



Universidad Científica del Perú

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

*TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL MÉTODO DE
CASO JURÍDICO*

**DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA -
CASACIÓN N° 1725-2016-LIMA ESTE**

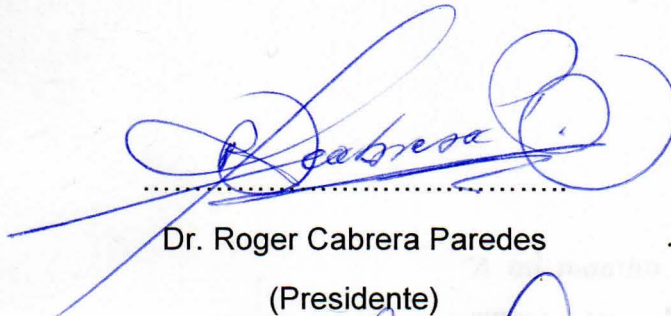
**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

AUTORAS:

- *VILLACORTA RAMIREZ, ALONDRA PIERINA*
- *RODRIGUEZ ALVA SOLHANS*

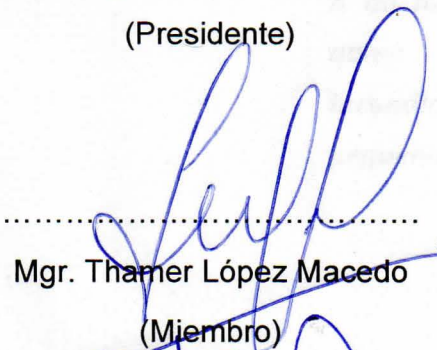
PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico), sustentado en acto público el día Miércoles 03 de Octubre del año 2018, en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Científica del Perú. Identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



.....

Dr. Roger Cabrera Paredes
(Presidente)



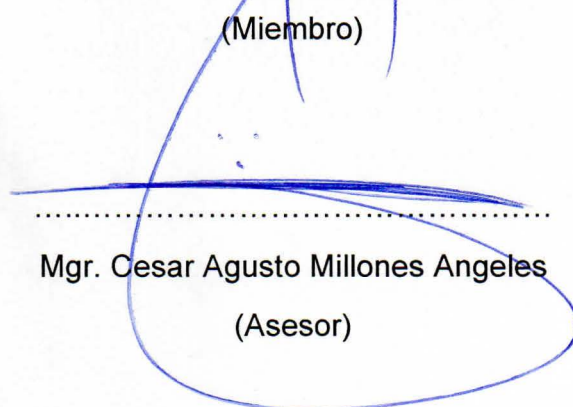
.....

Mgr. Thamer López Macedo
(Miembro)



.....

Abg. Miguel Angel Villa Vega
(Miembro)



.....

Mgr. Cesar Augusto Millones Angeles
(Asesor)

DEDICATORIA

*“A mi mamita MERCEDES PEZO (+)
quien me brindó su amor
incondicional, veló por mi desde muy
pequeña e inculcó valores en mi vida”*

Pierina

DEDICATORIA

“A Dios por ser el que siempre guía el camino que recorreremos en nuestras vidas, tanto como personal y profesional y a mis queridos padres, hermanos y amigos, que estuvieron apoyándome para la realización de este presente trabajo”

Solhans

AGRADECIMIENTO

Agradezco infinitamente a Dios por estar siempre conmigo, por ser mi mayor fortaleza en mis momentos de debilidad.

Doy gracias a mis padres por darme la vida y enseñarme a luchar constantemente para cumplir mis metas.

Les agradezco a mis docentes de la Universidad Científica del Perú por brindarme sus conocimientos a lo largo de la carrera universitaria.

Pierina

AGRADECIMIENTO

*Agradecer a los excelentes profesores
de la Universidad Científica del Perú,
por habernos permitido ampliar y
profundizar nuestros conocimientos
y convicciones, para aplicar en
nuestra carrera profesional.*

Solhans



FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 149 del 24 de setiembre de 2018, 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 Angel Villa Vega | Miembro |

En la ciudad de Iquitos, siendo las 11:00 horas del día 03 de Octubre del 2018 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: "Desalojo por Ocupación Precaria – Casación N° 1725-2016-Lima Este".
Presentado por los sustentantes:

ALONDRA PIERINA VILLACORTA RAMIREZ
SOLHANS RODRIGUEZ ALVA

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

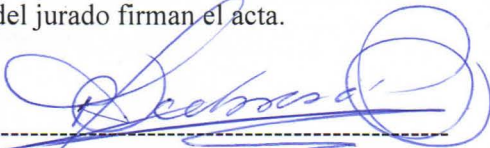
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: Satisfactoria.

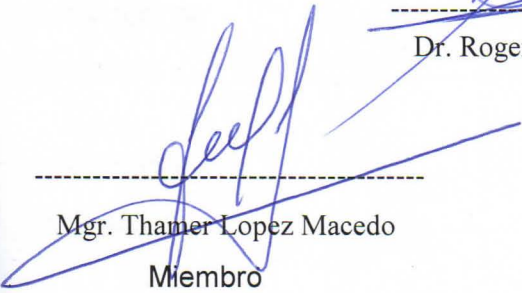
El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

Aprobada 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

CALIFICACIÓN:

Aprobado (a) Excelencia	: 19 – 20
Aprobado (a) Unanimidad	: 16 – 18
Aprobado (a) Mayoría	: 13 – 15
Desaprobado (a)	: 00 – 12

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pg.
DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	vii
CAPÍTULO I:	
Introducción.....	01-02
CAPÍTULO II:	
Marco teórico.....	03
2.1. Marco referencial.....	03-06
2.2. Bases teóricas.....	07-30
2.2. Objetivos.....	30-31
2.2. Variables.....	31
2.3. Supuesto.....	31
CAPÍTULO III	
Metodología.....	31
3.1. Metodología.....	31
3.2. Muestra.....	32
3.3. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	32
3.4. Procedimiento de Recolección de Datos.....	32
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio.....	32
3.6. Plan De Análisis, Rigor y Ética.....	33
CAPÍTULO IV:	
Resultados.....	33-35
CAPÍTULO V:	
Discusión.....	36-38
CAPÍTULO VI:	
Conclusiones.....	39

CAPÍTULO VII:

Recomendaciones.....	40
----------------------	----

CAPÍTULO VIII:

Referencias Bibliográficas.....	41
---------------------------------	----

CAPÍTULO IX:

Anexos.....	42
-------------	----

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, y así poder desarrollar y analizar a fondo el caso en concreto. **Objetivos:** Identificar las dificultades que se presentan en los contratos de compra venta 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° 1725-2016-LIMA ESTE, a través del Método Descriptivo Explicativo. El diseño no fue experimental ex post facto. **Resultados:** Se declaró: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nolberto Albino Solano Todco; en consecuencia; CASARON la recurrida de fecha seis de noviembre de dos mil quince, 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 infundada la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria. **Conclusión:** De acuerdo a la Casación N° 1725-2016-Lima Este, una persona tiene la condición de ocupante 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.

PALABRAS CLAVE

Contrato/Compra venta/incumplimiento de contrato/ Posesión Precaria / Desalojo

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Mediante Casación N° 1725-2016 Lima Este, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República casó un proceso de desalojo por ocupante precario en el cual el demandado era el conocido exseleccionado nacional Nolberto Albino Solano Todco. Según se da cuenta en que sucede que en el marco de un contrato de compraventa de un inmueble, de fecha 12 de julio de 2013, se estipuló que el pago del precio se realizaría en dos cuotas, la primera mediante una compensación automática por una deuda que mantenía el vendedor a favor del comprador por un contrato de mutuo de un año anterior y la segunda tenía que pagarse a la firma de la escritura pública, lo que debía ocurrir a más tardar el 1 de octubre de 2013. Al eventual incumplimiento en el pago y la suscripción de la escritura pública por causas que sean imputables al comprador, se le vinculó una cláusula resolutoria expresa, de conformidad al artículo 1430 del Código Civil. Es del caso precisar que, en el fundamento sexto de La Casación, se señala inicialmente que las partes del contrato habrían estipulado una “*condición resolutoria*”, que las partes estipularon fue una “cláusula resolutoria expresa”. En el caso de la condición resolutoria, de verificarse el cumplimiento de la condición se produce el cese automático de los efectos del acto.

Así pues, Solano no habría cumplido ni con el pago, ni con la suscripción de la escritura pública en la fecha indicada; por lo que, el vendedor le cursó una carta notarial con fecha 2 de octubre de 2013, mediante la cual comunicaba su voluntad irrevocable de resolver el contrato por dichos incumplimientos. La comunicación en mención fue diligenciada notarialmente al domicilio señalado por el comprador en el contrato, siendo así que este ya no domicilia en el inmueble.

En la contestación de la demanda se alegó expresamente, entre otros, que la carta notarial no había sido entregada en el domicilio, por lo que no se habría tenido conocimiento de la misma sino hasta que se notificó la invitación a conciliar y por ende no debería de operar la resolución del contrato. Así, la sentencia emitida por el ad quo declaró infundada la demanda alegando el no cumplimiento de la formalidad resolutoria. El ad quem revocaría dicha sentencia y reformándola declaró fundada la demanda de desalojo, indicando que sí se habría cumplido con la formalidad resolutoria; por ende, al haber fenecido el título, Solano devino en ocupante precario.

Por su parte, en La Casación, la Corte Suprema –en el fundamento noveno– se pronuncia indicando que para operar la resolución del contrato con base en el artículo 1430 del CC, la parte interesada tiene que comunicar su decisión de valerse de la cláusula resolutoria a la contraparte. En el considerando décimo precisa, en cuanto a la comunicación notarial analizada, que “no se puede tener certeza respecto de sus efectos”, pues se aprecia de la certificación que “la comunicación no fue entregada al domicilio del emplazado”, y si bien se dejó constancia de lo acaecido en el diligenciamiento, subsisten dudas respecto de la comunicación efectiva. Alega además que, el hecho de que posteriormente la invitación a conciliar si fuese efectivamente notificada al domicilio señalado en el contrato. Al final, se declara fundado el recurso de casación, y por ende infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA en este caso, es el problema que se da respecto de la categoría que se da al precario debido a que la doctrina nacional no es uniforme respecto al proceso de desalojo, y en qué casos es viable jurídicamente el proceso de Desalojo.

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, se evidencia **la importancia** que conforme a la normatividad vigente se encomienda la Juez que al momento de resolver utilice de manera adecuada las normas especiales, los plenos casatorios y las normas internacionales respecto a los ocupantes precarios, para así llevar a cabo el desalojo de manera rápida y eficiente para proteger el derecho de posesión de los demandantes.

Por estas **razones** que motivan el estudio, se deja establecido que, para aquellas medidas extremas tomadas por el órgano jurisdiccional, se ve necesario tener que interponer 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 al que verdaderamente corresponde.

Por lo que, el **objetivo general** es analizar la CASACIÓN N° 1725-2016-LIMA ESTE referente al Desalojo por Ocupación Precaria; mientras que los **objetivos específicos** es analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 MARCO REFERENCIAL.

2.1.1 Antecedentes

- **CASACIÓN N° 2156-2014-AREQUIPA**, publicada en la separata de Casaciones del diario oficial El Peruano del martes 2 de mayo de 2017.

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

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

- **CASACIÓN 1532-2016**, Loreto: 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 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.

- **CASACIÓN 3417-2015**, 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.

- **DESALOJO POR PRECARIO A LA LUZ DEL IV PLENO CASATORIO CIVIL**

Si bien en los 3 casos 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, asignándole 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.

- **CASACIÓN 2529-2015, LIMA NORTE:** 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

- **Evolución Normativa de la Posesión en el Derecho Civil Peruano**

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).³

² <https://legis.pe/del-desalojo-precario-al-desalojo-poseedor-ilegitimo/>

³ http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1836/1/RE_DERECHO_VENCIMIENTO.CONTRATO.ARRENDAMIENTO.FIGURA.OCUPA NTE.PRECARIO_TESIS.pdf

2.2 BASES TEORICAS

2.2.1 CONTRATO

2.2.1.1 Antecedentes Históricos del Contrato

❖ Sistema contractual romano

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).⁴

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

⁴ <https://es.wikipedia.org/wiki/Contrato>

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).

2.2.1.2 Conceptos de Juristas

❖ **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, entendiéndose 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, alcanzan 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 extinguirla.
- 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

2.2.2.1 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.⁵
- ✓ **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.

2.2.2.2 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.

⁵ campusvirtual.grupogear.com

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

2.2.3.1 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.⁶

✓ **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.

⁶ campusvirtual.grupogear.com

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.⁷

2.2.4 POSESIÓN

2.2.4.1 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 *usucapión*, 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 no 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

⁷ <https://www.certicalia.com/incumplimiento-de-contrato/que-es-el-incumplimiento-de-contrato>

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).

2.2.4.2 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 o 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 adquiriera 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”⁸.

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.

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

- 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 adquiriente 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 adquiriente le da un valor de verdad a una realidad que no es tal; el segundo, se realiza cuando el adquiriente 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 adquiriente 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 adquiriente. En este supuesto, se denominará título putativo.

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 RÍOS, 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 RÍOS, 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. 917° 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.⁹
- ✓ **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.¹⁰
- ✓ **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.¹¹

⁹ <http://legis.pe/desalojo-precario-la-luz-del-iv-pleno-casatorio-civil/>

¹⁰ <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper10.pdf>

¹¹ Gaceta Civil & Procesal Civil N° 3, Setiembre 2013

2.2.4.3 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.»¹²

2.2.5 DESALOJO

2.2.5.1 Concepto de juristas

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

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

¹² <https://es.wikipedia.org/wiki/Posesi%C3%B3n>

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 sumarísimo¹³.

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 posesión¹⁴.

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”¹⁵.

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)

2.2.5.2 Sujetos

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°,

¹³ <http://pintoarce.blogspot.pe/2011/05/proceso-de-desalojo.html>

¹⁴ <http://pintoarce.blogspot.pe/2011/05/proceso-de-desalojo.html>

¹⁵ Código Procesal Civil artículo 585°, “*Procedimiento de Desalojo*”, Jurista Editores 2015, pág. 624.

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”¹⁶.

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.
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.

¹⁶ Código Procesal Civil artículo 586°, “*Sujetos Activos y Pasivos en el Desalojo*”, Jurista Editores 2015, pág. 625.

4. Todo aquel que considere tener derecho a la restitución, salvo que el actual poseedor haya interpuesto interdicto (art 586º - 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 a revocar en cualquier momento el uso o tenencia).
4. **Cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución** (art 586º segunda parte – CPC).

2.2.5.3 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 24º 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 547º CPC).

2.2.5.4 Intervención 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”¹⁷.

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, 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”¹⁸.

2.2.5.5 Ejecución 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.

¹⁷ Código Procesal Civil artículo 587°, “*Tercero con título o sin él*”, Jurista Editores 2015, pág. 625.

¹⁸ Código Procesal Civil artículo 589°, “*Notificación*”, Jurista Editores 2015, pág. 626.

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”¹⁹.

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”²⁰.

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

¹⁹ Código Procesal Civil artículo 592°, “*Requerimiento*”, Jurista Editores 2015, pág. 626.

²⁰ Código Procesal Civil artículo 593°, “*Lanzamiento*”, Jurista Editores 2015, pág. 626.

hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del demandado y demás ocupantes.(LEDESMA NARVÁEZ, 2009).

2.2.5.6 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 por²¹:

- 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.

²¹ <http://laley.pe/not/2626/9-datos-que-debes-conocer-sobre-el-nuevo-proceso-de-ejecucion-de-desalojoexpres/>

- 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 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 norma²².

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 posesión²³.

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

²² <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/08/nuevo-desalojo-ahora-pues.html>

²³ <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij>

[juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_jurisprudencia_uniforme/as_civil/as_PosesionPrecaria/](#)

cuenta de abono en el sistema financiero para percibir la renta, pagar el impuesto correspondiente a SUNAT, etc.)²⁴.

La Casación N° 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 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 transmitirlo²⁵.

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. OBJETIVOS

2.3.1 OBJETIVO GENERAL:

- Analizar la CASACIÓN N° 1725-2016-Lima Este, referente al Desalojo por Ocupación Precaria.

²⁴ <http://ius360.com/privado/civil/un-nuevo-proceso-de-desalojo-unico-y-de-ejecucion/>

²⁵ <http://laley.pe/not/4023/conozca-los-4-requisitos-para-ganar-una-demanda-de-desalojo-por-ocupanteprecario/>

2.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano.

2.4. VARIABLES.

Identificación de las variables

2.4.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

- Proceso de Desalojo.

2.4.2 VARIABLE DEPENDIENTE

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

2.4. SUPUESTOS

- 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

3.1. METODOLOGÍA

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

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

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la sentencia recaída en la Casación N° 1725-2016-LIMA ESTE – DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA.

3.3. 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° 1725-2016-LIMA ESTE.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

- ❖ Se realizó el análisis de la Casación N° 1725-2016-Lima Este, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico (Derecho Procesal Civil).
- ❖ Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
- ❖ La recolección estuvo a cargo de la autora 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° 1725-2016-Lima Este.

3.5. 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° 1725-2016-Lima Este.

3.6. 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° 1725-2016-LIMA ESTE, se tiene que:

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Albino Solano Todco a fojas doscientos ochenta; en consecuencia; **CASARON** la recurrida de fecha seis de noviembre de dos mil quince, de fojas doscientos cincuenta y cuatro, 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 **infundada** 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 resuelve 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 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 adquiriente 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 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; así, para VASQUEZ RÍOS no es ocupante precario sino auténtico 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° 1725-2016-LIMA ESTE, sobre desalojo por ocupación precaria, sin duda alcanzó una gran difusión por la notoriedad mediática del demandado.

Cabe precisar que en éste caso se dictó ésta sentencia a resultas del recurso de casación interpuesta por el exfutbolista Nolberto Solano contra la sentencia de vista que revocó la sentencia apelada que había declarado infundada la demanda y, posteriormente reformándola, se declaró fundada la demanda.

Siendo así que el demandante Renzo Escobar Tillit argumenta que el 12 de julio de 2013 celebró con el demandado en éste caso Nolberto Solano un contrato de compraventa de un inmueble ubicado en la Molina, por un monto total de 490,000 dólares. El pago se acordó de la siguiente manera: 250,000 dólares se compensaban, porque el vendedor le debía a Solano dicha suma, y los 240,000 restantes, acordaron que se los pagaría el comprador al suscribir la escritura pública el día 01 de octubre del 2013. Pero llegado el día, el demandado no cumplió con lo acordado, es decir, éste no pagó el saldo ni tampoco suscribió la escritura pública, por lo que, en aplicación de la cláusula octava del mismo contrato, al día siguiente- 02 de Octubre del 2013 se le envió una carta notarial en donde se le informaba acerca de la resolución del contrato. 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 sobre si se llegó a resolver o no el contrato de compraventa.

En la sentencia de primera instancia el juzgado llega a la conclusión de que no se ha cumplido con la citada formalidad, de la comunicación que establece el artículo 1430 del Código civil, al no darse por notificada a la parte demandada” ya que la carta notarial nunca fue entregada en el domicilio del mismo.

En tanto la sentencia de primera instancia como la casatoria solo se basaron si se resolvió o no el contrato de compraventa, cuando en realidad el tema principal y el más importante a tratar debió ser el siguiente: ¿el diligenciamiento notarial al domicilio señalado cumplió o no la función de notificar al demandado.

Para su defensa el demandado señala que recién tuvo conocimiento del proceso cuando se le notificó la invitación para conciliar. A nuestro criterio deducimos que Nolberto quien es la parte demandada actuó de mala fe, ya que él tenía conocimiento de acuerdo a lo acordado con el demandado desde un primer momento, que si este no firmaba la escritura pública el día 01 de octubre del 2013, entregaría el bien de conformidad con la cláusula octava. Pero hay un punto importante que cabe resaltar que durante todo el proceso el demandado no ofreció pagar el saldo de la compraventa equivalente a \$ 240,000 dólares.

Por todo lo analizado en este presente caso consideramos que el demandado debió comunicar a la otra parte, el cambio de su domicilio, de acuerdo al artículo 40 del Código Civil Peruano, siendo otro punto en discusión en el que debieron enfocarse, tanto en la primera instancia como en la casatoria, ya que el demandado no cumplió con lo establecido en la norma.

En este contexto la Corte Suprema como punto en debate debieron ser las siguientes interrogantes: ¿se llegó a notificar o no?, ¿El diligenciamiento notarial llegó a cumplir su cometido de notificar? Por lo consiguiente consideramos, se podría suponer que fue el mismo solano quien abrió la puerta y que al saber el motivo de la notificación no quiso identificarse y mucho menos recepcionar la carta notarial al tener conocimiento del contenido de la misma.

Finalmente a nuestro parecer la corte suprema resolvió a favor de Nolberto, siendo evidente el favoritismo que existió hacia su persona, por los puntos antes mencionados; debiendo resolverse de la siguiente forma, que al demandante se le pague lo pactado y Nolberto fuese el titular del inmueble materia en discusión, fallando de esta manera equitativamente, sin perjudicar uno al otro.

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.

CAPÍTULO VIII

BIBLIOGRÁFICAS

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.

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO N° 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: “DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA- CASACIÓN N° 1725-2016-Lima Este” AUTORAS: RODRIGUEZ ALVA SOLHANS, VILLACORTA RAMIREZ ALONDRA PIERINA.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
1. El problema se da respecto de la categoría que se da al precario. 2. En qué casos es viable jurídicamente el proceso de Desalojo.	GENERAL: Analizar la CASACIÓN N° 1725-2016-LIMA ESTE referente al Desalojo por Ocupación Precaria. ESPECIFICO. - Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano.	1. El nuevo propietario de un bien inmueble (comprador) en virtud de un contrato de compra venta incumple el pago del mismo y con la cláusula resolutoria se convierte en ocupante precario. 2. La regla establecida como precedente judicial vinculante	Dependiente - Proceso de Desalojo. Independiente Situaciones en el cual las personas se encuentran en la condición de Ocupante Precario.	- Congruencia de la Casación. - Análisis de las clases de posesión. - Análisis de la correcta aplicación del proceso de desalojo.	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo - Explicativo. DISEÑO: No experimental. MUESTRA: Casación. TECNICAS: Análisis Documental. INSTRUMENTOS:

		en el IV Pleno Casatorio Civil respecto al contrato de compra venta con cláusula disolutoria al incumplimiento del mismo, que lo califica como precario afecta la tutela jurisdiccional efectiva del vendedor demandante, toda vez que su proceso debe iniciarse necesariamente ante el Juzgado Civil y que puede llegar hasta la Corte Suprema vía recurso de casación.			Casación.
--	--	---	--	--	-----------

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

Sumilla: *Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, más no así, la improcedencia; y siendo que, en el presente caso existen dudas respecto de la validez o invalidez de la pretendida resolución de contrato al mediar incertidumbre respecto de su comunicación, es evidente que ésta resulta compleja, si tenemos en cuenta además, que la naturaleza del presente proceso, es disímil a la naturaleza del proceso de resolución de contrato.*

Lima, diecisiete de marzo
de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil setecientos veinticinco - dos mil dieciséis; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: -----

I. ASUNTO: -----

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Nolberto Albino Solano Todco a fojas doscientos ochenta contra la Sentencia de Vista, contenida en la resolución número cinco, de fecha seis de noviembre de dos mil quince, de fojas doscientos cincuenta y cuatro; emitida por la Sala Civil Transitoria Descentralizada de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este; que revoca la sentencia apelada de fecha doce de febrero de dos mil quince, que declara infundada la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria; y reformándola declaran fundada; ordenando la restitución del bien inmueble *sub litis*. -----

II. ANTECEDENTES: -----

DEMANDA -----

Se aprecia que a fojas cincuenta y siete, el demandante Renzo Escobar Tillit pretende que el órgano jurisdiccional ordene al demandado Nolberto Albino

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

Solano Todco, desocupe el inmueble ubicado en el Paraíso Número 350, Sector 03 - Casa C, Urbanización El Sol de la Molina. Sustenta su petitorio en: -----

- i. Alega que es propietario del bien acotado por tener derecho inscrito en los Registros Públicos Número 12573096. -----
- ii. Sostiene que, con fecha doce de julio de dos mil trece, en calidad de **vendedor** celebró con el demandado un **CONTRATO DE COMPRAVENTA** habiendo acordado el pago de cuatrocientos noventa mil dólares americanos (**US\$490,000.00**) donde el emplazado entregaría la suma de doscientos cuarenta mil dólares americanos (**\$240,000.00**) y que éste suscribiría la Escritura Pública el uno de octubre de dos mil trece. -----
- iii. Llegada dicha fecha el demandado no cumplió con el pago ni con la firma de la Escritura Pública por lo que procedió a enviar una **carta notarial** de fecha dos de octubre de dos mil trece, donde indicaba que el contrato se encontraba **RESUELTO** en virtud a la **cláusula octava** del contrato. -----
- iv. Y es en mérito a la **cláusula octava** que el demandado se obligaba a devolver el bien *sub litis* a más tardar al día siguiente de la fecha pactada. A la fecha el demandado tiene la calidad de precario. -----

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: -----

Emplazada que fue la misma, Rafael Eduardo Castillo Ismodes en representación de Nolberto Albino Solano Todco contesta la demanda a fojas ochenta y seis, señalando que: -----

- a) La **CARTA NOTARIAL NUNCA FUE ENTREGADA EN EL DOMICILIO** de su poderdante por ello nunca tomó conocimiento de dicha comunicación, hasta que se le notificó una invitación a conciliar el veintiséis de junio de dos mil catorce, cursada por el Centro de Conciliación Extrajudicial “Gutiérrez” (**Expediente número 245-2014**), a fin de asistir a una sesión conciliatoria solicitada por el demandante mediante escrito de la misma fecha, en la que el actor recauda la citada carta notarial de fecha dos de octubre de dos mil trece. -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

- b) La carta no fue entregada por el personal de la Notaria, ni fue recepcionada en el domicilio de destino, por ello, su poderdante jamás tuvo conocimiento de ella, por lo que la pretendida resolución de contrato que contiene deviene inválida e ineficaz. -----
- c) De la **certificación notarial** se advierte que la **CARTA NO LLEGÓ AL DOMICILIO** de su poderdante fijado en el **CONTRATO** y por lo tanto **GENERÓ LA INVALIDEZ E INEFICACIA** de la pretendida **RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO**; por esta razón, no es posible invocar la *“resolución extrajudicial del contrato”*, al inobservarse el requisito de validez y eficacia que señala la ley para esta modalidad resolutoria. -----
- d) La resolución contractual también es infundada, ya que la **cláusula octava** del **CONTRATO DE COMPRA VENTA** celebrado entre las partes establece que *el incumplimiento queda configurado cuando por culpa de su poderdante no se firme la Escritura Pública* que la minuta de Compra Venta origine. *No se trata de una cláusula resolutoria que apercibe la falta de pago de precio como causal de incumplimiento, sino la falta de firma de la Escritura Pública* por razones imputables a su representado, como causal resolutoria específica y única. -----
- e) Que, la **MINUTA DE COMPRA VENTA** fue ingresada a la Notaría Pública Renzo Alberti el veintiséis de julio de dos mil trece, con número de Kárdex 40516, pero dicha Notaría se vio imposibilitada de culminar la redacción de la *Escritura Pública*; en primer lugar, porque la **parte demandante no entregó a la Notaría Pública los formularios PU y HR del año dos mil trece, que son de cargo del demandante en calidad de vendedor, no entregó la copia certificada de la Partida Registral en la que consta el régimen de Separación de Patrimonios** invocado por el demandante, que aparece consignado en la parte introductoria de la MINUTA DE COMPRA VENTA *sub litis* puesto que manifiesta ser de estado civil casado, no

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

acreditó documental y fehacientemente a su poderdante que había cumplido con levantar la hipoteca. -----

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA -----

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fecha, doce de febrero de dos mil quince, de fojas ciento sesenta y dos, declara infundada la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria, sustentando que: -----

- I. Para resolver la controversia, tratándose de un proceso de Desalojo por Ocupación Precaria en el caso de resolución extrajudicial del Contrato de Compra Venta, el Cuarto Pleno Casatorio Civil ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante el punto 5.1, en los siguientes términos: [Se consideran como supuestos de posesión precaria] *“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”*. -----
- II. A fojas diecisiete, se tiene el cargo de la **CARTA NOTARIAL**, de fecha dos de octubre de dos mil trece (ingresada a la Notaría Gutiérrez Adrianzén, el tres de octubre de dos mil trece) remitida por Renzo Escobar Tillit a Nolberto Albino Solano Todco a la dirección de *Calle Escarpada Número 133 - Urbanización La Alameda de la Planicie*, en la que invocando la **Cláusula Octava** de la Minuta de Compra Venta de fecha doce de julio de dos mil trece, le comunica su decisión irrevocable de **resolver el contrato**, por

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

INCUMPLIMIENTO de pago del SALDO del precio de venta pactado y de su obligación de **SUSCRIBIR** la respectiva **Escritura Pública**, conforme a lo establecido en la **Cláusula Tercera** de dicho contrato, por lo que solicita se le restituya de inmediato el inmueble, para tomar posesión y ejecutar las condiciones pactadas en la cláusula novena del contrato, invocando el artículo 1430 del Código Civil; sin embargo, a fojas diecisiete (**vuelta**) corre la **CERTIFICACIÓN NOTARIAL** de fecha once de octubre de dos mil trece, en la que se indica que el original de la presente carta fue diligenciada a la dirección indicada “...*Presente una persona quien no se identificó manifestó que el **destinatario ya no domicilia** en el inmueble en cuya virtud no se entregó el documento*”; en consecuencia, la **COMUNICACIÓN NO FUE ENTREGADA A SU DESTINATARIO**. -----

- III. Sobre este extremo, el Contrato de Compra Venta contenido en la Minuta ingresada con Kárdex 40516 a la Notaria Alberti, obrante de catorce a dieciséis, en su **cláusula octava** establece la posibilidad que el contrato sea resuelto de pleno derecho cuando por causas imputables al comprador **no se suscriba la Escritura Pública de Compra Venta hasta el plazo señalado en la cláusula tercera del presente contrato, [uno de octubre de dos mil trece]** en cuyo caso el comprador se obliga a entregar el inmueble materia de Compra Venta en el mismo estado en que lo recibió a más tardar al día siguiente de la fecha pactada para la firma de la Escritura Pública, bastando una comunicación por parte del vendedor con su decisión de resolver el contrato; asimismo el artículo 1430 del Código Civil, que regula la cláusula resolutoria expresa que establece que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

- IV. En tal sentido al verificar el cumplimiento de la formalidad de la resolución en la forma prevista en la cláusula octava del Contrato de Compra Venta y el artículo 1430 del Código Civil, se arriba a la conclusión de que no se ha cumplido con la citada formalidad, *al no haberse comunicado a la parte contraria que quiere valerse de la **cláusula resolutoria** para que se dé el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble; debiendo tenerse presente el hecho de que la carta notarial nunca fue entregada en el domicilio del demandado y por ello es que no tomó conocimiento de dicha comunicación para que opere la resolución contractual.* -----
- V. Con posterioridad se produjo la invitación a conciliar extrajudicialmente, siendo notificada la parte contraria, con fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, mediante notificación cursada por el Centro de Conciliación Extrajudicial “Gutiérrez” (Expediente 245-2014) a fin de asistir a una sesión de conciliación extrajudicial solicitada por el demandante, en la que se adjunta la copia de la carta notarial de fecha dos de octubre de dos mil trece; sin embargo, ello no cumple con la formalidad requerida pues el artículo 1430 del Código Civil al ser claro que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria; solo así será eficaz la resolución de pleno derecho del contrato que justificaba la posesión del demandado para convertirse ahora en ocupante precario. -----
- VI. De otro lado, la solicitud para conciliar no es una prueba, sino es un requisito de la demanda de Desalojo por Ocupante Precario previsto en el artículo 6 de la Ley Número 26872 - Ley de Conciliación, consecuentemente los documentos recaudados con la solicitud de conciliación a que se refiere el demandante no cumplen la formalidad de la comunicación que establece el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

artículo 1430 del Código Civil y, que las partes han pactado en la cláusula octava del contrato de Compra Venta. -----

RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA: -----

La Sala Civil Transitoria Descentralizada de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante resolución número cinco, de fecha seis de noviembre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos cincuenta y cuatro, revoca la apelada que declara infundada la demanda y reformándola la declaró fundada, ordenando la restitución del bien inmueble *sub litis*, sustentando: -----

- i. Se verifica que en el contrato de Compra Venta el demandado señaló su **DOMICILIO** en la Calle Escarpada Número 133, Urbanización Alameda de la Planicie La Molina; así como también de la **CARTA NOTARIAL DE FECHA DOS DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE** y que fuera **DILIGENCIADA AL NOTARIO** con la que se pone en conocimiento que se ha **resuelto** el **CONTRATO DE COMPRAVENTA** del bien inmueble celebrado entre ambas partes, en ella se consignó dicha dirección para diligenciarla y conforme a los términos de la certificación que obra en el recurso se consigna que *“el original de la presente carta fue diligenciada a la dirección ubicada presente una persona que no se identificó manifestó que el destinatario ya no domicilia en el inmueble”* en cuya virtud no se entregó el documento. -----
- ii. Que, efectuado el análisis de la certificación realizada al acto de diligenciamiento detallado en el considerando anterior ante Colegiado llega a establecer que se ha cumplido con la formalidad para dar por resuelto el Contrato de Compra Venta del bien inmueble celebrado entre ambas partes por cuanto se ha diligenciado la mencionada carta en el domicilio indicado por el demandado, diligencia que se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

encuentra amparada en el artículo 100 de la Ley Notariado – Decreto Legislativo Número 1049 que señala: *“El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados”*, no siendo atribuible al demandante de que en el momento de dicha diligencia ya no domicilie el demandado en la dirección señalada por éste en el Contrato de Compra Venta antes mencionado, máxime si no ha alegado que aun domiciliaba en dicha dirección, ni menos que haya puesto en conocimiento al demandante de su nuevo domicilio de conformidad con lo previsto por el **artículo 40 del Código Civil**, por lo que es de concluir que se ha cumplido con la formalidad que exige el IV Pleno vinculante ya mencionado, por lo que en tal sentido el demandado deviene en precario al haberse resuelto el contrato de Compra Venta de fecha doce de julio de dos mil trece, de conformidad con el **artículo 1430 del Código Civil**. -----

- iii. Estando a lo alegado se concluye que el título ha fenecido por lo que concurre el elemento dispuesto en el artículo 911 del Código Civil. ----

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE: -----

- a) El tema en debate radica en determinar si el Contrato de Compra Venta suscrito por las partes se ha resuelto, para determinar si se configura el supuesto de posesión precaria. -----

IV. FUNDAMENTOS: -----

PRIMERO.- Siendo que por auto de calificación de fecha dieciséis de junio de dos mil dieciséis del cuadernillo de casación, se declaró procedente el recurso de su propósito por las causales de: **i) Infracción normativa material por aplicación**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

indebida del artículo 1374 del Código Civil.- Sostiene que la Sala Superior inobserva la formalidad necesaria que exige el artículo 1430 del Código Civil para tener por cumplido el protocolo resolutorio en los casos de la llamada resolución extrajudicial por incumplimiento. Pues en el presente caso el actor señala que la resolución del contrato ejercitada al amparo de la cláusula resolutoria pactada por las partes fue articulada mediante la remisión de la Carta Notarial de fecha dos de octubre de dos mil trece, diligenciada por el Notario Público el tres de dicho mes y año; sin embargo, es el caso que dicha Carta jamás fue entregada en su domicilio y nunca supo que fue invitado para conciliar, por lo que debe tenerse presente que el Código Civil señala que las comunicaciones producen efecto cuando llegan al domicilio del destinatario; ii) **Apartamiento inmotivado del IV Pleno Casatorio recaído en la Casación Número 2195-2011-Ucayali.-** La Sala incumple con el mismo, pues pese a que se tiene acreditada la inobservancia de la formalidad para dar por resuelto un contrato al amparo de lo resuelto por el artículo 1430 del Código Civil, la Sala invoca el precedente a fin de sostener que cabe el desalojo por precario cuando se ha resuelto el contrato extrajudicialmente, obviando la formalidad que el mismo precedente exige para ser analizado por el juzgador. -----

SEGUNDO.- Del mismo modo, se advierte que este Colegiado Supremo, ha declarado procedente el recurso de casación de su propósito por la procedencia excepcional del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú. -----

TERCERO.- Cuando se invocan en forma simultánea agravios consistentes en la infracción normativa procesal e infracción normativa material que inciden directamente sobre la decisión de la resolución impugnada, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto del segundo agravio denunciado, atendiendo a que, de ampararse el primero deberá declararse la nulidad de la resolución impugnada y ordenarse que se expida un nuevo fallo. -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

CUARTO.- Bajo este contexto, es menester señalar que de la revisión de la Sentencia de Vista, tenemos que la decisión adoptada se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que no se advierte trasgresión alguna al Principio de Debida Motivación de las Sentencias, no se afecta la Logicidad, ni se vulnera el Derecho a Probar en cualquiera de sus vertientes. Es decir, su pronunciamiento se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, por lo que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, pues se ha cumplido con precisar el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, en consecuencia, un parecer o criterio distinto al que ha arribado no puede ser causal para cuestionar la motivación; lo que no significa que no pueda existir un criterio distinto para arribar a una conclusión diferente a la que ha planteado la Sala Superior, sin que ello implique ausencia o defecto en la motivación de la sentencia de vista. En consecuencia, la infracción normativa procesal y excepcional por ausencia de motivación debe ser **desestimada** en todos sus extremos. -----

QUINTO.- Siendo esto así, pasaremos a absolver los agravios de orden material, como es la infracción normativa del artículo 1374 del Código Civil que prescribe: *“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse del recibo”*. En principio, podemos sostener que nuestro Código Civil acoge la *teoría* de la *cognición*, puesto que el artículo 1373 establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente⁴. Sin embargo, según el artículo denunciado, es factible señalar que el Código también acoge la *Teoría de la Recepción* con presunción de cognición, puesto que, a tenor del mencionado artículo, toda declaración contractual – y dentro de ellas, la aceptación – se considera *conocida al momento en que llega a la dirección del destinatario*, es decir, del oferente, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla¹. -----

SEXTO.- En este contexto, tenemos que las partes accionantes en la presente materia, suscribieron un Contrato de Compra Venta con fecha doce de junio de dos mil trece, en calidad de vendedor Renzo Escobar Tillit y en calidad de comprador Nolberto Albino Solano Todco, habiendo acordado el pago de cuatrocientos noventa mil dólares americanos (\$490,000.00), suma de dinero que el comprador cancelará al vendedor de la siguiente manera: -----

- a) La suma de doscientos cincuenta mil dólares americanos (US\$250,000.00) serán cancelados por medio de la compensación de la deuda que mantiene el vendedor hacia el comprador de acuerdo al Contrato Mutuo, celebrado entre las partes con fecha catorce de noviembre de dos mil doce, por cuanto el comprador declara mediante el presente documento que a la fecha de suscripción del presente contrato, el vendedor no mantiene ninguna deuda pendiente por concepto del Contrato de Mutuo antes mencionado. -----
- b) La suma de doscientos cuarenta mil dólares americanos (US\$240,000.00) serán cancelados mediante cheque de gerencia a la firma de la correspondiente Escritura Pública de Compra Venta, la misma que deberá ser suscrita a más tardar el uno de octubre de dos mil trece. Asimismo, en

⁴ Código Civil Comentado “Comentan 209 especialistas en las diversas materias de derecho civil”. Tomo VII – Contratos en General, p. 179. Gaceta Jurídica, Tercera Edición, Lima 2010.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

su cláusula octava, establece la condición *resolutoria*, en el que se indica que el presente contrato será resuelto de pleno derecho en caso que por causas imputables al comprador no se suscriba la Escritura Pública de Compra Venta, hasta el plazo señalado en la cláusula tercera del presente contrato, en cuyo caso el comprador se obliga a entregar el inmueble materia de Compra Venta en el mismo estado en el que recibió a más tardar al día siguiente de la fecha pactada para la firma de la Escritura Pública, bastando una comunicación por parte del vendedor con su decisión de resolver el contrato. Del mismo modo, la cláusula décimo primero establece que toda comunicación o notificación que, con motivo del presente contrato deba ser cursada a cualquiera de las partes, se entenderá válidamente efectuada si ésta es dirigida a los domicilios consignados en la introducción del presente documento. Cualquier modificación a los domicilios indicados, deberá ser notificada a la otra parte, con una anticipación no menor de tres días hábiles. En caso contrario, toda comunicación o notificación realizada a los domicilios indicados en la introducción del presente documento, se entenderá válidamente efectuada para todos los efectos. Se concluye entonces, que la cláusula resolutoria expresa, solo producirá sus efectos de pleno derecho cuando las causas sean imputables al comprador, bastando una comunicación por parte del vendedor de resolver el contrato en el domicilio señalado en el contrato que los vincula. -----

SÉTIMO.- Obra en el expediente a fojas nueve, una Carta Notarial, de fecha dos de octubre de dos mil trece, remitida por don Renzo Escobar Tillit a don Nolberto Albino Solano Todco, en el que le señala; *“En virtud de la Cláusula Resolutoria Expresa contenida en la Cláusula Octava de la Minuta de Compra Venta de fecha doce de julio de dos mil trece, celebrada por ambas partes e ingresada para su escrituración en la Notaría Pública de Lima del Doctor Renzo Alberti, le comunicó la **decisión irrevocable** de RESOLVER el contrato, toda vez que, hasta la fecha*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

usted no ha cumplido con su obligación de pago del saldo del precio de venta pactado ascendente a doscientos cuarenta mil dólares americanos (US\$ 240,000.00), ni con su obligación de suscribir la respectiva Escritura Pública a más tardar el uno de octubre de los corrientes, conforme lo establecido en la Cláusula Tercera de dicho contrato, pese a nuestros reiterados requerimientos". (El sombreado es nuestro). -----

OCTAVO.- Dicha carta fue enviada a la residencia sito en la Calle Escarpada Número 133, Urbanización "La Alameda de la Planicie", domicilio fijado por el emplazado en el Contrato de Compra Venta antes señalado. Se advierte del mismo modo, en el reverso de la carta la certificación notarial que reza: "*Que el original de la presente carta fue diligenciado a la dirección indicada presente una persona que no se identificó, manifestó que el destinatario ya no domicilia en el inmueble **en cuya virtud no se entregó el documento**. Se deja constancia que la diligencia se realizó a las diez horas (10:00). Doy fe. Lima once de octubre de dos mil trece*". (El sombreado es nuestro). -----

NOVENO.- En tal sentido, para verificar el cumplimiento de la formalidad de la resolución en la forma prevista en la cláusula octava del Contrato de Compra Venta de acuerdo a las exigencias del artículo 1430 del Código Civil, es necesario que se tenga que cumplir la condición previamente establecida, y de esa manera se entienda que el contrato se ha resuelto, es decir, la resolución tendrá efectos, cuando la parte interesada comunique a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. -----

DÉCIMO.- En el caso de autos, de la comunicación notarial de fecha dos de octubre de dos mil trece, remitida por don Renzo Escobar Tillit a don Nolberto Albino Solano Todco, en el que le comunica su decisión irrevocable de resolver el Contrato de Compra Venta, no se puede tener certeza absoluta de que haya

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

surtido sus efectos, ello si tenemos en cuenta que conforme se advierte de su certificación notarial la comunicación no fue entregada al domicilio del emplazado y si bien es cierto, se ha dejado constancia de las circunstancias de su diligenciamiento, conforme el artículo 100 del Decreto Legislativo Número 1049, hay dudas respecto de su comunicación efectiva. Esta tesis, se sustenta aún más en el hecho de que la emplazada recién tomó conocimiento de dicha comunicación cuando se le notificó una invitación a conciliar con fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, cursada por el Centro de Conciliación Extrajudicial “Gutiérrez” – Expediente número 245-2014 a la dirección del domicilio consignado en el contrato aludido, no siendo válido que para algunas ocasiones el demandado ya “no viva” en dicho inmueble, y para otras “siga viviendo”, prueba de ello es que realmente si ha existido conocimiento de la notificación para conciliar. Entonces, tal como se puede advertir de la certificación notarial, dicha carta no fue entregada por el personal de la Notaría, ni fue recepcionada en el domicilio de destino, existiendo dudas respecto de la validez o invalidez de la pretendida resolución de contrato, por lo que resulta evidente que el caso de autos, resulta complejo, pues no toca en este proceso analizar si se configuró o no la resolución de contrato, en la medida que existe incertidumbre respecto de su comunicación. -----

DÉCIMO PRIMERO.- Siendo esto así, y en atención al precedente vinculante, punto 5.1 “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, más no así, la improcedencia” y atendiendo a que la naturaleza de la resolución de contrato es disímil a la naturaleza del presente proceso, es que la misma deviene en infundada. -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1725-2016
LIMA ESTE**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

V. DECISIÓN: -----

Por los fundamentos precedentes y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Albino Solano Todco a fojas doscientos ochenta; en consecuencia; **CASARON** la recurrida de fecha seis de noviembre de dos mil quince, de fojas doscientos cincuenta y cuatro, 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 **infundada** la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, *bajo responsabilidad*; en los seguidos por Renzo Escobar Tillit contra Nolberto Albino Solano Todco, sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y *los devolvieron*. **Ponente Señor De La Barra Barrera, Juez Supremo.-**

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

DE LA BARRA BARRERA

ⁱ Código Civil Comentado “Comentan 209 especialistas en las diversas materias de derecho civil”. Tomo VII – Contratos en General, p. 179. Gaceta Jurídica, Tercera Edición, Lima 2010.

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA

Actualidad jurisprudencial para jueces, fiscales y abogados litigantes

DIRECTORES

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

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

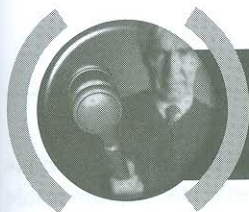
Rebaja de remuneraciones
Causas objetivas de justificación

Plenos jurisdiccionales
En materia civil y procesal civil



UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

G ACETA
JURIDICA
25 AÑOS DE LIDERAZGO



NUEVAMENTE EL CUARTO PLENO: RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y POSESIÓN PRECARIA

A propósito del Maestrato 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 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

algunas patologías de la posesión precaria, para finalizar el caso concluyendo, finalmente, con la posesión.

I. PREMISA: SOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Como hemos advertido en la introducción, el caso a presentarse en el presente trabajo es el de un contrato de compraventa con una de las instituciones de la teoría general de la resolución por incumplimiento, los supuestos de ocupación precaria, referido al (ex)comprador que, poseyendo pese haber sido objeto de compraventa, continúa en su posesión.

En ese sentido es que el *excursus* sobre la posesión precaria, la resolución por incumplimiento y el mecanismo de la resolución por incumplimiento, el ordenamiento otorga al vendedor en el presente trabajo una parte introductoria, demos direccional, análisis de la resolución por incumplimiento, por no ser su objeto, simplemente glosar las resoluciones judiciales del instituto de sustento del artículo 1430 del CC.

1. Definición y requisitos de la resolución por incumplimiento

Es sabido que la resolución por incumplimiento es la ineficacia de la resolución por incumplimiento, la estructural y la resolución por incumplimiento, tanto afecta su estructura, al no verificarse a los elementos o requisitos, puede constituirse en un acto jurídico que “nacido” reputa inválido y es susceptible de la anulabilidad.

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 inejecución 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 restituirle 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 extinción de la prestación opta por la resolución

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

Ahora bien, la re miento debe materi Es decir, la verifica no genera por sí se ción de los efecto requiere cuanto me para su efectiviza exista incumplim vigente mientras l mecanismos para potestativo de res daremos una breve que opera la resoluc

2. Resolución judi

En realidad, como e la vía judicial no es por incumplimiento, genérica que las p sin efecto el contrato cuando se verifique es decir, ya sea incu rosidad o imposibil tante tal aclaración, trabajo solo la opera cuanto al primer cas

La resolución judic ordenada por el jue

**Comentario relevante
del autor**

La constitución en mora está pensada para exigir el cumplimiento de la prestación, no así cuando se opta por la resolución.

que el derecho concede al acreedor y que tiene naturaleza de medida preventiva (pp. 82-83). En nuestra sede, esta tesis es seguida por importantes profesores como De La Puente (2007, 381) y Forno (1987, p. 83).

Ahora bien, la resolución por incumplimiento debe materializarse de alguna forma. Es decir, la verificación del incumplimiento no genera por sí sola la extinción o disolución de los efectos del contrato, sino que requiere cuanto menos de un procedimiento para su efectivización. Así, por más que exista incumplimiento, el contrato seguirá vigente mientras la parte fiel no active los mecanismos para hacer valer su derecho potestativo de resolverlo. A continuación daremos una breve mirada a las formas en que opera la resolución por incumplimiento.

2. Resolución judicial

En realidad, como es natural, el mecanismo de la vía judicial no es exclusivo de la resolución por incumplimiento, más bien es la forma más genérica que las partes interesadas en dejar sin efecto el contrato tienen para hacerlo valer cuando se verifique cualquiera de las causales, es decir, ya sea incumplimiento, excesiva onerosidad o imposibilidad sobreviniente. No obstante tal aclaración, nos importa en el presente trabajo solo la operatividad de la vía judicial en cuanto al primer caso.

La resolución judicial no es más que aquella ordenada por el juez. Se produce “en virtud

de la sentencia recaída en un procedimiento [sic] judicial promovido a este efecto” (Forno, 1987, p. 100), proceso que, obviamente, se entabla a pedido de la parte fiel. En nuestro ordenamiento, tal mecanismo está regulado en el artículo 1428 del CC.

En cuanto a la procedencia de la demanda de resolución por incumplimiento, no es casual encontrarse con autos de calificación de demanda que declaran su improcedencia por falta de interés para obrar cuando advierten la inexistencia de la constitución en mora del demandado. Este es uno de los puntos que ha generado debate tanto en la doctrina como la jurisprudencia. En sede nacional De La Puente (2007) era partidario de este criterio; para él se requiere convertir ese retardo en incumplimiento mediante la constitución en mora, para luego solicitar la resolución por incumplimiento. Discrepamos de tal parecer. Somos, en cambio, de la idea de que la constitución en mora no es presupuesto de procedencia.

En efecto, el primer párrafo del artículo 1333 del CC (constitución en mora) tiene el siguiente tenor: “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor exija, judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. No es muy difícil darse cuenta que la constitución en mora está pensada para exigir el cumplimiento de la prestación, no así cuando se opta por la resolución. Nótese que sería contradictorio exigir al deudor el cumplimiento de su obligación (constitución en mora) y al mismo tiempo solicitar al juez que resuelva el contrato. Para nosotros, la constitución en mora será requisito de procedencia siempre que el acreedor opte por la primera alternativa (solicitar el cumplimiento) que dispone el artículo 1428 del CC, no lo será, en cambio, cuando lo haga por la segunda.

3. Resolución extrajudicial (por autoridad del acreedor)

Otra forma por la que puede operar la resolución del contrato por incumplimiento es a

composición lo conforman sus elementos (el daño, nexo causal y el criterio de imputación), la resolución no es ajena a dicha directriz. Es decir, para que se considere resuelto un contrato por incumplimiento deben concurrir ciertos elementos o presupuestos sustantivos, los mismos que enumeraremos y explicaremos brevemente líneas abajo. Previo a ello, creemos que resulta pertinente aclarar que el juicio de la tutela resolutoria y los elementos que lo componen son aplicables cualquier forma de resolución por incumplimiento, esto es, tanto la judicial cuanto por autoridad del acreedor (por intimación y por cláusula resolutoria expresa). A continuación los referidos elementos.

¿Legitimación del accionante? De la Puente y Ronquillo analizan dentro de los elementos (aunque prefieren llamarlos requisitos y presupuestos, respectivamente) a la “legitimación del actor”. Así, se dice que un “requisito fundamental para que la parte fiel esté legitimada para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte es que ella misma (la parte fiel) no sea también incumplidora” (De la Puente, 2007, pp. 384-385); se agrega que “será necesario que el acreedor haya cumplido su propia atribución patrimonial o que al menos haya garantizado su cumplimiento” (Ronquillo, 2013, p. 381). Consideramos que ello es incorrecto toda vez que los autores parten de una errada percepción. En efecto, la legitimación del actor no está en la dimensión sustancial, sino procesal; como lo ha señalado doctrina autorizada, estar legitimado “significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable” (Devis, 1984, p. 290). Por ello, la discusión sobre la legitimación en sede de resolución no es si el actor ha cumplido o no con su obligación (el cumplimiento del actor de su obligación sí es un

elemento, como veremos), sino quién es el llamado a solicitar que se resuelva el contrato. Es por ello que en sede de legitimación se dice, por ejemplo, que “en caso de cesión del contrato, la acción de resolución corresponde al cesionario” (Roppo, 2009, p. 887), y en caso “de contrato a favor de tercero, no hay duda de que es el estipulante que tiene la acción de cumplimiento, compartiéndola con el tercero beneficiario” (Roppo, 2009, p. 887). En fin, siempre y en última instancia, el legitimado siempre será el acreedor.

Aclarado el asunto, pasaremos brevemente revista a los elementos del juicio de resolución.

1. Existencia de contrato con prestaciones recíprocas

La resolución por incumplimiento cabe únicamente en los contratos con prestaciones recíprocas. Nuestro legislador no ha dejado mayor duda al respecto, pues ha regulado las tres formas resolutorias dentro del Título VI (“Contrato con prestaciones recíprocas”). Ello tiene sentido toda vez que “la resolución busca restablecer el equilibrio que ha sido perturbado por el incumplimiento de una de las partes intervinientes” (Soria & Anchayhuas, 2013, p. 240).

Como se sabe, un contrato tendrá prestaciones recíprocas en tanto se rija por un *sinalagma funcional*, esto es, que exista interdependencia entre las prestaciones. Sin embargo, debemos advertir, como bien lo ha hecho Zamudio (2009), que “por prestación, aquí, se debe comprender toda aquella ventaja que las partes contrayentes se intercambian una a favor de la otra en un contrato, esto, sin hesitación expresa de un concepto más amplio: atribuciones patrimoniales” (p. 120). En efecto, la reciprocidad o interdependencia no puede referirse a las prestaciones, entendidas como el despliegue de conductas encaminadas a satisfacer el interés, toda vez que existen contratos que no tienen

necesariamente efectos obligacionales (por tanto no tienen prestaciones, en sentido técnico; ejemplo de ello es el artículo 949 del CC, que contiene una norma que regula un contrato con efectos reales²), sino a los “resultados útiles (enriquecimiento o ventajas patrimoniales) obtenidos gracias a la actuación del programa contractual” (Castro, 2009, p. 78). En el presente trabajo, no obstante, usaremos el término “prestación” por pura comodidad, debiendo el lector entender que cada vez que usemos dicho término nos referiremos en realidad al concepto más amplio de “atribución patrimonial”.

2. Incumplimiento injustificado

Para que la resolución tenga éxito y surta válidamente sus efectos no basta que el deudor haya incumplido, sino que es necesario que dicho incumplimiento sea injustificado, pues de lo contrario el incumpliente podrá oponer una causa de justificación. Son interesantes los ejemplos de justificación que señala Roppo (2009). Para el profesor italiano habrá justificación, por ejemplo, cuando exista una falta de cooperación del acreedor o cuando este muestre tolerancia al incumplimiento del deudor; en este caso, si este prueba tales situaciones, la resolución deberá ser denegada (p. 878).

3. Gravedad del incumplimiento

Igualmente, no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la resolución, sino solo aquellos que revistan tal gravedad que haga insostenible la vigencia del programa contractual. Con razón se dice que “todos los incumplimientos injustificados (...) son fuente de responsabilidad y resarcimiento” (Roppo, 2009, p. 880), empero “no todos los incumplimientos injustificados son causa de resolución” (Roppo, 2009, p. 880). Nótese

Comentario relevante del autor

Un contrato tendrá prestaciones recíprocas en tanto se rija por un sinalagma funcional, esto es, que exista interdependencia entre las prestaciones.

que de no ser así se generaría un efecto pernicioso en perjuicio del deudor, pues aquel acreedor que por cualquier razón ya no desea seguir vinculado contractualmente al primero aprovecharía la inejecución más insignificante para resolver el contrato.

Por ello, un autorizado autor italiano explica que ello se basa en un criterio de proporcionalidad, pues “la resolución es un remedio muy pesado, porque destruye el contrato; sería exagerado aplicarlo a casos en los que el mal funcionamiento de la relación es muy ligero (y los cuales se activa, con todo, el remedio resarcitorio)” (Roppo, 2009, p. 880).

4. Cumplimiento del accionante de su propia prestación

Para que la resolución sea eficaz u opere válidamente es necesario que quien inicia el proceso o procedimiento resolutorio también haya cumplido —o cuanto menos garantizado— su recíproca prestación.

Debemos advertir que, en nuestra opinión, a diferencia de los anteriores, este elemento no será analizado por el juez en todos los casos, sino únicamente cuando el demandado oponga la *exceptio non adimpleti*

Comentario relevante del autor

El acreedor debe el cumplimiento su cargo. Es el deudor el que tendrá que recordar al acreedor que no ha ejecutado lo que necesariamente requiere el cumplimiento, si

contractus, esto es, el cumplimiento. Al ser una obligación alternativa, no creemos necesario para pronunciarse sobre eventual incumplimiento, pues la materia de la resolución del contrato es el incumplimiento del deudor; este oponible tal excepción debe pronunciarse sobre el cumplimiento del demandado, no sobre el principio de

III. SIGUE: REQUISITOS PARA EL PROCEDIMIENTO RESOLUTORIO EXTRAJUDICIAL

1. En la resolución

Además de los elementos señalados en el acápite anterior, el cumplimiento de la resolución que produzca sus efectos requiere que el deudor cumpla con ciertos requisitos. Desprenderse no como artículo 1429 del CC, sino unánime la doctrina

2 Respecto de los contratos con efectos reales, puede verse un estudio completo en Forno (1993, pp. 77 y ss.).

3 Así, Roppo (2009), quien considera que el cumplimiento es razonable (no meramente formal) y que el deudor debe considerarlo sin más (2007, p. 426); Soriano

**Comentario relevante
del autor**

El acreedor debe requerir al deudor el cumplimiento de la prestación a su cargo. Es evidente que no bastará recordar al incumpliente que no ha ejecutado su prestación, sino que necesariamente debe exigir su cumplimiento, su ejecución.

contractus, esto es, la excepción de incumplimiento. Al ser una excepción, aunque sustantiva, no creemos que el juez esté facultado para pronunciarse de oficio respecto del eventual incumplimiento del propio demandante, pues la materia de controversia es la resolución del contrato con la imputación del incumplimiento del demandado. A menos que este oponga tal excepción, el juez tiene prohibido pronunciarse sobre el posible incumplimiento del demandante; de lo contrario, vulneraría el principio de congruencia.

III. SIGUE: REQUISITOS ESPECIALES PARA EL PROCEDIMIENTO RESOLUTORIO EXTRAJUDICIAL

1. En la resolución por intimación

Además de los elementos que ya hemos señalado en el acápite anterior, el procedimiento de la resolución por intimación, para que produzca sus efectos válidamente, debe cumplir con ciertos requisitos. Estos logran desprenderse no con mucha dificultad del artículo 1429 del CC. A ello se suma de forma unánime la doctrina³ que identifica cuatro

requisitos que debe contener esta forma resolutoria. Los mismos son los siguientes.

a) Exigencia de cumplimiento de la prestación

El acreedor debe requerir al deudor el cumplimiento de la prestación a su cargo. Es evidente que no bastará recordar al incumpliente que no ha ejecutado su prestación, sino que necesariamente debe exigir su cumplimiento, su ejecución. Sin embargo, bien se advierte que, además, “es necesario que se precise en qué consiste esa prestación y se le conmine para que la satisfaga” (De la Puente, 2007, p. 424), pues al deudor no debe quedarle la menor duda de cuál es la prestación que debe cumplir con ejecutar.

En cuanto a la formalidad de la intimación, somos partidarios de que se haga mediante carta notarial. En efecto, si bien “el requerimiento de cumplimiento es válido aun cuando no haya sido hecho mediante carta por vía notarial” (De la Puente, 2007, p. 424), pues el artículo 1429 del CC no sanciona con la nulidad la inobservancia de la forma (vía notarial); no obstante, al constituir tal formalidad el medio de prueba (art. 144 del CC), en caso se oponga el deudor y fuerce la carga de probarlo al acreedor, la falta de tal documento (carta notarial –único medio de prueba) determinará la ineficacia de la resolución. Por ello, no compartimos la idea de Forno (1998) de que “nada impide que el interesado pueda producir la prueba a través de cualquiera de los medios probatorios que admiten la ley” (p. 119). Si ello fuera así, no vemos el objeto de que el legislador se haya esforzado en consignar expresamente la forma, aunque *ad probationem*.

3 Así, Roppo (2009), aunque este autor parece identificar solo dos requisitos, a saber, “a cumplir dentro de un plazo razonable (no menor de 15 días)” y “la declaración de que, transcurrido inútilmente dicho plazo, el contrato se considerará sin más resuelto” (pp. 883-884); Messineo (1979, p. 524); Forno (1998, pp. 117-119); De la Puente (2007, p. 426); Soria & Anchayhuas (2013, pp. 249-251); Palacios & Pachas (2007, pp. 390-391).

b) Fijación de un plazo

Es necesario también que la exigencia de cumplimiento de la prestación vaya acompañada de un plazo en el que deba ejecutarse la misma, que en nuestro caso no debe ser inferior a 15 días (*ex art. 1429 del CC*). A diferencia del *Codice italiano*⁴, nuestro dispositivo no admite la posibilidad de que por pacto en contrario o de acuerdo a la naturaleza del contrato, pueda otorgarse un plazo menor. Respecto a la extensión del plazo, hacemos nuestra la idea de que la misma debe estar en función del interés del acreedor y no “en atención a lo que sea necesario para que el deudor pueda cumplir” (Forno, 1998, p. 118), pues lo contrario significaría otorgar plazos irracionales en perjuicio del interés del primero cuando, por ejemplo, la parte infiel a la fecha de intimación aún siquiera ha empezado con la ejecución. Por ello, compartimos plenamente la tesis de quien señala que la razonabilidad del plazo debe tener como “límite la posición del acreedor cuya espera no puede superar el tiempo en el cual sea razonable suponer que él mantenga todavía interés en el cumplimiento” (Forno, 1998, p. 118).

c) Apercibimiento del efecto resolutorio

No es suficiente con que el requerimiento contenga la exigencia del cumplimiento y el plazo para tal efecto; es necesaria, también, la advertencia de que si en el plazo señalado no se cumple con ejecutar la prestación, el contrato quedará resuelto automáticamente (de pleno derecho). Esta advertencia debe ser clara y unívoca, lo que tiene su justificación en que “el destinatario de la intimación debe saber que no ha recibido un genérico estímulo, sino uno capaz de provocar

Comentario relevante del autor

A la exigencia de cumplimiento de la prestación debe ir acompañado un plazo en el que debe ejecutarse la misma, que en nuestro caso no debe ser inferior a 15 días.

—si persistiera el incumplimiento— la destrucción del contrato” (Roppo, 2009, p. 884). En sede judicial se comete constantemente el equívoco de creer que si persiste el incumplimiento luego del plazo establecido en la intimación, el acreedor debe enviar otra carta notarial señalando que el contrato ha quedado resuelto. Ello, evidentemente, es incorrecto por cuanto la norma (*rectius*: disposición) es clara al referir que de persistir el incumplimiento, el contrato queda resuelto de pleno derecho, es decir, por el solo transcurso del tiempo y persistencia en el incumplimiento, sin necesidad de ninguna otra actuación adicional.

La omisión en la intimación de cualquiera de los requisitos hasta ahora señalados tornará en ineficaz la resolución; en palabras simples, si se omite tan solo un requisito, no habrá resolución.

d) Transcurso del plazo

No basta, pues, que se cumpla con los requisitos ya señalados; es necesario que transcurra el plazo establecido en el requerimiento sin que el deudor haya cumplido su

Comentario del autor

La verificación —establecida en el contrato— camente la res necesario que que al incump larse de la cláus

prestación para que el deudor cumple con el cumplimiento del plazo, e

2. Cuando existe expresa

Al igual que la resolución por cláusula de la que brevemente *supra*, requiere de elementos que hemos anterior, pero, además. A continuación explicamos los dos que hemos

a) Claridad de la

Es casi unánime adherimos— en sentencia debe ser estipulada. Messineo (1986) s

[D]ebe contener de las modalidades de servancia se cumplen partes; porque de modo genérico

4 **Artículo 1454 del Código Civil italiano.**— (...) El término no puede ser inferior a quince días, salvo estipulación distinta de las partes o salvo que, por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte apropiado un término menor. (...).

5 Sacco (2003) re producirá la resolución partes, genéricamente mismo sentido, l

Comentario relevante del autor

La verificación del incumplimiento –establecida con toda precisión en el contrato– no genera automáticamente la resolución, sino que es necesario que la parte fiel comunique al incumpliente que desea valerse de la cláusula resolutoria.

prestación para que opere la resolución. Si el deudor cumple con su ejecución antes decaimiento del plazo, el contrato no se resuelve.

2. Cuando exista cláusula resolutoria expresa

Al igual que la resolución por intimación, la resolución por cláusula resolutoria expresa, de la que brevemente ya hemos hablado *supra*, requiere de la concurrencia de los elementos que hemos estudiado en el acápite anterior, pero, además, de ciertos requisitos. A continuación explicamos de forma sucinta los dos que hemos identificado.

a) Claridad de la cláusula resolutoria

Es casi unánime la doctrina –a la que nos adherimos– en señalar que el pacto o cláusula debe ser estipulada con toda precisión. Messineo (1986) señala que:

[D]ebe contener la indicación concreta de las modalidades singulares cuya inobservancia se considera esencial por las partes; porque si la cláusula se refiriese de modo genérico a todos los eventuales

incumplimientos, se convierte en una cláusula de estilo y tendría la misma eficacia que la cláusula resolutoria tácita (...) y, por consiguiente, sería superflua e inútil su inclusión en el contrato⁵. (pp. 350)

Contra este pensamiento se muestra Forno (1987), para quien “la autonomía de la voluntad es soberana, pues no se enfrenta con ninguna norma de orden público que pueda recomendar su limitación” (p. 117), por ello, para este autor, sería suficiente “una referencia al incumplimiento de las obligaciones o a la inejecución de las prestaciones en general” (Forno, 1987, p. 117). Nos permitimos discrepar de esta posición por cuanto, además de las razones anteriormente explicadas, tiene en contra el marco legal, ya que el artículo 1430 del CC prescribe claramente que la cláusula debe contener “una determinada prestación” y que debe estar “establecida con toda precisión”.

b) Comunicación de la voluntad de hacerse valer de dicha cláusula

La verificación del incumplimiento –establecida con toda precisión en el contrato– no genera automáticamente la resolución, sino que es necesario que la parte fiel comunique al incumpliente que desea valerse de la cláusula resolutoria. Así, “si la víctima desea la resolución, tiene la carga de declarar al incumplidor que pretende valerse de la cláusula resolutoria, y solo por efecto de tal declaración la resolución se verifica de derecho” (Roppo, 2009, p. 885); si la parte fiel no cumple con esa carga, “el contrato no se disuelve y el derecho y el deber de ejecución de los contratantes subsisten” (Messineo, 1986, p. 350). Demás

⁵ Sacco (2003) refiere que “la cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución: ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se entiende como cláusula de estilo, y se tiene por no puesta” (p. 910). En ese mismo sentido, Roppo (2009, p. 885); en sede nacional De la Puente (2007, 444).

está decir que tal “declaración no es una constitución en mora sino una notificación” (Mes-sineo, 1986, p. 350).

Ahora, en cuanto a la forma, a diferencia de la resolución por intimación, el legislador no ha establecido formalidad alguna, por lo que en virtud del artículo 141 del CC, puede hacerse expresa o tácitamente, de forma escrita u oralmente. En consecuencia, la comunicación puede probarse con cualquier medio que permite el ordenamiento adjetivo.

IV. MOMENTO EN QUE OPERA LA RESOLUCIÓN

Qué duda cabe de que la resolución judicial opera con la sentencia firme (consentida o ejecutoriada) que declara resuelto el contrato.

La resolución por intimación se produce, de pleno derecho o automáticamente, cuando se verifique la persistencia del incumplimiento, vencido el plazo concedido en la intimación.

Por su parte, en cláusula resolutoria expresa, la resolución se produce en el momento en que la declaración del acreedor de hacerse valer de dicha cláusula es conocida por el deudor. Dicho conocimiento se presume producido en el momento de que la notificación —cuando la declaración es escrita— llegue al domicilio del incumpliente, salvo que este acredite que estuvo, sin culpa, en imposibilidad de conocerla (art. 1374 del CC⁶). Esto aplica también para el requerimiento de cumplimiento en el caso de la resolución por intimación; tanto el requerimiento cuanto la declaración de hacerse valer de la cláusula resolutoria son declaraciones unilaterales de voluntad recepticias⁷.

6 Si la declaración ha sido realizada por correo electrónico o análogos, es de aplicación el segundo párrafo de dicho dispositivo.

7 En ese mismo sentido Forno (1998, p. 112).

V. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y LA OCUPACIÓN PRECARIA

Hoy en día, la relación entre la resolución del contrato y la posesión precaria es sumamente estrecha. Antes del Cuarto Pleno, un sector negaba férreamente —en nuestra opinión— la existencia de una relación de precariedad en los casos de rompimiento de la relación contractual entre el vendedor y el comprador. Así, su principal exponente, Gonzáles (2007), refería que:

No hay precariedad en el contratante que mantiene la posesión del bien luego que el contrato ha sido anulado o resuelto (...). La restitución del bien será una simple consecuencia cuyo efecto de la nulidad o resolución (...). La resolución del contrato ha operado por voluntad exclusiva de una de las partes, ¿quién controla la legalidad de esa resolución? El desalojo es un proceso inidóneo para ventilar complejas cuestiones contractuales, pues se trata de un instrumento de cognición sumaria y con limitación de prueba. Por tanto, muchas veces resulta abusivo que la resolución se produzca unilateralmente, y peor aún, el adquirente se vea despojado a través de un proceso de desalojo en el que no se discute la resolución contractual. (pp. 77-78)

Como puede verse, se negaba vehementemente la existencia de precariedad en el comprador cuando este permanecía en el bien luego de resuelto el contrato. Para este autor no existía precariedad en este supuesto, por una razón “muy simple: no estamos en presencia de una relación de poseedor mediato e inmediato (con deber de restitución)”

(Gonzales, 2003, p. 10). existía mayor discreción, pues los jueces han considerado que este es un claro supuesto de extinción de título.

Con todo, el asunto fue resuelto en el Cuarto Pleno, que ha establecido una posición más precisa. El Pleno ha establecido en su sentencia de vinculante número “5.1” que la posesión precaria es la que se deriva de un contrato de posesión precaria.

Los casos de resolución de un contrato, que se rigen por los artículos 1374 y 1375 del CC. Civil. En estos casos, la posesión precaria es la que habilita al poseedor a seguir poseyendo el bien.

Ha quedado entonces claro que en los casos de posesión precaria, el efecto de la resolución del contrato, aunque el Pleno judicial (intimación o resolución expresa) se subsume en la posesión precaria.

VI. CAMPO DE APLICACIÓN DEL DESALOJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La segunda parte de la sentencia de vinculante número “5.1” establece que la acción del juez de desalojo es la que deriva de la resolución del contrato.

8 El autor parte de la existencia de precariedad en el poseedor mediato e inmediato; este es el caso de la restitución del bien. Aunque el Pleno se ha pronunciado de que en el proceso de desalojo, la misma en otro proceso de resolución, el contrato.

(Gonzales, 2003, p. 69)⁸. En sede judicial no existía mayor discrepancia en este supuesto, pues los jueces han considerado siempre que este es un claro supuesto de precariedad por fenecimiento de título.

Con todo, el asunto ha sido cerrado por el Cuarto Pleno, que ha asumido —felizmente— una posición más práctica, por cuanto este ha establecido en su doctrina jurisprudencial vinculante número “5.1” que es un supuesto de posesión precaria:

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 (...).

Ha quedado entonces fuera de toda duda que los casos de posesión con título fenecido por efecto de la resolución judicial (que es implícito, aunque el Pleno no lo dice⁹) o extrajudicial (intimación y cláusula resolutoria expresa) se subsumen dentro del concepto de posesión precaria.

VI. CAMPO DE ACCIÓN DEL JUEZ DEL DESALOJO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La segunda parte del precedente vinculante número “5.1” ha enmarcado el campo de acción del juez del desalojo respecto de la resolución del contrato, fuente de la

pretensión de restitución del bien, en los términos siguientes:

[B]astará que el juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por 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.

Como puede verse, el radio en el que puede “moverse” el juez del desalojo es bastante limitado. Creemos que ello es justificado en la medida que el proceso de desalojo es una vía de cognición sumaria. En consecuencia, solo está autorizado a verificar las formalidades establecidas sea en la ley, sea en el contrato mismo, de haber establecido las partes alguna(s) en particular. En cambio, si de la verificación de lo actuado el juez no llega a la convicción —debido a la complejidad del caso concreto— de que el contrato haya sido resuelto, queda prohibido de hacer un análisis más profundo o realizar mayores actuaciones, debiendo declarar infundada la demanda, a fin de que la resolución sea declarada o no en otro proceso.

De lo establecido en el párrafo citado del Cuarto Pleno podemos identificar algunas reglas sobre las facultades del juez del desalojo, cuando la precariedad tiene su fuente en la resolución del contrato por la vía

8 El autor parte de la idea de interpretar el artículo 911 del CC a la luz del precario romano, en el que para la existencia de precariedad es presupuesto necesario la existencia de una relación de dos tipos de poseedores: mediato e inmediato; este ingresa al bien por gracia o benevolencia del primero o, habiendo ingresado sin su autorización, el poseedor mediato tolera su presencia. En cada una de las situaciones el poseedor inmediato puede solicitar la restitución del bien en cualquier momento.

9 Aunque el Pleno se limita a señalar los casos de resolución extrajudicial, nada obsta para que, en el eventual caso de que en el proceso de resolución no se solicitó accesoriamente la restitución del bien, y el vendedor requiera la misma en otro proceso, lo pueda hacer por la vía de la posesión precaria, pues al igual que en los demás casos de resolución, el contrato ha quedado resuelto y, por tanto, fenecido el título, aunque en virtud de una sentencia.

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,

Comentario r del autor

Si el demandado vo en imposibil culpa, el requer nicación pese h ditado que los su domicilio, si fin acompañe que generen c duda razonable su afirmación, jo debe declara manda por no q mandado tuvo o mismos.

persistirá el incump que el contrato ha si demanda debe ser fi evidencia que el pag mente dentro del p en consecuencia, la

Si del referido anál claro las indicadas persiste la duda ac juez debe declarar i desalojo.

2. Cuando el cor tomado conoci o declaración c cláusula resolu

Si el demandado se mentando que no s porque nunca tomó mación o la comun valer de la cláusula del caso, el análisis debe limitarse a la miento de las form

Comentario relevante del autor

Si el demandado alega que estuvo en imposibilidad de conocer, sin culpa, el requerimiento o la comunicación pese haber quedado acreditado que los mismos llegaron a su domicilio, siempre que para tal fin acompañe medios probatorios que generen cuanto menos una duda razonable de la veracidad de su afirmación, el juez del desalojo debe declarar infundada la demanda por no quedar claro si el demandado tuvo conocimiento de los mismos.

persistirá el incumplimiento, lo que implica que el contrato ha sido resuelto, por lo que la demanda debe ser fundada; en cambio, si se evidencia que el pago fue realizado integralmente dentro del plazo, no hay resolución, en consecuencia, la demanda es infundada.

Si del referido análisis superficial no resulta claro las indicadas situaciones y, por tanto, persiste la duda acerca de la resolución, el juez debe declarar infundada la demanda de desalojo.

2. Cuando el comprador niega haber tomado conocimiento de la intimación o declaración de hacerse valer de la cláusula resolutoria, respectivamente

Si el demandado se opone al desalojo argumentando que no se ha resuelto el contrato porque nunca tomó conocimiento de la intimación o la comunicación de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria, dependiendo del caso, el análisis del juez del desalojo debe limitarse a la verificación del cumplimiento de las formalidades de la intimación

o comunicación, respectivamente. Nos explicamos.

Si la resolución es por intimación, el juez solo debe analizar si el requerimiento —con los requisitos especiales— llegó al domicilio del demandado (*ex art. 1374 del CC*). En este caso, de acuerdo al artículo 1429 del CC, el único medio de prueba para acreditar la efectiva notificación es la carta notarial; si el demandante pretende acreditar el requerimiento con otros medios de prueba, debe considerarse no realizada la intimación, por lo que, siendo ineficaz la resolución, la demanda debe ser infundada.

Si lo es por cláusula resolutoria expresa, no cambia el hecho de que debe verificar que la comunicación de hacerse valer de la cláusula haya llegado al domicilio del demandado (*ex art. 1374 del CC*); empero, sí cambia la forma de probarlo, pues el artículo 1430 del CC no establece formalidad alguna, por lo que puede probarse la comunicación con cualquier medio de prueba admitido por el ordenamiento procesal. En caso la comunicación haya sido hecha por medios electrónicos, ópticos o análogos, el juez debe verificar que el demandante haya recibido el acuse de recibo (segundo párrafo del art. 1374 del CC).

En ambos casos, el domicilio de demandado al que deben llegar la intimación o la comunicación será —en principio— el consignado en el contrato. No obstante, podrá ser uno diferente siempre que el demandado acredite haber cumplido con comunicar al demandante del cambio de domicilio dentro de los treinta días posteriores de ocurrido tal hecho (art. 40 del CC); si el primero acredita tal situación y, no obstante ello, el demandante dirigió la intimación o comunicación al domicilio del contrato, la resolución es ineficaz y, por tanto, infundada la demanda.

Asimismo, en ambos casos si el demandado alega que estuvo en imposibilidad de conocer, sin culpa, el requerimiento o la

comunicación pese a haber quedado acreditado que llegó a su domicilio, siempre que para tal fin acompañe medios probatorios que generen cuanto menos una duda razonable de la veracidad de su afirmación, el juez del desalojo debe declarar infundada la demanda por no quedar claro si el demandado tuvo conocimiento de los mismos. La simple afirmación del estado de imposibilidad sin la prueba pertinente no puede dar lugar a la infundabilidad de la demanda de desalojo.

¿El requerimiento conciliatorio resuelve el contrato? Previamente, debemos señalar que en el caso de la resolución por intimación, la única prueba del cumplimiento de la formalidad es la carta notarial, por lo que esta discusión o interrogante solo cabe cuando se trata de la resolución por cláusula resolutoria expresa, en tanto el artículo 1430 del CC ofrece libertad de forma para la comunicación del demandante de hacerse valer de la misma.

Nuestra respuesta a la pregunta es la negativa. El argumento del que podría valerse quien pretende dar, contrariamente, una respuesta afirmativa es que al ser dicha comunicación un negocio jurídico unilateral recepticio, se encuentra en el alcance del artículo 141 del CC, lo cual es cierto. En esa línea argumentativa, dicho artículo autoriza que la comunicación pueda hacerse “en forma expresa o tácita, siempre que de la comunicación se infiera indubitablemente la voluntad de la parte fiel” (De la Puente, 2007, p. 452). Entonces, pareciera el requerimiento de conciliación extrajudicial (sobre restitución del bien) subsumirse en la declaración tácita, pues si el vendedor (demandante) requiere extrajudicialmente la restitución del bien, qué duda cabe —se diría—, que su voluntad es resolver el contrato o, lo que es lo mismo, hacerse valer de la cláusula resolutoria. No obstante, no debe apresurarse tal conclusión.

Comentario relevante del autor

El requerimiento de conciliación sobre restitución del inmueble tiene una función diversa y es posterior a la resolución. En efecto, este surge por la necesidad de remediar una patología del efecto natural de la resolución: la restitución de las prestaciones, entre ellas el bien.

Creemos que tal forma de pensar no toma en cuenta que la libertad de forma de la declaración debe siempre estar enmarcada dentro del texto normativo del *ex* artículo 1430 del CC, el mismo que en su segundo párrafo prescribe que: “[l]a resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”. Es decir, sea la comunicación expresa o tácita debe estar siempre referida al deseo del acreedor de “hacerse valer de la cláusula resolutoria”. No es difícil entonces inferir que la comunicación, sea expresa o tácita, en los términos señalados, tiene la función de resolver el contrato.

El requerimiento de conciliación sobre restitución del inmueble tiene una función diversa y es posterior a la resolución. En efecto, este surge por la necesidad de remediar una patología del efecto natural de la resolución: la restitución de las prestaciones, entre ellas el bien. Lo que debería pasar es que, luego de resuelto el contrato de compraventa, el vendedor restituya el pago del precio que recibió y, por su parte, el comprador debe hacer lo propio con el inmueble. Empero, si el comprador se niega a la restitución y permanece bajo la posesión del bien,

el vendedor —como a jurisdicción— se ve en el deber de acudir al comprador a un juez judicial para tal efecto (artículo 1430 del CC). La función de la conciliación es de remedio al momento de la resolución, cual es la ejecución de las prestaciones ejecutadas; surgen de la restitución voluntaria de la comunicación al inmueble para hacerse valer de la cláusula resolutoria medida que esta ha sido comunicada.

No debe perderse de vista que la conciliación sobre la restitución del inmueble no tiene una fuente, una base, el vendedor que debe tener un fundamento para la conciliación. Dicho fundamento debe ser la resolución, y esta precariza la medida que se haya adoptado y se habrá resuelto la medida en que se haya adoptado la conciliación respectiva. Es importante en el escrito de su solicitud señalar que la conciliación sobre la restitución del inmueble por causa de la resolución es una consecuencia del contrato de compra y venta invitado (comprador).

Entonces, la comunicación para hacerse valer de la cláusula resolutoria expresa o tácita, de la resolución por actos o conductas que sea indubitable— anterior al requerimiento de conciliación del bien, en tanto que es la conciliación necesaria del bien.

Por lo demás, la comunicación de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria expresa debe ser en el plano sustantivo y tal exigencia viene dada por la cláusula resolutoria (ex art. 1430 del CC).

el vendedor —como acto previo a acudir a la jurisdicción— se ve en la necesidad de requerir al comprador a una conciliación extrajudicial para tal efecto (restitución del inmueble). La función de la conciliación es fungir de remedio al momento patológico del efecto resolutorio, cual es la restitución de prestaciones ejecutadas; surge en defecto de la restitución voluntaria de las partes; no es su función comunicar al incumpliente de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria, en la medida que esta ha sido ya realizada *ex ante*.

No debe perderse de vista que la conciliación sobre la restitución del inmueble debe tener una fuente, una causal. En otras palabras, el vendedor que acude al conciliador debe tener un fundamento para solicitar la conciliación. Dicho fundamento, indefectiblemente, debe ser la precariedad del comprador, y esta precariedad solo existirá en la medida que se haya resuelto el contrato, y se habrá resuelto el contrato solo en la medida en que se haya cursado la comunicación respectiva. Es ineludible entonces que en el escrito de su solicitud, este debe señalar que la conciliación es por la restitución del inmueble por causal de ocupación precaria como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa celebrado con el invitado (comprador).

Entonces, la comunicación del vendedor de hacerse valer de la cláusula resolutoria —sea expresa o tácita, de forma oral o escrita, o por actos o conductas concluyentes, siempre que sea indubitable— debe ser siempre anterior al requerimiento de conciliación restitución del bien, en tanto la primera es la justificación necesaria del segundo.

Por lo demás, la comunicación del vendedor de querer hacerse valer de la cláusula resolutoria expresa debe ser analizada siempre en el plano sustantivo y no procesal, por cuanto tal exigencia viene dada por la norma sustantiva (*ex art. 1430 del CC*). Lejos de ello,

el requerimiento de la invitación a conciliar, como parte de la conciliación extrajudicial, se enmarca dentro del ámbito procesal, toda vez que tiene como función la solución de la controversia (restitución de inmueble) en la vía extrajudicial, de ser el caso, y/o como requisito de procedibilidad de la demanda judicial, tal como lo regula el artículo 6 de la Ley de Conciliación, Ley N° 26872.

VIII. ¿EL MAESTRITO OCUPANTE PRECARIO? ANÁLISIS DE LA EJECUTORIA SUPREMA

Con las premisas conceptuales expuestas, aunque brevemente, tenemos la certeza de que el lector, al igual que nosotros, está listo para analizar propiamente la ejecutoria a la que de forma efímera hicimos referencia en la parte introductoria. Veamos el caso.

Con fecha 12 de setiembre de 2013, Renzo Escobar Tillit (Renzo, en adelante) y Nolberto Albino Solano Todco (Solano, en adelante) celebraron un contrato de compraventa en calidad de vendedor y comprador, respectivamente, respecto de un inmueble ubicado en la urbanización El Sol, en La Molina. El precio fue pactado en la suma de US\$ 490 000,00, que se cancelaría del siguiente modo: i) US\$ 250 000,00 por medio de la compensación de la deuda que mantenía Renzo con Solano, de acuerdo al mutuo que celebraran el 14 de noviembre de 2012; y ii) la suma restante de US\$ 240 000,00 serían cancelados a la firma de la escritura pública, lo que debía ocurrir como máximo el 1 de octubre de 2013. Llegado esta fecha, Solano no cumplió con pagar dicha suma restante ni con firmar la escritura pública. Ante ello, Renzo le envió una carta notarial con fecha 2 de octubre de 2013 con la indicación de que el contrato quedaba resuelto en virtud de la cláusula resolutoria expresa que habían pactado. Un dato a tener en cuenta es que Solano consignó en el contrato como su domicilio no el inmueble objeto del contrato, sino uno distinto (ubicado en urbanización

La Alameda de La Planicie, en La Molina). En la cláusula octava se estipuló que:

El contrato será resuelto de pleno derecho en caso que por causas imputables al comprador no se suscriba escritura pública de compraventa, el plazo señalado en la cláusula tercera [01/10/13] del presente contrato, en cuyo caso el comprador se obliga a entregar el inmueble materia de compraventa en el mismo estado en que recibió a más tardar al día siguiente de la fecha pactada para la firma del escritura pública, bastando una comunicación por parte del vendedor con su decisión de resolver el contrato.

Asimismo, en la cláusula décimo primero convinieron que:

Toda comunicación o notificación que con motivo del presente contrato deba ser usada cualquiera de las partes, se entenderá válidamente efectuadas y está dirigida a los domicilios consignados en la introducción del presente documento. Cualquier modificación en los domicilios indicados deberá ser notificada a la otra parte, con una anticipación no menor de tres días hábiles. En caso contrario toda comunicación o notificación realizada a los domicilios indicados en la introducción del presente documento, se entenderá válidamente efectuadas para todos los efectos.

En ese contexto, al no haber cumplido Solano con restituir el inmueble, Renzo le requirió una invitación a conciliar con fecha 26 de junio de 2014; no habiendo tenido éxito, demandó desalojo por ocupación precaria.

Teniendo presente esos datos, el Segundo Juzgado Civil de La Molina y Cieneguilla declaró infundada la demanda por considerar que el demandante (Renzo) no cumplió con la formalidad de comunicar al demandado

Comentario relevante del autor

Sin importar si Solano seguía domiciliando o no realmente en ese inmueble, si el documento se hubiera dejado en el mismo, se presumía que tomó conocimiento de la comunicación (ex art. 1374 del CC) y, por tanto, la formalidad que exige el artículo 1430 del CC se habría cumplido; empero, ello no sucedió: la carta no se dejó en el domicilio.

(Solano) de su deseo de hacerse valer de la cláusula resolutive. Ello porque la certificación notarial indica que (dicha comunicación) fue diligenciada a la dirección indicada empero se encontró "(...) presente a una persona quien no se identificó manifestó que el destinatario ya no domicilia en el inmueble **en cuya virtud no se entregó el documento**" [sic], en consecuencia la comunicación no habría sido entregada al destinatario (Solano).

No obstante, la Sala Civil Transitoria Descentralizada de la Corte Superior de Lima Este revocó la decisión considerando que la comunicación de parte de Renzo sí fue realizada y, por tanto, sí se cumplió con la formalidad exigida por el artículo 1430 del CC. Fundamentó su conclusión en que si bien la certificación notarial indica que se encontró presente a una persona, el mismo que manifestó que el destinatario ya no domiciliaba en el inmueble, ello es irrelevante toda vez que fue el domicilio que consignó en el contrato, por lo que al no haberse acreditado que puso en conocimiento del cambio de domicilio en virtud del artículo 40 del CC, se entiende correctamente realizada la comunicación.

La Corte Suprema, N° 1725-2016-Lima correctamente, aun más felices— la tesis primera instancia. El fundamento del recurso por Solano contra como no muy frecuente, la Corte Suprema instancia, declaró in desalojo por ocupación

De lo expuesto hasta la Corte Suprema cluyeron que la comunicación en conocimiento de la certificación notarial esta reza: "[q]ue el carta fue diligenciada presente a una persona manifestó que el domicilio en el inmueble **entregó el documento** es claro: la carta, tamente, la indicación ya no domicilia en vante, pues Solano comunicado a Renzo cilio, de acuerdo a mero del contrato y 40 del CC. Sin embargo inexplicable y muy citar esa última parte entregó el documento la decisión, hecho que rrecta. En esa línea, seguía domiciliando inmueble, si el docu

10 Desde nuestra perspectiva, ni para el Estado de vicios insubsanables mayoría de casos, cia, hecho que, evic Suprema respectiva en sede de instancia

La Corte Suprema, mediante la Casación N° 1725-2016-Lima Este, acogió –creemos correctamente, aunque no en los términos más felices– la tesis de Solano y del juez de primera instancia. En consecuencia, declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Solano contra la sentencia de vista; y como no muy frecuentemente suele ocurrir, la Corte Suprema, actuando en sede de instancia, declaró infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria¹⁰.

De lo expuesto hasta ahora, la primera instancia y la Corte Suprema con toda razón concluyeron que la comunicación no fue puesta en conocimiento de Solano. La clave está en la certificación notarial de diligenciamiento, esta reza: “[q]ue el original de la presente carta fue diligenciada a la dirección indicada presente a una persona quien no se identificó manifestó que el destinatario ya no domicilia en el inmueble **en cuya virtud no se entregó el documento**” [sic]. El tenor resaltado es claro: la carta no fue entregada. Ciertamente, la indicación de que “el destinatario ya no domicilia en el inmueble” es irrelevante, pues Solano nunca acreditó haber comunicado a Renzo su cambio de domicilio, de acuerdo a la cláusula décimo primero del contrato y/o en virtud del artículo 40 del CC. Sin embargo, la Sala Superior, inexplicable y muy convenientemente, omite citar esa última parte (“en cuya virtud no se entregó el documento”), que era la clave de la decisión, hecho que la llevó tomar la incorrecta. En esa línea, sin importar si Solano seguía domiciliando o no realmente en ese inmueble, si el documento se hubiera dejado

en el mismo, se presumía que tomó conocimiento de la comunicación (*ex art. 1374 del CC*) y, por tanto, la formalidad que exige el artículo 1430 del CC se habría cumplido; empero ello no sucedió: la carta no se dejó en el domicilio. Por los argumentos que ya hemos expuesto *supra* debe quedar descartada la posibilidad de que el requerimiento conciliatorio haya generado la resolución.

Entonces, la respuesta a nuestra pregunta planteada en el presente acápite es la negativa. Es decir, el Maestrito estuvo a un “se entregó el documento” (empero la realidad es que “no se entregó el documento”) de convertirse en ocupante precario, pero no, no es precario; aún no.

CONCLUSIONES

- A partir de lo desarrollado en el presente trabajo podemos ver que la posesión precaria tiene tan diversas aristas que, de una forma u otra, parece un tema que siempre ha de estar sometido a continuas discusiones o intercambio de ideas en la doctrina; por ello, a veces son justificables los criterios discordantes de los jueces. El Cuarto Pleno, por lo visto, no ha sido, de lejos, la solución definitiva, empero sí debemos reconocer que ha mitigado el problema en gran medida.
- Desde nuestra perspectiva, la resolución de contrato por incumplimiento, al igual que la responsabilidad civil, debe verificar la concurrencia de ciertos elementos, contenido que hemos denominado como “juicio de resolución”. Dichos elementos

¹⁰ Desde nuestra perspectiva, debería suceder esto con mayor frecuencia, pues no es lo ideal ni para el justiciable ni para el Estado declarar la nulidad de las sentencias de vista, salvo que los colegiados superiores incurran en vicios insubsanables. Sin embargo, la mala práctica que ocurre actualmente es que la Corte Suprema en la gran mayoría de casos, por decir lo menos, viene declarando nulas las sentencias expedidas por la segunda instancia, hecho que, evidentemente, lo único que hace es prolongar infructuosamente los procesos. Por ello, si la Sala Suprema respectiva considera que hay error de hecho o de derecho debe, actuando –de acuerdo a sus facultades– en sede de instancia, revocar. La nulidad siempre debe ser indeseable, un remedio de *ultima ratio*.

son: i) la existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; ii) que el incumplimiento sea injustificado; iii) que el incumplimiento sea grave; y iv) que el acreedor haya cumplido su propia prestación (atribución patrimonial, más propiamente). Estos elementos son aplicables a todas las formas de resolución por incumplimiento, sea judicial o extrajudicial. No obstante, los mismos, siempre y en última instancia, serán revisados en la cognición lata, sea vía resolución de contrato, sea como pretensión de declaración de vigencia del contrato (en caso de que el acreedor lo haya resuelto extrajudicialmente); no así por el juez del desalojo.

- Sin perjuicio de lo señalado, creemos que la resolución extrajudicial requiere de formalidades especiales para que la resolución opere; dichas formalidades nosotros las hemos denominado como "requisitos". Para la resolución por intimación debe verificarse los siguientes: i) exigencia del cumplimiento de la prestación debida; ii) fijación de un plazo; iii) apercibimiento del efecto resolutorio; y iv) transcurso del plazo fijado. Para la resolución por cláusula expresa deben concurrir: i) la claridad y precisión de la cláusula resolutoria; y ii) la comunicación de la voluntad de hacerse valer de la misma.
- De la lectura del precedente número "5.1" del Cuarto Pleno podemos deducir que el juez del desalojo solo está autorizado a verificar los requisitos especiales (formalidades) de la resolución extrajudicial, sea por intimación, sea por cláusula resolutoria expresa. Si dichos requisitos especiales concurren, la demanda es fundada, de lo contrario, será infundada. Por otro lado, el juez del desalojo está prohibido de pronunciarse respecto de los elementos a los que hemos hecho referencia en el párrafo anterior. Si el demandado cuestiona los mismos, y con tal fin acompaña

medios probatorios que generen cuanto menos una duda razonable de su incurrencia, el juez declarará infundada la demanda de desalojo por existir complejidad para verificar si realmente existe o no resolución. El solo cuestionamiento sin sustento probatorio no da lugar a la infundabilidad, pues el juez solo tiene que verificar las formalidades; la justificación de la complejización del caso es que el demandado presente medios probatorios sobre el fondo de la resolución.

- Finalmente, nosotros negamos la posibilidad de que el requerimiento de conciliación extrajudicial de restitución de inmueble haga de las veces de comunicación de la voluntad del vendedor del inmueble de hacerse valer de la cláusula resolutoria. La conciliación extrajudicial es una etapa remedial posterior a la resolución; tiene como función fungir de remedio ante una patología: la negativa de restitución de las prestaciones, como efecto —precisamente— de la resolución. A la etapa conciliatoria se acude, precisamente, luego de resuelto el contrato.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, G. (2006). *Corso di diritto contrattuale*. Padova: Cedam.
- Castro, N. (diciembre de 2009). La resolución judicial por incumplimiento del contrato. *Diálogo con la Jurisprudencia* (87).
- De la Puente, M. (2007). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Segunda ed., Tomo II). Lima: Palestra.
- Devis, H. (1984). *Teoría general del proceso* (Tomo I). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Forno, H. (1987). Resolución por incumplimiento. En *Temas de Derecho Contractual*. Lima: Cultural Cuzco.
- Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas* (7).

- Forno, H. (1998). *Themis - Revista*.
- Gonzales, G. (2003). *tica a la interpretación con la Jurisprudencia*.
- Gonzales, G. (2000). *rio (réplica a la jurisprudencia)* (7).
- Messineo, F. (1979). *y Comercial* (Tomo I). Buenos Aires: EJE.
- Messineo, F. (1986). *trato* (Tomo II). *tis, & M. Volterra*. EJE.
- Navarrete, J. (2013). *resolutoria expresamente en las secuencias jurídicas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Palacios, E., & Pacheco. *de pleno derecho* (Segunda edición). Jurídica.

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, entendiendo 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).

La definición
o más partes, su
contratos bilater
lo último, esto e
terales como, po

Finalmente,
sentido formal.
en los siguientes

Parte del c
ción cont
de los efec

Parte del
sea quien

Estos dos
acto y con
de la rela
Esto se pr
sentante
propia a l
tado en c
asignan lo
de presen
ridad de
lo cual de
pp. 75-76

En suma, c

3. La creación

El contrat
sidades que ll
cará mediant
la extinción de
que está llama
la autonomía

En algun
por ejemplo, c

La definición legislativa del contrato hace alusión a la concurrencia de dos o más partes, sucederá lo primero, esto es, la presencia de dos partes, en los contratos bilaterales como, por ejemplo, el contrato de compraventa; sucederá lo último, esto es, la presencia de más de dos partes, en los contratos plurilaterales como, por ejemplo, el contrato de sociedad.

Finalmente, cabe distinguir entre parte en sentido sustancial y parte en sentido formal. En forma inmejorable, Massimo Bianca, explica la distinción en los siguientes términos:

Parte del contrato o contratante en sentido sustancial es el **titular de la relación contractual**, o sea el sujeto al que es directamente imputado el conjunto de los efectos jurídicos del contrato.

Parte del contrato o contratante en sentido formal es el autor del contrato, o sea quien emite las declaraciones contractuales constitutivas.

Estos dos significados de parte se refieren a dos aspectos del contrato como acto y como relación. En principio, quien es parte en el acto es también parte de la relación. Sin embargo, es posible que las dos posiciones no coincidan. Esto se presenta en las hipótesis de representación directa, en las que el representante es parte formal en cuanto concurre con la declaración de voluntad propia a la formación del contrato, al paso que parte sustancial es el representado en cuanto la relación contractual se establece en cabeza de él, y a él se le asignan los derechos y los deberes surgidos del contrato. La distinción se pone de presente también en las hipótesis en que un tercero subentra en la titularidad de la relación contractual (piénsese en el cesionario del contrato), con lo cual deviene parte de la relación pero no parte del acto constitutivo (2007: pp. 75-76).

En suma, el contrato es, entonces, un **acto plurilateral**.

3. La creación, transferencia, regulación, modificación o extinción

El contrato es un instrumento que viabilizará la satisfacción de las necesidades que llevaron a las partes a celebrarlo, y dicha satisfacción se verificará mediante la creación, la transferencia, la regulación, la modificación o la extinción de determinados efectos jurídicos patrimoniales. Tal es la función que está llamado a realizar el contrato en tanto instrumento de actuación de la autonomía privada.

En algunos casos, el contrato crea efectos jurídicos patrimoniales como, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa 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).

En otros casos, el contrato regula, esto es, precisa los alcances de alguna relación jurídica preexistente sin que esto importe un cambio o alteración de la misma, como sucede, por ejemplo, cuando se interpreta un contrato previo o se establecen "reglas de detalle (procedimientos de ejecución, modalidades del ejercicio de los derechos, plazos para el cumplimiento, etc.), que sin constituir una modificación no estaban precisados en la relación jurídica original" (De la Puente 1998 a: p. 88).

Asimismo, el contrato puede modificar, esto es, alterar o cambiar el contenido de una relación jurídica preexistente sin extinguirla como sucede, por ejemplo, cuando se prorroga la vigencia de una relación jurídica original.

Pero el contrato también puede extinguir una relación jurídica preexistente, es decir, dejarla sin efecto, como sucede, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de mutuo disenso o una condonación.

Estas son las genéricas funciones que aparecen en el artículo 1351 del Código Civil, sin embargo, no podemos dejar de precisar que se omitió una: la de transferir. En efecto, un contrato también puede transferir, esto es, trasladar de una esfera jurídica a otra, situaciones jurídicas subjetivas "preexistentes" (de allí que estos supuestos no puedan ser confundidos con los de creación, en donde las situaciones jurídicas subjetivas aún no existen al tiempo de la celebración del contrato), como sucede, por ejemplo, cuando se celebra un contrato por medio del cual se transfiere un preexistente derecho de usufructo del actual usufructuario a un causahabiente que se convierte en el nuevo usufructuario, o cuando se celebra un contrato de cesión de crédito, un contrato de cesión de posición contractual, un contrato de cesión de opción, un contrato traslativo de dominio, etc.

Cabe precisar que estas funciones de creación, transferencia, regulación, modificación y extinción, no son excluyentes sino que pueden concurrir como, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de cesión de derechos o cesión de posición contractual, en donde se verifica la transferencia de una específica situación jurídica subjetiva (primer caso) o de un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas (segundo caso), pero a la vez se está modificando una relación contractual preexistente (a nivel de las partes); o cuando se especifica la forma en que debe ejercitarse un derecho derivado del contrato y al mismo tiempo se prorroga la vigencia de este último, en cuyo caso se estará regulando y modificando una relación contractual previa.

El contrato es lista o, dicho de otras partes no llegan al finalidad, que es indamente quieren c

En suma, el co

4. El efecto jurídico

El artículo 13 regula, modifica c nosotros considera jurídico" patrimon sino también el de

Es pertinente entender a la posición ordenamiento jurídico, la expectativa de relación entre dos situaciones de tal manera del interés de otra, la relación de las autosuficientes ellas no necesitarán sujeto para alcanzar una autosuficiente integrará (o no es tal es lo que sucede la situación jurídica pp. 73-76, Forno Breccia Busnelli y pueden ser creados que se requiera la creación o constitución contrato de usufructo transferencia inm un contrato de co

(2) Hemos tenido oportunidad de observar una relación jurídica, en

El contrato es un acto “no descriptivo o valorativo, sino más bien finalista o, dicho de otro modo, voluntarista. Lo indica la predisposición ‘para’: las partes no llegan al acuerdo sobre un juicio (de hecho o de valor), sino con una finalidad, que es incidir sobre una relación jurídica patrimonial; ellas concordenmente quieren constituirla, regularla o extinguirla” (Roppo 2009: p. 30).

En suma, el contrato es, entonces, un **acto finalista**.

4. El efecto jurídico patrimonial

El artículo 1351 del Código Civil señala que aquello que el contrato crea, regula, modifica o extingue es una “relación jurídica” patrimonial, empero, nosotros consideramos que resultaría más exacto hacer referencia a un “efecto jurídico” patrimonial, concepto que no solo abarca el de “relación jurídica”, sino también el de “situación jurídica subjetiva”.

Es pertinente precisar que por situación jurídica subjetiva⁽²⁾ debemos entender a la posición en la que se encuentra un sujeto frente a las normas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el derecho subjetivo, el estado de sujeción, la expectativa, etc.), mientras que la relación jurídica consiste en la conexión entre dos situaciones jurídicas subjetivas que se encuentren coordinadas de tal manera que permitan la realización del interés de un sujeto a costa del interés de otro (por ejemplo: la relación obligatoria, la relación de sujeción, la relación de garantía, etc.), empero, existen también situaciones jurídicas autosuficientes, en virtud de las cuales quien resulte titular de alguna de ellas no necesitará de la cooperación (actuada o no actuada) de ningún otro sujeto para alcanzar la satisfacción de su interés, es decir, una situación jurídica autosuficiente no estará conectada a otra situación jurídica, por lo que no integrará (o no estará presente dentro de) alguna específica relación jurídica, tal es lo que sucede, por ejemplo, con los denominados derechos reales (sobre la situación jurídica subjetiva y la relación jurídica, véase: Espinoza 2003: pp. 73-76, Forno 2000: pp. 18-21, Castro s/f: pp. 212-223, Bigliazzi Geri Breccia Busnelli y Natoli 1995 a: pp. 329-452), los cuales, en algunos casos, pueden ser creados o, en otros, transferidos directamente por el contrato sin que se requiera la cooperación de otro sujeto. Sucede lo primero, esto es, la creación o constitución de un derecho real, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de usufructo (artículo 1000 del CC), y sucede lo segundo, esto es, la transferencia inmediata de un derecho real, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa inmobiliaria (artículo 949 del CC); ciertamente

(2) Hemos tenido oportunidad de realizar un breve estudio de las situaciones jurídicas subjetivas y de la relación jurídica, en: Ronquillo (2009: pp. 57-62; 2015: pp. 11-26).

El contrato es un acto “no descriptivo o valorativo, sino más bien finalista o, dicho de otro modo, voluntarista. Lo indica la predisposición ‘para’: las partes no llegan al acuerdo sobre un juicio (de hecho o de valor), sino con una finalidad, que es incidir sobre una relación jurídica patrimonial; ellas concor- demente quieren constituirla, regularla o extinguirla” (Roppo 2009: p. 30).

En suma, el contrato es, entonces, un **acto finalista**.

4. El efecto jurídico patrimonial

El artículo 1351 del Código Civil señala que aquello que el contrato crea, regula, modifica o extingue es una “relación jurídica” patrimonial, empero, nosotros consideramos que resultaría más exacto hacer referencia a un “efecto jurídico” patrimonial, concepto que no solo abarca el de “relación jurídica”, sino también el de “situación jurídica subjetiva”.

Es pertinente precisar que por situación jurídica subjetiva⁽²⁾ debemos entender a la posición en la que se encuentra un sujeto frente a las normas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el derecho subjetivo, el estado de sujeción, la expectativa, etc.), mientras que la relación jurídica consiste en la conexión entre dos situaciones jurídicas subjetivas que se encuentren coordinadas de tal manera que permitan la realización del interés de un sujeto a costa del interés de otro (por ejemplo: la relación obligatoria, la relación de sujeción, la relación de garantía, etc.), empero, existen también situaciones jurídicas autosuficientes, en virtud de las cuales quien resulte titular de alguna de ellas no necesitará de la cooperación (actuada o no actuada) de ningún otro sujeto para alcanzar la satisfacción de su interés, es decir, una situación jurídica autosuficiente no estará conectada a otra situación jurídica, por lo que no integrará (o no estará presente dentro de) alguna específica relación jurídica, tal es lo que sucede, por ejemplo, con los denominados derechos reales (sobre la situación jurídica subjetiva y la relación jurídica, véase: Espinoza 2003: pp. 73-76, Forno 2000: pp. 18-21, Castro s/f: pp. 212-223, Bigliazzi Geri Breccia Busnelli y Natoli 1995 a: pp. 329-452), los cuales, en algunos casos, pueden ser creados o, en otros, transferidos directamente por el contrato sin que se requiera la cooperación de otro sujeto. Sucede lo primero, esto es, la creación o constitución de un derecho real, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de usufructo (artículo 1000 del CC), y sucede lo segundo, esto es, la transferencia inmediata de un derecho real, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa inmobiliaria (artículo 949 del CC); ciertamente

(2) Hemos tenido oportunidad de realizar un breve estudio de las situaciones jurídicas subjetivas y de la relación jurídica, en: Ronquillo (2009: pp. 57-62; 2015: pp. 11-26).

Es por ello que nos parece más preciso señalar que el contrato genera “efectos jurídicos patrimoniales”, pues esta noción abarca tanto el concepto de relación jurídica patrimonial como el de situación jurídica patrimonial.

Así, el contrato de opción genera como efecto principal una relación jurídica patrimonial distinta a la relación obligatoria, a la que se denomina relación de sujeción que vincula dos situaciones jurídicas subjetivas a saber: un derecho potestativo y un estado de sujeción; en virtud de esta relación jurídica, el concedente, está sujeto a la decisión del optante, quien tiene a su favor un derecho potestativo que le permite, mediante un comportamiento unilateral (aceptación), dar por celebrado el contrato definitivo, sin la necesidad de que el concedente, gravado con un estado de sujeción, realice colaboración alguna y sin que este pueda oponerse a la alteración de su esfera jurídica.

Otro efecto que puede producirse, por ejemplo, es el de la nulidad del artículo 949 del Código Civil, que establece que el contrato de compraventa de un inmueble no produce efecto si no se inscribe en el registro. Si el comprador no inscribe el contrato, el vendedor puede alegar que el contrato no produce efecto, lo que puede ser perjudicial para el comprador. Sin embargo, el artículo 949 del Código Civil establece que el contrato de compraventa de un inmueble produce efecto desde el momento en que se celebra, aunque no se inscribe en el registro. Por lo tanto, el comprador puede alegar que el contrato produce efecto desde el momento en que se celebra, aunque no se inscribe en el registro. Sin embargo, el artículo 949 del Código Civil establece que el contrato de compraventa de un inmueble produce efecto desde el momento en que se celebra, aunque no se inscribe en el registro. Por lo tanto, el comprador puede alegar que el contrato produce efecto desde el momento en que se celebra, aunque no se inscribe en el registro.

Del mismo modo, en la **promesa de la obligación o del hecho de un tercero** se aprecia que el promitente no asume ni una obligación de medios, ni una obligación de resultado, sino una relación de garantía que —como magistralmente nos explica Forno (2004 c: pp. 538-539)— “comprende en primer lugar la asunción de un riesgo el cual se desplaza del promisorio al promitente, y consiste en la probabilidad de la ocurrencia de un daño, en el caso en que no tenga lugar el evento esperado, o sea, la asunción de la obligación o la ejecución del hecho por parte del tercero. La asunción de este riesgo es un efecto automático y directo del contrato de promesa (...). En segundo lugar, también comprende una obligación en sentido técnico, que es la obligación de indemnizar al promisorio (...)”. Nótese que el efecto principal es la asunción del riesgo por parte del promitente, la obligación de indemnizar constituye solo un efecto secundario que se producirá únicamente en caso de que no se verifique el evento esperado.

Otro efecto que produce el contrato es el **efecto real** que puede apreciarse, por ejemplo, en la transferencia de bienes inmuebles, pues, el artículo 949 del Código Civil, que regula el tema, señala que: “**la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él**” (el resaltado es nuestro), de donde se tiene que —aun en desmedro de la literalidad de la norma— técnicamente no nos encontramos ante una obligación, ya que esta carece de prestación, siendo lo correcto que para transferir la propiedad de un bien inmueble no es necesario ejecutar una obligación que se traduzca en una conducta o en un acto externo y adicional a la misma celebración del contrato (como la entrega del bien o la inscripción de la adquisición en el registro), pues aquel efecto (la transferencia de la propiedad) se produce con la sola celebración del contrato, con el solo intercambio de consentimientos (en sede nacional, han dejado claro el tema: Forno 1993: p. 77 y ss.; Fernández 1994: p. 149 y ss.; Escobar 2002 a: p. 46 y ss). Con esto no queremos decir que el contrato traslativo de dominio únicamente genera un efecto real, pues, por lo general, tal contrato genera al mismo tiempo efectos obligacionales como la obligación que tiene el vendedor de entregar el bien, la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad, la obligación de otorgar la escritura pública del contrato traslativo de dominio y, en general, la obligación de procurar al adquirente la efectividad de su adquisición, asimismo, en la esfera del comprador surge una obligación que consiste en pagar el precio (en tal sentido: Gazzoni 1998: pp. 883 y 884; Ferri 2004: pp. 253 y 257; Scognamiglio 1996: p. 198; Carnevali 2001: pp. 683 y 793). El comprador deviene en propietario con el mero consentimiento legítimamente manifestado, no siendo necesaria la entrega del bien para que se produzca la transferencia de la propiedad inmueble, entrega que únicamente será

necesaria para hacer que el adquirente (ya propietario) tome posesión del bien adquirido, es más, frente a la negativa de entrega del bien, el adquirente al ser ya propietario del bien, puede ejercer su facultad reivindicatoria a fin de hacerse de la posesión del mismo. Lo señalado no implica que todo contrato traslativo de dominio de un bien inmueble genere efectos reales inmediatos, pues, como establece el mismo artículo 949 del Código Civil, el efecto real no se producirá: (a) cuando las partes pacten que la transferencia de la propiedad no se producirá con la sola celebración del contrato; y (b) cuando exista disposición legal que postergue la eficacia real inmediata del contrato traslativo de dominio (por ejemplo, el contrato de compraventa de bien inmueble futuro o el contrato de compraventa inmobiliaria con pacto de reserva de propiedad, etc., en donde se producirán efectos obligatorios inmediatos y efectos reales diferidos).

Por otra parte –tal y como lo ha advertido una atenta doctrina (Castro s/f: pp. 226-227)– no debe concluirse que en nuestro ordenamiento jurídico solo existe un único supuesto de contrato con efecto real, que es el que acabamos de ver, es decir, el contrato traslativo de dominio de bienes inmuebles determinados. En efecto, nuestro sistema normativo contempla otros supuestos en los que el solo consenso es suficiente para generar efectos reales distintos a la transferencia de la propiedad inmobiliaria. Así, **por el solo consenso se puede constituir el derecho de usufructo**, tal como lo regula el inciso 2 del artículo 1000 del CC⁽³⁾, según el cual este derecho surgiría con la sola celebración del contrato, sin necesidad de que dicha constitución dependa de la ejecución de una obligación. Lo mismo se puede decir del **derecho de superficie** cuando el artículo 1031 del CC⁽⁴⁾, en su parte pertinente, prescribe que el derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos, siendo uno de tales actos, el contrato; y del **derecho de uso y habitación** que, conforme dispone el artículo 1026 del CC⁽⁵⁾, se rige por las disposiciones del título anterior, es decir, por las normas correspondientes al derecho de usufructo, de donde se tiene que se reconocen como causas de constitución: el negocio jurídico *mortis causa* (testamento), la ley y el negocio jurídico *inter vivos* (contrato o acto unilateral).

(3) Artículo 1000 del Código Civil.- “El usufructo se puede constituir por:

- 1.- Ley cuando expresamente lo determina.
- 2.- Contrato o acto jurídico unilateral.
- 3.- Testamento”.

(4) Artículo 1031 del Código Civil.- “El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa”.

(5) Artículo 1026 del Código Civil.- “El derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del título anterior, en cuanto sean aplicables”.

En suma, el co
podemos decir que

II. LAS REGLAS

1. La regla de au

A lo largo de l
rentes formas, de
dico⁽⁶⁾ ha merecido
que –solo por men
rista, que entiende
s/f: pp. 1-9), la a
tad, libertad que t
vincula o no, y có
cepción preceptiv
mentación de inte
poder de los parti
para la concepción
namiento privado
nen los sujetos de
ción a los ordenar
1947: pp. 8-14);
jurídico como nor
privada es el poder
no es originario d
rior (el ordenamie
y limitaciones (Fe
libertad natural s
y su ejercicio tam
ticulares o distint
un ordenamiento
vés de la autonom
fluyen las normas
conformando un
ción programática
tico que predispor
de los particulares

(6) Para un estudio an
MORALES (2007:

CAPÍTULO III

Cesar A. Millones Ángeles
ABOGADO
CAL N° 27098

LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

I. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

1. Noción

La resolución contractual es un remedio previsto por el ordenamiento jurídico para hacer frente a determinadas patologías que se presentan durante la ejecución del contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas. Es un mecanismo de tutela que opera frente a anomalías sobrevenidas que alteran el equilibrio originalmente previsto entre las atribuciones patrimoniales, caracterizadas estas por estar la una en función de la otra (Bigliazzi Geri Breccia Busnelli y Natoli 1995 b: p. 1071; Alessi Galasso y Mazzamuto 2002: p. 421)⁽⁴²⁾.

La resolución constituye una de las formas en que se manifiesta la ineficacia en sentido estricto y, más específicamente, la ineficacia sobrevenida, la misma que abarca las hipótesis en que el negocio jurídico relevante y válido, se verá privado de sus efectos a causa de un evento externo al negocio jurídico y acaecido con posterioridad a su celebración. De esta manera se diferencia de las hipótesis de invalidez (nulidad y anulabilidad) que afectan al negocio jurídico por una anomalía que está presente en su estructura misma. Se puede decir que la resolución no afecta al contrato, sino directamente y solo sus efectos, esto es, hace al contrato ineficaz, sin tocar la validez o, en otras palabras, la invalidez atañe al contrato como acto, mientras que la resolución atañe al contrato como relación (Roppo 2009: p. 859; Gazzoni 1998: p. 949; Tamponi 1999: p. 1479).

(42) Hemos tenido oportunidad de desarrollar importantes aspectos de la resolución por incumplimiento, poniendo especial énfasis en los problemas que este mecanismo de tutela presenta cuando es aplicado a nivel judicial: Ronquillo (2013: pp. 357-401).

2. Disciplina jurídica

La disfunción o desequilibrio sobrevenido del nexo de reciprocidad entre las atribuciones patrimoniales puede generarse por tres hipótesis a saber: por incumplimiento de una parte, por imposibilidad sobrevenida y por excesiva onerosidad de una de las prestaciones. Un elemento común en las tres hipótesis mencionadas viene a ser la alteración de la causa del contrato, debido a que el intercambio programado por las partes durante la autorregulación de sus intereses, no podrá actuarse o, al menos, no podrá tener lugar en las condiciones previstas (Tamponi 1999: pp. 1478-1479).

II. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. NOCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

Una de las formas de la resolución contractual es la resolución por incumplimiento que viene a ser un remedio previsto por el ordenamiento jurídico para hacer frente a una específica patología que se presenta durante la ejecución de un contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas, cual es el incumplimiento de una de tales atribuciones patrimoniales

La resolución opera como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo que tiene a su favor el sujeto acreedor y que podrá ser utilizado por este una vez que se produce el incumplimiento por parte del deudor. En esta orientación se ha dicho que "no es del todo exacto decir que el incumplimiento es causa de resolución del contrato: Es más preciso decir que el incumplimiento de una parte atribuye a la otra el derecho potestativo de resolver el contrato" (Iudica y Zatti 2003: p. 349), y que "la posición del sujeto, a quien es reservado el poder de resolver el contrato, o de promover la resolución, es definida como un derecho potestativo" (Sacco y De Nova 1993: p. 586). Así, el acreedor insatisfecho cuenta con un poder discrecional de disolver la relación contractual, que le permite evaluar si le conviene el cumplimiento coactivo o la disolución (Scalfi 1991: pp. 3-4).

La resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela del interés del acreedor que, como tal, podrá ser utilizado tan pronto como el contrato deje de asegurar la satisfacción de dicho interés a consecuencia del incumplimiento del deudor, sin importar si el incumplimiento le es o no imputable a este último. En tal sentido se ha dicho que: "Ella [la resolución] se verifica cuando el programa contractual no es capaz de desarrollar la propia función que es aquella de asegurar la satisfacción de los intereses de los contratantes" (Gazzoni 1998: p. 949); y que: "La resolución es remedio dado en interés particular de un contratante: aquel que sufre el incumplimiento de la contraparte, o la imposibilidad de la prestación esperada, o el excesivo agravamiento

de la prestación
prada, o los defect
de su interés parti
los propios compr

III. FUNDAMENTO

Sacco y De N
ciples críticas de
mento de la resol

1. Teoría de la

Esta teoría,
en todo contrato
la cual se produc
el evento futuro

Esta teoría f
del Civil law con
se entiende impl
de las dos partes

Pese a ser la
cés, hasta la fec
ejemplos de ello

Cuarto.- C
Civil estab
miento de
cumplimie
condición
demandar
pudiendo
que la act
nuestro).

Y la Casac
siderando ante

(43) Casación N° 9
p. 41551.

(44) Casación N° 1
p. 17842.

de la prestación debida, o los vicios materiales o jurídicos de la cosa comprada, o los defectos o deformidad de la obra contratada, etc. Y, en efecto, es de su interés particular ser liberado del vínculo contractual y en particular de los propios compromisos de prestación" (Roppo 2009: p. 865).

III. FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Sacco y De Nova (1993: pp. 583-588) exponen los postulados y las principales críticas de las teorías más importantes que intentan explicar el fundamento de la resolución por incumplimiento:

1. Teoría de la condición resolutoria implícita

Esta teoría, que tiene entre sus adeptos a Giorgio Giorgi, entiende que en todo contrato existe implícitamente una condición resolutoria en mérito de la cual se producirá la resolución del mismo, siendo dicha condición, es decir, el evento futuro e incierto: el incumplimiento de una de las partes.

Esta teoría fue recogida por uno de los Códigos Civiles más influyentes del Civil law como es el francés, en su artículo 1184: "La condición resolutoria se entiende implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación (...)" (Núñez 2005: p. 547).

Pese a ser la teoría más antigua y ya superada incluso en el sistema francés, hasta la fecha sigue siendo invocada por nuestra jurisprudencia, claros ejemplos de ello son la Casación N° 991-2012-Ucayali:

Cuarto.- Que, previamente se debe destacar que el artículo 1428 del Código Civil establece que en los contratos con prestaciones recíprocas, el incumplimiento de la obligación de una de las partes, autoriza a la otra a exigir su cumplimiento o poner fin al contrato, mediante la acción resolutoria. La condición resolutoria implícita da derecho al contratante que cumplió a demandar judicialmente la resolución del contrato o bien su cumplimiento, pudiendo pedir en uno u otro caso, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la actitud del otro contratante le haya ocasionado (...)⁽⁴³⁾ (el resaltado es nuestro).

Y la Casación N° 1131-2006-Lima⁽⁴⁴⁾ en donde aparece el mismo considerando antes glosado. Como puede verse, en ambos pronunciamientos se

(43) Casación N° 991-2012-Ucayali, publicada en diario oficial *El Peruano*, de fecha 1 de julio de 2013, p. 41551.

(44) Casación N° 1131-2006-Lima, publicada en diario oficial *El Peruano*, de fecha 30 de junio de 2006, p. 17842.

señala que es la condición resolutoria implícita presente en todo contrato, la que da derecho al contratante que cumplió a demandar la resolución o el cumplimiento del contrato.

Respecto a esta teoría —que sin mayor reflexión acoge nuestra Corte Suprema— debemos recordar —con Sacco y De Nova (1993: p. 586) y, en sede nacional, con Torres (2012 b: pp. 1162-1163)— que la misma ha sido duramente criticada por varias razones: **En primer lugar**, es superfluo investigar una voluntad de las partes cuando la ley es explícita al permitir al acreedor defraudado resolver un contrato ante la verificación de determinados presupuestos. **En segundo lugar**, cuando opera una condición resolutoria no hay espacio para el surgimiento de deberes de reparación de daños, contrariamente a lo que sucede cuando opera la resolución del contrato por incumplimiento imputable al deudor. **En tercer lugar**, la condición resolutoria se caracteriza por su automaticidad, esto es, por operar *ipso iure* ante la sola realización del evento futuro e incierto, quedando sin efecto el contrato de manera automática, sin necesidad de declaración del interesado (a diferencia de lo que sucede en la resolución por intimación y por cláusula resolutoria expresa) o de sentencia del juez (a diferencia de lo que sucede en la resolución judicial).

2. Teoría de la causa

Esta teoría fue inicialmente planteada por Demolombe y luego seguida, entre otros, por Luigi Mosco, Francesco Santoro Passarelli, Francesco Gazzoni, Michele Tamponi, etc. De acuerdo con ella, quien celebra un contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas lo hace en razón del intercambio, de manera que si la contraprestación está ausente o es insuficiente, el cambio falta, y entonces la atribución patrimonial asumida por una de las partes deja de contar con la base que debía justificarla (Sacco y De Nova 1993: p. 586).

Sacco y De Nova (1993: p. 586) nos recuerdan que esta teoría intentó ser censurada fundamentalmente por tres razones, ninguna de las cuales compartimos como veremos más adelante: **En primer lugar**, porque la existencia de la causa se examina al momento de la celebración del contrato y no al momento de su ejecución. **En segundo lugar**, porque una patología a nivel de la causa del contrato genera su nulidad mas no su resolubilidad. **En tercer lugar**, al ser la causa un elemento de la estructura del contrato, no puede existir cuando este es celebrado y desaparecer en un momento posterior.

3. Teoría del enriquecimiento injustificado

Para esta teoría, según Gino Gorla (citado por Sacco y De Nova 1993: p. 586), el fundamento de la resolución consiste en la prevención de un

enriquecimiento
un contratante s
sufriría un empo

Sacco y De
una vez resuel
quecimiento no

4. Teoría de la

Esta teoría
quien la resoluc
ria impuesta po
ción que se tra
prestación y, po
2012 b: pp. 116
la resolución co
miento. Ahora,
como presupues
miento, es decir,

En contra c
cuando la resolu
sancionado sino
de su obligació
la parte de la p
por daños solar
incumplimiento
cero, el acreede
por el incumpl
(es decir, inimp

En nuestra
resolución por
comenzar por p
trato y debe se
dad concreta q
ejemplo: Ferri
Carusi 1999: p

(45) Para una ampli
resolución contr

enriquecimiento injustificado. Así, la resolución estaría dirigida a evitar que un contratante se enriquezca injustificadamente en perjuicio del otro, quien sufriría un empobrecimiento en su patrimonio (Torres 2012 b: p. 1164).

Sacco y De Nova nos recuerdan que esta teoría es criticada por cuanto una vez resuelto el contrato, las restituciones son debidas incluso si el enriquecimiento no existe (1993: p. 586).

4. Teoría de la sanción

Cesar A. Millones Ángeles
ABOGADO
CAL N° 27098

Esta teoría es sostenida, principalmente, por Giuseppe Auletta para quien la resolución por incumplimiento constituye una medida sancionatoria impuesta por el ordenamiento jurídico al contratante incumplidor, sanción que se traduciría, por un lado, en la pérdida del derecho a la contraprestación y, por otro lado, en tener que resarcir los daños ocasionados (Torres 2012 b: pp. 1164-1165; Forno 1987: pp. 79-81). Para esta teoría, entonces, la resolución contractual constituye una sanción que se deriva del incumplimiento. Ahora, al concebir a la resolución como sanción, esta teoría requiere como presupuesto para que opere la resolución: la imputabilidad del incumplimiento, es decir, el incumplimiento culposo.

En contra de esta tesis se han sostenido distintos argumentos: **Primero**, cuando la resolución se produce, el contratante incumplidor no es solamente sancionado sino que llega a obtener ventajas consistentes en verse liberado de su obligación (Torres 2012 b: p. 1165) y en la restitución a su favor de la parte de la prestación que hubiera efectuado. **Segundo**, el resarcimiento por daños solamente procede cuando estos se hayan producido y cuando el incumplimiento le sea imputable al deudor (Torres 2012 b: p. 1165). **Tercero**, el acreedor tendrá interés en desligarse del vínculo contractual tanto por el incumplimiento culposo (es decir, imputable) como por el no culposo (es decir, inimputable)⁽⁴⁵⁾.

En **nuestra opinión** la teoría que mejor explica el fundamento de la resolución por incumplimiento es la teoría de la causa. En efecto, debemos comenzar por precisar que la causa es un elemento de la estructura del contrato y debe ser entendida como la función económico-individual o la finalidad concreta que el singular contrato está llamado a desarrollar (véase, por ejemplo: Ferri 2001: p. 227; Bianca 1998: p. 425; Gazzoni 1998: p. 762; Carusi 1999: p. 535; Redenti 1950: p. 904; Díez-Picazo 1996 a: p. 234;

(45) Para una amplia exposición crítica de estas y otras teorías que intentan explicar el fundamento de la resolución contractual, permítasenos remitirnos a: Torres (2012 b: pp. 1161-1167).

Morales 2006: p. 267; Castro 2005: p. 74). La causa, entonces, va estar representada por el interés común o el interés conjunto de los contratantes que aparecerá expresado u objetivado en el texto o en el contexto del contrato, y a cuya satisfacción estará dirigida la operación contractual. Este elemento contractual debe cumplir con tres requisitos a saber: la licitud, la realizabilidad al momento de la celebración del contrato (realizabilidad genética) y la realizabilidad durante la ejecución del contrato (realizabilidad funcional), siendo que la ausencia u omisión de alguno de estos requisitos ocasionará la nulidad (por ilicitud de la causa), la inexistencia (por ausencia de la causa) o la ineficacia (por desaparición o frustración de la causa) del acto de autonomía privada (Morales 2009: pp. 97-98).

En consecuencia, la causa no solo tiene relevancia en la fase de formación del contrato (relevancia estática), sino también en la fase de ejecución del contrato (relevancia dinámica) (así: Roppo 2009: p. 368; Morales 2006: p. 279; Castro 2005: p. 75); de allí que resulte incorrecto señalar que una patología en la causa necesariamente desencadena en la nulidad del contrato, pues bien podría determinar su inexistencia o ineficacia, dependiendo del requisito que esté ausente. Con acierto, Rómulo Morales, ha afirmado que "la causa no solamente es relevante en el plano genético o de la formación del contrato. También lo es en el plano funcional cuando el contrato produce las consecuencias jurídicas pero acaecen hechos jurídicos que perturban la funcionalidad del contrato" (2006: p. 294).

Ahora bien, la causa es la razón que justifica al contrato y la razón justificativa de los desplazamientos de riqueza creadas por el contrato oneroso (o con atribuciones patrimoniales correspectivas) es la reciprocidad de las ventajas y de los sacrificios jurídicos que el contrato produce para las partes, en otras palabras, el intercambio entre las atribuciones patrimoniales es lo que justifica el contrato, es la causa del contrato (Roppo 2009: p. 348). La resolución por incumplimiento es un mecanismo de tutela que busca restaurar el equilibrio entre las atribuciones patrimoniales que se ha visto afectado a consecuencia de un evento sobreviniente como es el incumplimiento (grave). Siendo así, el fundamento de la resolución por incumplimiento se encuentra en la relación de reciprocidad y equilibrio entre las atribuciones patrimoniales que debe conservarse durante la ejecución del contrato, de manera que no estará obligado a cumplir o, de ser el caso, tendrá derecho a que se le restituya la atribución ya ejecutada, quien, como consecuencia del turbamiento de dicho equilibrio, no pueda recabar de la parte contraria la satisfacción del interés que lo llevó a celebrar el contrato (Mosco s/f: pp. 25-26).

La resolución
tutela del interés
como el contrato
cia del incumpl
no imputable a
ción que —como
la resolución se
no se obtiene po
Coincidimos con
considerarla con
de la relación o
ción, que no tie
zada a ejecutar
recuperar la atr
1996 b: p. 705).

Finalmente
mento de la res

Lo cierto,
plimiento
contractu
en la acci
típica fre
secuencia
punto de
que medi
miento, c
más de la
dos reme
en mater

Volveremo
lutoria y la res

IV. LOS MO

Frente al
dos alternativa
resolución del
ante dos alter
cial. Así, con
contrato:

La resolución por incumplimiento —reiteramos— es un mecanismo de tutela del interés del acreedor que, como tal, podrá ser utilizado tan pronto como el contrato deje de asegurar la satisfacción de dicho interés a consecuencia del incumplimiento del deudor, sin importar si el incumplimiento le es o no imputable a este último, con lo que queda descartada la teoría de la sanción que —como vimos— presupone que el incumplimiento que desencadena la resolución sea imputable al deudor. La sanción contra el incumplimiento no se obtiene por medio del remedio resolutorio sino del remedio resarcitorio. Coincidimos con que “una exacta definición de la figura de la resolución exige considerarla como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre la inejecución del programa de prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiese hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo” (Díez-Picazo 1996 b: p. 705).

Finalmente, Scognamiglio descarta la teoría de la sanción como fundamento de la resolución por incumplimiento, en los siguientes términos:

Lo cierto, en cambio, es que el legislador tiene en cuenta entonces el incumplimiento, no en atención a su ilicitud, sino en cuanto turbación del equilibrio contractual; de suerte 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 la consecuencia posterior y autónoma del incumplimiento. Esto explica, desde el punto de vista práctico, que para la resolución del contrato no sea necesario que medie culpa del deudor y que para dicho fin sea suficiente el incumplimiento, objetivamente considerado. Lo que no impide, óigase bien, que las más de las veces el incumplimiento provenga de la culpa, caso en el cual los dos remedios habrían de coincidir, pero este es un asunto que deberá tratarse en materia de culpa contractual (1996: p. 265).

Volveremos sobre este tema al estudiar las diferencias entre la tutela resolutoria y la resarcitoria.

IV. LOS MODELOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Frente al incumplimiento, el contratante insatisfecho se encontrará ante dos alternativas: peticionar el cumplimiento de la atribución patrimonial o la resolución del contrato. Si opta por esta última, nuevamente se encontrará ante dos alternativas: resolver el contrato en vía judicial o en vía extrajudicial. Así, con acierto se ha dicho que existen dos modelos de resolución del contrato:

NÚMERO

3

BIBLIOTECA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

DIRECTOR: Günther Gonzales Barrón

PROCESO DE DESALOJO (Y POSESIÓN PRECARIA)

Günther Gonzales Barrón

TERCERA
EDICIÓN



JURISTA
editores

ANEXOS JURISPRUDENCIALES

El presente libro

contiene

los

siguientes

temas

I.

II.

III.

IV.

V.

**SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DICTADA EN EL CUARTO PLENO CIVIL**

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

CASACIÓN N° 2195-2011-Ucayali

mandantes : Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro.

mandados : Mima Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

ateria : Desalojo por ocupación precaria.

procedimental: Proceso Sumarísimo.

ario:

Introducción.

Materia del recurso.

Fundamentos del recurso.

De la convocatoria al Pleno Casatorio.

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.

**SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DICTADA EN EL CUARTO PLENO CIVIL**

**SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO
CASACIÓN N° 2195-2011-Ucayali**

Demandantes : Jorge Enrique Correa Panduro; César Arturo Correa Panduro y Luis Miguel Correa Panduro.

Demandados : Mima Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

Materia : Desalojo por ocupación precaria.

Vía procedimental: Proceso Sumarísimo.

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 REPÚBLICA**

CASACIÓN

N° 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.

Vista 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 Lisbeth 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° 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 Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 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 inadmisibile 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 Mima 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 inadmisibile 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.

El petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el Jirón Tarapacá N° 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 Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 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 inadmisibile 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 Mima 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 inadmisibile 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 usucapión 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 redamo, 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 usucapión que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, varios 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 Mima Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

II. MATERIA

Se trata de un proceso de desalojo, por doña Mima Lizbeth Panduro Abarca, de fojas seiscientos y tres, por doña Mima Lizbeth Panduro Abarca, por la Sala Especializada en lo Civil y afines de Ucayali, que se declara fundada la demanda.

III. FUNDAMENTOS

Por resolución de la Sala Especializada en lo Civil y afines de Ucayali, de fecha 15 de septiembre de 2010, 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.

• Infracción

Para sustentar la infracción

- a) La infracción consiste en que el Juez resolvió aplicando el artículo 1697° del Código Civil, cuando el artículo 1699° del mismo Código establece que el propietario puede exigir el desalojo de los ocupantes que no tienen derecho a la posesión, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

II. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos veintitrés, por doña Mima 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:

• **Infracción normativa de naturaleza procesal:**

Para sustentar esta denuncia, la recurrente sostiene dos argumentos:

- a) La infracción 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 petitorio, el Juez, en aplicación del principio iura novit curia, dispuesto 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 infracción 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 Castañeda 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 Bustamante 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 vista 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 sólo 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 errado 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 c
análisis las ins
timantes para
recho sustanci
proceso, la tut
judiciales.

A.- DE
DO

3.- Confor
cia de vista se h
una indebida r
materia del rec

Como un
satoria anotad
lo que se entien
judiciales.

A.1. EL
CIA

4.- Se lleg
so se remonta a
Tierra otorgó a
podrá ser apres
libertades, sino

En nuest
artículo 139°, i
correlato en el

5.- De su
cedural limitati
fines del siglo X
neral limitation

(1) Cf. Linares,
como garan
pp. 15 - 22

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas vinculadas a la posesión y los títulos legítimos 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 vista 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 justicia⁽¹⁾ reconocida en los

⁽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.

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 justa⁽²⁾.

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.

8.- En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica⁽³⁾, 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

⁽²⁾ Para una ordenada exposición sobre el debido proceso, vid: Hurtado Reyes, Martín, La casación civil Una aproximación al control de los hechos, Lima, Idemsa, 2012, p. 299 y ss.

⁽³⁾ Nos remitimos para todo lo dicho a: Colomer Hernández, Ignacio, La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 60 y ss.; Garriga, Carlos y Marta 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° 1, 1997, P. 97 y ss, e Igartua Salaverría Juan, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, passim.

a la nobleza, por lo que se encontraba en una posición bía, también, a la nobleza, de cuyo texto se deduce según el cual i

9.- Tal como se ve en todos los reinos, las resoluciones a tal respecto de su monarquía, varían sus sentencias en dos regímenes: el primero contemplaba la monarquía de Aragón que en el siglo XVIII, iniciada por Carlos III, lo que caracterizó las sentencias

10.- Sea como sea, la llegada de la Revolución de fundación de agosto de 1790, a diferencia

(4) Cf. Colomer

(5) Cf. Garriga

(6) Cf. Colomer, el reino de los judiciales e los textos l en dicho re les. Asimismo III fue la de entendimie obrado en a la fortuna c más para in Cf. Aliste S Madrid, M

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 sentencias⁽⁵⁾: por lo que, en la España tardo medieval 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 español⁽⁶⁾.

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

⁽⁴⁾ Cf. Colomer Hernández Ob. cit., p. 64

⁽⁵⁾ Cf. Garriga y Lorente., Ob. Cit., p. 101

⁽⁶⁾ Cf. Colomer, Ob. cit., p. 69. Por su lado Tomás-Javier Aliste señala que en el reino de Aragón las normas que exigían la motivación de las decisiones judiciales eran explícitas, mientras que en reino de Castilla ello emergía 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 justifiquen las decisiones judiciales. Asimismo, este autor llega a sostener que la real intención de Carlos III fue la de erradicar el carácter perjudicial de una praxis motivadora, cuyo entendimiento se reducía a plasmar en la sentencia un mero resumen de lo obrado en autos, no teniendo otro fundamento que el interesado engrose de la fortuna de los escribanos, los cuales por esta vía encontraban una fuente más para incrementar los aranceles cobrados a los litigantes.

Cf. Aliste Santos, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 100, 101 y 106.

que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces⁽⁷⁾.

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 pudieren aprehender 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 absolver⁽⁸⁾.

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 deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido Incólume 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 de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con

⁽⁷⁾ Cf. Colomer, Ob. Cit., pp. 65-66.

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 proporciona 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 inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión"

Cf. Añón, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación"; en: Doxa N°s 15-16, 1994, p. 902.

⁽⁸⁾ Cf. Colomer, Ob. cit., p. 65.

menção
que se su

13.-
de la Ley
Procesal
la validez
acarrea la
cional, la
solución j
tanto de
decisión.

14.-
motivació
la primera
de la deci
trol priva
nal); en ta
la motiva
consecuen
ne a nivel
ni sus abo
de las mo
al público

⁽⁹⁾ Se di
poder
a la e
lismo
prote
chos
legitim
La m
tutela

Cf. G
de la

⁽¹⁰⁾ Cf. Co

⁽¹¹⁾ Cf. Ig

menCIÓN expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan⁽⁹⁾.

13.- En esa misma corriente garantista 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 incumplimiento 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 fálica inherentes al caso materia de la decisión.

14.- Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprocésal y otra extraprocésal. 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 social⁽¹⁰⁾, puesto que, como dice Igartúa 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 público⁽¹¹⁾.

⁽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 encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar 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.'

Cf. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2° ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 192.

⁽¹⁰⁾ Cf. Colomer, Ob. cit., p. 124.

⁽¹¹⁾ Cf. Igartúa Salaverría, Ob. cit., p. 24.

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 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 Derecho⁽¹²⁾.

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 recursos⁽¹³⁾.

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 presen-

⁽¹²⁾ Cf. Hernández Marín, Rafael, Las obligaciones básicas de los jueces, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 145

⁽¹³⁾ Cf. Chamorro Bernal, Francisco, La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados 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. Hurtado Reyes, Martín, La casación civil..., p.187 y ss.

cia de enuncia
se basa en los

17.- Final
nos jurisdiccio
zada que vaya
de las partes,
caso estimen s
exigencia de m
cial expresa a t

A.3) DE

18.- Ingre
ción, la recur
invocando nor
quo, lejos de co
Civil, referido
criterio de la i
mismo error a
lación, por lo q

19.- En lo
menester prec
sión alguna-ex
feridos al cont
cual, formalm
de sustento ju
litis, dado que
invocado para
lo denunciado
estaría propian
más que en un
a la denuncia c

⁽¹⁴⁾ Cf. Igartua
Lima-Bogo

⁽¹⁵⁾ Cf. Picó I J

cia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados⁽¹⁴⁾.

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 partes⁽¹⁵⁾.

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.

⁽¹⁴⁾ Cf. Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 28 y 29.

⁽¹⁵⁾ Cf. Picó I Junoy, Ob. cit., p. 61.

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 tercero⁽¹⁶⁾

⁽¹⁶⁾ El citado considerando tercero, en realidad es el fundamento basilar de la sentencia de primera instancia, por lo que, pese a su alongada extensión, conviene consignarlo, el cual se transcribe literalmente como sigue: Timo: 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 elemento 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, cuya desocupación solicitan; b) que se acredite la ausencia de una relación contractual de arrendamiento entre los demandantes; y e) 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 Panduro Abarca a favor de ellos, y la copia literal de la Partida número 00002050, se acredita que los demandantes son los titulares del dominio, situación que no ha sido objetada por los demandados; 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 propietaria, por lo que ha ganado la propiedad del referido inmueble por efectos de la prescripción adquisitiva de dominio..." (81c.), por lo que es menester aclarar que en este proceso no se definirá el derecho de propiedad como lo reclaman los demandantes; éstos presentan entre otros documentos, varios recibos de agua a nombre de Albina Abarca de Panduro, recibos de luz a nombre de Albino Abarca de Panduro, diversos auto avalúos a nombre de Teófilo Panduro Ruiz y Abarca Sarmiento Albina para acreditar que viene poseyendo los inmuebles reclamados; empero, estos documentos acreditan que terceras personas ajenas a los demandados fueron los que pagaron los derechos mencionados, y si bien acreditan con otros documentos como recibos de pago de teléfono y apertura de establecimiento otorgada por la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo estar en posesión del bien, esto no constituye circunstancia alguna que justifique

—, cuando se me prospere una demanda que siguiendo el ha indicado que como precaria teñalados en el cita arribar a la conclusión un contrato de tenido la existencia las partes. Incluso casaciones que se te. Por lo tanto, inamparable.

21.- Siguiendo terminar si es que de desalojo con do ante el mismo viable dicha acum formalista—, por acumular preten —ello desde el que nada impide terminados caso y cuando el juzg dicha acumulación por ejemplo, se a ción de la prescripción por ocupación p ta más breve—, adquisitiva que, viado, los plazos

el uso o disfr arrendatarios resolviéndose los demand del inmueble

—, cuando se menciona cuáles serían los requisitos o supuestos 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 inamparable.

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 un plano netamente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales —ello desde el sólo 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 afectaría 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 sumarísima, resulta más breve—, con una reconvención cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más latos y la posibilidad de

el uso o disfrute del mismo, pues los demandados no con inquilinos ni arrendatarios de los propietarios, ejerciendo por ende la posesión de fado, 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.”

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° 00407-2010-0-2402-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 sólo 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 didácticos 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 (continente) 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*

griet). Por ello, se de asegurar la ga

24.- Ahora b que el Juez ríe pr deducida, cuando mitimos a los au hecho y, en segu la reclamante.

25.- Como obra la resolución rrecto que debió crito de subsana fechado con el d del principal—, l traslado de la exo dantes, que fuera ficada al demand el viernes 9 de ju del miércoles 14 es, dentro de los traslado, con lo sustento alguno.

26.- Es cier 2010, el Juez se de 2012, pero el numeral precede quo, lo que de po fue alegado por l cuando se realiz la sentencia. Erg casatoria de la re la excepción que

(17) Cf. Maurino actualizada y

griet). Por ello, se sostiene que la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio⁽¹⁷⁾.

24.- Ahora bien, la recurrente sostiene que el *Ad quem* no ha advertido que el Juez ríe primera instancia dio por absuelto 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, obedeciendo tal hecho a un error intrascendente del *A 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,

⁽¹⁷⁾ Cf. Maurino Alberto, Nulidades procesales, 2° reimpresión de la 2' edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 37.

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 latos, 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 atentarla 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 deba 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 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,
parable, con s
que debe ser d

B.- DE

Como qu
sia únicament
inmediata, co
te y contradic
someramente
posesión y otr
posesión prec

B.1.- LA

30.- Com
tenemos que e
siguiente:

"Artículo
deres inheren

Al respec
sión es el pod
efectiva e ind
micamente; p
la cuestión de
Más adelante
no o no de la
fruere y el con

31.- En e
la posesión er
de conservarlo
dad, puesto q

(18) El autor si
tañeda, Jo
1973, pp.

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.

arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio⁽¹⁹⁾.

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 jurídica⁽²⁰⁾.

33.- En palabras de Alvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afincan 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 sólo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia⁽²¹⁾.

En atención a ello, el citado autor opina que lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta)

⁽¹⁹⁾ Cf. García Calderón, Francisco, Diccionario de la legislación peruana, 1 II, edición facsimilar de la segunda edición de 1879, Lima, Grijley, 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 a la propiedad, la posesión, 4° ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 548-549.

⁽²¹⁾ Cf. Álvarez Caperochipi, José A., Curso de derechos reates. Propiedad y posesión, t.I, Madrid, Civitas, 1986, p.84

formalmente la
ba de la propie
miento social d
es una atribucio
la titularidad p
dualista (como
dera el derecho

34.- Por t
virtud de la cu
que una person
pueda ejercitar
como que los t

B.2- CLA

35.- Nues
de posesión y s
artículos 905°
diata o inmedia
o mala fe, y fin
dorosos debate
nivel nacional
adelante nos o

36.- La m
de organizar y
alemán concib
puestas en con
posesión inme
la pirámide po
por intermedia
a aquél el corp

⁽²²⁾ Id, p. 86.

⁽²³⁾ Cf. Jiménez
tos diferen
Código Civ

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.

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

civil, en tanto
nulo o que h
derechos real
cosa o no lo t

Es poses
produce si se

B.2.3.-

42.- Otr
servidor de la
Civil, el mism
sesorio de ot
que actúa por
de la posesión
sino que está
do de las acci

43.- En
ni ésta se des
posesorio en
ostenta la po
único poseed

C.- D

1) CO

44.- Mu
la figura del
una realidad
jurisprudenc
ubicándose u
ta cubrir tod
realidad y qu

⁽²⁶⁾ Cf. Ramón
Lima, Ro

⁽²⁷⁾ Cf. Herná

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 como "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-

46.- Sobre el concepto de precario romano, que con tolerancia de su d precario todos los sin título, ya porq o con título inefic mo, en definitiva, sin título y sin pa

47.- La misr concepción restr una posición defi

Justamente mano de precario hasta comprende llos casos en los c sión presentan ca

48.- Siendo uniforme al cons inmueble ajeno s

quier motivo de este modo libremente rev órbita contrac de su propia l

Cf. Latour Bro drid, L XLIII, Ob. cit., p. 11

⁽³⁰⁾ Cf. Ferrer Ma Precario", en: l

⁽³¹⁾ Para esto nos Moreno Moch derecho españ ed., Pamplona En esa misma p. 85 y ss

46.- Sobre ello, Daniel Ferrer Martín nos dice que existe un doble concepto de precario, uno restringido, coincidente con el fijado en el Derecho romano, que considera 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⁽³⁰⁾.

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.

Justamente sobre ello, Moreno Mocholí nos dice que el concepto romano de precario ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia hasta comprender no sólo 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 abusiva⁽³¹⁾.

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

quier motivo ha visto desaparecer el título que lo legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble *no que puede ser libremente revocado—, no autoriza a catalogar esta institución dentro de la órbita contractual. La revocación en el 'precario dans' equivale a la negación de su propia liberalidad o tolerancia.

Cf. Latour Brotons, Juan, "El precario", en: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, L XLIII, Madrid, 1959, pp. 1074 y 1075. Vid. también: Cano Moriano, Ob. cit., p. 110.

⁽³⁰⁾ Cf. Ferrer Martín, Daniel, "El precario y el juicio de desahucio por causa de Precario", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. XXXVI, 1952, p. 305.

⁽³¹⁾ Para esto nos remitimos al prolijo estudio realizado sobre el precario por Moreno Mocholí, Manuel, *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*, ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S. A., 1976, pp. 355-356. En esa misma línea de análisis se encuentra Guadalupe Cano en su ob. cit., p. 85 y ss.

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 otorgar oportunidades, o dos los supuestos igualmente impra- tra sociedad, del jurídica, vienen provocando un (cas), que deviene jurisdicción civil Estado, los cuales atender la solución, se puede afirmar entre los conflictos la actividad de las sesiones anteriormente predictibilidad e aprovecharse, como ostentar la posesión to jurídico alguna incidencia de pro la concepción de presente cualquier cie que se alegue rio de desalojo, la demanda, con previamente en afectando el der sentencia que d que está propen menos que se es para ejercer el d en otro proceso pretende justifico

51.- Siendo presenta para re do ha considera conflictos en for

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, justifique el derecho de luego, se engarga el cuidado carácter gratuito devolución del bien necesariamente la posesión del uso del bien pago de una renta

55.- El segundo posesión que ositivos de tal fenecimiento se puede mismo acto o hendiéndose venia sustentada, ha variado, de las partes, va por ende, corresponde derecho a tal disposición

56.- En efecto, tenla - con el cual como consecuencia valoración es que o que el acto jurídico como es una nulidad artículo 219° del Código jurídico, éste ha rescisión, pero se clarar la invalidez ello correspondiente

57.- Igualmente el sentido primer párrafo, alusión a la restitución

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

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 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 sumarísimo, 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 diferentes⁽³⁶⁾, 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 sólo 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

⁽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 sólo debe atenderse al estado posesorio, sin prejuzgar cuestiones de propiedad.

Cf. Ferrer Martín, Ob. Cit., p. 311.

cobra fuerza lo
“restitución” se
dando entendi
referida al supu
o que idóneame

60.- En es
obrar pasiva; p
pretar conjunta
Civil, por lo qu
que ocupa el bi
posesión inme
desaparición d
generando com

61.- Estan
plio del precari
tica se viene p
estas variables
no limitándose
inmueble para
bien cuando ex
título (hecho o
de la causa, por
actos o hechos
ejercicio del di
esta figura en
este haya fene
precario con el
reclamante -se
comodante, et
una persona te
no, sin pago d
pruebas presen
para quien ost

62.- Ahor
hacer una rela
rio, que, aplica

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 inejecución 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 terdictal, evidenciado al desalojo para la negligente en la que puede pretenderse dado que el desalojo decidió ese acto de

D.- DE LA

66- Resulta de los alcances de la cosa gan fin a este tipo de sistematicidad de pone fin a todo y en cuanto se corresponsa juzgada y por lo tanto proceso de nulidad que exige el mismo

67.- Lo expuesto en la decisión pacífica existiente en la materia surte los efectos de que la pretensión procesal de desalojo, en el debate, prueba y sentencia, en la que se declara con contenido y no estaremos frente a un caso de fraude para que se pague la usucapión, de las cuales sustentadas hubieren variado el desalojo, por la expedición de la sentencia, en el cual se

(37) En esto se si se da cobertura a la Autónoma de

plenario, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, 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 afectar la sistematicidad de nuestro Código Procesal CMI, 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 jurisdicción⁽³⁷⁾. 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,

⁽³⁷⁾ En esto se sigue la idea propuesta por Sonia Calaza Cf. Calza López, Sonia, Ya cobertura actual de la cosa juzgada, en: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 20. 2009-II. P. 88

eta no existe impedimento alguno, para que quien obtuvo 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 discuta 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, recomendándosele, 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 I 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.

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 uni-

formiza
taciones
posterior
certidun

3.- Este Ple

interpre
artículo
sentido
Reiterar
han esta
tan en la
los difer

VII. FALLO:

Por tales ra
de la República,
Código Procesal

- a)** Declara,
terpuest
cia **NO C**
tos diez
expedida
Superior

- b)** Por may
te lo sigu

- 1.** Una
inmu
do d
quier
el mi

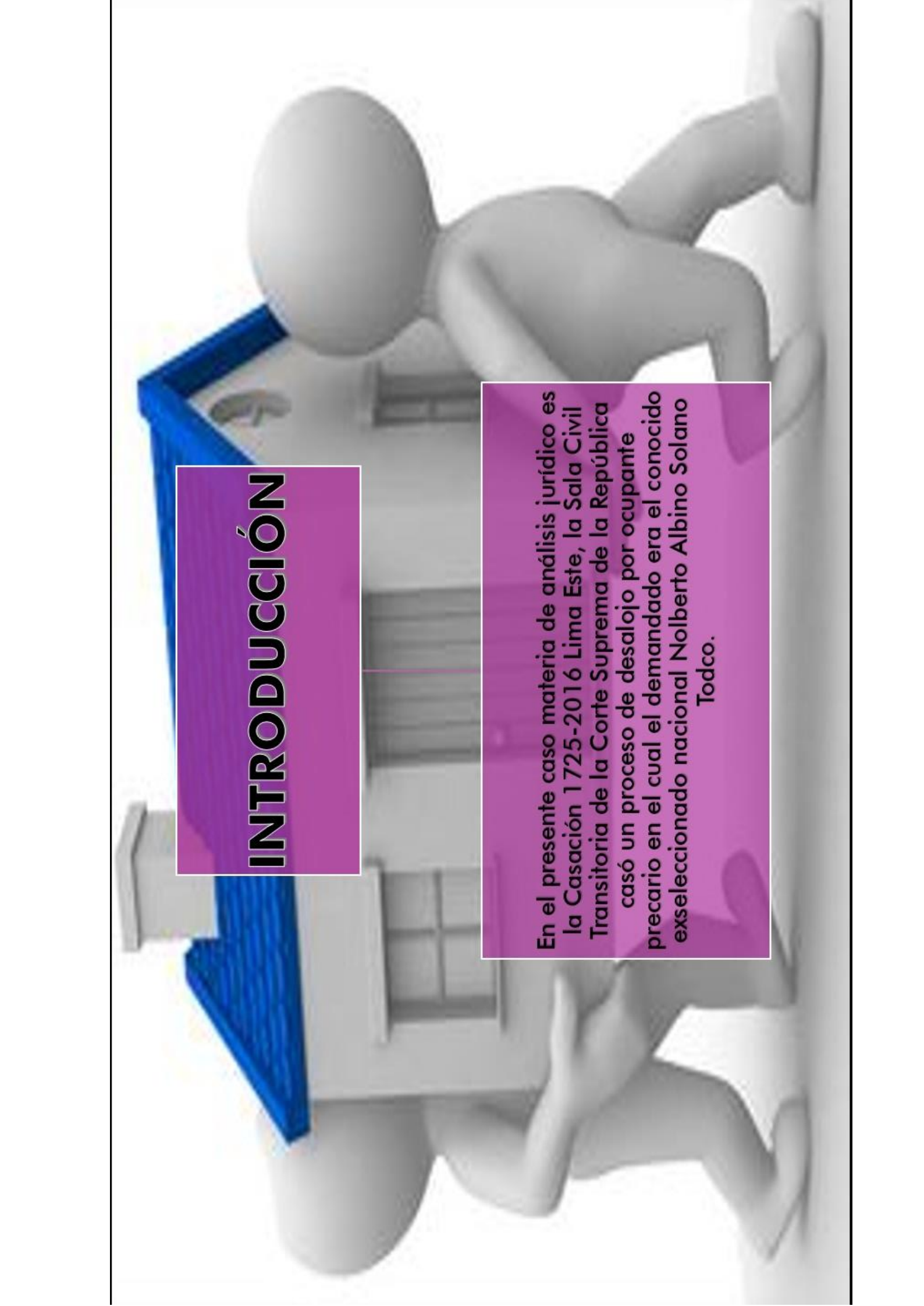
(38) Cf. Guzmán F
y de derecho)



CASACIÓN 1725-2016 LIMA ESTE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

EXPOSITORAS:

- RODRIGUEZ ALVA, Solhans
- VILLACORTA RAMÍREZ, Alondra Pierina



INTRODUCCIÓN

En el presente caso materia de análisis jurídico es la Casación 1725-2016 Lima Este, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República casó un proceso de desalojo por ocupante precario en el cual el demandado era el conocido exseleccionado nacional Nolberto Albino Solano Todco.

CASACIÓN 1725-2016 LIMA ESTE

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

✓ Antecedentes:

❖ **DEMANDA.-** El demandante Renzo Escobar Tillit pretende que el órgano jurisdiccional ordene al demandado Nolberto Albino Solano Todco, desocupe el inmueble ubicado en el Paraíso Número 350, Sector 03 - Casa C, Urbanización El Sol de la Molina.

❖ **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-** **Rafael Eduardo Castillo** Ismodes en representación de **Nolberto Albino Solano Todco** contesta la demanda señalando que la carta notarial nunca fue entregada en el domicilio de su poderdante por ello nunca tomó conocimiento de dicha comunicación, hasta que se le notificó una invitación a conciliar.



❖ **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-** Declara infundada la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria

❖ **RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.-** Revoca la apelada que declara infundada la demanda y reformándola la declaró fundada, ordenando la restitución del bien inmueble sub litis

MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

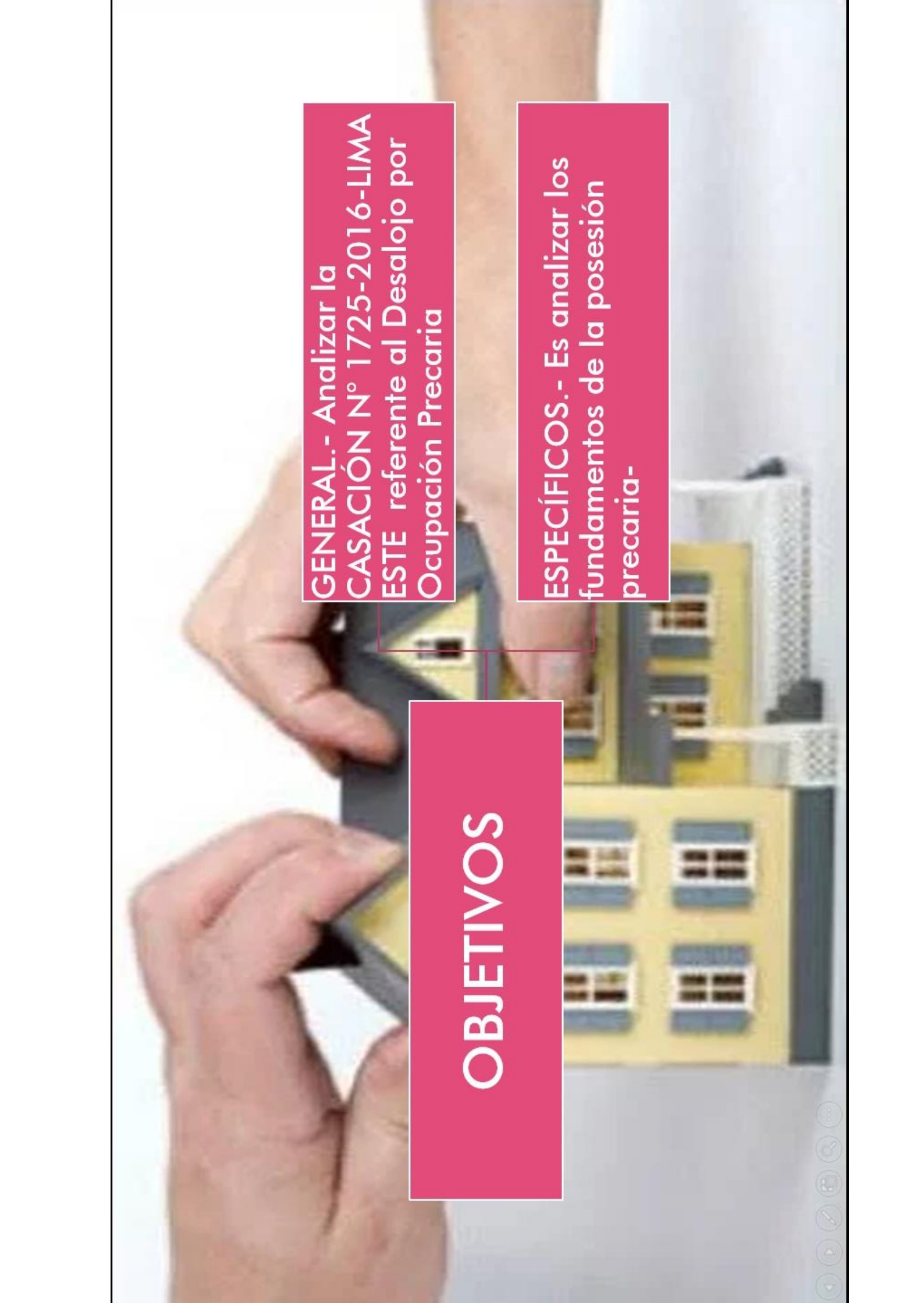
- Determinar si el Contrato de Compra Venta suscrito por las partes se ha resuelto, para determinar si se configura el supuesto de posesión precaria



PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- Es el problema que se da respecto de la categoría que se da al precario debido a que la doctrina nacional no es uniforme respecto al proceso de desalojo, y en qué casos es viable jurídicamente el proceso de Desalojo





OBJETIVOS

GENERAL.- Analizar la CASACIÓN N° 1725-2016-LIMA ESTE referente al Desalojo por Ocupación Precaria

ESPECÍFICOS.- Es analizar los fundamentos de la posesión precaria-

SUPUESTOS

- 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.





VARIABLES

• VARIABLE INDEPENDIENTE

- DESALOJO.

• VARIABLE DEPENDIENTE

- EN QUE MOMENTO SE
CONVIERTE EN
OCUPANTE PRECARIO.

METODOLOGÍA

TIPO DE INVESTIGACIÓN

Descriptivo

DISEÑO

No experimental

MUESTRA

Expediente

TÉCNICAS

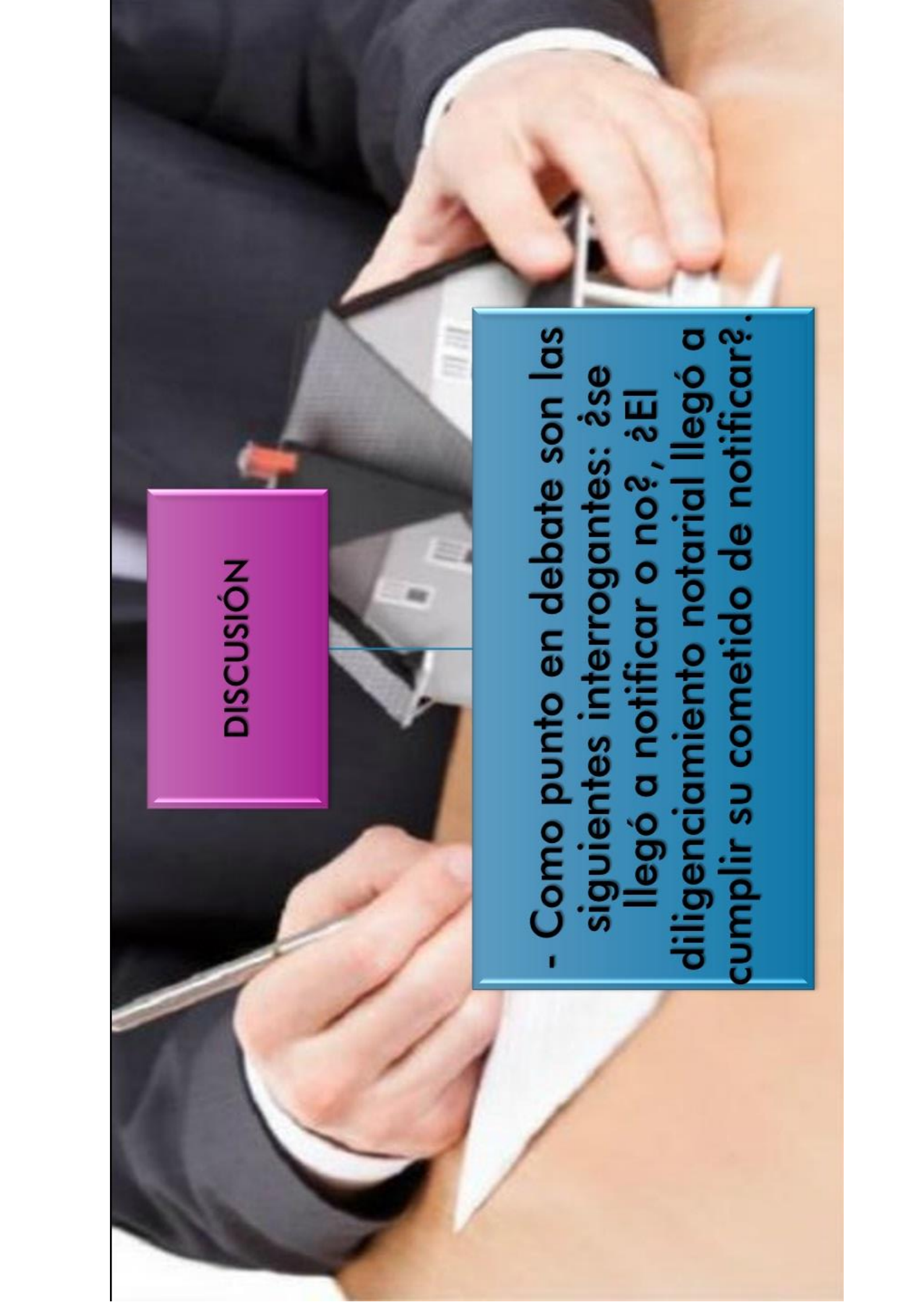
Análisis documental

INSTRUMENTOS

Expediente

RESULTADO

1. Declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nolberto Albino Solano Todco a fojas doscientos ochenta.
2. CASARON la recurrida de fecha seis de noviembre de dos mil quince, de fojas doscientos cincuenta y cuatro, 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.
3. CONFIRMARON la apelada que declara infundada la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria.



DISCUSIÓN

- Como punto en debate son las siguientes interrogantes: ¿se llegó a notificar o no?, ¿El diligenciamiento notarial llegó a cumplir su cometido de notificar?..

CONCLUSIONES

- ✓ 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.



