SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

CASACIÓN N° 2195-2011-UCAYALI

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

Demandados : Mirna 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 dirigen 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 inadmisible la demanda, ordenándose que se precise el petitorio de la misma, siendo subsanada oportunamente (a fojas 71).
5.- Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas 185 por Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para

Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.
Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

6.- A fojas 192 se declara inadmisible 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 reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy

Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por 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 Mirna Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

II.- MATERIA DEL RECURSO:

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

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal –referida al inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil y al inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado–, prevista en el artículo 386° del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388° del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

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

A.- DE LA CONTRAVENCIÓN AL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO.

3.- Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa que en la sentencia de 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 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 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 sentencia*[4].

---

[1] Cf. **Linares, Juan Francisco**, *Razonabilidad de las Leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina.* Buenos Aires, 1970, pp. 15 – 22.

[2] Para una ordenada exposición sobre el debido proceso, vid: **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.

[4] Cf. **Colomer Hernández**, Ob. cit., p. 64.

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 sentencia 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 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

---

[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.

[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 arbitraria, 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.

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 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 fáctica inherentes al caso materia de la decisión.

14.- Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprocesal y otra extraprocesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado

---

[8] Cf. **Colomer**, Ob. cit., p. 65.

[9] Se dice que: "Entendida como instrumento para evitar 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,* 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 192.

que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social[10], puesto que, como dice Igartua 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].
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 presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados[14].

---

[10] Cf. **Colomer,** Ob. cit., p. 124.
[11] Cf. **Igartua Salaverría**, Ob. cit., p. 24.
[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.
[14] Cf. **Igartua Salaverría, Juan**, *El razonamiento en las resoluciones* judiciales, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 28 y 29.

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.

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]—,

---

[15] Cf. **Picó i Junoy,** Ob. cit., p. 61.

[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: "**Tercero**.- Que, la esencia del proceso de desalojo por ocupación precaria no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad, sino la validez de la restitución de la posesión en base a cualquier título válido y suficiente que la justifique, frente a la ausencia o fenecimiento del que tuvo la parte ocupante; título o ausencia o fenecimiento del mismo que por su naturaleza, debe ser elemento de probanza y dilucidación; para que prospere esta acción es necesaria la existencia de tres presupuestos indispensables: **a)** Que los actores

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

---

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 **c)** que para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso o disfrute del bien, por parte de la demandada. Respecto al acápite a) de las pruebas aportadas por los demandantes como son la escritura pública de anticipo de legítima otorgada por Nancy 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..." (**Sic.**), 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 Balbina Abarca de Panduro, recibos de luz a nombre de Balbino Abarca de Panduro, diversos auto avalúos a nombre de Teófilo Panduro Ruiz y Abarca Sarmiento Balbina 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 el uso o disfrute del mismo, pues los demandados no con inquilinos ni arrendatarios de los propietarios, ejerciendo por ende la posesión de facto, 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."

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 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 sí 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 cual 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 grief*). 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 de primera instancia dio por absuelto el traslado de la excepción deducida, cuando la misma era extemporánea. Al respecto, es necesario remitirnos 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 se 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, 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

---

[17] Cf. **Maurino, Alberto**, *Nulidades procesales*, 2ª reimpresión de la 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 37.

de actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, en aplicación de los principios de economía y sus sub principios celeridad y concentración procesal, por lo que disponer el traslado sin límite de todas las absoluciones o escritos atentaría contra los principios aludidos y la tutela jurisdiccional oportuna.

28.- Estando a ello, conforme a las reglas del artículo 554° del Código Procesal Civil, una vez contestada la demanda, se procede a fijar fecha para la audiencia única, en la cual se resuelven las excepciones y cuestiones probatorias deducidas, no señalándose que se 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, 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 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 y 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 Álvarez-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,

---

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

[19] Cf. **García Calderón, Francisco,** *Diccionario de la legislación peruana*, t. 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 de la propiedad, la posesión*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 548-549.

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) 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 ardorosos 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].

---

[21] Cf. **Álvarez Caperochipi, José A.**, *Curso de derechos reales. Propiedad y* posesión, t. I, Madrid, Civitas, 1986, p. 84.
[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 inmediatividad 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 ilegitima 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 civil, en tanto que será llegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

---

[24] Cf. **Hernández Gil,** Ob. cit., p. 111.
[25] Ibídem, p. 111, Vid. también **Díez-Picazo**, *Sistema...*, p. 107.

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

b.2.3.- Servidor de la posesión:

42.- Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897° del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios[26].

43.- En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones[27].

C.- DEL OCUPANTE PRECARIO.

1) Consideraciones previas.

44.- Mucho se ha escrito sobre lo que debemos de entender por la figura del ocupante precario y a pesar de ello nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la Jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución.
Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario 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]

---

[26] Cf. **Ramírez Cruz, Eugenio María,** *Tratado de derechos reales,* t. I, 3ª ed., Lima, Rodhas, 2007, p. 404, también **Díez-Picazo**, Ob. cit., p. 671.
[27] Cf. **Hernández Gil,** Ob. cit., pp. 123-124.
[28] Cf. **Cano Moriano, 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.

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.

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 Mocholi 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

---

[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 consentirlas 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 cualquier motivo ha visto desaparecer el título que lo legitimaba, permitiendo de este modo el uso y disfrute gratuito de un inmueble ajeno 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, t. 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.

casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presenta 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 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

---

[31] Para esto nos remitimos al prolijo estudio realizado sobre el precario por: **Moreno Mocholi, Manuel**, *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*, 2ª 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.

[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. 306.

anteriormente 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 Colegiado 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 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

[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.

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 219º del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado se 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

[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

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 cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585º, 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,

---

poseer, ya que sólo debe atenderse al estado posesorio, sin prejuzgar cuestiones de propiedad.
Cf. **Ferrer Martín**, Ob. cit., p. 311.

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 númerus 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 valides 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 adquiriente 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 amparase, 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 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 Civil, que toda sentencia que pone fin a todo proceso, entre ellos, el de desalojo por ocupación precaria, en cuanto se convierte en definitiva, adquiere todos los efectos

de la cosa juzgada y por lo tanto la única posibilidad de ser revisada es mediante el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dentro de los presupuestos que exige el mismo.

67.- Lo expuesto anteriormente no descarta ni contraviene la posición pacífica existente en la doctrina procesal, respecto a que toda sentencia surte los efectos de cosa juzgada únicamente, en cuanto al ámbito de la pretensión procesal, cuyo contenido hubiere sido materia de conocimiento, debate, prueba y decisión, en la 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, etc. 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 garantista que comprende todo lo concerniente al derecho a accionar, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, y a la obtención de una resolución fundada en derecho.

---

[37] En esto se sigue la idea propuesta por Sonia Calaza.
Cf. Calza López, Sonia, *"La cobertura actual de la cosa juzgada"*, en: **Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid**, N° 20, 2009-II, p. 88.

VI.- CONCLUSIONES:

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1.- No hay contravención al debido proceso conforme ha alegado la 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 uniformizar dichos criterios implicaría dejar subsistentes interpretaciones contradictorias, susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas[38].

3.- Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 911° del Código Civil, así como de los artículos 586° y 586° del Código Procesal Civil debe hacerse en el sentido que se ha dejado sentado en los numerales precedentes. Reiterándose que los mismos no son *numerus clausus*, sino que se han establecido en atención a los casos recurrentes que se presentan en la judicatura y que han suscitado mayores discrepancias en los diferentes niveles judiciales.

VII.- FALLO:

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del Código Procesal Civil:

a) Declara, por unanimidad, **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, obrante de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali;

b) **Por mayoría ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:**

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de

[38] Cf. **Guzmán Flujá, Vicente C.,** *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 104 y 110.

renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

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

3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por *"restitución"* del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

4. Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo 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 fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que

se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

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

5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo 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 expedir una sentencia inhibitoria, sino que 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.

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.

c) **ORDENARON** la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

SS.

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ

EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

RICARDO VINATEA MEDINA

CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

SE PUBLICO CONFORME A LEY
D. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA
25 JUL 2013

La Secretaria que suscribe certifica que, además de los considerandos precedentes, el voto singular de los señores jueces supremos Ramiro de Valdivia Cano y Andrés Caroajulca Bustamante jueces de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, es como sigue:

Consideramos necesario elucidar algunas razones adicionales a las que contiene la presente sentencia.

I.-DEONTOLOGÍA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA PRECARIEDAD.

1.- Cada agrupación social es el tapiz en el que se entretejen los dos clásicos elementos complementarios: Por un lado: Las personas y grupos, miembros de ese cuerpo social; sujetos administrados o gobernados y a quienes les es inherente una dignidad esencial y permanente - los mandantes, en una comunidad democrática.
Y por otro, la magistratura: los medios o instituciones ordenados al fin de administrar o gobernar –que, en una comunidad democrática, son los mandatarios- cuyos funciones son, a su vez, encargadas a personas: magistrados, administradores o gobernantes, que constituyen la autoridad.
2.- En este tapiz, es notable el criterio deontológico y primario de toda la magistratura: Administrar justicia es buscar el bien de grupo; cuyo criterio se halla en la base del principio de convergencia en el bien común; advirtiendo que "Summum ius summa iniuria"; como lo recordó el señor V. Rodolfo Walde en reciente mensaje. Pues bien, la razón última y vinculante en cada acto de la magistratura es la de servir a los mandantes y demás miembros del cuerpo social; y no el servirse de ellos. El bien común, -el que las personas buscan y pueden conseguir formando la comunidad social,- es expresión del bien moral. Es garantía del bien personal, familiar y comunitario.
3.- Tal es el espíritu que anima la convocatoria a este Pleno Casatorio[39] sobre la ocupación precaria. El magistrado está sometido a la búsqueda permanente del bien común, que constituye su tarea diaria. Debe arbitrar con los medios más adecuados para alcanzar ese objetivo, respetando en todo momento la capacidad de iniciativa de los miembros (personas o grupos) de la sociedad, en cuanto puedan realizar por sí mismos.

---

[39] IV Pleno Casatorio Civil del 29 de diciembre de 2011, sobre desalojo por ocupación precaria, casación N°2195-2011. El suscrito, Dr. Ramiro de Valdivia Cano, tuvo el honor de dirigir este certamen casatorio por cuanto fui convocado a suceder al Sr. Dr. Luis Felipe Almenara Bryson, Presidente de la Sala Civil Permanente, hasta noviembre del 2011, ya que él fue merecidamente elegido miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por la Sala Plena de la Corte Suprema. En cuanto al señor Presidente de la Sala Civil Transitoria, el Sr. Dr. Víctor Ticona Postigo, incansable promotor de la realización del Pleno Casatorio, no pudo estar presente el día de la Vista de la Causa debido al sentido deceso de su señor padre. El alejamiento formal de tan probos como distinguidos Jueces Supremos y eminentes estudiosos del Derecho Civil no nos privó de su acertado consejo y acompañamiento a lo largo de los ocho meses que duraron los debates. A ambos, les reiteramos nuestro profundo afecto y agradecimiento.

A su vez, todos estos – magistrados y no- magistrados, están en la obligación de contribuir, con su esfuerzo y su aporte y según sus propias capacidades, al logro de los fines sociales; en tanto no son meros receptores o beneficiarios pasivos; son creadores de aquello que reciben. Corresponde, por tanto, al magistrado, el deber de preocuparse por asegurar, mediante resoluciones justas, que los individuos, en la búsqueda legítima del bien particular, sirvan también al bien común. La bilateralidad de este precepto implica que, por su parte, los miembros de la comunidad, - señaladamente en el uso y disfrute de los bienes que otorga el derecho de propiedad,- deben tener en cuenta el servicio a los demás, en el marco de la justicia, que brota de la dimensión social de la propiedad.

4.- El primer principio (correspondiente al magistrado) se denomina de la subsidiariedad; el segundo (que incluye a todos los miembros de la comunidad) es el de la participación. La vitalidad de estos principios emerge en cada una de las etapas de la historia del Derecho que se propone revisitar :

En esa visita, la trascendencia del Derecho Romano a lo largo de la historia universal y su influencia en el quehacer jurídico peruano son fácilmente advertibles. Más aún cuando se analiza instituciones tan actuales como la de la *precariedad* y el mismo perfil del *Precario habere*, entre otras interdicciones que nacieron en la Roma clásica. Son innumerables las instituciones que fueron asumidas y perennizadas en el Derecho de los pueblos de Occidente y continúan ampliando su radio de inculturación.

5.- Así es como el IV Plenario Civil Casatorio (2011) de la Corte Suprema ha debatido a lo largo de nueve meses acerca de las connotaciones de la institución jurídica del desalojo del inmueble ocupado por el precario y la proficua polémica a que dio origen- parte de longevos conceptos del Derecho Romano. No es superfluo recordar que en el instituto del *precarium*, del Derecho Romano clásico, e1 precarista solía ser un "cliente" que impetraba a su patrono el favor de otorgarle el disfrute pleno y gratuito de un fundo de propiedad de aquel, como un recurso para mantenerse él y su familia. Ulpiano definía al precario de la siguiente forma: "*Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu i qui concessit patitur.*" Aunque el patrono, el *precario dans,* podía revocar tal concesión en cualquier momento, lo cierto es que la concesión se convertía usualmente en vitalicia o era de larga duración en el tiempo. No era infrecuente que se prolongase durante generaciones para la utilización con ese fin del legado *sinendi modo* o para otros fines.

II.-HISTORIAL DEL PRECARIUM

6.-Debe indicarse que en el Derecho Romano el contrato de **precario** era concebido como aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su propio arbitrio. Por el contrato de precario, el patrono concedía la cosa in

genere, a título de tolerancia, sin determinación del tiempo, finalidad ni modo.

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

8.- Del precario derivan en la Edad Media distintas modalidades de concesiones de derechos reales vinculados al agro. Tal como lo ocurrido en las antiguas provincias romanas en las cuales, los terratenientes locales solían constituir sus ejércitos privados; al modo en el que los magnates de la metrópoli mantenían como patrones, sus grupos de "clientes" a los que brindaba a cambio, protección legal. Cuando alguien se interesaba en establecer una relación patrón- cliente, impetraba el patrocinium del magnate y lo formalizaba realizando el acto de Comendación, encomendándose o confiándose al cuidado de su patrón. El encomendado permanecía libre, obteniendo vestido y alimento en pago de sus servicios –cualquiera que ellos fueren. Si el hombre era de alguna clase alta, era llamado "Fidelis", i.e. hombre fiel. En el período Carolingio, el término "Vassus" -que primigeniamente denotaba a un hombre de modestas circunstancias- había adquirido el significado de hombre que prestaba servicios militares a su patrón o señor. Ser Vassus, o vasallo no era ignominioso. Era el nuevo nombre de un status ganado por el acto de encomienda personal.

9.- El patrón romano solía conservar para sí el título de propiedad del inmueble concedido, pero otorgaba al cliente el uso temporal de ella, junto con todos los beneficios de él derivados, por todo el tiempo que se mantuviese la relación -con frecuencia, de por vida. Los magistrados carolingios adoptaron esta vieja práctica de la época clásica, para esta clase de tenencia utilizando el clásico término romano, Precarium, y a veces, el nuevo: Beneficium, para describir la relación establecida entre la tierra temporalmente otorgada a un vasallo en contraprestación por sus servicios. Hacia el año 1000, el acto de convertirse en vasallo, usualmente, tenía la connotación de recibir el beneficio. El beneficiario, inclusive, podía rehusarse a prestar el servicio fiel o el deber de lealtad - a menos que estuviese satisfecho con la tierra que se le ofrecía.

III.-DEL PRECARIUM CONTEMPORÁNEO – LA OCUPACIÓN PIDGIN.

10.-En el Derecho actual todavía persiste una reminiscencia de la antigua noción de precario, pero su acepción ha devenido muy distinta de la que rigió en Roma, pues no se configura el precario como un contrato, sino que se concibe como una situación de hecho o, incluso, ilegítima; o como posesión concedida o tolerada.

11.- Si en el pasado, la institución jurídica dio lugar a controversia y a eclosión social, hoy en día su misma definición crea resistencias, dudas y

jurisprudencia contradictoria. Sus expresiones sociales son aún menos pacíficas, tanto a lo largo de sociedades desarrolladas como en las sub desarrolladas. Entre ellas se abre paso el postulado del principio del destino universal de los bienes.

12.- Entre las manifestaciones de evolución más notorias se puede hacer referencia a la suscitada en la Ciudad Eterna, la cuna del Derecho Romano, que ha prohijado las versiones tercermundistas de la ocupación precaria. Roma ya le ha puesto un apelativo: la ocupación pidgin (Pidgin Cities) Lo que en Glasgow se conoce como Pop Up cities. En todo caso se trata de la ocupación no regulada o ilegal de espacios en la ciudad por parte de desposeídos y, hoy en día, la posesión inmediata que ejercen de facto, parias e inmigrantes: Y no está lejos de convertirse en una vía de renovación de los barrios en la ciudad, en una forma alambicada de Derecho Real. En un tipo de asentamiento, la ocupación pidgin, que favorece la proliferación de nuevas formas de ciudadanía.

13.- *Pidgin* deriva de la incorrecta pronunciación que los chinos hacían del vocablo inglés *business*. La necesidad primero y la costumbre, después, dejaron establecido que los ingleses deberían decir "pidgin" en lugar de *business*, cuando querían comerciar con los chinos -cambiando su propio lenguaje para hacerse comprender. Para comerciar y hablar *pidgin* hubo que aceptar el error lingüístico, estar dispuesto a equivocarse deliberadamente, y a no querer corregir ni corregirse, ni determinar las cosas, sino dejarse llevar por lo imprevisible. No sólo por lo conveniente que resultaba el comercio chino, sino porque no se avizoraba alternativa a la tolerancia y aceptación del error.

14.- En la Roma del s.XXI, el envejecimiento de la población y la subsecuente migración internacional han alcanzado niveles inéditos, produciendo fenómenos urbanos imprevistos y los consiguientes problemas socio- jurídicos a los que no escapan los Derechos Reales. La ocupación pidgin de espacios rebeldes con vocación pública es la que está emergiendo de los grupos de inmigrantes y de su interacción con los barrios ya consolidados de la capital italiana. Tal como ha ocurrido en el interior del IV Pleno Casatorio, para entender la ocupación pidgin y a su colega, la ocupación precaria, hay que liberarse del miedo a equivocarse a errar deliberadamente, a preferir la justicia y a estar disponibles para ponderar las nuevas interacciones.

15.- No obstante, el esquema básico aún no es sustituido: En los interdictos prohibitorios para retener la posesión prevalece el que está actualmente asentado en el inmueble. Es el mismo interdicto *«uti possidetis»* en cuya fórmula romana clásica se asienta la cláusula consabida que estableció que sólo puede prevalecer el que no lesiona la posición del contrario por un acto de violencia o con un vicio de su posesión. Aunque esta cláusula aún tiene un efecto relativo: cuando el poseedor con «vicio» no deriva su posesión del adversario *(ab altero),* sino de otra persona cualquiera, entonces tal defectuosa derivación no le impediría prevalecer en el interdicto contra su adversario.

16.- En la ocupación precaria peruana está latente la propia red de espacios rebeldes con vocación pública, paralela a las prácticas

informales de las ocupaciones pidgin de Roma. No sólo se trata de precarios en la clásica acepción o en la que da el art. 911 del Código Civil[40]. La metodología de ocupación ya permite elaborar mapas de liberación de espacios abandonados de la ciudad -en particular los bienes abandonados debido a la especulación inmobiliaria, aquellos adquiridos por las mafias, o el patrimonio hereditario o público vacantes o en tela de juicio. Roma posee muchos de estos inmuebles urbanos vacantes que han sido abandonados o dejados desiertos por las costumbres individualistas del consumismo en los nuevos estilos de vida urbanos occidentales; o por las crisis de las antiguas industrias.

17.- En el Perú, la situación se agrava por las derivaciones de la intensa presión del mercado inmobiliario; pero, tanto como en Roma, el auge de la ocupación precaria columbra un cambio socio jurídico más profundo que la simple renovación física de espacios abandonados. Este fenómeno de "neo liberación" de espacios abandonados resulta siendo una clave interesante para interpretar las nuevas realidades sociales - supuestamente libradas al devaneo de las fuerzas del mercado.

18.- Las ocupaciones de inmuebles vacíos realizada por familias de todo el mundo avanza con más energía cuando los movimientos de lucha por el derecho a la vivienda, abrieran su lucha a familias inmigrantes, del extranjero o de las zonas más deprimidas del propio país, de extrema pobreza y de necesidad habitacional. En Roma, muchas de estas familias inmigrantes vivían en asentamientos informales, incluso debajo de puentes y autopistas, otras, víctimas de la recesión europea, habían perdido el trabajo y pasaban de una situación de bienestar a una de precariedad no prevista y a un destino incierto. Va en aumento el número de inmigrantes que luchan por sus derechos en primera persona.

19.- La incertidumbre legal y la endeble predictibilidad en sede judicial o administrativa contribuyen a que la nueva configuración eche mano al aforismo medieval "beati possessores" que aludía a la ventaja de los posesores inmediatos demandados frente a los demandantes, sobre cuyos hombros se atribuye la carga de la prueba. A tal dificultad de probanza se le encuentra similitud con la denominación de "probatio diabolica", que parece provenir de los "juicios del alma", - aquellas piezas judiciales del medioevo, representadas escénicamente en forma plástica en las que el Diablo, que pretende reivindicar la titularidad del Derecho Real para el Infierno, siempre acaba perdiendo, por defecto de prueba, ante el Ángel.

20.- Es en este nuevo desarrollo de los Derechos Reales en que el IV Pleno Casatorio Civil ha llegado mucho más allá de los paradigmas señalados por el Derecho Romano. Ha logrado remontarse al reconocimiento de la vigencia de la dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado y en la constante búsqueda del Bien común; entendido el Bien común como el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con que las personas, las familias y los grupos o asociaciones

---

[40] Código Civil - Posesión precaria
Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

pueden lograr, con mayor plenitud y facilidad, su propia perfección. (cf. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia).

21.- El intercambio de criterios entre jueces altamente calificados conduce a pergeñar que, al tratar cualquier ítem vinculado al Derecho Real, es imposible ignorar que el bien común exige facilitar a cada hombre (varón o mujer) todo lo necesario para que pueda acceder a una vida verdaderamente humana. Por ello y para ello se origina y se configura la sociedad, con su ordenamiento estructural (político, económico, jurídico, cultural). Por su naturaleza, el bien común está determinado esencialmente por la dignidad de todo ser humano: desde su fecundación. Mientras sus exigencias particulares derivan de las condiciones propias de cada época y lugar es obligación del Estado y de la sociedad adecuarse para satisfacer tales exigencias.

22.- Al atender a las exigencias del hombre en lo concerniente a los Derechos Reales se debe partir del enlace intrínseco que los vincula con el principio antropológico y con el del orden natural. Porque el bien común exige tener en cuenta la realidad completa de la persona, de manera que sus contenidos no pueden establecerse de manera arbitraria.

23.- No podría ofrecer soluciones jurídicas, valederas quien no fuese capaz de conocer realmente los genuinos contenidos del bien común, quien no tuviese un adecuado conocimiento de cuáles son las exigencias para ese logro y partiese de una concepción antropológica deficiente, que olvidase o negase alguno de los elementos que integran el ser personal del hombre.

24.- Ello implica la reiteración del deber de la judicatura de promover que todos los seres humanos puedan concretar la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral. Por eso, la aplicación de los postulados de la justicia social en el uso de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social. Y los que, de una y mil formas, ha tratado de asentarse a lo largo de la historia. Tales postulados exigen, a su vez, la práctica de otro pilar del Derecho: Los bienes – sean intelectuales o materiales– están destinados a todos.

25.- Es así que, ante la formulación de la ponencia, no se puede menos que volver a visitar el antiguo principio jurídico de solidaridad; i.e. la invocación al compromiso personal y comunitario con la opción preferencial por la dignidad de todos los seres humanos.

26.- Cada persona está llamada a alcanzar altísimas finalidades concordantes con su dignidad; pero, no podría prescindir de los bienes para responder a las necesidades. Especialmente a aquellas, sin cuya satisfacción su misma existencia física se torna inviable. Estas son las que devienen en indispensables para alimentarse y crecer material y espiritualmente; para comunicarse, y para constituirse en familias y grupos sociales -entre otras exigencias básicas.

27.- Del repaso de los hitos históricos se tiene que concluir que la aplicación del principio del destino universal de los bienes es el punto de partida de todo el ordenamiento ético-social.

28.- Es de tal trascendencia este principio que una comunidad humana se hunde en la depresión y la atrofia cuando se niega -a alguno, a muchos o

a algunos de los seres humanos que la integran- la posibilidad de disfrutar del bienestar necesario para su desarrollo integral.

29.- El postulado del destino universal de los bienes es un derecho natural, inherente a la naturaleza del hombre. Su vigor es, además, de la mayor necesidad si es que una comunidad se propone la salvaguarda de la justicia social y la solidaridad humana. No se pretenda ubicar este postulado en los catálogos del Derecho Positivo o en los de un determinado contexto histórico; más bien, en los anales de la lucha por la consolidación de la dignidad humana como supremo fin de la sociedad y del Estado. En ellos se reflejan con nitidez las frecuencias y las vibraciones de la sociedad. Y las del presente manifiestan un dantesco espectáculo de desigualdades materiales. La magia del admirable crecimiento macroeconómico actual sólo hace más clamorosa la miseria de importantes segmentos sociales. ¡Otra razón adicional para invocar la exigencia del destino universal de los bienes![41]

Por las razones expuestas, en esta sentencia dictada por el Pleno de magistrados de la Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República; en atención a los fundamentos alegados en este voto; y, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto en mayoría que: **a)** Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 610 a 611.

SS.

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

ESTEBAN MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA
25 JUL 2013

[41] **MATERIAL BIBLIOGRÁFICO CONSULTADO:**
-D'ORS, Álvaro. DERECHO ROMANO PRIVADO. Décima edición revisada. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 2004
-DE VALDIVIA CANO, Ramiro. DERECHO CONSTITUCIONAL I. Texto Universitario. Edición El Catoliquito. Arequipa, 2009
-ROMÁN MANRIQUE, Benjamín. DERECHO ROMANO. Texto Universitario. Universidad Católica de Santa María. Arequipa, 1970.
PÁGINAS WEB CONSULTADAS
http://www.agtvm.com/Arrendamiento.Precio..htm 2012.08.14
http://www.pidginperfect.com/index.php?/architecture/the-pop-up-city/
http://www.bing.com/search?q=cOMPENDIO+DE+LA+DOCTRINA+SOCIAL+CAT%C3%93LICA&src=IE-SearchBox&FORM=IE8SRC

La Secretaria que suscribe certifica que, además de los considerandos precedentes, el voto singular de la señora Ana María Aranda Rodríguez, Jueza de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, es como sigue:

I. INTRODUCCIÓN
II. CONCEPTO DE POSESIÓN
III. SERVIDOR DE LA POSESIÓN
IV. CLASIFICACIÓN DE POSESIÓN
V. POSESIÓN PRECARIA
VI. TITULO
VII. ACUMULACIÓN
VIII. DEFENSA POSESORIA

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente pleno casatorio ha sido desarrollado no sólo en atención a las decisiones dispares que reiteradamente han llegado a la Corte Suprema de Justicia de la República, sino y sobre todo, dado el gran impacto que ha producido en nuestra sociedad la ocupación de bienes inmuebles.
2. Se considera que es necesario que esta sede casatoria brinde las pautas adecuadas a fin que las instancias de mérito, puedan decidir con criterio uniforme en los casos en que se está frente a una ocupación precaria, evitando la inseguridad jurídica de quienes ostentan algún derecho sobre determinados bienes. Nuestro ordenamiento procesal civil ha diseñado una vía expeditiva para conocer el proceso de desalojo por ocupación precaria, que es la vía procedimental sumarísima, que muestra un trámite célere, a fin de lograr la pronta restitución de cualquier bien.
3. Comprendiendo esta situación, la labor de la Corte Suprema de Justicia de la República no puede ser ajena al perjuicio que se genera tanto en las titularidades sobre los bienes como en el normal desarrollo del tráfico jurídico de éstos, que se ve afectado por quienes no ostentan ni título ni causa jurídica alguna que los ampare en la ocupación de los inmuebles, encareciendo su transferencia al trasladar los costes económicos que supone esta situación anómala, dado que *si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos*[42].
4. La trascendencia de este pleno casatorio se puede apreciar en la decisión adoptada en mayoría, la cual recoge el desarrollo jurisprudencial de varias décadas de nuestra institución, las posiciones doctrinarias e interpretación normativa que los jueces han venido considerando, y permite presentar de una manera clara las reglas que serán de observancia obligatoria para toda la judicatura, quienes son los

[42] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Los sistemas de transferencia de propiedad y la propiedad inconclusa. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores. Primera Reimpresión. Octubre de 2009. p 183.

encargados de impartir justicia en el caso concreto, en un tema de gran impacto social entre nosotros como es el desalojo por ocupación precaria.

II. CONCEPTO DE POSESIÓN

5. La posesión, como la tenemos regulada entre nosotros, responde a la concepción objetiva de ella, tributaria de Ihering, que es la asumida por los diferentes tratadistas nacionales, y que ha establecido que *la posesión nace del contacto del hombre con la tierra; exterioriza un estado de hecho*[43], y ha sido conforme a esta concepción que fue desarrollada en el Segundo Pleno Casatorio Civil, en su considerando 25, precisándose que *(...) la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia (...).*

6. Sobre el particular, cabe precisar que la posesión se encuentra taxativamente regulada en el artículo 896 del Código Civil, el cual establece que *es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*, y ello es importante para señalar que la posesión entre nosotros no depende de la voluntad del sujeto sino del ejercicio de hecho del sujeto sobre el bien; por ello es que, quien aparece en la realidad fáctica como el que ejerce el derecho de uso del bien es a quien se considera el poseedor del mismo; razón por la cual, en nuestro sistema no existen ni posesiones abstractas ni posesiones fictas.

7. Es importante tener en cuenta que *la posesión lejos de ser en todo caso un mero estar nutrido de ventajas o renuncias, ha de ser considerada también, desde el punto de vista jurídico, como instrumento de reforma y del cambio social*[44], dado que si bien el ejercicio del derecho de posesión compete a su titular, éste debe realizarse en armonía al sustrato económico y social en el cual se desenvuelve el sujeto de derecho.

III. SERVIDOR DE LA POSESIÓN

8. Sin perjuicio de lo antes señalado, queda absolutamente claro que el servidor de la posesión no es un poseedor, conforme lo establece el artículo 897 del Código Civil, cuando señala que, *no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas;* y ello es así en razón que *el servidor de la posesión ejerce la misma en nombre de otro, que la tiene. Su estatuto es*

---

[43] CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones del Derecho Civil. Los Derechos Reales. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de San Marcos. Tomo I. 1965. p 9.
[44] HERNANDEZ GIL, Antonio. La función social de la posesión. Madrid: Alianza Editorial. 1969. p 67.

puramente negativo; nos dice sólo quien no es poseedor. Mientras las cosas estén en manos del servidor de la posesión se han de considerar a todos los efectos jurídicos como si estuvieran en las manos del poseedor[45].

9. Fue siguiendo la línea legislativa antes señalada que, en el Segundo Pleno Casatorio, en su considerando 35, se precisó que *(...) el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones.* Ello implica que en este caso, a pesar del ejercicio de hecho del uso del bien, éste no lo realiza para sí mismo, sino para otro, quien es el titular del ejercicio del derecho de posesión, de quien depende, y de quien recibe órdenes e instrucciones pero no como un representante sino como un dependiente.

IV. CLASIFICACIONES DE POSESIÓN

4.1. POSEEDOR MEDIATO E INMEDIATO

10. Nuestro cuerpo normativo civil en el artículo 905 establece que *Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.* En efecto, *el poseedor mediato posee por medio del poseedor inmediato, que es la persona que por estar ligada con una relación jurídica a aquél se halla en una posesión directa con la cosa*[46].

11. Este desarrollo normativo, fue reseñado también en el Segundo Pleno Casatorio Civil en su considerando 33, estableciendo *(...) conforme a lo expresado por Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor 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).*

12. Asimismo, el citado pleno Casatorio precisó en el considerando 34 que *(...) lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única*

---

[45] DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos. Sexta Edición. Vol III. 1997. p 109.
[46] DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. Op., cit., 107.

manera de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata.
13. Sobre el particular, cabe precisar que es a partir de esta norma que se puede apreciar que el legislador utiliza el término "título", que ha sido interpretado de diversas maneras y que se desarrollará más adelante.

4.2. POSESIÓN LEGITIMA E ILEGITIMA

14. Si bien, nuestro Código Civil no ha estatuido una segunda clasificación de la posesión, ésta se puede interpretar a partir de lo establecido en el artículo 906 de nuestra norma sustancial, la cual establece que *La posesión ilegitima 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.* De esta manera, *la posesión legítima es la que se conforma con el derecho mientras que la ilegítima es la contraria al derecho*[47]. Siendo ello así, en esta norma, además de referirse nuevamente a la expresión *"Título"*, se establece la existencia de la posesión ilegítima de buena fe, y en la norma siguiente, artículo 907, consigna hasta cuándo puede señalarse que existe esta buena fe; es por ello que, también podemos interpretar a contrario, que existe una posesión ilegítima de mala fe, cuando no cumple con los requisitos antes precisados, y que adicionalmente, como contrapartida del concepto de posesión ilegítima, también puede interpretarse a contrario, la existencia de una posesión legítima, que vendría ser la ejercida conforme al derecho vigente.

V. POSESIÓN PRECARIA

5.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

15. A parte de una clasificación taxativa de posesión, mediata e inmediata, y otra que puede ser establecida vía interpretación normativa, conforme lo hemos señalado precedentemente, legítima e ilegitima; nuestro Código Civil ha establecido en el artículo 911 del Código Civil, otro supuesto de posesión, que no tiene antecedentes legislativos en nuestros dos cuerpos normativos civiles anteriores, Código Civil de 1852 y Código Civil de 1936.
16. El artículo 911 del Código Civil de 1984 establece que *La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.* Siendo, *Lucrecia Maish Von Humboldt quien la consideró en el artículo 80 de su proyecto y así ha sido recogida por el artículo 911*[48].

---

[47] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. La posesión ilegítima o precaria. En: Themis Revista de Derecho, editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 4, Segunda Época. 1986. p 59.
[48] ARIAS-SCREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Normas Legales. Segunda Edición. Tomo III Derechos Reales. Diciembre 2011. p 123.

17. La posesión precaria es la que ha suscitado una serie de disquisiciones, debates y posiciones contrapuestas, pues su definición no es pacífica; sin embargo, lo que sí debe quedar claramente establecido, es que la posesión precaria se encuadra en lo que el Código Civil de 1984 establece como posesión ilegitima, porque es la que se ejerce sin título o porque su título ha fenecido.
18. Siendo ello así, la posesión precaria, es un supuesto específico de posesión ilegítima, que ha logrado su consagración legislativa en el artículo 911 del Código Civil, luego de un largo desarrollo jurisprudencial, como lo veremos en el punto siguiente.

5.1. EL CONCEPTO DE PRECARIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1912

19. Si bien la posesión precaria, como lo hemos señalado precedentemente, no tiene antecedentes en los cuerpos normativos civiles; si lo tiene en la norma procesal anterior, concretamente en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que en su artículo 970, señala que *Hay acción de desahucio para recuperar bienes sujetos en los casos de los artículos 1002, 1006 y 1174 del Código Civil, sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas. Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión.*
20. Es a partir de la interpretación de la norma antes reseñada, por parte de la judicatura nacional, que empieza a desarrollarse jurisprudencialmente el concepto de precario, y que por cierto, produjo una dispar jurisprudencia, al punto que, como lo hemos precisado, la Dra. Lucrecia Maish Von Humboldt, consideró necesario plasmarla legislativamente para así encontrar la unificación de la interpretación de este concepto, que desde sus inicios, en sede nacional, ha sido fruto del desarrollo jurisprudencial de más de 80 años, y que este pleno casatorio acertadamente ha desarrollado para unificar criterios.

5.2. JURISPRUDENCIA DEL USO PRECARIO ANTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

21. Es en base al artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, que se comenzó a elaborar la jurisprudencia del uso precario, pero debe tenerse en cuenta que en aquel momento, se encontraba aún vigente el Código Civil de 1852, que en su artículo 452 establecía que *Posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí.* En esta norma podemos apreciar de manera contundente la influencia de Friedrich Karl von Savigny, para quien resultaba fundamental el ánimo de poseer, por lo que nuestro primer cuerpo normativo civil se alineaba en torno a la posición subjetiva de la posesión.

22. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, mientras estuvo vigente el Código Civil de 1852, desarrolló la siguiente jurisprudencia:

> *El ocupante sin título puede ser desahuciado por el que posee el bien como propietario.- A.J. 1919. Pág. 68*[49].
> *Quien no prueba que ocupa el inmueble como arrendatario se encuentra en la condición de ocupante precario.- Procede el desahucio.- A.J. 1934, pág. 178.- R. de T. 1934, pág. 368.- Rev J. P. 1968, pág. 764*[50].
> *El que ocupa el bien por concesión graciosa del propietario, es ocupante precario. Procede el desahucio. A.J. 1915, pág. 208*[51].

En esta última jurisprudencia puede notarse como es que, como lo señala Savigny, es la voluntad de quien concede la posesión, el signo distintivo de ésta.

23. Nuestra evolución normativa en el Código Civil de 1936, consagra legislativamente el artículo 824, el cual establece que *es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos.* Es a partir de esta norma que nuestro sistema se adscribe a la corriente objetiva de la posesión, cuyo referente fue Caspar Rudolf von Ihering, al considerar que es el ejercicio de hecho y no el ánimo de poseer, el signo distintivo de la posesión.

24. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, mientras estuvo vigente el Código Civil de 1936, desarrolló la siguiente jurisprudencia:

> *Procede el desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno y, además, anteriormente fue vencido en un juicio de reivindicación del mismo bien.- Rev Juríd. 1961, N° 1, pág 31*[52].
> *Si el demandado no prueba que paga merced conductiva, se encuentra en la condición de ocupante precario, contra quien procede el desahucio.- "El Peruano", 5 Nov. de 1952.- A.J. 1966, pág. 118*[53].
> *Es ocupante precario el que ocupa una casa-habitación, que estuvo alquilada a otra persona, sin mediar contrato de arrendamiento, ni pagar merced conductiva.- A.J. 1947, pág. 243.- Rev. del F. 1959, N° 3, pág. 718*[54].
> *Es precario el que ocupa un inmueble sin título ninguno y sin pagar merced conductiva, aunque invoque a su favor la donación del mismo, si ésta no consta de escritura pública.- Rev. J. P. 1962, pág. 331; 1967, pág. 941*[55].

---

[49] GUZMAN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Civiles. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. Cuarta Edición. 1982. p 1002.
[50] Ibid.
[51] Ibid.
[52] GUZMAN FERRER, Fernando. Op., cit., p 1001.
[53] GUZMAN FERRER, Fernando. Op., cit., p 1002.
[54] Ibid.
[55] GUZMAN FERRER, Fernando. Op., cit., pp 1002 a 1003.

25. En la jurisprudencia reseñada, se hace evidente que ya no es la sola voluntad la que distingue el ejercicio de la posesión, sino que es el ejercicio de hecho, y un elemento adicional, que resulta importante en la concepción de precario que hoy tenemos regulada, el "Título", concepto que desarrollaremos a continuación.

VI. TÍTULO

26. El tema en debate en la posesión precaria, el sustento del mismo, se centra particularmente para nosotros, en lo que entendemos por *"Título"*, y para ello nos vamos a referir a una serie de definiciones, empezando por la que establece el lenguaje español en el Diccionario de la Lengua Española[56], el cual utilizamos una gran mayoría de peruanos, y en donde el título puede entenderse tanto como la causa, razón o motivo de algo, así como el documento jurídico que otorga un derecho.

27. En el lenguaje jurídico, *Título*[57][58] puede entenderse como causa, razón o motivo jurídico, y lo apreciamos cuando nuestro ordenamiento entiende que el título es el fundamento jurídico por el que se alega algo, ergo, la justificación jurídica del mismo invocada por el sujeto de derecho, no sólo es el documento, que es otra de las acepciones de título; lo cual

---

[56] ***Título:*** *(Del lat. titulus). m. Palabra o frase con que se da a conocer el nombre o asunto de una obra o de cada una de las partes o divisiones de un escrito. // 2. Renombre o distintivo con que se conoce a alguien por sus cualidades o sus acciones. // 3. Causa, razón, motivo o pretexto. // 4. Documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación (...).* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. España: Mateu Cromo Artes Gráficas S.A. Vigésimo Segunda Edición. Tomo 10. 2001. p 1483.

[57] ***Título:*** *Origen. Causa. Razón. Motivo, Pretexto // Instrumento o diploma que acredita la legitimidad de una profesión // Origen o fundamento jurídico de un derecho, potestad u obligación, y demostración fehaciente del mismo. // Por ejemplo, los testimonios de las escrituras públicas de dominio debidamente inscritas en los Registros Públicos, constituyen título de propiedad legítimo para su dueño. // Documento en el cual consta una obligación de carácter mercantil. // Para Capitant, es causa o fundamento jurídico de un derecho, por ejemplo: acto a título oneroso o a título gratuito; justo título, título de nobleza. En otra acepción, según el mismo autor, dícese del documento escrito redactado con el fin de consignar un acto jurídico o un acto material que puede producir efectos jurídicos (...).* FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. Lima: Marsol Editores S.A. Volumen 4. 1987. pp 344 a 345.

[58] ***Título:*** *Palabra o frase que da a conocer algo. Renombre adquirido por acciones especiales. / Origen, causa, razón. / Pretexto, excusa. / Instrumento, documento, diploma que acredita determinados estudios, la legalidad de la profesión o la de un nombramiento. / En términos legislativos, una de las principales divisiones de los cuerpos legales; que suele seguir a los libros en importancia y atender a los capítulos (v.). / Fundamento de un derecho u obligación. / Documento que prueba una relación jurídica. / Demostración autentica del derecho con que se posee. / Dignidad nobiliaria. / Persona que la ostenta. / Documento que acredita una deuda pública o valor mercantil (...).* CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires: Heliasta. Vigésimo Novena Edición. Tomo VIII. 2006. p 112.

debemos tener como premisa, para una adecuada interpretación del artículo 911 del Código Civil, y que deberá ser analizado por los magistrados cuando les corresponda impartir justicia en el caso a resolver, a propósito de las pretensiones de desalojo por ocupación precaria, teniendo como base a las categorías generales que presentamos a continuación.

6.1. HECHO JURÍDICO

28. Todo hecho no es relevante para el derecho, para ello se requiere que éste haya sido apreciado por nuestro ordenamiento jurídico, y en razón de ello *la juridicidad de un hecho se plantea, (...) generalmente en relación estrecha con la existencia de una norma*[59].
29. De esta manera *el modelo del hecho jurídico en sentido estricto se da, con seguridad, en todos los casos en los cuales se toman en consideración solamente eventos naturales o, bien se toman, indiferentemente, eventos naturales y comportamientos humanos*[60]. Siendo ello así, debemos tener en cuenta que un hecho jurídico es un acaecimiento, la producción de un evento, algo que sucede pero que tiene consecuencias jurídicas.

6.2. ACTO JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO

30. Corresponde precisar que *en el acto jurídico en sentido estricto sería necesario, como también suficiente, que se quiera ejecutar el comportamiento como tal. Sería relevante la mera voluntariedad del acto y no el fin jurídico ("el propósito") para el cual se le ejecuta*[61]. El acto jurídico en sentido estricto tiene como base a la voluntad de realizar el mismo, pero es independiente del efecto jurídico que se busca.
31. No todos los actos jurídicos son negocios jurídicos, desde que aquellos producen sus efectos con independencia de lo que las partes buscan.

6.3. NEGOCIO JURÍDICO

32. Los negocios jurídicos están *caracterizados por el propósito (en el sentido de que para el derecho es relevante, a más del evento y la voluntariedad del comportamiento, el fin práctico que el sujeto pretende)*[62].
33. Un negocio jurídico constituye la autorregulación de intereses de las partes, que se produce no solo por la mera voluntariedad del comportamiento de éstos para celebrarlos, sino que además de

---

[59] BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia. Tomo I, Volumen 2 Hechos y Actos Jurídicos. Traducción Fernando Hinestrosa. p 563.
[60] BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Op., cit., p 575.
[61] BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Op., cit., p 578.
[62] BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECIA y otros. Op., cit., p 572 a 573.

plasmarse en cuanto tal, buscan un propósito, que es el efecto recogido por el ordenamiento jurídico.

34. De esta manera, *los actos jurídicos en sentido estricto tienen lugar cuando no hay negocio. Se trata de actos voluntarios –no hechos- (que producen efectos jurídicos) y hay negocio cuando el autor o autores declaran su voluntad, a efectos de autoregular sus propios intereses, con la consecuencia de crear (modificar o extinguir) o regular relaciones jurídicas*[63].

35. En atención a lo expuesto, consideramos que los jueces de mérito deben propender a realizar un meditado análisis de las categorías jurídicas previamente reseñadas, para establecer si la posesión que ejerce la parte demandada en un proceso de desalojo por ocupación precaria, se sustenta en un título posesorio o si éste ha fenecido. Ello no implica un pronunciamiento sobre la prevalencia o ineficacia del mismo, salvo que se trate de nulidades manifiestas o que dentro del mismo proceso pueda determinarse la falta de idoneidad del título, sin desnaturalizar la vía procedimental sumarísima.

VII ACUMULACIÓN

36. Las normas de acumulación de pretensiones, la verdadera acumulación, así como de reunión de sujetos procesales, desarrollada a través del instituto del litisconsorcio, se encuentran previstas a partir de los artículos 83 y siguientes del Código Procesal Civil.

37. La acumulación de pretensiones, es en suma la reunión de pretensiones sobre la base de la conexidad de éstas, conforme lo establece el artículo 84 del Código Procesal Civil, pues *se requiere de un factor de relación entre las distintas pretensiones para que éstas puedan ser reunidas o acumuladas*[64].

38. De esta manera, la conexidad se aprecia en la misma estructura de la pretensión, tanto en su objeto, el pedido concreto de aplicación, como la causa de pedir de ésta, que estará constituida por los fundamentos que cada sujeto procesal sustenta en base a su pedido.

39. En el caso del proceso de desalojo por ocupación precaria, teniendo en cuenta que el objeto del proceso se centra en determinar respecto a la parte demandada, la existencia de título que justifique la posesión o su ausencia, o si teniendo título éste ha fenecido; corresponde a la judicatura rechazar de plano todo pedido de acumulación que pretenda ser deducida en autos por parte del demandado, más aún cuando nos encontramos en un proceso cuya tramitación se realiza en la vía sumarísima, que está destinado a atender asuntos que no requieren de mayor complejidad, por ende no están previstas mayores actuaciones procesales, razón por la cual este instituto procesal debe ser rechazado al pretenderse incluir en el

---

[63] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto Jurídico Negocial. Lima: Gaceta Jurídica. Abril de 2008. p 41.

[64] MATHEUS LOPEZ, Carlos. Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal. Lima: Palestra. 2001. p 67.

objeto del proceso de desalojo por ocupación precaria, controversias ajenas a lo que hemos reseñado precedentemente.

VIII DEFENSA POSESORIA

40. El derecho a la posesión, también puede ser objeto de tutela a través de las llamadas defensas posesorias, nos referimos a los interdictos de recobrar así como a los interdictos de retener; vencido el plazo de prescripción de un año, luego de producido el hecho que fundamenta la demanda, previsto en el artículo 601 del Código Procesal Civil, sin haberse ejercitado la acción interdictal, el poseedor tiene expedito su derecho para promover las acciones posesorias.
41. Estimamos, que luego de vencido el plazo antes señalado, quien ha sido despojado, podrá iniciar otro proceso, incluyendo el desalojo por ocupación precaria, teniendo en cuenta que ahora deberá acreditar como parte demandante, su derecho a poseer en tanto que deberá establecerse en el proceso si el demandado tiene título o no, o si su título ha fenecido, para justificar la posesión que ostenta.
42. Se considera pertinente mencionar, que quién promueve un proceso de desalojo por ocupación precaria debe estar premunido de alguna de las calidades previstas en el artículo 586 del Código Procesal Civil, es decir demostrar que tiene derecho a la restitución del bien, y como se ha referido con anterioridad, alegar que la parte demandada carece de título justificativo de la posesión que exhibe.
43. Negar lo anterior, es decir, sostener que no es viable promover un proceso de desalojo en estos casos, daría lugar a limitar de manera inconstitucional el derecho de acción de los justiciables, en su contenido de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, vulnerándose el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, desnaturalizando la esencia de un Estado Constitucional de Derecho como es el caso del Perú; asimismo, se estaría inaplicando el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece de manera taxativa que *Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso,* norma que constituye el desarrollo legal de la previsión constitucional antes precisada.
45. En esa misma línea de pensamiento, reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, sostiene que uno de los contenidos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, conforme lo ha establecido en el fundamento jurídico 08 de la STC 763-2005-AA/TC, el cual precisa que *cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura prima facie, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, se sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el*

órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un procedimiento cualquiera que sea su resultado.

S.

ARANDA RODRÍGUEZ

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA
25 JUL 2013

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Secretaria que suscribe certifica que el voto en minoría de los señores jueces supremos Ponce de Mier; Valcárcel Saldaña; Miranda Molina y Chaves Zapater es como sigue:

Quienes suscriben este voto en minoría expresamente hacen constar que concuerdan con la parte resolutiva de la sentencia del presente Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República en cuanto declara infundadado el recurso de casación interpuesto por doña Mirna Lisbeth Panduro Abarca consecuentemente no casa la resolución de vista obrante de fojas 610 al 611 de fecha 08 de abril de 2011 expedida por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali y lo determinado en el literal a) del Fallo; en tanto que no concordamos con los puntos que establecen doctrina jurisprudencial vinculante ni con las consideraciones pertinentes que la sustentan, conforme a los siguientes fundamentos:

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

A. El procedimiento predeterminado por ley.-

Nuestra Constitución reconoce este derecho fundamental en el artículo 139 inciso 3 en cuanto dispone: "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos."

A su turno, nuestro Código Procesal establece normas que determinan expresamente la vía procedimental para los asuntos o litigios, dependiendo de la naturaleza de la pretensión o su cuantía, pero al mismo tiempo contiene normas flexibles que permiten al Juez adecuar la vía procedimental, siempre que considere atendible su empleo.

El proceso judicial, en principio, es unitario; constituye un conjunto de actos que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado; no obstante, atendiendo a la finalidad de la pretensión que

constituye su objeto o a la complejidad o urgencia de tutela del derecho material, los procesos contenciosos se clasifican en: a) Proceso de declaración o de conocimiento; b) Proceso de ejecución y c) Proceso cautelar.

Para Lino Enrique Palacio[65], el proceso de declaración, llamado también de conocimiento o de cognición, persigue que el órgano jurisdiccional declare la existencia o inexistencia de un derecho (o derechos) sustantivo (una relación jurídica sustancial o una relación jurídica) invocada en la demanda por el actor; persigue, por tanto, eliminar la incertidumbre que obstaculiza o traba el ejercicio regular de aquel derecho sustantivo, o la efectividad o consecuencia de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, brindando la seguridad jurídica que no existe o existe precariamente en las relaciones humanas, con relevancia para el derecho.

Como sostiene Monroy Gálvez[66], la intervención de un Juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, dependiendo de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al Juez y a las partes, siendo que esta variación determina precisamente la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento: a los más amplios se les denomina *de conocimiento propiamente dichos*, a aquellos en los que los plazos se han reducido se les conoce como *abreviados*, y a los procesos en los que el debate se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *sumarísimos*.

En el proceso de ejecución no se discute la existencia o inexistencia de un derecho; por el contrario, existe un derecho cierto o presumiblemente cierto contenido en los llamados títulos de ejecución, sean estos de naturaleza judicial (sentencia o laudo arbitral firme) o extrajudicial (como la letra de cambio o el pagaré), a los cuales la ley concede la ejecución forzada, sin que sea necesaria la previa declaración positiva de certeza.

Finalmente, el proceso cautelar tiene por finalidad obtener de la prestación jurisdiccional que se adopten medidas para conservar o preservar la situación de hecho o de derecho mientras el órgano jurisdiccional dicte sentencia final, previniendo así los posibles daños que se pudieran causar debido a la demora en la composición del litigio. Agrega en este punto Lino Enrique Palacio, citando a Liebman, que: "La función que el juez cumple en esta clase de procesos no es ajena, desde luego, a todo conocimiento. No se trata, sin embargo, de un conocimiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino de un conocimiento periférico o superficial tendiente a formular un pronunciamiento de simple probabilidad acerca de la existencia del derecho que se discute en el proceso principal."[67]

B. El proceso de conocimiento o de cognición.-

---

[65] Cfr.: PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil, Tomo I.* Segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; pp. 304 y ss.

[66] Cfr.: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso.* Primera edición, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007; p. 273.

[67] PALACIO, Lino Enrique. Ob.Cit.; p. 308.

Nuestro Código Procesal Civil vigente adoptó la precitada clasificación de los procesos contenciosos en conocimiento, de ejecución y cautelar. Particularmente, respecto del proceso de conocimiento previó una sub clasificación, atendiendo a la necesidad, complejidad y urgencia de las materias sometidas a la jurisdicción, de tal manera que dicho proceso comprende: b.1) el proceso de conocimiento propiamente dicho; b.2) el proceso abreviado; y, b.3) el proceso sumarísimo.

b.1. El proceso de conocimiento propiamente dicho: Se distingue por ser el más completo, así como por la amplitud de los plazos previstos para cada una de las actuaciones procesales, concediendo un amplio margen para la acreditación de los hechos alegados por las partes, en atención a la naturaleza compleja de las pretensiones que se discuten o a su alta estimación patrimonial.
Según el artículo 475 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29057, acceden al proceso de conocimiento los asuntos contenciosos que: 1) No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación; 2) la estimación patrimonial del petitorio sea mayor de mil Unidades de Referencia Procesal; 3) son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su procedencia; 4) el demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y, 5) los demás que la ley señale.

b.2. El proceso abreviado: Se caracteriza, precisamente, por la abreviación o reducción de los plazos, así como de las actuaciones procesales, en razón a la menor complejidad de las causas tramitadas en esta vía o su reducido valor económico.
Acceden al proceso abreviado, según lo dispuesto en el artículo 486 del mismo cuerpo normativo, también modificado por Ley 29057, los siguientes asuntos contenciosos: 1) Retracto; 2) título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación de áreas o linderos; 3) responsabilidad civil de los Jueces; 4) expropiación; 5) tercería; 6) impugnación de acto o resolución administrativa; 7) la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de cien y hasta mil Unidades de Referencia Procesal; 8) los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y, 9) los demás que la ley señale.

b.3. El proceso sumarísimo: Es el proceso de cognición reducido a su mínima expresión, tanto en lo que se refiere en actuaciones procesales como a plazos, de forma tal que, inmediatamente después de concluir la etapa postulatoria, el juez se encuentra habilitado a sanear el proceso, fijar puntos controvertidos, admitir y actuar pruebas y emitir sentencia en un solo acto. Su existencia y regulación obedece a la necesidad de tutela

urgente y a la escasa complejidad de las materias sometidas a jurisdicción, por tanto, está prohibido en esta vía: reconvenir, informar sobre hechos y ofrecer medios probatorios en segunda instancia, entre otros.

En atención a lo normado en el artículo 546 del acotado Código Procesal, igualmente modificado por Ley 29057, se tramitan en la vía del proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: 1) Alimentos; 2) separación convencional y divorcio ulterior; 3) interdicción; 4) **desalojo**; 5) interdictos; 6) los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo; 7) aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y, 8) los demás que la ley señale.

C. El desalojo como proceso sumarísimo.-

Entre otras pretensiones, el Código de Procedimientos Civiles regulaba el llamado juicio de desahucio dentro del juicio de menor cuantía. Se asignaban como características de esta vía la reducción del término probatorio y la abreviación de los trámites para actuar las pruebas; la contestación, formulación de excepciones y reconvención debían proponerse sólo en el acto de comparendo, expidiéndose sentencia por el juez dentro de los diez días posteriores a su celebración.

Entendemos que el hecho de que el legislador hubiera regulado del juicio de desahucio dentro del proceso de menor cuantía encontraba su razón de ser en la finalidad concreta que perseguía: recuperar el uso del bien por quien lo entregó, ya sea en virtud de un contrato de locación conducción, o en virtud a un usufructo, o por simple acto de liberalidad transitoria o de amistad, revocable a voluntad de quien lo entregó. La falta de entrega o devolución del bien por la persona obligada o requerida a hacerlo habilitaba recurrir a esta vía procesal para concretar su recuperación.[68]

Las circunstancias que justificaron la regulación del juicio de desahucio dentro del llamado juicio de menor cuantía no han variado sustancialmente; por el contrario, se reafirmaron con la promulgación del actual Código Procesal Civil, que considera al proceso de desalojo dentro del proceso sumarísimo, caracterizado por incorporar en un solo acto (audiencia única) las principales actuaciones procesales, como son la conciliación, la resolución de excepciones, el saneamiento, la fijación de puntos controvertidos, la resolución de cuestiones probatorias, la actuación de pruebas y la emisión de la sentencia final.

Como en el caso regulado en el Código de Procedimientos Civiles, el legislador entendió que la única controversia planteada entre las partes –y no otra– era la restitución del bien por quien lo había entregado.

Nótese que la variación del texto del segundo párrafo del artículo 970 del Código de Procedimientos derogado, con el texto de los artículos 585 y 586 del Código Procesal vigente se circunscribe a la sustitución de los

---

[68] Cfr.: PINO CARPIO, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, Tomo IV.* Tipografía Peruana S.A., Lima, 1965; p. 43.

términos "recuperar" por "restituir", que en puridad tienen significados sinónimos, como explicaremos más adelante, así como también expondremos los fundamentos por los cuales en este proceso no puede resolverse otra cuestión distinta a la simple recuperación o restitución del bien.

Sin embargo, para un mejor entendimiento del tema, creemos necesario desarrollar los aspectos referidos a la precariedad a través de su devenir histórico, legislativo y jurisprudencial, para así poder tener una visión completa de lo que entendemos y debe entenderse acerca del desalojo por la causal de ocupación precaria.

II. EL PRECARIO.

A. En el derecho romano.-

En su primera fase evolutiva, la figura del precario se desenvuelve en el seno de la "clientela"[69] y la organización social de la "gens". Así, se presentaba como la concesión que el patrono hacía de determinadas extensiones de terreno que estaban bajo su posesión directa, sin que se requiera del cliente canon o tributo como pago o contraprestación por lo que recibía del patrono, aunque el transferente reservaba su potestad revocatoria, la cual podía darse en cualquier momento. Precisamente la palabra *precarium* proviene de *preces* que significa "ruego", pues el patrono daba la concesión o permiso para ocupar las tierras a ruego del cliente. Como refiere Aníbal Torres Vásquez respecto del precario, citando a Albaladejo, "específicamente se designa con este nombre a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocarla a su voluntad."[70]

Entonces tenemos que, para el derecho romano, la precariedad se distingue por tres características[71]: 1) la concesión o permiso que daba el patrono para la ocupación de sus tierras; 2) la liberalidad que implicaba el acto, al no exigirse contraprestación alguna, lo que no quiere decir que el precario no debiera fidelidad al patrono o realizara ciertos servicios a su favor; y 3) su revocabilidad, por la que se deja sin efecto la declaración de voluntad que permitía al precario el ejercicio de la posesión.

En su segunda fase, hace presencia la jurisdicción del pretor y, con ella, el surgimiento de especiales defensas para garantizar la institución del precario, que había alcanzado gran importancia debido al desarrollo del comercio y las ciudades. Estas defensas se desenvolvían en dos vías: a) La defensa a favor del concedente o *precario dans*; y, b) la otorgada a favor del precarista.

Son dos las defensas que se le reconocen a favor del concedente: i) el interdicto de precario y ii) la defensa indirecta. El interdicto de precario se

---

[69] Extranjeros voluntariamente sometidos al ejército beligerante o acogidos en Roma bajo protección de la *gens* o siervos manumitidos.

[70] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Derechos Reales, Tomo I*. IDEMSA, Lima, 2006; p. 388.

[71] Cfr.: MORENO MOCHOLI, Miguel. *El precario*. Segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1976; p. 60-65.

ejercita para recobrar la posesión automática de aquél que se niega a reintegrar la posesión cedida[72]. De otro lado, en cuanto a la defensa indirecta, ésta se ejercía a través de la autodefensa –sin intervención del pretor–, según la cual "(...) puede el concedente ocupar, por su propia autoridad, la cosa cedida reintegrándose en la posesión material de ella, para lo cual cabe utilizar la violencia, siempre que no sea mediante la fuerza armada (...)."[73]

Por su parte, la defensa del precarista descansaba básicamente en los llamados interdictos *retinendae possessionis* y *recuperandae possessionis*, que se ejercitaban ya sea para retener la posesión o para recuperarla[74]. Entre los primeros encontramos al interdicto *uti possidetis*, que impedía la perturbación violenta de la posesión; y así también tenemos el interdicto *utrubi*, destinado a retener la posesión de las cosas muebles. Entre los interdictos de recobrar citamos al interdicto *unde vi*, para repeler el despojo violento que se produjera sin armas, y finalmente el interdicto de *vi armata* para efectos de repeler el despojo valiéndose de las armas, sólo en el caso que éstas se hubieran empleado para despojarlo. Por su particularidad, este último interdicto no sólo podía ejercitarse contra el *precario dans*, sino también contra terceros.

B. En el derecho moderno.-

Señala Miguel Moreno Mocholi[75] que son dos los periodos que pueden distinguirse en esta etapa: 1) el periodo previo a la Codificación, que abarca una serie de disposiciones propias del Medioevo, pasando por las Ordenanzas Reales de Castilla hasta la Novísima Recopilación, en las que la figura del precario se diluye en figuras de tipo señorial en los que predomina la sumisión y el vasallaje; y, 2) así también se distingue el periodo de la Codificación, en donde se delinea la figura de lo que hoy conocemos como precario, como triunfo de la Revolución Francesa y subsecuente caída de las monarquías, y que supuso la abolición radical de las normas señoriales heredadas de la edad media (superioridad del señor frente al siervo), situando a ambos protagonistas en un mismo plano. No obstante, los códigos modernos no regularon expresamente la figura del precario o lo redujeron al papel de una modalidad contractual derivada del comodato.

En el Código Napoleónico la entrega en uso de un inmueble se reguló a través de la figura del comodato, en el que igualmente se dejaba a salvo la facultad del comodante a exigir la devolución del bien y la obligación del comodatario de devolverlo, y que en este caso el incumplimiento tornaba

---

[72] "Pero hay que tener en cuenta que se concedía no sólo al primitivo *precario dans*, sino a cualquiera adquiriente posterior. Y en este caso no es acertado considerar el interdicto como recuperatorio, porque el que reclama no había tenido nunca la cosa." Ibidem, p. 75.

[73] MORENO MOCHOLI, Miguel. Ob.cit.; p. 86.

[74] Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1983; pp. 258-262.

[75] Cfr.: MORENO MOCHOLI, Miguel. Ob.cit., pp. 284-289.

en precario al ocupante. Colin y Capitant, sin embargo, distinguen la figura del precario de la posesión precaria, que ejercía el colono, depositario y usufructuario, quienes poseen a nombre del arrendador, depositante y nudo propietario, respectivamente, reconociendo inclusive tal precariedad en los concesionarios del dominio público.[76]

C. En el derecho comparado.-

Como bien refiere Gonzales Barrón[77], los principales Códigos Occidentales no regulan de forma específica la posesión precaria y más bien se ha querido incorporar esta figura en el contrato de comodato a través de la concesión en uso de un inmueble con carácter revocable.
El Código Civil Italiano considera que el precario se origina por licencia del concedente, y tiene carácter revocable.
En el Código Civil Español se regula al comodato como el préstamo en uso de un bien no fungible a título gratuito. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.
El Código de Portugal también se refiere al comodato con similares características del Código Español (incluida la revocación en cualquier momento).
El Código de Austria ha precisado que sólo en el caso de indeterminación en el plazo de comodato se configura un préstamo precario.
El Código Alemán sigue la misma tónica de los Códigos comentados.
En este lado del continente, el Código Civil Argentino regula igualmente la figura del precario dentro del comodato, señalando que el mismo se configura cuando no se pacta su duración ni el uso que se le dará a la cosa, en cuyo caso el comodante puede solicitar la restitución de la cosa cuando quisiera.
En el mismo sentido, en el Código Chileno entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo igualmente la tenencia de las cosas ajenas sin contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño[78].

---

[76] Ibidem; pp. 290-291.
[77] GONZÁLES BARRÓN, Gunther. Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario. En: http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/precario_y_sus_vaivenes.pdf; p. 8.
[78] La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile ha entendido la mera tolerancia como "la exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia"; así también considera que la ignorancia no debe darse con respecto a la tenencia en sí sino respecto de su calificación jurídica, para lo cual había de considerar el grado de instrucción de quien demanda, pues el Diccionario de la Real Academia define el término ignorancia como "la falta de instrucción y noticias". Finalmente, la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato no sólo considera la carencia de estos actos jurídicos, sino de todo título o antecedente que justifique la tenencia. (Cfr.: LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel. *Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia*. En: Revista Jurídica de la Universidad Bernando O'Higgins Ars Boni et Aequi, Año 4, N° 8, Santiago de Chile, 2008; p. 93-94.)

Para el Código de Colombia, el comodato se torna en precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier momento. Así también constituye precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.
Gonzales Barrón, luego de analizar referencialmente los Códigos Italiano, Español, Argentino y Chileno, llega a la conclusión que la figura del precario en el derecho romano ha perdurado hasta el derecho moderno, con algunas variantes, y en tal sentido, "(...) está claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión en virtud a una liberalidad, por tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado a devolver el bien al primer requerimiento."[79]

III. PRECARIO Y COMODATO.

Pudiera afirmarse que la precariedad es una modalidad del comodato[80], en cuanto ambos se caracterizan por ser actos gratuitos, cuya finalidad o destino es el goce o disfrute de la cosa ajena sin pago o contraprestación. Es cierto que aquellas son sus similitudes, pero en realidad pueden darse sutiles diferencias entre uno y otro. La primera de ellas es que, a diferencia del comodato, cuyo plazo de duración puede ser determinado o indeterminado, ya por convención de ambas partes o por el cese de la situación que dio origen a la relación jurídica entre aquellas, el plazo de la precariedad es ciertamente indeterminado y está sujeto a la voluntad del dueño o propietario, quien con el solo ejercicio de su facultad revocatoria determina su conclusión.
La segunda y más significativa de las diferencias se configura con respecto al destino específico que se le atribuye al bien cedido. En el comodato este destino se encuentra definido, es decir, se encuentra establecido el uso concreto y determinado que se le dará al bien inmueble. En la precariedad, la entrega del bien tiene como destino genérico su ocupación, sin que el dueño o propietario asigne al ocupante un uso o destino específico.
Así lo ha establecido el Tribunal Supremo Español en su Sentencia del 02 de octubre del 2008, cuando al resolver la controversia suscitada entre el propietario del inmueble y quien fuera su nuera, ahora divorciada de su hijo, que se niega a desocupar el citado bien, estableció en su segundo considerando pautas para la distinción entre las figuras del comodato y del precario, siendo las principales:

---

[79] Gonzáles Barrón, Gunther. Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario; Ob.cit.; p.9.
[80] Así se reconocía en los Códigos Civiles de 1852 y 1936, el mismo que se configuraba cuando no se ha señalado el plazo ni se ha determinado el uso que se dará al bien cedido en comodato. Al respecto, José León Barandiarán sostenía que "el llamado precario es una sub-especie del comodato, no siendo pues un contrato distinto, a diferencia del antiguo contrato de precario del derecho romano." (Contratos en el Derecho Civil Peruano, Tomo II. Lima, 1975; p. 64).

A. Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista.
B. En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes.
C. Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista.

Esta sentencia no solo establece estas pautas sino que además nos ilustra el hecho concreto de que un comodato puede tornarse en precario, lo que ocurre cuando el destino o la finalidad concreta para el cual se ha cedido la cosa ha desaparecido. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo de España, la Sala estableció que si bien el inmueble fue cedido por el padre (propietario) al hijo para que éste lo ocupe conjuntamente con su familia como inmueble conyugal, sin embargo, al desaparecer la causa o finalidad para la cual se había cedido el inmueble –lo que tuvo lugar al concretarse el divorcio del hijo y romperse la convivencia conyugal– la situación de quien fuera nuera del propietario, e incluso la de su propio hijo, se torna en precarista, toda vez que "(...) al cesar la convivencia conyugal desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida." Por tanto, establece como **doctrina jurisprudencial** la siguiente: "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial."
En tal sentido, sobrevenida la ruptura de la sociedad conyugal, la vivienda pasa a ser ocupada por la ex esposa del hijo por mera tolerancia del propietario, quien puede requerir su devolución en cualquier momento.
Por cierto, aún cuando se trate de una doctrina jurisprudencial, la misma no puede ser entendida como solución única para todos los casos posibles. Resulta de suma importancia advertir las particularidades que importan a cada caso concreto y analizar las relaciones que existen entre la parte que pretende la restitución de la posesión del inmueble y quien lo detenta efectivamente, a fin de determinar si estamos ante un precario, un

comodato u otro derecho posesorio. Por ejemplo, en el caso donde la madre cedió a su hijo en uso un inmueble de su propiedad, para ser usado como vivienda familiar conjuntamente con la esposa de éste, no obstante lo cual sobrevino el resquebrajamiento de la relación conyugal, la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia del 21 de octubre del 2010, estableció que existía comodato en la posesión que detentaba la nuera, en razón de que la suegra –propietaria del bien– acompañó al hijo al Juzgado el día del juicio de divorcio, conoció lo que allí se pactó y estuvo de acuerdo con ello, consistiendo en el convenio por el cual ambos cónyuges pactaron que la custodia del hijo común se llevaría a cabo en la vivienda familiar, y que se ejercería en forma compartida y alternada por los padres (el padre los fines de semana y el resto la madre), hasta que el menor alcanzara independencia económica. Por tanto, habiéndose destinado un uso concreto al bien por un tiempo limitado, existe comodato.[81]

Cabe agregar que la sentencia del 02 de octubre del 2008 unificó la jurisprudencia española dispersa hasta ese momento, partiendo del análisis de la sentencia dictada por el mismo Tribunal Supremo el 26 de diciembre del 2005, en el que no solo se trató un caso similar de posesión del bien posterior a la ruptura del vínculo matrimonial, sino también se abordó el tema del comodato y la precariedad en los siguientes términos: "Ciertamente cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código Civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista.

2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el '[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella', por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño. Por lo tanto, cuando exista un contrato, que debe probarse por cualquiera de los medios aceptados en derecho, se aplicarán los efectos de este contrato; a falta de prueba del mismo, nos hallaremos ante un precario."

---

[81] Cfr.: ALONSO SAURA María Pilar y Francisco CARRILO VINADER. *"Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario"*. En: Revista Jurídica Región de Murcia, N° 40, Fundación Mariano Ruiz-Funes, Murcia, España, 2010; pp. 106-107.

Veremos más adelante que este razonamiento postulado por el Tribunal Supremo de España respecto de la conversión de la figura de comodatario en precario nos ayudará a interpretar los alcances del artículo 911 del Código Civil, particularmente en cuanto a al extremo que concibe la precariedad como fenecimiento del título para poseer.

IV. EL PRECARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO CIVIL.

A. El Código de Procedimientos Civiles.-

La figura del precario aparece específicamente regulada por primera vez en el artículo 970 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, referido a la acción de desahucio con el siguiente texto:

> ***Artículo 970.-*** *Hay acción de desahucio para recuperar bienes sujetos a enfiteusis, usufructo, uso o habitación en los casos de los artículos 1902, 1906 y 1174 del Código Civil*[82]*, sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas.*
> *Hay también acción de desahucio para* ***recuperar*** *bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión.* [el resaltado y subrayado es nuestro]

Remigio Pino Carpio sostiene que la precariedad a la que alude la segunda parte de este artículo se refiere "(...) a la tenencia sin título, proveniente de un acto de liberalidad o de amistad de su propietario y por tanto revocable en cualquier momento, razón por la que el tenedor no tiene ningún derecho para continuar su uso. Si ésta no fuera la estricta interpretación del caso en cuestión, no se explicaría la existencia de la segunda parte del numeral, pues bastarían los arts. 952, 953 y la primera parte del que estudiamos para cubrir todos los casos en que, conforme a los citados numerales procede el desahucio."[83]

Similar interpretación ha dado Francisco Velasco Gallo, para quien la precariedad a la que se refiere la norma procesal es la que ejerce el

---

[82] Se refería al Código Civil de 1852.

[83] PINO CARPIO, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles, Tomo IV*. Tipografía Peruana S.A., Lima, 1965; p. 91. El mismo autor refería, como ejemplo, que no procedía plantear una demanda de desahucio por precario por quien había adquirido un bien arrendado, sosteniendo que: "(...) en nuestros estratos judiciales, es de todos los días ver cómo se invoca como causal para el desahucio la tenencia precaria, sin más que por el hecho de que el actor, que ha comprado el predio locado alega no tener vinculación con el locatario que fue del vendedor. Respecto del demandado, asimismo se ve que éste, ante la causal de tenencia precaria invocada por el actor como derivada de la compra que ha efectuado, opone la simulación de la venta. Como veremos al estudiar el art. 970, la causal de tenencia precaria no puede generarse por la compra del predio locado; y tratándose de la simulación alegada por el demandado, no puede ventilarse en el juicio de desahucio, tanto porque se trata de una acción que debe seguirse en la vía ordinaria, cuando porque es extraña al juicio especial que nos ocupa." (Ibidem; p. 44)

ocupante "(...) que sin título y reconociendo la propiedad de otro, se introduce en un bien ajeno sin pagar pensión."[84]

Por su parte, la jurisprudencia[85] recaída en el juicio de desahucio por precario se encargaría de perfilar aún más este concepto. Así se afirmó por ejemplo que: "El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del art. 970 del C. de P. C. es de ocupante sin título ninguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva". Igualmente se ha dicho que: "El uso precario a que se refiere la segunda parte del art. 970 del C. de P. C. supone la preexistencia de un uso idóneo, del que deriva precisamente la precariedad. En consecuencia, si no ha habido transmisión de aquél derecho, sino más bien desposesión clandestina o de facto, no es la acción de desahucio por ocupación precaria la que debe hacerse valer". En el mismo sentido se ha dicho que: "El que ocupa el bien por concesión graciosa del propietario es ocupante precario. Procede el desahucio", y así también: "En los casos de desahucio por ocupación precaria, sin pagar pensión, no es el demandante quien debe acreditar este hecho, sino el demandado quien debe probar la existencia del vínculo contractual o de otra naturaleza que justifique la ocupación del bien".

A su turno el artículo 971 del mismo Código de Procedimientos refería que la acción para la recuperación de bien ocupado en precario correspondía al propietario, a los depositarios judiciales y a los administradores de los bienes ajenos. Así también, como única pretensión que podía oponer el demandado dentro del proceso encontrábamos al pago de mejoras regulado en el artículo 974, no pudiendo resolverse cuestiones distintas a la materia que constituye su objeto, que no es otro que recuperar la posesión inmediata de la cosa por quien lo entregó; aún cuando el emplazado alegue detentar derecho de propiedad o de posesión sobre el inmueble, toda vez que tales derechos debían ventilarse en los juicios de reivindicación, mejor derecho de propiedad o de posesión o a través de los interdictos, entre otros.[86] Finalizado el juicio de desahucio, la parte vencida podía contradecir la sentencia en la vía ordinaria, según lo informa el artículo 973, en concordancia con el artículo 1083, alegando únicamente cuestiones de puro derecho, sin que proceda la restitución de la cosa (en caso de ampararse la demanda), sino únicamente el pago de una indemnización a su favor[87].

---

[84] VELASCO GALLO, Francisco. *Derecho Procesal Civil. Juicios Especiales y Procedimientos No Contenciosos.* Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1976; p. 124.

[85] Véase diversa jurisprudencia sobre la noción de precariedad a la luz del Código de Procedimientos Civiles en: GUZMAN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles, Tomo II.* Editorial Científica S.R.L., Lima, 1986; pp. 999-1002.

[86] Cfr.: PINO CARPIO, Remigio. Ob.Cit.; p. 43-44.

[87] El mismo Pino Carpio señala que: "El actor que ha triunfado en el Juicio de Desahucio o en el Aviso de Despedida, sólo ha recuperado el uso de la cosa que le es propia o el uso a que tiene derecho, por lo que, con ello, no ha arrebatado al demandado nada de su patrimonio. De aquí que sería írrito el que, si el locatario triunfa en la acción contradictoria, se dispusiera la restitución de la cosa, la que sólo cabe respecto de bienes patrimoniales." Ibidem; p. 95.

Teniendo en cuenta estas premisas básicas derivadas del desarrollo doctrinario y jurisprudencial, podemos afirmar que el derogado ordenamiento procesal reconocía al precario como la concesión expresa que hacía el propietario o el que hacía sus veces, respecto de un inmueble, para que determinada persona lo ocupe, y que se caracteriza por ser gratuito y revocable.

B. El Código Civil de 1936.-

A diferencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el Código Civil de 1936 no hizo mención al precario en sí, salvo en la figura del "comodato precario" regulado en el art. 1594, que señalaba:

> ***Artículo 1594.-*** *Cuando no se ha determinado el objeto del uso ni su duración, ni aquél resulte determinado por la costumbre, puede el comodante, a su arbitrio, pedir que se le devuelva la cosa prestada.*

José León Barandiarán consideraba que la figura del precario regulada en este artículo era, en efecto, una sub-especie de comodato, toda vez que "(...) se ha entregado la cosa para que la use ciertamente el comodatario, y no en forma indefinida (si no, no se estaría dentro de la configuración estructural del comodato); pero no se ha especificado nada, como ocurre en el comodato ordinario, ya bien sobre la fijación de un plazo de subsistencia del contrato, ya bien acerca del uso de la cosa". Agrega el maestro Sanmarquino que: "De ahí que lo característico de este tipo de comodato precario, estriba en esa incerteza en cuanto a la subsistencia de la posesión de la cosa por el comodatario, pues el comodante puede *ad nutum* determinar en cualquier momento su término. Ello se explica por la naturaleza gratuita de la ventaja recayente en el tenedor, y porque hay que entender que las partes, sobre todo el comodatario, entendieron que al no precisarse ni tiempo ni objeto del uso, han querido someter la relación jurídica creada a esa resolución por voluntad absolutamente unilateral del comodante. Éste, en su caso, comunicará su determinación al comodatario. Y el comodatario queda obligado de inmediato [a] la devolución de la cosa."[88]

Es de destacar que la figura normada en el artículo 1594 del Código Civil de 1936 se encontraría, por su sola ubicación en el ordenamiento, sujeta a las obligaciones que vinculan al comodante y comodatario, previstas en los artículos 1592 y 1595 del mismo Código derogado, entre otras normas reguladoras de la relación contractual establecida entre las partes. Sin embargo, el precario constituye una situación de hecho no sujeta a pacto y que, por tanto, no genera una relación jurídica, salvo la obligación de quien detenta en precario de devolver el bien una vez que sea requerida su restitución. Por tanto, al no tener origen en un contrato, no resultaría acertado considerar que la precariedad desarrollada en la doctrina encuentre su símil en el comodato precario.

---

[88] LEON BARANDIARIAN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano, Tomo II.* Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1975; pp. 64-65.

C. El Código Civil de 1984.-

Para reafirmar el hecho de que el comodato precario es distinto a la figura del precario en sí, el Código Civil de 1984 incorporó en el artículo 1737 una redacción similar del artículo 1594 del Código Civil de 1936, aunque con diferencias significativas[89], e independientemente incorporó la figura de la posesión precaria con el siguiente texto:

> ***Artículo 911°.- Posesión precaria.***
> *La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.*

La redacción de este artículo corresponde a Lucrecia Maisch Von Humboldt y, en atención a lo referido por la citada jurista, obedeció a la necesidad de superar las polémicas doctrinarias y unificar la jurisprudencia contradictoria existente hasta ese momento en nuestros tribunales respecto de la figura del precario[90]. Pero cabe preguntarnos, ¿cuál era esa jurisprudencia contradictoria dictada en materia de precariedad? Estimamos que fue aquella que comenzó a considerar al precario como la simple tenencia sin título, sin incidir en la aquiescencia del propietario, depositario o administrador del bien, según era el espíritu del Código de Procedimientos Civiles, sino considerando circunstancias en las que no mediaba entrega alguna del inmueble entre el propietario o titular del derecho y el ocupante.

Ejemplos de esa jurisprudencia la encontramos en los siguientes fallos[91]: "Procede desalojo por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno". Asimismo: "Procede el desahucio por ocupación precaria contra quien ha ocupado el inmueble sin consentimiento del dueño". Continúa señalando la jurisprudencia que: "Es ocupante precario el que ocupa una casa-habitación que estuvo alquilada a otra persona, sin mediar contrato de arrendamiento, ni pagar merced conductiva". Finalmente: "Carece de título y es ocupante precario el marido que continúa ocupando el inmueble después de haber cesado en la administración de los bienes propios de su esposa, por autorización judicial concedida a ésta para administrarlos directamente." Y así entre

---

[89] **"Artículo 1737°.- Comodato indeterminado.** Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite." Nótese aquí que el legislador del Código Civil de 1984, a diferencia del legislador del Código Civil de 1936, únicamente consideró la falta de acuerdo respecto de la duración del contrato para efectos de tornar el llamado comodato precario en el moderno comodato indeterminado. Para el Código derogado, el comodato precario no se configuraba solo con la falta de acuerdo respecto de la duración del contrato, sino también respecto del destino u objeto de uso del bien.

[90] Cfr.: MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos.* Editorial Desarrollo S.A., Lima, 1983; p. 71.

[91] Véase en: GUZMAN FERRER, Fernando. Ob. Cit.; pp. 1002-1013.

otras muchas ejecutorias que desviaron la concepción de precario concebida en el Código de Procedimientos derogado.

Pero regresando al análisis de la norma en comento, debemos referir que el texto propuesto por la destacada jurista fue el siguiente: "La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha caducado." Al incorporarse el texto propuesto al Código Civil, el legislador únicamente optó por variar el término "caducado" por "fenecido".

Coincidimos con Julio Martín Wong Abad[92] cuando sostiene que la redacción del artículo 911 del Código Civil vigente, lejos de concluir el debate lo inicia, toda vez que sus alcances no fueron de ningún modo esclarecidos en la Exposición de Motivos. Su redacción genérica ha conducido a las Salas Civiles del Supremo Tribunal, así como a los órganos jurisdiccionales de todas las instancias, a realizar interpretaciones de lo más variadas respecto a lo que éstas entienden como precariedad.

Decimos que adolece de una redacción genérica cuando sostiene que la posesión precaria es la que se ejerce sin título, definición que hasta cierto punto puede estimarse correcta, en cuanto se entiende que quien posee lo hace sin contar con un contrato u otro acto jurídico que le otorgue determinados derechos sobre el inmueble, pero no se especifica el origen de su ocupación, esto es, de quien la ha obtenido.

Autores como Héctor Lama More sostienen que la redacción propuesta por el Código Civil vigente se aparta de modo claro y concluyente de la concepción tradicional de la precariedad expuesta en la doctrina y el derecho comparado[93]. Lama More sostiene que ello se debe básicamente al hecho de que la posesión precaria, según la propia redacción normativa, la ejerce sólo aquél que posee sin título.

Permítasenos disentir de esta opinión. No cualquiera que posee sin título es precario, sino que para ser tal debe reunir determinadas características que, si bien no se precisan textualmente en la norma en comento, devienen precisamente de la interpretación histórica, doctrinaria, sistemática y teleológica de la institución del precario.

Creemos firmemente que la labor del juez no se reduce a la mera aplicación de la norma, menos aún se circunscribe a su interpretación literal. No porque el texto de la ley no indique expresamente en qué casos se produce el supuesto específico que regula, debemos concluir inexorablemente que aquella es completa, suficiente por sí misma e inmutable.

Establecer en el proceso la voluntad objetiva de la norma jurídica requiere de métodos o criterios de interpretación; y los criterios pertinentes para cada caso deben ser empleados de la manera más armónica y certera. Todo enunciado normativo requiere de una interpretación; por tanto, no es cierto que cuando el texto de la norma es claro no requiere de actividad

---

[92] WONG ABAD, Julio Martín. *El Precario y el Juicio de Desahucio por Precario*. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

[93] Cfr.: LAMA MORE, Héctor. La posesión y la posesión precaria. Editora Jurídica Grijley, Lima, pp. 147 y ss.

interpretativa. Por ello el paradigma que se sustenta en el clásico brocardo: *in claris non fit interpretatio*, ha quedado sin vigencia.

Dentro de los criterios que la doctrina propone y que el Juez debe considerar en su labor interpretativa, puede mencionarse al gramatical (denominado también literal), al lógico-conceptual (argumentos *a priori, a contrario, a fortiori, generali sensu, stricto lege, ad absurdum*), al sistemático, al histórico (precedentes inmediatos y remotos, proceso de elaboración de normas, exposición de motivos y debates legislativos), al teleológico y al axiológico, entre otros.

El Juez, en un Estado Constitucional de Derecho[94], debe recusar y apartarse de las posiciones extremas del positivismo jurídico a ultranza o dogmatismo[95], y debe también rechazar las posiciones extremas corrosivas de la Escuela del Derecho Libre, porque el Juez de nuestros tiempos no debe ser la boca de la ley pero tampoco debe atribuirse las facultades propias del legislador. El Juez es ante todo recreador del derecho, pues su sentencia objetiva y materialmente justa recrea el derecho, vivifica los valores y fines de éste, concreta el sistema de valores que acoge la Constitución, primordialmente el valor justicia, que el valor supremo del derecho.

Por las razones expuestas, estimamos que la norma contenida en el artículo 911 del Código Civil no puede ser aplicada de forma aislada y literal, sino que corresponde realizar respecto de ella una interpretación histórica, doctrinaria, y sobre todo, sistemática y teleológica, es decir, atendiendo a su conexión con la totalidad del ordenamiento jurídico y a la finalidad objetiva que persigue. Y para ello, es necesario referirnos a continuación a la regulación del proceso de desalojo desarrollada por el Código Procesal Civil de 1993.

V. EL PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA.

Como indicáramos anteriormente, el juicio de desahucio regulado en el Código de Procedimientos Civiles no difería sustancialmente del proceso de desalojo que vino a regular el Código Procesal vigente. Mientras que el

---

[94] Con acierto dice Manuel Aragón Reyes "... el problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar 'moderna', esto es, la propia de una Estado Constitucional de Derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la constitución y a la ley..." *La Vinculación del Juez a la Ley*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), 1997, p. 180.

[95] El imperio de la Constitución y de la ley es uno de los pilares esenciales de un Estado de Derecho, llámese Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático y Social de Derecho; empero la legalidad surge como una respuesta a la arbitrariedad y el absolutismo del antiguo régimen y así nos lo recuerda Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer cuando precisa: "El principio de legalidad se construye históricamente como oposición a la arbitrariedad y la subjetividad de las decisiones del príncipe, como sistema de ejercicio de poder objetivo, igualitario y previsible y como elemento clave para legitimar el poder, para organizarlo y delimitarlo..." Constitución, Legalidad y Seguridad Jurídica, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), p. 157.

primero perseguía la "recuperación" del bien entregado por el propietario o por quien hacía sus veces, el segundo persigue la "restitución" del mismo bien.
Se ha definido al verbo recuperar como: "Volver a tomar o adquirir lo que se había perdido."
Por su parte, se conceptúa a la restitución como la "[d]evolución de una cosa a quien la tenía antes" y así también como el "[r]establecimiento o vuelta de una cosa al estado que tenía antes".
Los artículos pertinentes del Código Procesal vigente son claros y elocuentes. Veamos:

Procedimiento.[96]
Artículo 585.- *La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo.* [el subrayado es nuestro]
Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza.
Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código.

Sujetos activo y pasivo en el desalojo.

Artículo 586.- *Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.*
Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución. [el subrayado es nuestro]

Tercero con título o sin él.-

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

[96] Artículo modificado por Ley 29057, publicada el 29.06.07.

Por eso, procede el desalojo –en general– contra el arrendatario que no paga la renta, o por haberse vencido o resuelto el contrato que los vinculaba, o cuando se requiera a quien ocupa el bien precariamente, entre otros supuestos, en donde media la entrega física del bien por su titular.

Entonces cabe preguntarnos: ¿es viable plantear un proceso de desalojo por causal de ocupante precario, entendiendo como precariedad a la simple posesión sin título, sin atender a la naturaleza de su origen? Estimamos que no. Desde que el proceso de desalojo persigue esencialmente la restitución del bien que su dueño –o titular del derecho o quien haga sus veces– entregó en su momento al ocupante, de una interpretación sistemática y teolológica del artículo 911 del Código Civil con los artículos del Código Procesal Civil enumerados *ut supra*, así como también del desarrollo histórico de las normas que regulan el comodato precario, hasta llegar a su concepción actual contenida en el artículo 1737 del acotado Código Civil, se concluye que el presupuesto para que se configure la precariedad importa que el titular haya entregado al ocupante la posesión del inmueble, generando como único deber del ocupante devolver o restituir la posesión cuando le sea requerida, asistiendo al citado titular el derecho para exigir, judicial o extrajudicialmente, dicha restitución.

De esta forma, nuestra normatividad vigente continúa con la sistemática y lógica concebida por el Código de Procedimientos Civiles (artículo 970) en cuanto regulaba que el desahucio por precario perseguía la "recuperación" del bien, denominada ahora como "restitución", entendiéndose por recuperación o restitución el reintegro o retorno del bien al titular.

Asimismo, estando a su propia naturaleza, y teniendo en cuenta que los plazos establecidos para la realización de los actos procesales se reducen a su mínima expresión, es claro que en dicho proceso de desalojo no pueden debatirse cuestiones relativas a la validez o nulidad del título en el cual se sustenta el derecho del demandante o quien solicite la restitución. Tampoco puede pretenderse que, por medio de esta vía, se declare la existencia o constitución de otros derechos, como sería el mejor derecho de propiedad, la adquisición de propiedad por prescripción adquisitiva[97], u otros derechos reales que el demandado, estime, detenta sobre el bien, más aún si conforme a lo normado en el inc. 1 del art. 559 del C.P.C. está prohibida la reconvención, y porque para ello se requiere de mayor amplitud en los plazos y actos procesales que permitan el debate probatorio, además de que las citadas pretensiones cuentan con

[97] No puede adquirir en propiedad quien reconoce que detenta la posesión en nombre de otro. Así lo ha establecido la jurisprudencia cuando señala: "La posesión puede ser en nombre propio (possessio pro suo) o en nombre ajeno (possessio alieno nomine). La primera es la que se ejercita como propietario, animus domini, y conduce a la prescripción adquisitiva de dominio, también denominada Usucapión. La posesión en nombre ajeno reconoce el dominio de otra persona, como es la posesión del arrendatario, del depositario, del usufructuario, del guardador o guardián, etc." (Casación N° 2105-2004 La Libertad).

vías procesales específicas más latas que debe ejercitar oportunamente el interesado.

VI. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 911 DEL CÓDIGO CIVIL.

Partimos de considerar que el artículo 911 del Código Civil regula dos supuestos en que se configura la precariedad: cuando quien ocupa el inmueble carece de título, o cuando el título del ocupante ha fenecido.

a) **La ocupación sin título** –que es la precariedad propiamente dicha o como se conoce en la doctrina más autorizada– se configura cuando el titular del derecho concede o entrega gratuitamente a otro la posesión de un inmueble, sea por un acto de liberalidad, amistad, parentesco o guiado por motivos humanitarios, sin exigir contraprestación ni fijarse plazo para su devolución o determinarse el uso específico del bien. Entre el titular y el poseedor se genera una relación de hecho en el que el titular puede –a su arbitrio y en cualquier momento–, requerir la restitución de la posesión que detentaba. La "restitución" importa que el titular haya a su vez "entregado", pues ese es el presupuesto exigido por el Código Procesal Civil para configurar el derecho a solicitar el desalojo por la vía sumarísima. Por tanto, y para este supuesto específico, es improcedente el desalojo de aquél que ocupa sin asentimiento del titular del derecho (propietario, arrendador, administrador, entre otros), en cuyo caso se debe recurrir a la vía más lata para definir el derecho controvertido (reivindicación, mejor derecho de posesión, interdictos, entre otros)[98].

   Dentro de la llamada posesión sin título encontramos, además, a **aquella que se ejerce sin justificación alguna**. Así lo ha entendido y desarrollado la jurisprudencia al considerar a la posesión precaria como "la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien" (Casación N° 1147-2001 La Libertad). Del mismo modo se ha dicho que la posesión precaria se configura cuando no existe título o inclusive cuando "no existe siquiera uno inválido que justifique la posesión" (Casación N° 1801-2000 Moquegua). Recientemente, la Casación 417-2009 Ica ha establecido que la posesión precaria "es la que se ejerce de facto, sin contar con título que justifique la posesión, entendiéndose como tal a la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que detenta el ocupante" (Casación N° 417-2009 Ica).

   Entonces, *contrario sensu*, si quien ingresó al inmueble lo hizo premunido de un título (aún cuando éste no hubiera sido otorgado por

[98] Como ocurre, por ejemplo, en el caso del poseedor sin título que pretende ser desalojado por el nuevo propietario del inmueble, de quien no recibió la posesión, alegando la existencia de precariedad. En tales casos, es improcedente demandar el desalojo en la vía sumarísima, siendo lo correcto recurrir a la reivindicación.

el titular del derecho) o lo hizo existiendo de por medio circunstancias que justificaban este accionar, ciertamente no se configura la precariedad. Las circunstancias "justificantes" de la posesión deben presentarse de forma clara y contundente, y ser suficientemente probadas en los actos postulatorios. No basta alegar, por ejemplo, que se ingresó al inmueble porque el mismo fue objeto de compra venta, cuya entrega debía formalizarse por el vendedor, pero que nunca se concretó con su entrega física, si es que no existen pruebas que acrediten fehacientemente tal circunstancia.

b) Nuestro ordenamiento civil agrega el supuesto de la **ocupación precaria por fenecimiento del título**, por lo que cabría preguntarnos en qué supuesto se ubica nuestro legislador para justificar esta premisa. Evidentemente se trataría de lo que denominaremos una "precariedad sobreviniente", porque en puridad la misma no existió sino que se configuró con posterioridad al fenecimiento del título.
Sosteníamos que la precariedad se caracteriza por el hecho de haber existido de por medio la entrega efectiva que hace el titular del bien que se va a ocupar, sin que exista ningún título que vincule a las partes. En los casos de precariedad sobreviniente se parte del presupuesto de que existe una entrega efectiva de la posesión del bien por quien es su titular, pero mediando un título que faculta a ejercer tal posesión con la condición de devolverlo (contrato de arrendamiento, anticresis, usufructo, depósito, entre otros).
Este es el caso típico de la posesión mediata y la posesión inmediata. Al respecto nuestro Código Civil señala:

> ***Artículo 905.- Posesión inmediata y mediata.***
> *Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud a un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.*

Entonces, es poseedor mediato el propietario, el comodante, el arrendatario (respecto del sub arrendatario), o quien instituye el usufructo o el depósito, entre otros. Es poseedor inmediato quien ejerce la posesión directa y efectiva de la cosa en virtud a un título conferido, tales como serían el arrendatario, comodatario, usufructuario, etc.
El poseedor inmediato reconoce como verdadero titular del derecho de posesión al poseedor mediato, quien se lo transfirió temporalmente en virtud de un título[99]. No se trata, pues, de dos derechos de posesión independiente, sino de uno solo, así como tampoco puede

---

[99] La jurisprudencia ha sido clara al señalar que si no existe título que acredite la transferencia temporal de la posesión, no se configura la posesión inmediata. Así se sostiene que: "El artículo 905 del Código Civil al definir la condición de poseedor inmediato establece como requisito necesario que posea con un título, situación esta que no se ha dado en autos, pues se ignora la naturaleza y clase de ese título y su existencia; y dada esta situación mal puede considerarse que exista un poseedor que haya dado el título (...). La doctrina es unánime al considerar que cuando alguien posee un bien sin título para sí por sí, excluye la existencia del poseedor mediato." (Casación N° 1040-1999 Huaura).

hablarse de coposesión, pues el poseedor mediato ejerce su derecho a través del poseedor inmediato y no de forma conjunta con aquél.
Como refiere Gunther Gonzáles Barrón: "El reconocimiento legal de una posesión mediata se basa en la espiritualización del concepto de poder de hecho; pues aunque existe un fenómeno de mediación entre el poseedor mediato y el bien, esta relación aparece como un poder de hecho actual, y no como la expectativa de un poder futuro. Según Wolff, la entrega en concepto de arrendamiento, comodato, prenda, etc., no representa una renuncia al poder o señorío, sino una atenuación de éste, y la devolución del bien al poseedor mediato no significa la constitución de un nuevo poder o señorío, sino confirmación de uno ya existente. Por otro lado, el poder del poseedor inmediato es de carácter derivado (deriva de quien le entregó el bien, aunque éste no sea el titular del derecho) y limitado en relación al contenido del derecho superior (...)."[100]
En tales casos, si el título que se tenía para ocupar el inmueble feneció, el propietario se encuentra facultado a demandar la restitución vía desalojo del bien.
En este punto, sin embargo, debemos establecer ciertas restricciones que devienen no sólo de la correcta interpretación de las normas procesales sino principalmente de la naturaleza misma de la vía sumarísima en la que se desenvuelve el proceso de desalojo. Hemos venido reiterando e insistiendo que dada la restricción de los plazos y abreviación extrema de los actos procesales que caracterizan a esta vía, se hace imposible debatir o absolver cuestionamientos relacionados con la validez del título del demandante o de los presuntos derechos que alegue el ocupante haber adquirido de un tercero ajeno al actor o por el simple transcurso del tiempo. Por ello, consideramos que en el supuesto que se demande el desalojo por la causal de ocupación precaria alegándose el fenecimiento del título que autorizaba la posesión del ocupante, el actor sólo podrá alegar su derecho a la restitución posesoria acreditando la existencia de resolución judicial firme que declare el fenecimiento del título que detentaba el ocupante (nulidad, resolución o rescisión, entre otros).
Circunstancias excepcionales.- Por excepción, y únicamente debido a su estrecha vinculación, tanto en su desarrollo histórico como doctrinario, se exceptúa de tal requerimiento (esto es, de la previa obtención de una decisión judicial firme sobre la vigencia del título que autoriza la posesión del ocupante) al caso del comodato precario (denominado actualmente comodato indeterminado), en el que, al no haberse fijado el plazo para la devolución del bien, el mismo puede ser requerido por el comodante en cualquier momento, presupuesto que se puede cumplir ya sea mediante su requerimiento con carta notarial o documento de fecha cierta o con la sola interposición de la demanda.

[100] GONZÁLES BARRON, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista Editores, Lima, 2005; pp. 282-283.

También por excepción, se admitirá el desalojo por causal de fenecimiento del título (en los casos que exista obligación de restituir la posesión del bien, como en el arrendamiento, en el usufructo, entre otros) cuando se produzca la resolución contractual sustentada en cláusula resolutoria pactada expresamente por las partes, en cuyo caso será necesaria la remisión de carta notarial u otro medio por el que se comunique a la otra parte que se quiere hacer valer dicha cláusula resolutoria. Si no existiera tal cláusula, la resolución del contrato no podrá discutirse en la vía del proceso sumarísimo sino que deberá ser declarada previamente en la vía del proceso de conocimiento, cuyo resultado –de ser favorable– dará lugar a la restitución de las prestaciones, incluyendo precisamente la devolución del bien, sin que sea necesario interponer nueva demanda solicitando el desalojo por ocupación precaria.

De otro lado, en el caso que se produzca el vencimiento del contrato de arrendamiento debe precisarse que este constituye acorde a lo estipulado por los artículos 1700 y 1704 del Código Procesal Civil el título que permite a las partes esto es al arrendador solicitar la devolución del bien por vencimiento del plazo estipulado en el mismo así como el cobro de la penalidad convenida o una prestación igual a la renta y al arrendatario continuar en el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución la cual puede pedir en cualquier momento siendo por tanto la causal a invocar para demandar la restitución del bien la de desalojo por vencimiento del plazo del contrato y no la de desalojo por ocupación precaria toda vez que como ya se ha anotado el vencimiento del plazo del contrato y la restitución del mismo no convierten en precario al arrendatario pues este permanece en el bien en el entendido que continua el arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones estando obligado por el contrato a pagar la penalidad si esta fue convenida o una prestación igual a la renta exigencias que no se requiere a quien tiene la calidad de ocupante precario pues conforme a lo normado por el artículo 911 del Código Civil éste ejerce la posesión sin contar con titulo que justifique la misma y por ende no se obliga a cumplir los pagos antes descritos.

Caso especial: Resolución de contrato de compra venta cuando el vendedor hizo entrega el bien inmueble al comprador.- En la compra venta, el propietario, en su calidad de titular del derecho de propiedad y posesión, asume la obligación de transferir tal derecho –conjuntamente con otros que aseguran su dominio– al comprador, la misma que se cumple o satisface mediante la entrega física del bien. La resolución de la compra venta no genera, *per se*, la obligación de devolver el inmueble al enajenante, pues el transferente no conserva el derecho de posesión para sí, sino que lo pierde una vez producida la transferencia. En tal sentido, podría considerarse que la resolución de un contrato de compra venta de inmueble no encaja dentro del

supuesto de precariedad sobreviniente por fenecimiento del título para poseer, como ocurre por ejemplo cuando un contrato de usufructo fenece al vencerse el plazo previsto para su validez y, por tanto, se genera la obligación de devolver la posesión al usufructuante.

No podemos negar, sin embargo, que una vez resuelto el contrato de compra venta de un inmueble cuya entrega física se hizo efectiva, el posesionario perdió todo derecho adquirido sobre el mismo y que la consecuencia lógica inmediata sería la restitución de la posesión a quien la entregó. Pero ¿basta que el efecto de la resolución, circunscrito a la restitución de las prestaciones, permita al propietario obtener la devolución del bien?

Recordemos que la resolución de un contrato puede configurarse por dos vías: **judicial** y **extrajudicialmente**. No existen dudas respecto a los efectos coercitivos de una sentencia expedida en sede **judicial** que declara la resolución de un contrato, toda vez que la restitución del inmueble enajenado (y de las demás prestaciones) se verifica en vía de ejecución, en cumplimiento del artículo 1372 del Código Civil[101], sin perjuicio de lo normado en el artículo 590 del Código Procesal Civil[102]. Sin embargo, cuando la resolución opera **extrajudicialmente** de pleno derecho, al haberse pactado en cláusula específica (cláusula resolutoria, según lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil) y al no existir mecanismos idóneos que permitan al propietario recuperar la posesión del inmueble (salvo que lo hiciera por la vía de hecho, lo que está proscrito por ley), resulta atendible que se recurra a una vía expeditiva en sede judicial que permita restituir la posesión a su legítimo titular; por ello estimamos que, excepcionalmente, se puede acudir al proceso de desalojo por ocupación precaria para obtener tal cometido. En este punto, coincidimos con Lama More cuando sostiene que: "Tratándose de un bien entregado al comprador como resultado de una compra-venta en la que existe cláusula resolutoria expresa, es evidente que tal contrato quedará sin efecto, si el vendedor, beneficiario de la cláusula resolutoria, hace uso de ella. En tal caso, el comprador, que venía conduciendo el bien a título de propietario, perderá automáticamente

---

[101] **Artículo 1372.-** La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.
La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.
Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.
En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

[102] **Artículo 590.-** Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 87.

la titularidad del derecho y devendrá, de pleno derecho en poseedor precario, en razón de haber fenecido el título que tenía."[103]
No ocurre lo mismo con respecto a la resolución extrajudicial del contrato de compra venta –sin cláusula resolutoria– sustentada en el incumplimiento de las prestaciones a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil, pues el mismo puede ser objeto de empleo abusivo por parte del transferente del bien, quien podría alegar el incumplimiento de alguna prestación a cargo del comprador, aún cuando la misma no sea válida o carezca de todo fundamento, para efectos de generar la resolución extrajudicial. En el supuesto de resolución extrajudicial sustentada en cláusula expresa existe cuando menos el acuerdo o pacto entre las partes a fin de establecer que el contrato puede resolverse; pero en la resolución extrajudicial sin pacto de resolución, una de las partes quedará siempre al arbitrio de la otra, y para determinar en ese caso si se configura o no el incumplimiento contractual –y por tanto, el fenecimiento del título–, debe examinarse previamente si se han cumplido con los presupuestos necesarios para que opere la resolución, lo cual, estimamos, debe ser discutido en una vía más lata.

VII. IMPROCEDENCIA DEL DESALOJO CUANDO SE ACCEDE A LA POSESIÓN EN FORMA CLANDESTINA O VIOLENTA: LAS ACCIONES POSESORIAS Y LOS INTERDICTOS.

Cabe preguntarnos si la posesión tomada ocultamente o por la fuerza puede recuperarse a través de un proceso de desalojo por ocupación precaria. Para absolver este punto debemos caracterizar brevemente esta clase de posesión.

a) **Posesión clandestina.-** Se accede a esta posesión de manera oculta, es decir, carece del requisito de publicidad en el uso normal del bien. Néstor Jorge Musto sostiene que la posesión es clandestina "cuando se toma furtiva u ocultamente"[104]. La posesión clandestina u oculta dejará de serlo cuando el poseedor dé uso concreto al bien conforme a su naturaleza y destino, es decir, desde que realice actos de manifestación de su posesión[105]. Agrega Musto que, inclusive, el sólo conocimiento que tome el propietario (o quien tenga derecho sobre el

---

[103] LAMA MORE, Héctor. *La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano.* Tesis para optar el grado de Magister con mención en Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Graduados. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/99/LAMA_MORE_HECTOR_POSESION_POSESION_PRECARIA.pdf?sequence=1.
[104] MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales, Tomo I.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2000; p. 191-192.
[105] Cfr.: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit.; p. 359.

inmueble) respecto de la ocupación que detenta el poseedor furtivo, torna en pública esta posesión.[106]

b) **Posesión violenta (usurpación).-**
Es un acto a través del cual se toma por la vía de hecho la posesión que detenta otro, ya sea empleando la violencia física o la intimidación. La acción se ejerce contra otra persona para privarla de su posesión, ya sea empleando la fuerza (violencia material o *vis absoluta*) o la coacción (violencia moral o *vis compulsiva*).

En la posesión oculta o clandestina, el tercero ingresa al bien en ausencia del poseedor y evita realizar actos de conocimiento público o, cuando menos, que puedan ser conocidos por quien detenta la posesión. En cambio, en la posesión violenta se ejercen actos directos contra el poseedor del bien, que llegan inclusive a ser de conocimiento público.

En principio, y como venimos refiriendo a lo largo de nuestros fundamentos, solo aquél que "entrega" tiene derecho a "recuperar" un bien o a obtener su "restitución". Ni en la posesión clandestina ni en la posesión violenta existe entrega del bien por su titular; la primera se mantiene oculta y la segunda despoja de la posesión a quien la detenta. Por tanto, ni en uno ni otro caso se configura precariedad. Si no hubo entrega por parte del titular del derecho de posesión, y por el contrario se accedió a la ocupación del inmueble por otras vías, queda expedito el derecho del interesado para obtener la desocupación del bien ejercitando las acciones pertinentes distintas a la asignada para el desalojo por precario.

¿Cuáles serían estas acciones en caso de configurarse la toma de posesión en forma clandestina o violenta? Son puntualmente dos: las acciones posesorias y los interdictos, y específicamente para el caso del despojo violento, el interdicto de recobrar.

Señalábamos que la posesión clandestina no genera ningún derecho y carece de toda eficacia. Una vez tornada en pública o puesta en conocimiento del propietario o poseedor legítimo, éste se encuentra autorizado a emplear las **acciones posesorias** para efectos de recuperar la posesión del inmueble. Estas acciones se reconocen a quienes tienen derecho a la posesión, es decir, a quienes son titulares de ese derecho por así designarlo el ordenamiento jurídico y que, en tal virtud, pueden solicitar que se los instale en la posesión o se les restituya su ejercicio. La acción posesoria por excelencia es la que persigue la determinación del mejor derecho de posesión.

Sin embargo, para resolver la controversia posesoria derivada del despojo violento nuestro ordenamiento procesal prevé el llamado **interdicto de**

---

[106] Sostiene al respecto: "No todo desconocimiento del propietario o poseedor anterior convierte a la del agente en clandestina, pues no es necesario que el usurpado tenga conocimiento concreto de la usurpación sino que basta que haya tenido la posibilidad de conocerla y, a su vez, los actos aunque no sean públicos, no producen este vicio si han sido conocidos por el poseedor." Ibidem.

recobrar[107], que no es más que un proceso sumarísimo destinado a reponer el estado de la posesión al momento anterior de producirse el despojo, sin que se discuta quien detenta el mejor derecho de posesión o de propiedad, lo que deberá hacerse valer por los interesados en la vía correspondiente. Como vemos, el interdicto es un proceso rápido cuya finalidad inmediata es la de proteger al poseedor que se ve perturbado en el ejercicio de su derecho, constituyendo cosa juzgada sólo respecto del hecho de la posesión y el acto del despojo, pero no con relación al derecho de posesión o de propiedad que las partes pretendan reclamar, lo que deberá ser materia de proceso de conocimiento[108].

Igualmente, queda habilitada la acción penal para denunciar el delito de usurpación a que se refiere el artículo 202° del Código Penal, específicamente el supuesto regulado en su inciso 2, conforme a lo cual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años el que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

En tal caso, el despojado o agraviado queda facultado para solicitar al Juez la ministración provisional la posesión, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado.

Vencidos los plazos para ejercer a la acción interdictal, la recuperación del inmueble por el desposeído debe hacerse valer en la vía de conocimiento, tal como así lo establece el artículo 601 del Código Procesal Civil.[109]

VIII. IMPROCEDENCIA DEL DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA CUANDO EL DEMANDANTE NO ACREDITA SER PROPIETARIO DE LAS CONSTRUCCIONES.

Por la accesión, en general, un bien se adhiere artificial o naturalmente a otro, de tal forma que no pueden separarse sin que implique una afectación o disminución de tipo económico o patrimonial.

Dentro de la llamada accesión artificial encontramos a la edificación levantada sobre terreno ajeno con materiales que pertenecen a otro. En estos casos no opera el principio que atribuye al propietario del suelo el dominio de todo lo que se une o adhiere a él (*superficies solo cedit*). Ghunter Gonzáles Barrón sostiene que, en estos casos, no opera el principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal, sino que la solución jurídica se funda en la ficción de que uno de los bienes conserva

---

[107] Independientemente de la defensa posesoria extrajudicial, que se ejercita por la vía de hecho inmediatamente después de sufrir la desposesión, conforme lo autoriza el artículo 921 del Código Civil.

[108] Cfr.: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. Cit.; p. 452.

[109] **Artículo 601.-** La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento.

su identidad y el otro la pierde, atribuyéndose definitivamente el objeto resultante a uno de los propietarios originarios.[110]

Sucede en la mayoría de los casos en que el propietario de un terreno o el administrador del mismo lo entrega para su uso en precario o en virtud a un contrato de arrendamiento, y el ocupante construye sobre el inmueble entregado (ya sea una casa sobre un terreno, o dos cuartos sobre un primer piso que ya estaba construido). Luego sobreviene el requerimiento para la devolución del bien (sea extrajudicial o judicial) y el ocupante se niega a restituirlo alegando la propiedad de las construcciones. ¿Procede en este caso demandar el desalojo por la vía sumarísima?

La respuesta es negativa. La ley ha otorgado al propietario del terreno el mecanismo idóneo para obtener la restitución del bien, y no es otro que el de la accesión industrial o de edificaciones, que se rige por lo regulado en los artículos 941, 942 y 943 del Código Civil. La jurisprudencia es abundante en el sentido de que el dueño del terreno no puede demandar el desalojo del ocupante del mismo cuando éste acredita la propiedad de las construcciones que se han adherido. Así se sostiene que:

- "Resulta improcedente la demanda de desalojo de un terreno si el demandante acredita ser propietario del terreno, pero no de la edificación existente, entonces su título es deficiente." (Casación N° 1780-1999 Callao).
- "Si los demandantes son propietarios del terreno pero no de la edificación, previamente debe definirse la situación de la propiedad de ésta, en el proceso que corresponda, por lo que no es pertinente aplicar a la edificación lo dispuesto en los arts. 911 y 923, no siendo posible proceder al desalojo de sólo el terreno." (Casación N° 1830-1999 Cono Norte).
- "(...) [P]ara que se configure el supuesto contemplado en el artículo novecientos once del Código Civil, la accionante debe acreditar ser propietaria no sólo del predio, sino también de lo edificado en él; por cuanto el terreno y la edificación constituyen una sola unidad inmobiliaria, razón por la cual las sentencias de mérito no se encuentran arregladas a derecho, por cuanto al existir duda razonable respecto de la titularidad de lo edificado sobre el mencionado bien, no puede ordenarse la desocupación del mismo, prescindiendo de lo construido." (Casación N° 338-2006 Lima; y en el mismo sentido, Casación N° 394-2005 Cono Norte).

Nótese que en la jurisprudencia detallada opera un común denominador: la carga de la prueba respecto de la propiedad o titularidad tanto del terreno como de las construcciones corresponde a la parte demandante. Y no puede ser de otra forma, pues resultaría contrario a toda lógica –además de ser contrario al valor justicia– que habiéndose entregado en posesión precaria un terreno luego se pida la restitución no sólo de éste sino además de unas construcciones que antes no existían.

---

[110] Cfr.: GONZALES BARRÓN, Ghünter. Derechos Reales. Primera edición, Jurista Editores S.R.L., Lima, 2005; pp. 636-639.

Al interponer la demanda de desalojo por ocupación precaria, el demandante debe acreditar la titularidad del bien *in toto*. No resulta justificada la inversión de la carga de la prueba para efectos de pretender que el demandado acredite que el demandante no es propietario de las construcciones que ocupa.

En todo caso, el demandado puede aportar elementos probatorios idóneos y suficientes para efectos de establecer que realizó construcciones adicionales distintas a las ya existentes al momento en que le fue entregado el bien. En tal supuesto, si el demandado acredita las citadas construcciones adicionales, el juez de la causa deberá declarar la improcedencia de la demanda por no ser la vía pertinente para acceder a la posesión de construcciones realizadas con materiales ajenos.

Por tanto, empleando una vía más lata, las partes podrán debatir y probar si las construcciones ya se encontraban en el inmueble antes de ser entregadas al poseedor, o si fueron edificadas con materiales de propiedad del ocupante, y si las mismas se levantaron mediando buena o mala fe.

IX. FACULTAD DEL JUEZ PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL EN LOS PROCESOS DE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

El Código Procesal Civil sistemáticamente impone al Juez utilizar tres filtros o diques en el decurso del proceso para verificar la existencia y desarrollo válido de la relación jurídica procesal, así como para elaborar y emitir juicios de admisibilidad y de procedibilidad sobre la demanda y la pretensión en las oportunidades correspondientes; dichos filtros son: **1)** la calificación de la demanda, en el que el Juez examina si ésta cumple con los requisitos de forma o extrínsecos requeridos para su interposición, pudiendo ejercer la facultad de rechazarla liminarmente si se encuentra incursa en cualquiera de las causales específicas contenidas en el artículo 427 del Código Procesal Civil; **2)** la resolución de excepciones, en el que el Juez absuelve la denuncia respecto a la carencia o defecto de los presupuestos procesales, o la falta manifiesta de las condiciones de la acción; **3)** el saneamiento del proceso en el que el Juez examina todos los demás presupuestos procesales y condiciones de la acción que no hayan sido cuestionados vía excepción, así como que no existan otras causales de nulidad insubsanables que afecten el debido proceso; todo ello sin perjuicio que el Juez al efectuar el juicio de fundabilidad en la sentencia respectiva pueda pronunciarse excepcionalmente sobre la validez del proceso, en atención a lo normado en la parte final del artículo 121 del Código Procesal citado.

Estos filtros persiguen tres finalidades: **a)** procuran que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, verificando que no haya falta manifiesta de las dos condiciones de la acción (legitimidad e interés para obrar) para que el Juez al expedir sentencia, en la estación procesal

correspondiente, elabore y emita un juicio de fundabilidad, resolviendo de esta manera el fondo del conflicto de intereses; **b)** para que, en el caso que el Juez constate un defecto u omisión subsanable, ordene inmediatamente que sea subsanada por el litigante a que corresponda tal actividad, según el caso específico; y **c)** si el Juez verifica en cualquiera de estos tres filtros principales la existencia de un defecto u omisión de carácter insubsanable, procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado y dar por concluido el proceso o, en su caso, declarar improcedente la demanda.

Como se tiene dicho, en estos tres filtros procede verificar por el Juez el cumplimiento de los presupuestos procesales y de las condiciones para el ejercicio válido de la acción. **Los presupuestos procesales** son los requisitos necesarios e imprescindibles para la constitución y desarrollo válido de la relación jurídica procesal. Estos requisitos no solamente deben estar presentes al momento de iniciarse el proceso sino también durante su desarrollo y hasta su total agotamiento, pues de sobrevenir la ausencia o deficiencia de uno de estos presupuestos, el proceso deviene en inválido y es susceptible de ser cuestionado y nulificado. Para nuestro sistema procesal civil, puede afirmarse casi pacíficamente que los presupuestos procesales son tres: la competencia del Juez (salvo competencia territorial), la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda.

Por su parte, **las condiciones para el ejercicio válido de la acción** son los requisitos necesarios para un pronunciamiento válido sobre el fondo de la pretensión y, estas condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar (o interés procesal); requisitos que deben ser examinados por el Juez desde el inicio del proceso, durante su desarrollo y aún al expedir sentencia.

Puntualmente, la legitimidad para obrar debe considerarse como la autorización del ordenamiento jurídico para proponer una pretensión procesal o para contradecirla, sea que tal autorización provenga de ser titular del derecho u obligación o bien que provenga de la facultad expresa concedida por una norma jurídica.

De otro lado, el interés para obrar es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional, concreto y actual, en que se encuentra una persona luego de haber agotado los medios pertinentes para obtener la satisfacción de su pretensión material o porque el ordenamiento jurídico le indica la vía judicial como la única idónea para obtener una sentencia favorable a su pretensión.

Hemos señalado en el proceso de desalojo por ocupación precaria, la legitimidad para obrar, tanto activa como pasiva, se rige por lo dispuesto en el artículo 586 del Código Procesal Civil, en su interpretación sistemática y teleológica con el artículo 911 del Código Civil. Por tanto, goza de legitimidad para obrar activa aquél que tiene derecho a la restitución del predio, siempre que haya hecho entrega de la posesión física al ocupante; asimismo, goza de legitimidad para obrar pasiva aquél a quien le es exigible la restitución, ya sea por requerirlo el titular del derecho o por fenecimiento del título que tenía para poseer.

La configuración de la legitimidad, tanto activa como pasiva, debe ser verificada por el Juez del proceso liminarmente en los actos postulatorios. También puede ser denunciada por la parte demandada mediante el empleo de las defensas de forma (excepción). En todo caso, el Juez puede advertirlo en el saneamiento del proceso o, excepcionalmente, al expedir sentencia pronunciándose en definitiva sobre la validez de la relación jurídica procesal.
En el supuesto de desalojo por ocupación precaria sustentada en el fenecimiento del título, el Juez de la causa se encuentra facultado a declarar in limine la improcedencia de la demanda por falta de interés para obrar de la demandante (artículo 427 inciso 2 del Código Procesal Civil) cuando advierta que esta parte no adjunta resolución firme y definitiva que acredite indubitablemente la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución del acto jurídico que justificaba la posesión del demandado. Exceptuará de este requerimiento tratándose de un contrato de comodato o de un contrato de compra venta resuelto extrajudicialmente en virtud a cláusula resolutoria expresa.

X. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Con relación al caso concreto, es menester señalar que los suscritos concuerdan en su totalidad con los fundamentos 18 a 29 contenidos en el numeral a.3) del acápite A del punto V del voto en mayoría, en virtud de los cuales se ha declarado infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca contra la sentencia de vista de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril del dos mil once, que, confirmando la sentencia apelada de fojas quinientos veintiséis y siguientes, su fecha quince de setiembre del dos mil diez, declaró fundada la demandada de desalojo por ocupación precaria interpuesta por Jorge Enrique Correa Panduro y otros, ordenándose el lanzamiento de los demandados, con lo demás que contiene.

XI. RESOLUCIÓN:

Por las razones expuestas, los suscritos participantes en Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil, votamos en el siguiente sentido:
Primero.- Declaramos **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca mediante escrito de fojas seiscientos veintitrés; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril del dos mil once.
Segundo.- Asimismo, **DECLARAMOS que constituye precedente judicial vinculante**, las siguientes reglas:

1. Para una correcta configuración del poseedor precario y los supuestos en que proceda el desalojo por esa causal, se debe hacer una interpretación sistemática, teleológica e histórica de las normas contenidas en el artículo 911 del Código Civil y los artículos 585, 586 y 587 del Código Procesal Civil, en el marco de un Estado constitucional de Derecho.
2. En este contexto, la posesión precaria tiene lugar en dos supuestos:

2.1. Precario sin título: La ocupación sin título se configura en dos casos: **a)** cuando el titular del derecho entrega gratuitamente a otro la posesión de un inmueble, sea por un acto de liberalidad, amistad, parentesco o guiado por motivos humanitarios, sin exigir contraprestación para sí ni fijarse plazo para su devolución o determinarse el uso específico del bien. En tal contexto, el titular del derecho puede –a su arbitrio y en cualquier momento– requerir la restitución de la posesión a cargo del beneficiario. La "restitución" importa que el titular haya previamente "entregado", pues ese es el presupuesto exigido por el Código Procesal Civil para configurar el derecho a solicitar el desalojo por ocupación precaria; **b)** cuando se ejerce en ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien. Las circunstancias "justificantes" de la posesión deben presentarse de forma clara y contundente, y ser suficientemente probadas en los actos postulatorios.

2.2. Precario con título fenecido: Se configura en dos casos: **a)** La ocupación que se ejerce con un título fenecido puede ser caracterizada como una "precariedad sobreviniente" en la medida que la entrega efectiva del bien por su titular se sustenta en un contrato o acto jurídico por el cual se entrega la posesión, pero éste fue dejado sin efecto o validez con posterioridad a la ocupación del adquiriente. El fenecimiento del título no puede extenderse a cualquier acto jurídico por el solo cumplimiento del plazo fijado para su vigencia o por configurarse causal resolutoria por incumplimiento de obligaciones a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil, entre otros supuestos, sino que tal fenecimiento debe ser declarado por la vía judicial mediante decisión firme y definitiva, como sucede en los casos en que se hubiese amparado la demanda de nulidad de los contratos de arrendamiento, de anticresis, de usufructo, de uso, o la resolución de los mismos contratos, entre otros. Tal exigencia se sustenta en la naturaleza del proceso sumarísimo, que impide que se debata la vigencia o validez del documento que autoriza la posesión; **b)** Excepcionalmente y concordando con la doctrina nacional y extranjera, tratándose del comodato precario regulado en el artículo 1737 del Código Civil, en el caso que no se hubiera pactado el plazo para el uso del bien materia de comodato (pero sí se fijó el destino), y ante el simple requerimiento judicial o extrajudicial del comodante para la restitución del bien, se entiende que el título que tenía el comodatario para poseer ha fenecido y,

por consiguiente, el comodatario precario deviene en ocupante precario. También se exceptúa del requerimiento de declaración judicial previa, a la resolución extrajudicial del contrato sustentada en cláusula resolutoria a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, cuando preexiste la obligación de devolver el bien, e igualmente, en el caso de la resolución de un contrato de compra venta.

3. No procede alegarse ni discutirse en el proceso de desalojo por ocupación precaria el mejor derecho de propiedad, la resolución de un contrato, la prescripción adquisitiva de dominio, la accesión industrial, el despojo violento o clandestino u otros supuestos análogos, toda vez que el proceso de desalojo es uno de carácter sumarísimo donde se requiere la tutela urgente y tiene limitaciones en la actividad y debate probatorio, por lo que tales hipótesis deben hacerse valer en la vía procesal que correspondiera; aún más si en el caso del despojo violento o clandestino nuestro sistema jurídico prevé tutela a través del interdicto de recobrar, cuya vía procesal también es sumarísima, además de las medidas cautelares más eficaces que nuestro sistema procesal regula.
4. Una vez prescrito el plazo para promover la acción interdictal, el interesado no podrá optar por recurrir al proceso de desalojo por ocupación precaria para lograr la restitución de la posesión, sino que debe recurrir a la vía del proceso de conocimiento para efectos de determinar su derecho, tal como lo dispone el artículo 601 del Código Procesal Civil.
5. Tampoco es procedente alegar y discutir en el proceso de desalojo por precario la validez del título que invoca el poseedor si éste consta por documento de fecha cierta que pueda justificar, de modo razonable, la posesión; en consecuencia, la demanda de desalojo por ocupación precaria deberá ser declarada fundada si el documento que opone el demandado no es de fecha cierta.
6. El juez al calificar la demanda y, en todo caso, al sanear el proceso, declarará la improcedencia de la misma si advierte inequívocamente los supuestos referidos en los numerales precedentes 3 y 4.
7. Tratándose de un bien inmueble arrendado que ha sido transferido a un nuevo propietario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1708 del Código Civil.
8. El vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento no convierte al arrendatario en precario pus si bien no se contempla en nuestra legislación civil la renovación tácita del contrato también lo es que la ley prevé la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución la cual puede pedir en cualquier momento acorde a lo estipulado por el artículo 1700 del Código Civil facultando la Ley al arrendador a exigir la devolución del bien y a cobrar la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a la renta del periodo precedente hasta su devolución de conformidad a lo establecido por el artículo 1704 del Código acotado no importando el cobro de los mismos la continuación

del arrendamiento cuando el plazo de este ha vencido o se ha cursado el aviso de conclusión del arrendamiento.

SS.

HÉCTOR PONCE DE MIER

ANA MARÍA VALCÁRCEL SALDAÑA

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

JUAN CHAVES ZAPATER

Leslie Sotelo Zegarra
Secretaria de la Sala Civil Permanente
de la Corte Suprema de Justicia de la República

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

25 JUL 2013