoluciones inhibitorias que genera cierta debilidad al demandante al exigir su derecho a la posesión.
- Además de atender normas constitucionales con el propósito de garantizar derechos fundamentales de las personas



¡GRACIAS!