

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



**ESCUELA DE POSGRADO**

**TESIS**

**CONTEXTO ACTUAL DEL OCUPANTE  
PREARIO Y LA INTERPRETACION DEL  
ART. 911° DEL CÓDIGO CIVIL EN LA  
PROVINCIA DE HUAURA- AÑO- 2016**

**PRESENTADO POR:**

**Gladys Doris Manrique Castro**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO, CON  
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**ASESOR:**

**Dr. Alberto Rojas Alvarado**

**HUACHO - 2019**

**CONTEXTO ACTUAL DEL OCUPANTE PRECARIO Y LA INTERPRETACION DEL ART. 911°  
DEL CÓDIGO CIVIL EN LA PROVINCIA DE HUAURA- AÑO- 2016**

**Gladys Doris Manrique Castro**

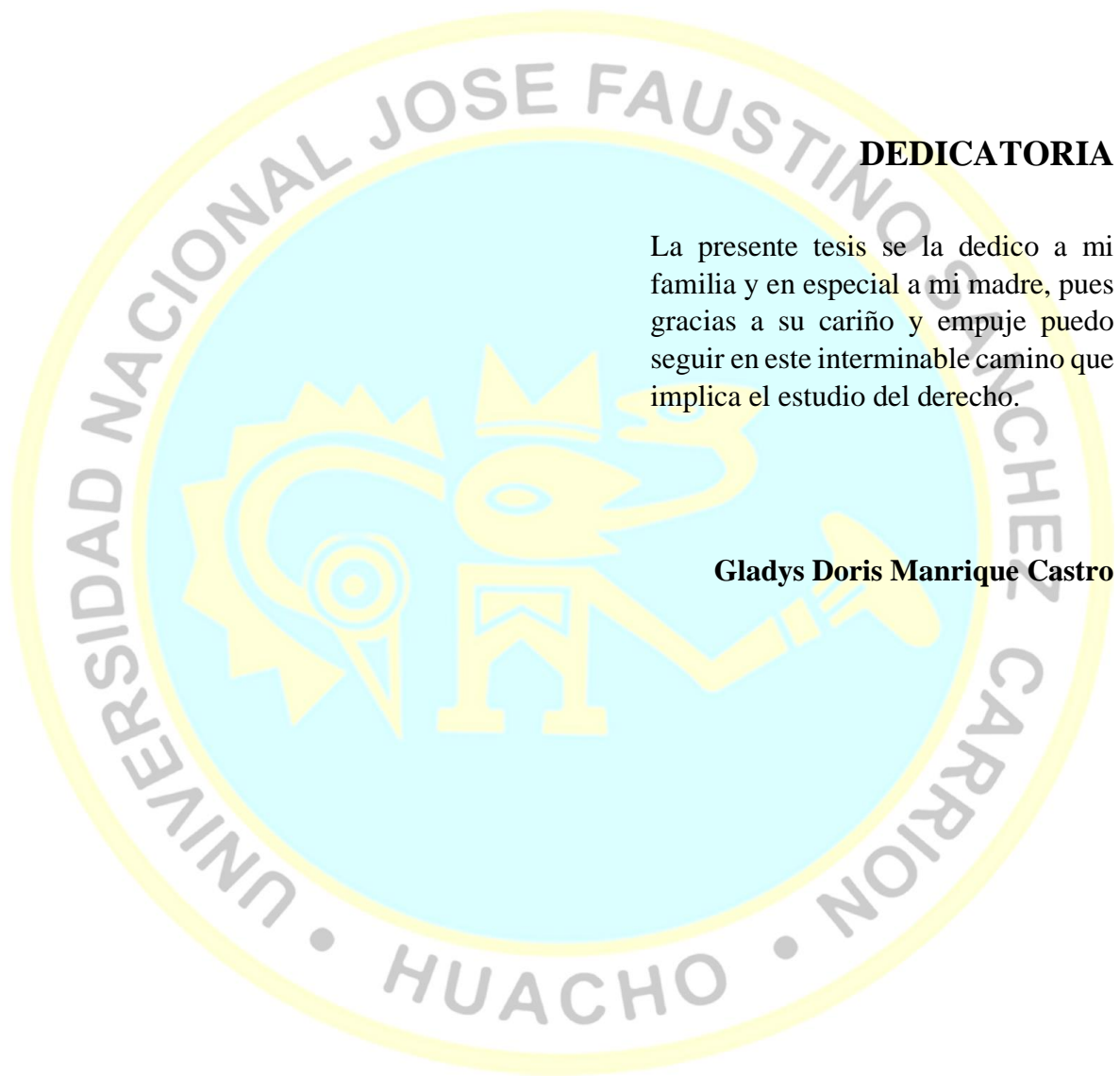
**TESIS DE MAESTRÍA**

**ASESOR: Dr. Alberto Rojas Alvarado**

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN  
ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRO EN DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**HUACHO - 2019**



## **DEDICATORIA**

La presente tesis se la dedico a mi familia y en especial a mi madre, pues gracias a su cariño y empuje puedo seguir en este interminable camino que implica el estudio del derecho.

**Gladys Doris Manrique Castro**

## AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento está dirigido de manera especial a todas aquellas personas que han colaborado de alguna manera para la concreción y presentación de la presente tesis.

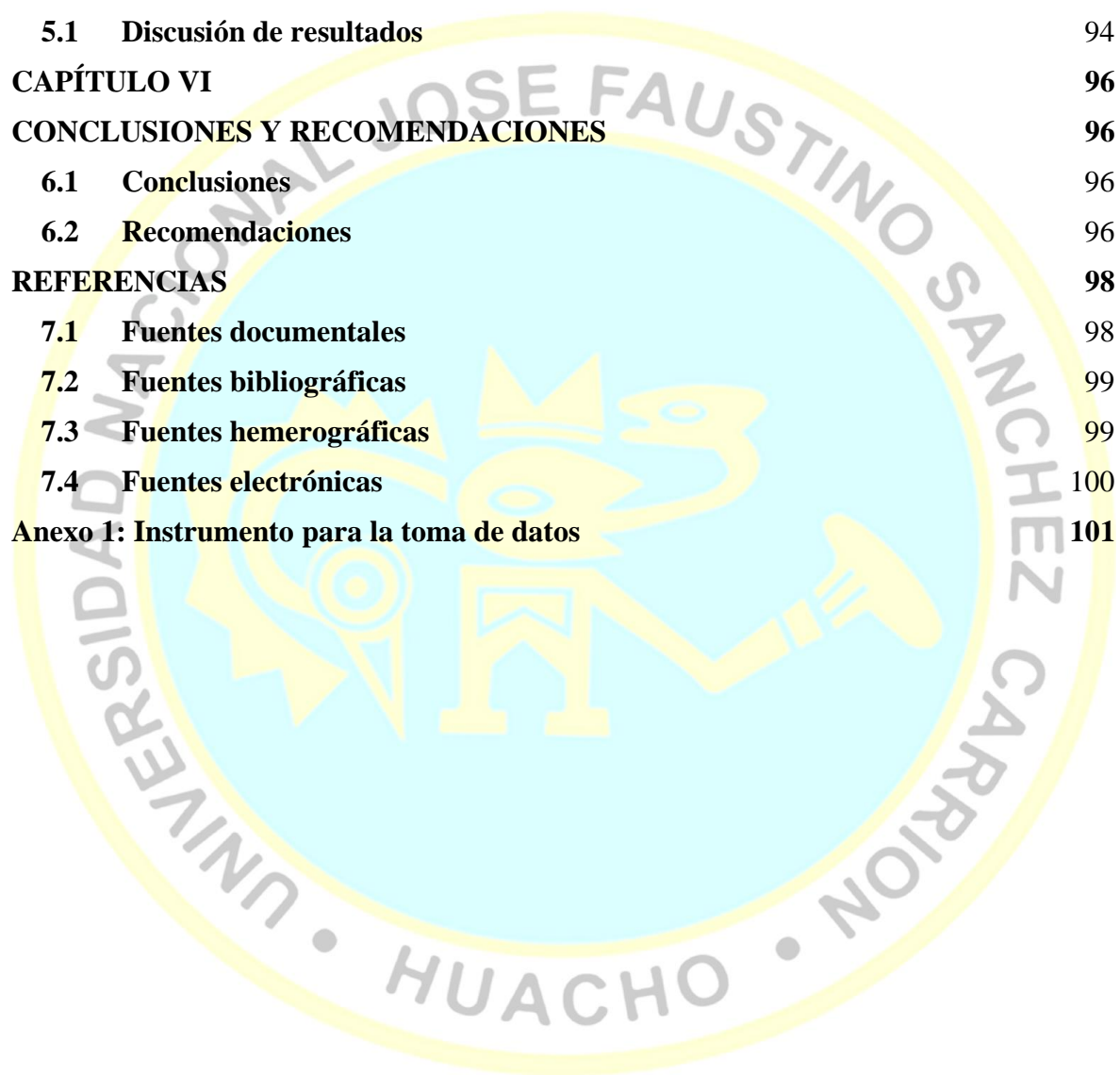
**Gladys Doris Manrique Castro**



# ÍNDICE

<b>DEDICATORIA</b>	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>iv</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>ix</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>1</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Descripción de la realidad problemática</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Formulación del problema</b>	<b>4</b>
<b>1.2.1 Problema general</b>	<b>4</b>
<b>1.2.2 Problemas específicos</b>	<b>4</b>
<b>1.3 Objetivos de la investigación</b>	<b>4</b>
<b>1.3.1 Objetivo general</b>	<b>4</b>
<b>1.3.2 Objetivos específicos</b>	<b>4</b>
<b>1.4 Justificación de la investigación</b>	<b>5</b>
<b>1.5 Delimitaciones del estudio</b>	<b>5</b>
<b>1.6 Viabilidad del estudio</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>7</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>7</b>
<b>2.1 Antecedentes de la investigación</b>	<b>7</b>
<b>2.1.2 Investigaciones nacionales</b>	<b>8</b>
<b>2.2 Bases teóricas</b>	<b>11</b>
<b>2.3 Definición de términos básicos</b>	<b>78</b>
<b>2.4 Hipótesis de investigación</b>	<b>79</b>
<b>2.4.1 Hipótesis general</b>	<b>79</b>
<b>2.4.2 Hipótesis específicas</b>	<b>80</b>
<b>2.5 Operacionalización de las variables</b>	<b>81</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>81</b>
<b>METODOLOGÍA</b>	<b>81</b>
<b>3.1 Diseño metodológico</b>	<b>81</b>
<b>3.2 Población y muestra</b>	<b>81</b>
<b>3.2.1 Población</b>	<b>81</b>
<b>3.2.2 Muestra</b>	<b>81</b>
<b>3.3 Técnicas de recolección de datos</b>	<b>82</b>

3.4	Técnicas para el procesamiento de la información	82
<b>CAPÍTULO IV</b>		<b>83</b>
<b>RESULTADOS</b>		<b>83</b>
4.1	Análisis de resultados	83
4.2	Contrastación de hipótesis	93
<b>CAPÍTULO V</b>		<b>94</b>
<b>DISCUSIÓN</b>		<b>94</b>
5.1	Discusión de resultados	94
<b>CAPÍTULO VI</b>		<b>96</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>		<b>96</b>
6.1	Conclusiones	96
6.2	Recomendaciones	96
<b>REFERENCIAS</b>		<b>98</b>
7.1	Fuentes documentales	98
7.2	Fuentes bibliográficas	99
7.3	Fuentes hemerográficas	99
7.4	Fuentes electrónicas	100
<b>Anexo 1: Instrumento para la toma de datos</b>		<b>101</b>





## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se elaboró sobre la base del enfoque mixto (cualitativo y cuantitativo) por cuanto por un lado, el estudio es cualitativo, debido a que está referida a un problema de posesión y cuando se convierte una persona en ocupante precario señalado en el artículo 911° del Código Civil y las nuevas formas de posesión precaria señaladas en el IV Pleno Casatorio Civil, en este caso se describe y analiza este fenómeno, pero a la vez también se realiza un estudio cuantitativo, debido a que estadísticamente se busca averiguar cuántos casos se han judicializado de ocupantes precarios en la Corte Superior de Huaura, en el espacio de estudio señalado en la investigación.

De otro lado, se analizó las opiniones de los operadores jurídicos de los magistrados de la Corte Superior de Huaura (Jueces, secretarios, especialistas, abogados especialistas) cuyas opiniones son relevantes sobre las nuevas condiciones para señalar quienes tienen la condición de precario respecto a la ocupación de un predio.

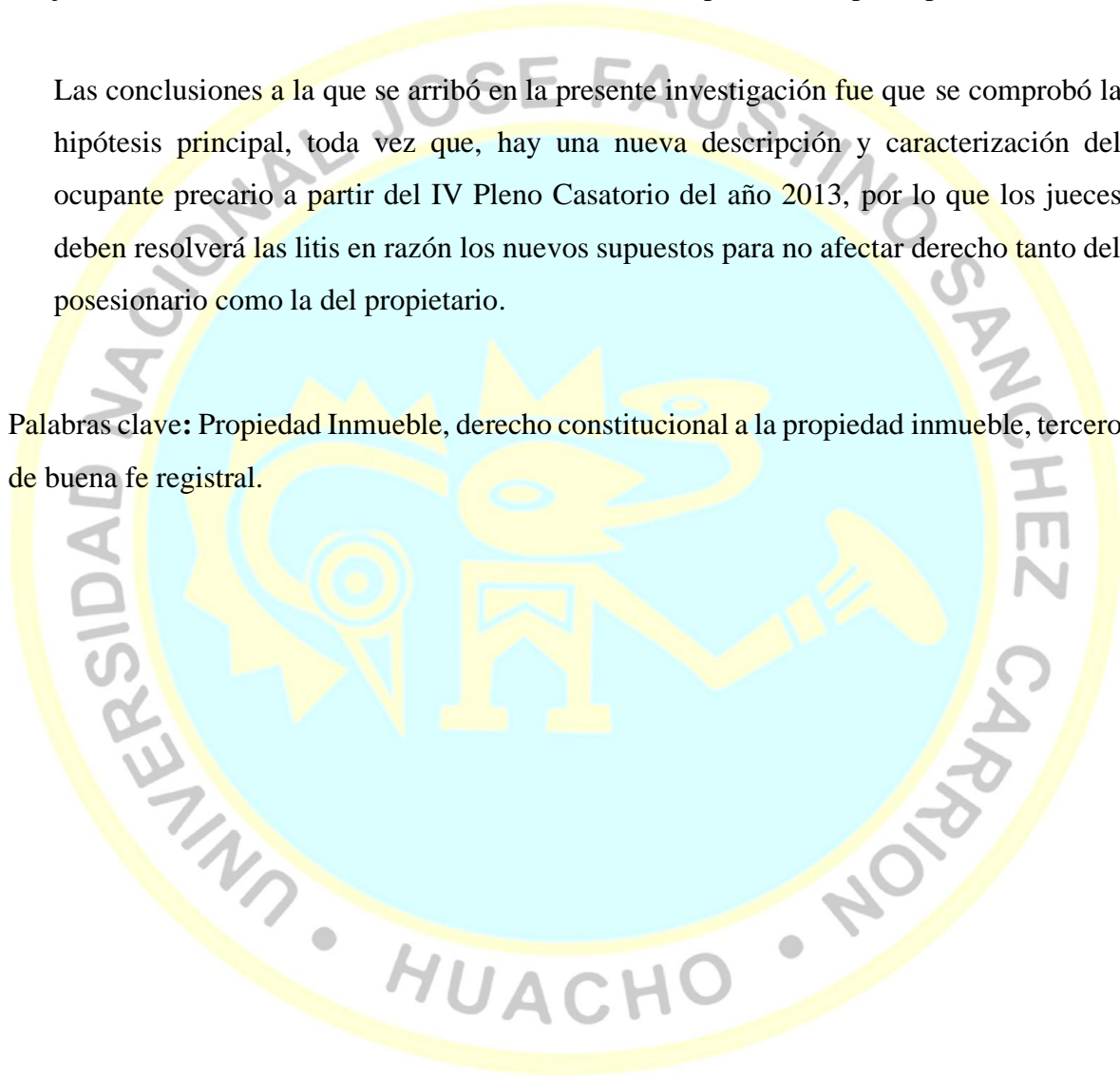
La investigación se centró en resolver el problema planteado ¿Cómo el ocupante precario descrito bajo los alcances del artículo 911° del Código Civil del año 1984, presenta otras características en el contexto actual en la provincia de Huaura en el año 2016?, para lo cual se pudo recoger información de la Corte Superior de Huaura, y contrastar con las variables de la investigación, para ello se ha utilizado el método científico que implica observar y describir el comportamiento de un sujeto sin influir sobre él de ninguna manera, en este caso la investigación se centró en observar de qué manera se está resolviendo las demandas de desalojo por ocupante precario y la técnica de recolección ha sido la encuesta.

La hipótesis planteada fue, El ocupante precario descrito bajo los alcances del artículo 911° del Código Civil del año 1984, presenta otras características en el contexto actual, como la de ocupante precario sin título, ocupante precario con título vencido en la provincia de Huaura en el año 2016.

Es decir, el resultado que se tiene luego de realizada la investigación nos arroja que el contexto de la dación del artículo 911° del Código Civil, del año 1984, no es el mismo del presente siglo y particularmente de la presente década, razón más que suficiente para dar no solo una explicación del ocupante precario, sino y sobre todo, describir los supuestos y características del ocupante precario actual, por lo tanto, los operadores de justicia deben remitirse a las decisiones casatorias respecto al ocupante precario.

Las conclusiones a la que se arribó en la presente investigación fue que se comprobó la hipótesis principal, toda vez que, hay una nueva descripción y caracterización del ocupante precario a partir del IV Pleno Casatorio del año 2013, por lo que los jueces deben resolverá las litis en razón los nuevos supuestos para no afectar derecho tanto del posesionario como la del propietario.

**Palabras clave:** Propiedad Inmueble, derecho constitucional a la propiedad inmueble, tercero de buena fe registral.





## ABSTRACT

The present research work was elaborated on the basis of the mixed approach (qualitative and quantitative) because on the one hand, the study is qualitative, because it is related to a problem of possession and when a person becomes a precarious occupant indicated in Article 911 of the Civil Code and the new forms of precarious possession indicated in the IV Civil Casatorio Plenary, in this case this phenomenon is described and analyzed, but at the same time a quantitative study is also carried out, because statistically it is sought to find out how many cases have been judicialized of precarious occupants in the Superior Court of Huaura, in the study space indicated in the investigation.

On the other hand, the opinions of the legal operators of the magistrates of the Superior Court of Huaura (Judges, secretaries, specialists, specialist lawyers) whose opinions are relevant on the new conditions to indicate those who have precarious status regarding the occupation of a property.

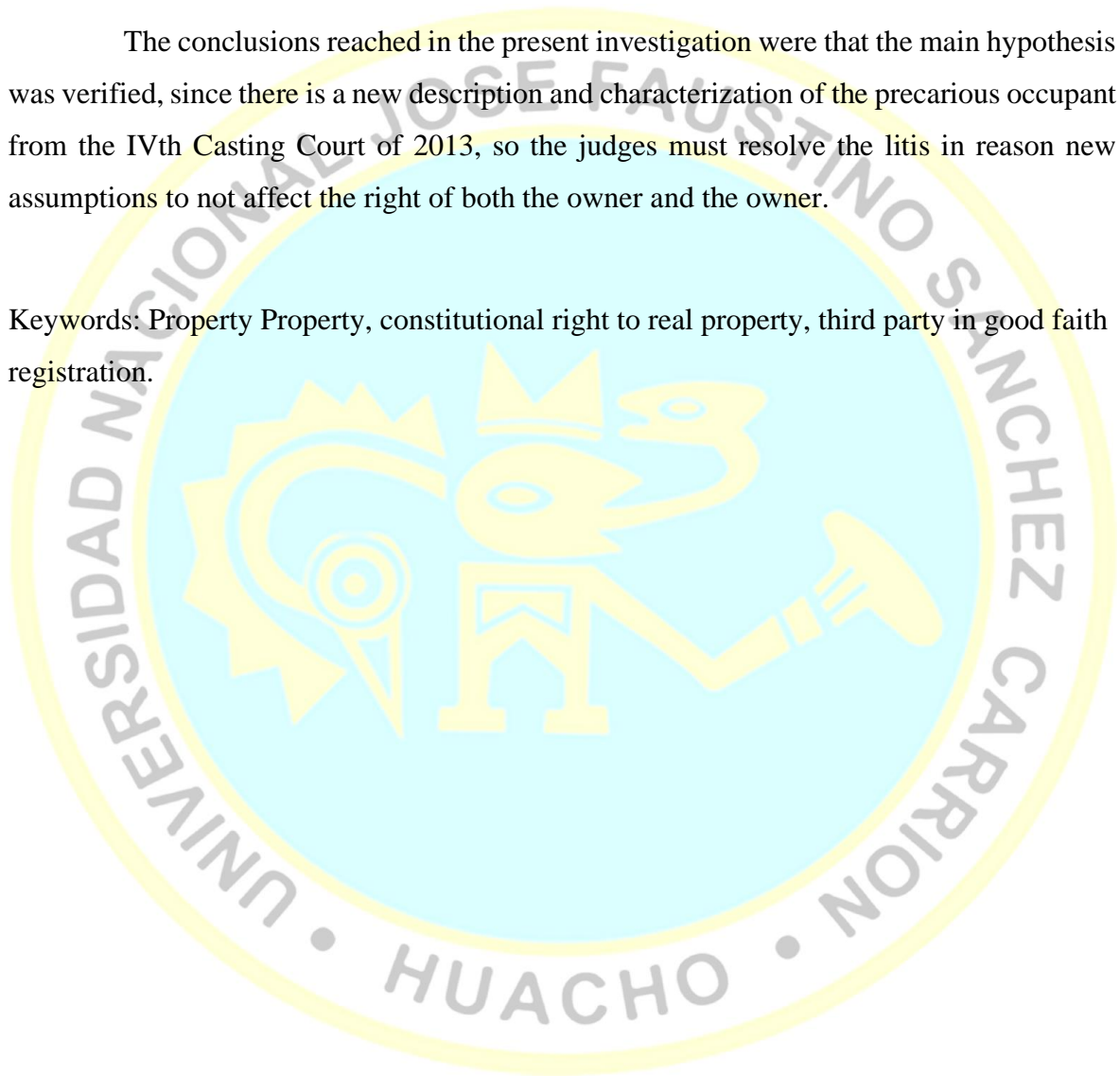
The investigation focused on solving the problem posed. How does the precarious occupant described under the scope of article 911 of the Civil Code of the year 1984, present other characteristics in the current context in the province of Huaura in 2016 ?, for which it was possible to collect information from the Superior Court of Huaura, and to contrast with the variables of the investigation, for this the scientific method has been used that involves observing and describing the behavior of a subject without influencing it in any way, in this case the The investigation focused on observing how the eviction lawsuits are being resolved by a precarious occupant and the collection technique has been the survey.

The hypothesis proposed was, The precarious occupant described under the scope of article 911 of the Civil Code of 1984, presents other characteristics in the current context, such as the precarious occupant without title, precarious occupant with expired title in the province of Huaura in the year 2016.

That is to say, the result after the investigation is carried out shows us that the context of the dación of the article 911 ° of the Civil Code, of the year 1984, is not the same of the present century and particularly of the present decade, reason more than enough to give not only an explanation of the precarious occupant, but above all, to describe the assumptions and characteristics of the current precarious occupant, therefore, the justice operators must refer to the casatorial decisions regarding the precarious occupant.

The conclusions reached in the present investigation were that the main hypothesis was verified, since there is a new description and characterization of the precarious occupant from the IVth Casting Court of 2013, so the judges must resolve the litis in reason new assumptions to not affect the right of both the owner and the owner.

Keywords: Property Property, constitutional right to real property, third party in good faith registration.



## INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como propósito investigar la problemática jurídica y pragmática sobre la CONTEXTO ACTUAL DEL OCUPANTE PRECARIO Y LA INTERPRETACION DEL ART. 911° DEL CÓDIGO CIVIL EN LA PROVINCIA DE HUAURA- AÑO- 2016, problemática a nivel teórico que se aprecia que mediante el IV Pleno Casatorio, se busca establecer varias aristas sobre el ocupante precario que de manera muy cerrada establecía el artículo 911° del Código Civil, siendo que los operadores de justicia en interpretaciones diversas y contradictorias entre sí, resolvían los casos de distinta forma. En tal sentido con el presente trabajo se analiza y propone plantear soluciones y se ha estructurado con los siguientes capítulos:

En el Primer Capítulo se abordará el Planteamiento del Problema, en la cual se elabora la línea de trabajo a seguir, identificando la problemática teórica práctica que se observa en torno a la consideración del ocupante precario y sus diversas formas de constituirse como tal para lo cual se ha formulado los problemas encontrados, fijando los objetivos de la investigación y justificando la investigación.

En el Segundo Capítulo se desarrolla el Marco Teórico en el que se establece los antecedentes de la investigación, esto es, las investigaciones previas que apoyan y avalan la propuesta de trabajo; las bases teóricas, en la que se hace uso de la literatura jurídica, la base legal, en la que se hace un estudio de la legislación nacional, las sentencias casatorias diversas sobre la posesión en el Perú, análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 911° del Código Civil, y la reciente dación del IV Pleno Casatorio Civil. A partir de ella se establece definiciones conceptuales desarrollados en la investigación; finalizando con el planteamiento de las hipótesis, como producto del desarrollo de las bases teóricas y trabajo de campo (encuestas)

En el Tercer Capítulo se tiene la Metodología empleada, así como los diseños científicos utilizados; población y muestra, siendo la población Jueces, Asistentes judiciales, Abogados, usuarios. Así como los documentos, conformados por expedientes judiciales sobre desalojo de la Corte Superior de Huaura año 2016; se ha realizado la

operacionalización de variables e indicadores; técnicas e instrumentos de recolección de datos; y, técnicas para el procesamiento de información.

En el Cuarto Capítulo de la investigación se tiene los Resultados obtenidos de las encuestas, producto de las respuestas que dieron según la muestra de estudio, en el que se aprecia el real conocimiento e inquietudes de la muestra encuestada. De igual manera en este capítulo se analiza el resultado estadístico en base al trabajo de campo, ya que se trata de una investigación aplicada.

En el Quinto Capítulo se ubica la discusión, tópico en el que se analiza y contrasta la hipótesis con la información recabada y los resultados obtenidos; formulando las conclusiones arribadas, en donde se consignan los resultados de las pruebas, las ideas esenciales obtenidas y las soluciones logradas y finalmente las recomendaciones.

En el Sexto Capítulo contiene las fuentes de información de la investigación, que está conformada por las fuentes bibliográficas, que consisten en ensayos, manuales y obras monográficas; hemerográficas, que consisten en revistas especializadas; documentales, expedientes judiciales como Acuerdos Plenarios, Resoluciones Jurisprudenciales como la casación del IV Pleno Casatorio y otras fuentes documentales.



# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1 Descripción de la realidad problemática

Mucho se ha discutido sobre la posesión y dentro de ello las formas que las personas ocupan, así pues, el CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL – CASACIÓN N° 2195-2011-UCAYALI, más que luces nos trae sombras; sin embargo, a partir de esta casación podemos establecer ciertos criterios sobre el ocupante precario, toda vez que es necesario conocer de manera amplia la naturaleza del ocupante precario y su débil actuar en la obtención de un derecho real.

La norma añosa del siglo pasado, esto es el Código Civil del año 1984, preveía que en su artículo 911° del Código Civil, “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido” si se hace una interpretación literal, se puede advertir que solo existe un tipo de poseedor precario, aquel que simple y llanamente carece de un título que le otorgue la calidad de poseedor.

La norma en comento que se desprende del derecho romano, que concebía como aquel 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.

Haciendo una visión a la jurisprudencia española que 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.

Queda claro que, para la doctrina y la jurisprudencia como la española, se asume que la figura del precario supone una situación estrictamente posesoria, no de otra índole, razón por la cual esta calificación jurídica del precario en los tiempos actuales tiene por esencia

en la gratuidad, pero no nace con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble.

En el introito de esta parte del trabajo se señalaba que no solo la legislación era oscura, sino que de alguna manera los plenos, muchas veces contradictorios unos respecto otros; así pues la legislación no es certera 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, lo que conlleva a una ineficacia e inseguridad para los ocupantes, arrendadores y arrendatarios.

Evidentemente esta situación genera inseguridad jurídica en el medio nacional, situación incierta que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica alguna, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos que generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado para lograr darle a quien le corresponde el derecho.

Ahora bien, si tenemos como matriz el texto normativo contenido en el artículo 911° del Código Civil, entonces se asume que esta norma será la directriz para establecer el anclaje son distintos supuestos para determinar al poseedor precario en sus diferentes vertientes y aristas: 1) un primer supuesto 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 atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, 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; en suma es quien no acredita de modo alguno un título ni siquiera vencido o que concluyó sus efectos jurídicos.

2) un 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, dicha extinción puede deberse a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la



interposición de la demanda, ha variado, la cual deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a uso y disfrute del referido bien.

Ahora bien, importa al presente trabajo que debe acreditar la posesión legítima; así pues, alguien que tiene legitimación para obrar activa no sólo será 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 restitución de la posesión del inmueble, con lo cual cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585°, en cuanto a que el término “restitución” se debe entender en un sentido amplio y no restringido.

Resulta necesario que este IV 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.

De acuerdo a la glosa precedente y las incertidumbres que se generan con la jurisprudencia y los plenos casatorios es de advertirse que exista una alta incidencia de las declaraciones de improcedencia de las demandas de desalojo por ocupante precario, de allí que resulta necesario que los jueces de toda la República, teniendo en cuenta los criterios del IV pleno casatorio, 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.

A ello debe agregarse que si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo se 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.

El Pleno Casatorio reconoce que el desalojo por precario es una acción en el que –en la vía sumarísima se controvierte el derecho a la posesión del bien que está en poder del

demandado; deja claro que en este caso el derecho en disputa no será la propiedad, sino el derecho a poseer; esto resulta relevante pues el debate y la prueba del derecho posesorio que invocan las partes, deber ser directo y de rápida probanza; la sumarísima aleja la complejidad del debate y de la prueba.

## **1.2 Formulación del Problema**

### **1.2.1 Problema general**

¿Cómo el ocupante precario descrito bajo los alcances del artículo 911° del Código Civil del año 1984, presenta otras características en el contexto actual en la provincia de Huaura en el año 2016?

### **1.2.2 Problemas específicos**

- ¿Cuáles son los nuevos criterios que debe tener en cuenta el juez para caracterizar al ocupante precario bajo el contexto descrito por el IV pleno Casatorio del año 2012?
- ¿Cuál es la interpretación sistemática, teleológica e histórica del artículo 911 del C.C. y 585 y 586 y 587 del Código procesal Civil respecto al ocupante precario y el proceso de desalojo en la provincia de Huaura en el año 2016?

## **1.3 Objetivos de la investigación**

### **1.3.1 Objetivo general**

Analizar el contexto actual del ocupante precario y la interpretación del artículo 911° del Código Civil en la provincia de Huaura en el año 2016.

### **1.3.2 Objetivos específicos**

Determinar los nuevos criterios que debe tener en cuenta el juez para caracterizar al ocupante precario bajo el contexto descrito por el IV pleno Casatorio del año 2012.

Analizar la interpretación sistemática, teleológica e histórica del artículo 911° del Código Civil y los artículos 585°, 586° y 587° del Código procesal Civil respecto al ocupante precario y el proceso de desalojo en la provincia de Huaura en el año 2016.

#### **1.4 Justificación de la investigación**

Esta investigación se justifica porque tiene relevancia teórica, social y práctica, toda vez que a la luz del IV pleno casatorio que hace un análisis teleológico e histórico del artículo 911 ° del Código respecto al ocupante precario.

Actualmente son muchos peruanos los perjudicados con la vulneración de su derecho a la propiedad reconocido en la Constitución Política del Estado, por cuanto la consideración que se le daba al ocupante precario cambia ostensiblemente, por cuanto para que se le considere como tal, su condición al ocupar un predio debe estar señalado por directrices muy especiales, es decir no cualquier ocupante puede hoy considerarse precario.

La presente investigación es un tema de actualidad y de relevancia, por cuanto el derecho de posesión es un derecho de mucha relevancia, debido a que el tráfico comercial de propiedades es una actividad inmanente y lo que se busca es proteger tanto al propietario como a aquel poseedor legítimo que ocupa un predio con un título que le brinda el derecho de poseer.

De otro lado, la presente investigación se justifica en la medida que se utilizó procedimientos, técnicas, estrategias de investigación que conocemos y nos permitió la búsqueda de recolección de datos de sistematización y la utilización de instrumentos estadísticos para probar las hipótesis.

La utilización de esta metodología nos permite por un lado dar a conocer la confiabilidad de los instrumentos utilizados y así mismo serviría como modelo para otros trabajos de investigación referidos a similar temática.

#### **1.5 Delimitaciones del estudio**

##### **1.5.1. Delimitación espacial**

Esta investigación se realizará en el Distrito judicial de Huaura, que comprende varios juzgados civiles, por lo tanto, su alcance es local.

### **1.5.2. Delimitación temporal**

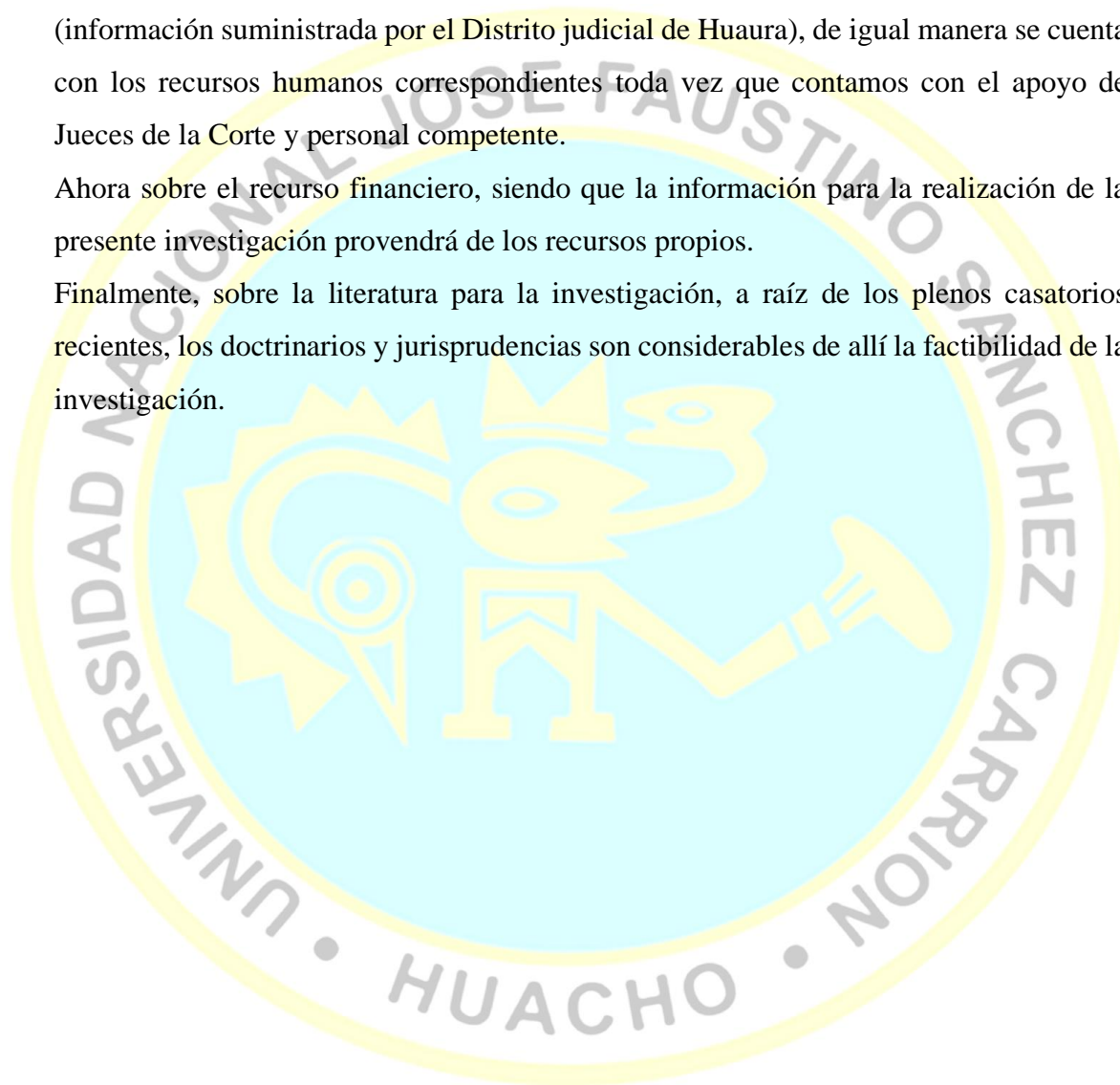
Para esta investigación se utilizará información que corresponde a Distrito Judicial de Huaura, que corresponde al periodo comprendido al año 2016.

### **1.6 Viabilidad del estudio**

Para el desarrollo de la presente investigación se cuenta con la capacidad logística (información suministrada por el Distrito judicial de Huaura), de igual manera se cuenta con los recursos humanos correspondientes toda vez que contamos con el apoyo de Jueces de la Corte y personal competente.

Ahora sobre el recurso financiero, siendo que la información para la realización de la presente investigación provendrá de los recursos propios.

Finalmente, sobre la literatura para la investigación, a raíz de los plenos casatorios recientes, los doctrinarios y jurisprudencias son considerables de allí la factibilidad de la investigación.





## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de la investigación**

##### **2.1.1. Investigaciones internacionales**

Tesis

Para (Miranda, 2008) en sus conclusiones refiere que:

A partir de la investigación realizada, se ha podido observar que la necesidad que tienen los seres humanos de vivienda, es a nivel mundial y que no todos tienen los medios económicos para obtenerla en propiedad por lo que optan al arrendamiento, cuyo incumplimiento da lugar al juicio sumario. Guatemala, así como los países investigados, tienen alguna similitud en cuanto a la aplicación del juicio sumario, los órganos jurisdiccionales del ramo civil lo utilizan como herramienta para la solución de controversias derivadas del incumplimiento de un contrato de arrendamiento, aunque en algunos países se utilizan otros mecanismos alternos, pero igual de efectivos que tienden a solucionar los derechos de las partes (p.113).

Para (Aguilar G. M., 2016) en sus conclusiones refiere que:

A diferencia de lo establecido en el artículo 1 de la LMA, en el NCPC se amplía el conocimiento de los procesos al desahucio de arrendamientos de cualquier naturaleza, que anteriormente se encontraba limitado a una relación de arrendamiento civil o comercial; generándose una secuela de mayor tramitación de desalojos por este tipo de proceso, agilizando estos trámites, lo cual es un gran avance y se encuentra acorde con el principio de concentración<sup>281</sup>. Asimismo, este nuevo Código establece un requisito adicional que no mencionaba la LMA: debe constar documentalmente el contrato, o bien prueba documental sobre esta condición a fin de evitar producir un debate sobre esta circunstancia. En relación con lo indicado en el artículo 110.1.2. del NCPC referente al respaldo documental que deben de ostentar los arrendamientos para poder optar por la vía del desahucio monitorio, se debe de esperar a la interpretación realizada por la norma, pues puede concebirse la palabra “documental” en una forma estricta o amplia, según convenga a la parte, y esto podría significar una traba para incoar estos procesos (p.150-151).

Para (Gárate, 2014) en sus conclusiones refiere que:

La normativa jurídica que regulariza el desahucio por transferencia de dominio, no exige al desahuciante que justifique la calidad de inquilino del notificado, permitiendo que se

desahucie a quienes son arrendatarios y a quienes no lo son. La falencia de la Ley de Inquilinato, respecto de la institución jurídica investigada, permite que se desahucie y desaloje a posesionarios y propietarios de inmuebles, valiéndose de instrumentos públicos que contienen contratos de transferencias de dominio simulados. Un grupo de considerable de profesionales del derecho desconoce que el desahucio objeto de estudio, vulnera el derecho al debido proceso del notificado (p.99).

Para (Garita, 2002) en sus conclusiones refiere que:

La unificación de criterios en cualquier materia, y especialmente en ésta por la función social que cumple al proveer de vivienda o edificios para trabajar a personas que no posean los medios económicos suficientes para tener uno propio, es vital para no crear indefensión e inseguridad en los que acuden a los tribunales de justicia a resolver sus controversias, inclusive permitiría la celeridad de los procesos y la descongelación de los juzgados, ya que sería más rápido resolver cuando se tiene claro el sentido que tiene la norma, y a los operadores del Derecho se les facilitaría la aplicación normativa a los casos concretos (p.219).

#### 2.1.2. Investigaciones nacionales

##### Tesis

Para (Marmanillo, 2008) en sus conclusiones refiere que:

Los procesos de desalojo por vencimiento de contrato en los juzgados de paz letrado de Lima Cercado demoran por las razones siguientes: 1) De orden normativo, porque el Código Procesal Civil se ha convertido en una traba para que los jueces puedan resolver los procesos, pues impone una tramitación demasiado formal y cuyo incumplimiento produce la nulidad, obligando que se tramite nuevamente, lo que debió resolverse rápidamente. Esta hipótesis se ha acreditado con el estudio de las normas de dicha norma procesal, en las que encontramos los casos siguientes: a) La obligación de la notificación de todas las resoluciones judiciales a través de la cedula de notificación, recurriendo a la intervención de muchas personas y etapas para su realización. No obstante que se debería utilizar el correo electrónico para notificar resoluciones que no sean el traslado de la demanda, o de reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia, a) La obligatoriedad de la audiencia para la validez del proceso, que impide una tramitación más rápida. La sola existencia de un procedimiento formal garantiza, pero, del derecho del arrendatario como poseedor, es un factor negativo para que el contrato de arriendos sea un instrumento importante de la economía y del ejercicio de los derechos del propietario. V.G. c) Que desalojo por vencimiento de contrato se tramite como proceso



de conocimiento sumarísimo, cuando debería ser tramitado por el proceso ejecutivo, para cuyo efecto el contrato de arriendos vencido debe servir como título ejecutivo, siempre que cuente con firmas legalizadas por notario, para los efectos de la fecha cierta. d) Como alternativa a lo señalado, se propone que se dicte una norma especial que autorice la tramitación del desalojo de manera expeditiva que saliendo del marco del C.P.C permita que el arrendador recupere su predio en un plazo que, no exceda de quince días, para ello se debe tener en cuenta las normas del derecho comparado como el del derecho italiano que hemos recogido y es anexo del presente trabajo (p. 113-114).

Para (More H. E., 2011) en sus conclusiones refiere que:

Con relación a la regulación normativa de la posesión, así como de la posesión ilegítima y la precaria, se aprecia un defecto que es necesario corregir a efecto de evitar complicaciones jurisprudenciales. Tales modificaciones legislativas deben incluir en su texto, las siguientes ideas: a.- La posesión es la potestad o señorío fáctico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; aun cuando reconozca en otro la propiedad, el poseedor de un bien es aquel que, en los hechos, se conduce como propietario, usando o disfrutando el bien. b.- La posesión, cualquiera que ésta fuera, no puede ser privada o perturbada al poseedor por acto de particulares; corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho posesorio a quien corresponda. c.- La posesión será legítima cuando se ejerce con arreglo a derecho, en virtud de un título válido. d.- La posesión será ilegítima cuando se ejerza con título inválido o sin título alguno. Ésta será de buena fe cuando el poseedor, por cualquier causa, crea en la legitimidad de su título. Será de mala fe cuando conozca de la ilegitimidad de su título, carezca de título o éste sea manifiestamente ilegítimo. e.- La posesión precaria es la que se ejerce con título manifiestamente ilegítimo o inválido, o sin título alguno, sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció. f.- El poseedor precario, en tanto ejerce una *posesión de mala fe*, está obligado a rembolsar los frutos percibidos y los que se dejaron de percibir. Es también responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida o deterioro del bien (p.167-168).

Para (Rivera, 2014) en sus conclusiones refiere que:

Del análisis del expediente, se deslinda la importancia de la correlación existente entre la interpretación de norma y la prueba; toda vez que en todos los procesos es sumamente importante la debida valoración de los medios probatorios presentados por ambas partes, porque es como el juzgador sustentará su fallo además de la interpretación que realice a

la norma de la materia. De todo lo glosado resulta necesario indicar cuando procede el desalojo por precariedad, y según MONTOYA ANGUERRY se da en los siguientes casos: 1) cuando el demandado fue poseedor y su título feneció. 2) cuando el demandado es un poseedor (se cree ejerciente del derecho real de posesión) pero no tiene título. 3) el demandado es un ocupante que no tiene título alguno y 4) el demandado es un ocupante sin título y sin pagar renta (p.20).

Para (Castro L. E., 2015) en sus conclusiones refiere que:

En la relación jurídica que proviene del contrato de arrendamiento a plazo determinado en aplicación del artículo 1700 del CC, no deviene en precario el arrendatario, ya que el artículo 1699, menciona que no es necesario cursar aviso previo de ninguna de las partes al finalizar el plazo, el arrendador debe demandar por la causal de vencimiento de contrato para recuperar el bien mediante el desalojo, ya que las distintas interpretaciones no hacen más que generar confusión. En el arrendamiento al vencimiento del plazo y el requerimiento del bien por parte del arrendador, esto no lo convierte en precario al arrendatario ya que el título no feneció, quedan pendientes obligaciones de liquidación, la posesión deviene en ilegítima y está sujeto a resarcimiento económico. Concluimos que el artículo 911 del código civil no debe ser de aplicación al arrendamiento vencido el plazo y hecho el requerimiento, debido a que quedan los efectos de la relación jurídica, el poseedor deviene en ilegítimo además no se cumplen las causales de precariedad que prescribe dicho artículo que la posesión se ejerce sin título o con título fenecido dicho artículo no especifica cuando un título feneció. Concluimos que el precario debe ser el que posee el bien por liberalidad y tolerancia del concedente y sin vínculo jurídico alguno. La posesión precaria no es la posesión ilegítima debido a que ambas son distintas en su conceptualización, además la posesión ilegítima tiende a clasificarse y está sujeta a resarcimiento económico por los daños causados (p.71-72).

Para (Chirinos, 2016) en sus conclusiones refiere que:

De forma general, podemos concluir que el cuarto pleno casatorio civil, ha desnaturalizado la figura del desalojo que es una acción posesoria, puesto que, con los supuestos de ocupación precaria, dentro del proceso de desalojo se verán figuras como la reivindicación, prescripción adquisitiva, nulidad de acto jurídico, entre otras. Extendiéndose tanto el proceso del desalojo, nos preguntamos, si va a tener utilidad, porque los procesos de desalojo serían extensos como si estuviera tramitando en la vía de conocimiento, perdiendo la naturaleza del desalojo. De forma específica, nuestro tema de investigación, concluimos que el Cuarto Pleno señalando como precedente

judicial que el vencimiento del contrato de arrendamiento es un supuesto de ocupación precaria, siempre que el arrendador haya solicitado su devolución, ha ocasionado que los procesos de desalojo que eran tramitados en juzgado de paz letrado ahora incrementa la carga de los juzgados civiles, que incrementa la carga de la corte suprema porque todos tendrían la posibilidad de interponer recurso de casación (p.177.178)

## 2.1 Bases teóricas

Para lograr los objetivos propuestos en la presente investigación jurídica, he clasificado el marco teórico en los siguientes capítulos:

### CAPITULO I

#### LA POSESIÓN

##### 1. ORIGEN DE LA POSESIÓN

Señala (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) que el origen de la posesión es incierto, por lo menos hasta hoy no existe una posición uniforme. En buena medida esto se debe a su carácter voluble. “Blanda y flexible -decía Ihering- como el molusco; concluyendo que “es una figura de caucho, a la cual puede dársele las formas que se quiera”. (p. 270)

##### 2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

###### 2.1 LA POSESION EN EL MUNDO PRIMITIVO

La posesión existió desde el mundo primitivo y la misma estaba constituida de la siguiente manera:

Por las labores de apropiación (caza, pesca y recolección de frutos) y de ocupación de tierras que, para su manutención, hace la naturaleza que se le ofrece libremente. En este estadio, no existe diferencia entre posesión y propiedad. Siendo la posesión un poder de hecho, resulta casi indiscutible que ella antecedió a la propiedad, “aunque la forma posesoria debe haber sido exteriorización inmediata y más simple del poder del hombre sobre los bienes”.

La ocupación y apropiación de bienes se mantuvo por la fuerza física, o quizás porque haya existido a la sazón, cierto orden jurídico “que delimita los derechos y, por lo tanto, la coexistencia, proveniente del “padre de familia”, del “jefe de la tribu o clan” según la época histórica. Hubo de transcurrir mucho tiempo para que, al tornarse insuficiente la



caza, disgregarse la comunidad y aparecer las primeras formas de propiedad individual, sobre todo de la tierra, se afirmaran las primeras manifestaciones de la propiedad. (Ramirez Cruz, 2004) (p. 270)

## 2.2 LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO

### 2.2.1 EN LA ROMA ANTIGUA

Respecto a La Posesión en la Roma Antigua, se puede decir que la misma se daba a través de:

La relación (corporal y espiritual) del hombre con los bienes era fundamentalmente posesoria. En las antiguas villas “dicha vinculación no reclamaba empleo de trabajo y dinero, pues era pastoril y no requería ostentación de su propiedad. Se exteriorizaba como un señorío de hecho, que permitía al pastor paecer su rebaño cuando quería, compendiándose todo su contenido en señorío económico - político ejercido por los miembros de la aldea”. Tal vinculo se manifestaba en el ager publicus (que eran tierras conquistadas al enemigo, que constituyó a su vez el patrimonio de las grandes familias).

### 2.2.2 DURANTE LA DOMINACION ETRUSCA

Con la dominacion de Roma por los Reyes Etruscos, no desaparece el señorío bajo el cual se exteriorizaba la posesión, pero ya solo se manifestaba a traves de la faz economica, pues la politica quedo reservada al rey.

### 2.2.3 EPOCA CLASICA Y REPUBLICANA

En esta época fue la posesión la base de la economía agraria. Precisamente su monopolio revertido con la forma del ager publicus a manos de los patricios y lo nobles, fue la causa de los grandes conflictos sociales que surgieron.

### 2.2.4 ENTRE LOS SIGLOS V Y IV A.N.E

Se propusieron 22 leyes agrarias, destacando la rogatio Cassiana (486) y la Liciana (367), de las cuales sólo dos se convirtieron en leyes: la Icilia do Aventina Publicando y la Licinia Sextia.

Estas grandes extensiones de tierras (ager publicus) fueron retenidas por la nobleza (nobilitas) durante siglos y las transmitieron a través de la herencia. Mas aun las defendieron tenazmente, a pesar que no existía un basamento jurídico. La posesión era un poder o un señorío de hecho, un poder político - económico, del cual debía excluirse cualquier idea de derecho subjetivo.

### 2.2.5 IMPERIO DOMINICANO (años 52-97)

El romanista Emilio Albertario le atribuye a la Lex Thoria la consecuencia de haber influido en la transformación de la posesión en dominio. Cuando la posesión del *ager publicus* desapareció, la ley del año 11 a.n.e transformo de inmediato las posesiones entonces existentes, en *dominium optimo iure*.

Según Ambrosioni “la idea misma de la posesión, como la del patrimonio, constituye una indudable conquista de la economía capitalista, de la economía que se funda en el comercio, y que sustituye en todas partes, y lo hizo en Roma, a la organización militar y religiosa. (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) (p. 270 - 271)

## 2.3 LA POSESION EN EL DERECHO GERMANO: LA “GEWERE”

### 2.3.1 EN LA EPOCA ANTIGUA

El derecho privado alemán no reconocía al individuo la propiedad privada, especialmente la del suelo y de la tierra. En tales tiempos el dominio privado era posible solo sobre los muebles, al paso que los inmuebles estaban sometidos a la propiedad común asociacional.

El termino *gewere* significa custodia, guarda, posesión. La *gewere* o posesión inmobiliaria era entendida a la sazón como la forma jurídica del derecho real.

Siendo la relación posesoria (*gewere*) no solo la forma jurídica del derecho real, sino en sí misma un derecho, daba lugar a determinadas consecuencias jurídicas, en cuanto a que el poseedor estaba protegido por algunas acciones defensivas por acción propia. Aunque no existía propiamente una protección posesoria civil, si acarrea una sanción al infractor. Además, este infractor violento no obtenía *gewere* alguna; el despojado mantenía una *gewere* ideal. Junto a esta existía la *gewere* corporal, que no era la simple detentación, sino que tenía la apariencia jurídica del ejercicio de un derecho sobre el bien. De tal modo que si esta *gewere* (corporal) no era cuestionada por una *gewere* superior, o no lo es durante un año y un día, deviene inatacable y a la postre, se convierte en *rechte gewere*, que se impondrá posteriormente.

### 2.3.2 PERIODO DE RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

El fenómeno cubre los siglos XVI y XVII en el que según Rudolf Sohm, “predomina el derecho extraño, transformando la practica judicial”.

Pasando al olvido el derecho germánico. La recepción trae la noción de posesión en principio, “en la mal acusada acentuación del señorío de hecho, con la consiguiente repulsa de la *gewere* múltiple y de la *gewere* ideal”. En segundo término, la doctrina

romana, desde Savigny, exige para que haya posesión, además del corpus o señorío, el animus domini o animus rem sibi habendi (elemento subjetivo); de tal modo que el no propietario solo tiene detentio (detentación).

### 2.3.3 EN LA EPOCA MEDIA

El autor refiere que en esa época nacen las acciones posesorias civiles. Como secuela del influjo del derecho canónico, pero solo logran desarrollarse hasta después del periodo de recepción a imitación de los interdictos romanos.

### 2.3.4 EN EL DERECHO MODERNO

Los nuevos derechos particulares y el BGB (Código Civil Alemán) resucitan la idea germánica de posesión. Todo señorío de hecho representa posesión de hecho. La posesión es transmisible inter vivos y mortis causa. El BGB estatuye este concepto. La gewere reaparece en las formas de posesión mediata e inmediata y la posesión ideal en la posesión del heredero. (Ramirez Cruz, 2004) (p. 272 - 274)

## 2.4 LA POSESION EN EL DERECHO CANONICO

Refiere (Ramirez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) que la noción de posesión no difiere sustancialmente de la del derecho romano. No obstante, presenta matices respecto a dos tópicos:

- a) En la cuasi posesión (possessio iuris): El derecho feudal y el derecho canónico amplían el concepto de la posesión a toda clase de derechos, en la medida que fuesen susceptibles de un ejercicio continuado.
- b) El principio: Spoliatus ante omnia restitundus est. La aplicación de este principio ensancha la protección posesoria. Se busca reprimir los actos violentos que perturban el estado posesorio, aunque partan del propietario contra el detentador: en tal situación está obligado a restituirla, imponiéndole la pérdida de la propiedad. La iglesia a través de la actio spoli (era un remedio que perseguía reponer o restituir las cosas al estado de hecho en que se encontraba en el momento de la perturbación, molestia o despojo) pone fin a ciertos desordenes debido a la falta de protección posesoria. (p. 274 - 275)

## 2.5 LA POSESION EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 2.5.1 ANTIGUA ESPAÑA

Los orígenes de la gewere penetran por el norte de España, probablemente con las Capitulaciones de Carlomagno, en varias de las cuales se habla de posesión de año y día, existiendo testimonios en los Fueros Municipales, tales como Jaca (1063), Santa María



de Alquezar (1075), Miranda de Ebro (1099). Dicha posesión solo exigía el tener el señorío sobre el bien, sin mencionar para nada las bases jurídicas en que apoya.

El concepto romano de la posesión se plasma en Las Partidas, luego de una lucha entre el derecho germánico y el derecho romano-canónico, en la que finalmente triunfa este.

### 2.5.2 EDAD MODERNA

Implementada en lugar de gewere la posesión romana, mero reflejo o presunción de dominio, sin rica variedad de contenido que ofrece la gewere (germana). Opera a partir de las Leyes del Estilo, en su ley 242, es casi seguro que se dieron después del Fuero Real. Con esta ley 242, la prescripción de año y día opera solo si existe un título justo. Según los sabios antiguos posesión es tenencia derecha ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento. Estas mismas normas pasan al Especulo, Ordenanzas Reales, Leyes de Toro y Novísima Recopilación.

Las corrientes codificadoras de comienzos del siglo XIX inspiran a los legisladores españoles. Así los códigos civiles australiano, francés, italiano y portugués, establecen que la posesión es la simple tenencia de una cosa o el goce de un derecho real. (Ramirez Cruz, 2004) (p. 275 - 276)

### 3. NATURALEZA JURÍDICA

Existen múltiples discusiones entre las teorías que sostienen a la posesión, están los que sustentan que es un hecho o aquellos que sostienen que es un derecho, por lo que:

- a) Savigny sostiene que originariamente, considerada en sí misma, la posesión es un mero hecho, porque se funda en circunstancias materiales (corpus), sin las cuales no podría concebirse; pero agrega que es a la vez un derecho, por las consecuencias jurídicas atribuidas al hecho, que son la prescripción y las acciones posesorias, y porque hay casos en los cuales los derechos del poseedor son independientes del hecho mismo.
- b) Ihering afirma que la posesión es un derecho, porque es un interés jurídicamente protegido.
- c) Las disposiciones de nuestro Código Civil, se orientan a concebir la posesión como un hecho, partiendo de la propia definición. Cada vez que el Código Civil define un derecho, dice que es una “facultad” o un “derecho” (artículo 582), mientras que al definir la posesión dice que es la “tenencia”, la que constituye un hecho.

- d) Hoy día, la doctrina considera infecunda esta disputa y resuelve la cuestión diciendo simplemente que la posesión es un estado de hecho protegido por el derecho. (Orrego Acuña, 2017) (pág. 2)

#### 4. ELEMENTOS

La posesión está conformada por los siguientes elementos:

- a) **La tenencia o el corpus:** es un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa. Savigny afirma que el corpus no supone necesariamente el contacto inmediato del individuo con el bien poseído. Consiste en la manifestación de un poder de dominación, en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa, en forma directa e inmediata, con exclusión de toda intromisión de extraños. Por ello, si la cosa está temporalmente en manos de un mero tenedor (un arrendatario o un comodatario, por ejemplo), el corpus continúa radicado en el poseedor, pues el mero tenedor carece de la facultad para disponer materialmente de la cosa, pues expirado el derecho en virtud del cual detenta la cosa, debe restituir la cosa al poseedor. Dicho en otras palabras: quien tiene la obligación de conservar y restituir, no sólo carece del *ánimus*, sino también del *corpus*. Concebir el *corpus* no sólo como tenencia física sino también como una posibilidad de disponer de la cosa, aunque eventualmente no se tenga un contacto directo con ella, se relaciona con las formas simbólicas de tradición de cosa corporal mueble (artículo 684). Ihering sostiene que el *corpus* es la exteriorización del derecho de propiedad, el hecho de conducirse respecto de la cosa como lo haría el propietario.
- b) **El *ánimus*:** de acuerdo con la llamada teoría clásica o subjetiva, la posesión no sólo implica una potestad de hecho sobre la cosa (*corpus*), sino también la existencia de una voluntad especial en el que pretende poseer. Este segundo elemento es de carácter psicológico o intelectual y se llama *ánimus*. Consiste en tener la cosa como dueño, en la intención de tener la cosa para sí. Para la mayoría de la doctrina nacional, nuestro Código Civil da un papel preponderante al *ánimus*, afirmándose que, si bien para adquirir la posesión se necesita el *corpus* y el *ánimus*, para conservarla basta el último. (Orrego Acuña, 2017) (p. 3)

#### 5. CONCEPTO DE POSESIÓN

La posesión es el derecho real que establece una relación directa e inmediata de dominación exclusiva (uso y goce, o sea, aprovechamiento económico entre una persona y un bien, con autonomía y prescindencia de la titularidad (derecho) a ella. Es un derecho de carácter provisional. Esta es la posesión de hecho la que carece de título justificativo.

En otro sentido, hay también posesión cuando se la entiende como derecho subjetivo (del dueño o del que tiene un derecho real sobre bien ajeno), en cuya hipótesis supone titularidad y por eso, título justificativo. (Ramirez Cruz, 2004) (p. 282)

La posesión es el poder de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre una cosa, con el fin de utilizarla económicamente; dicho poder se protege jurídicamente, con prescindencia de saber si corresponde o no la existencia de un derecho. Opinión que encontramos inmersas en Ripert y Boulanger cuando dicen “Se entiende por posesión el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa determinada. Se puede ser poseedor de cosas consideradas individualmente que componen una universalidad, pero no de la universalidad en sí misma”. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 139)

La posesión, en el sentido que la entendemos en nuestro país, la ejerce quien, en los hechos, usa y disfruta un bien en interés propio; la posesión permite el goce de los bienes; es en realidad incontrastable. El Estado no tiene otra opción que la de proteger la posesión, sea por omisión frente a casos de “convulsión social”- o por acción frente a supuestos en que la posesión puede ser la exteriorización de un derecho cierto y válido; en esta última, la defensa posesoria judicial o extrajudicial es un primer mecanismo para impedir el eventual abuso o la arbitrariedad de quienes invocan tener un mejor derecho se dilucide en un proceso previsto legalmente.

En buena cuenta, la posesión tiene un mérito intrínseco, que va más allá de la buena o mala fe. El poseedor es un gestor o administrador que causa riqueza, que invierte, que trabaja y proporciona trabajo, que tributa y activa la economía. La posesión se convierte en una institución humanista, que combina el sujeto, la tierra y el trabajo. La posesión, sin duda, está en el centro de la economía. Por tanto, desde una perspectiva funcional, la acción del poseedor es más valiosa que la del propietario que se conforma con inscribir un título, pero que permanece inactivo e improductivo, esto es, que literalmente se queda “con los brazos cruzados”, pues no realiza actos de posesión. (Gonzales Barrón G. ) (p. 2-3)

Manifiesta José Galiano que la posesión constituye una institución del derecho civil, reconocida como una de las materias más difíciles de este derecho, además de controvertida.

La posesión puede ser la expresión del ejercicio de un derecho real o puede ser la expresión de una voluntad propia de quien tiene el bien, sin que exista otro derecho real subyacente, salvo la posesión misma, ejercida en interés propio y con fines de aprovechamiento económico posesión per se. (Lama More H. E., 2015) (p. 30)



## 6. LA POSESIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

### 6.1 DERECHO ESPAÑOL

El Código Civil de España distingue dos tipos de posesión:

- a) **Posesión natural:** la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona.
- b) **Posesión civil:** la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona unidos a la intención de hacer la cosa o el derecho como suyos. Es la única considerada como título suficiente para adquirir la propiedad u otro derecho real por usucapión.

La posesión civil a su vez se divide en:

1. Posesión en concepto de dueño: la que ejerce el dueño de la cosa o aquel que tiene motivos suficientes para creerse dueño.
2. Posesión en concepto distinto de dueño: la que ejerce un no dueño. Se divide en:
3. Posesión en nombre propio: se posee la cosa para un uso propio sin ser el dueño.
4. Posesión en nombre ajeno: es el llamado servidor de la posesión. Es aquel que tiene la posesión de la cosa para un uso ajeno. (Posesión , 2017)

### 6.2 DERECHO CHILENO

Según el artículo 700 del Código Civil de Chile, la posesión es “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

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

En el Mensaje con que el presidente Montt enviara al Congreso el Código Civil, se aprecian sólo dos clases de posesión:

- a) La posesión regular, procede de justo título (causa) y buena fe (además de la tradición si el título es traslativo de dominio).
- b) la posesión irregular, puede prescindir de estos requisitos, o provenir de violencia o clandestinidad. Buena parte de la doctrina considera que tanto la posesión violenta como la clandestina son inútiles, es decir, no conducen a adquirir el dominio por prescripción o usucapión.

La tramitación de la protección jurídica de la posesión está regulada en los artículos 549 al 564 del Título IV del Código de Procedimiento Civil Vigente (de los interdictos). (Posesión , 2017)



### 6.3 DERECHO ARGENTINO

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

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

En estos dos artículos se señala como se ejerce la posesión y la diferencia que tiene con la tenencia. (Posesión , 2017)

### 6.4 DERECHO MEXICANO

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

Señala también el artículo 793 que “cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”. (Posesión , 2017)

### 6.5 DERECHO COLOMBIANO

El Código Civil Colombiano define a la posesión en su artículo 762 como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

Por otro lado, La Corte Constitucional en la sentencia T-518/03 define a la posesión como:

“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”. De aquí se desprenden sus dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el cuerpo de la posesión, esto es el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre. El animus, por su parte, es el elemento interno o subjetivo, es el comportarse “como señor y dueño” del bien cuya propiedad se pretende.

Según la Corte Constitucional en la sentencia T-078 de 26 de febrero de 1993, la posesión es un derecho fundamental y por ende puede ser protegido por la acción de tutela.

El derecho colombiano distingue dos clases de posesión:

- a) Posesión Regular: posesión regular es aquella que procede del justo título adquirida con buena fe, es decir se adquirió por medios legítimos exentos de fraudes y de vicios (artículo 768).
- b) Posesión irregular: aquella que se deriva de la mala fe y por ende tiene un TITULO NO JUSTO (contemplado en el artículo 766), al poseedor se le llama poseedor de mala fe o poseedor irregular.

Según la Corte Constitucional: en la sentencia t 078/93 la define como: POSESION-Naturaleza

“La posesión es un derecho fundamental, que tiene una conexión íntima con el derecho de propiedad y constituye uno de los criterios específicos para la determinación de esa categoría jurídica que es el derecho constitucional fundamental. Reconoce igualmente la Corte, que la posesión tiene entidad autónoma de tales características y relevancia que ella es hoy considerada un derecho constitucional fundamental de carácter económico y social”. (Andrescoho, 2012)

#### 6.6 DERECHO PARAGUAYO

La posesión no es un derecho real, pero es importante su estudio por las siguientes razones:

- La posesión es una forma de adquisición del dominio y de otros derechos reales, así como de su pérdida.
- Es el modo de ejercer ciertos derechos reales.
- Está protegida jurídicamente.
- Es una rama importante de la doctrina, el fundamento de la propiedad está en la posesión.
- La posesión de buena fe suple el título de propiedad en algunas situaciones.

El concepto de posesión se encuentra definido en su Código Civil, Art. 1909, “poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera”.

Posesión es el poder físico (relación de hecho) entre una persona y una cosa, en virtud del cual esta persona ejerce sobre la cosa las facultades inherentes al dominio (dominación).

Habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

Respecto a las clases de posesión que existen, se puede distinguir lo siguiente:

Art. 1909.- Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera.

Art.1910.- No será considerado poseedor el que ejerce en una casa o establecimiento industrial de otra persona y para ella, el poder físico sobre aquélla, o estuviere sometido en virtud de relaciones de dependencia a cumplir instrucciones de la misma respecto de la cosa.

Art.1911.- El que poseyere como usufructuario, acreedor prendario, locatario, depositario o por otro título análogo en cuya virtud tenga derecho u obligación a poseer temporalmente una cosa, es poseedor de ésta, y también lo es la persona de quien proviene su derecho u obligación. El primero es poseedor inmediato; el segundo mediato. Quien posee a título de propietario, tiene la posesión originaria. Los otros tienen una posesión derivada que no anula a la que le da origen.

Como el código paraguayo no distingue entre poseedor y tenedor, surgió el problema de que en algunas situaciones más que una persona reuniese la calidad de poseedor. Esto es así por el hecho de que una persona puede ejercer el poder físico sobre una cosa por sí misma, o por medio de otro. En el primer caso tenemos un poseedor inmediato, ya en el segundo tenemos un poseedor mediato valiéndose de otro que también es considerado como poseedor, en este caso poseedor inmediato.

Así también se estipula en su Art.1918.- El poseedor será de buena fe cuando el poder que ejerza naciere de un título y por error de hecho o de derecho estuviere persuadido de su legitimidad. El título putativo se equipará al existente, cuando el poseedor tenga razones atendibles para juzgarlo tal o para extenderlo a la cosa poseída. El poseedor será de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título. (La Posesión en el Derecho Civil Paraguayo, 2017)

## 6.7 DERECHO VENEZOLANO

El Código Civil Venezolano, influido en gran medida por el Código Civil Napoleónico o francés, en su artículo 771 define la posesión en los siguientes términos: “La posesión es la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos o por medio de otra persona que detiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre.” Como lo expresa Aguilar (2003), del espíritu del legislador se desprende que los actos que constituyen la posesión se asimilan al ejercicio del derecho de propiedad cuando se

habla de “posesión de cosas” o al ejercicio de otro derecho, caso en el que se hablaría de “posesión de derechos”, sin embargo, estos derechos no son derechos propiamente dichos, sino que ocurre es que de hecho se ejercen facultades derivadas de esos derechos. De este artículo se desprende, implícitamente, la existencia de dos situaciones, a saber, la primera que señala a quien tiene la cosa o goza del derecho por sí mismo o a través de otro y la segunda que plantea quien sólo tiene la cosa o goza del derecho en nombre de otro. Esas situaciones son el fundamento de la distinción legal entre la posesión y la detentación, siendo la primera la que se ha definido previamente y la segunda, aquella que se tiene sin el ánimo de poseerla en nombre propio. Es, en todo caso, un poder de hecho tutelado jurídicamente, de tal manera que la posesión desde un punto de vista común significa un poder de hecho que puede definirse con relación a los poderes fundados en el Derecho. (Sarmiento, 2013)

## 7. LA POSESIÓN SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

### 7.1 EN NUESTRO PRIMER CÓDIGO

En nuestro país como afirma (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) “indudablemente las corrientes posesorias ingresaron al Derecho Peruano a través del modelo español. Estableciendo que la posesión es sólo de hecho”. (p. 276)

El código de 1852, legislo primero a la propiedad, y luego a la posesión, tal como lo ha hecho el código italiano derogado el suizo (1907). Este código define la posesión en su artículo 465: “Posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí”. Esta definición sigue el criterio subjetivista de Savigny, destacando el elemento (volitivo) animus. El mérito, sin embargo, es que se reconoce no solo la posesión de hecho, sino por igual la posesión de derecho. (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) (p. 286)

### 7.2 EN EL CÓDIGO DE 1936

Este código en línea del alemán, el argentino y el brasilero, legislo primero la posesión y luego la propiedad. El artículo 824 establecía: “Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o a uno o más de ellos”. Este código, aunque no contiene una definición de la posesión, constituye un vuelco total con relación a su predecesor. En la más pura tradición objetiva de Jhering, prescinde hacer referencia al elemento subjetivo (animus). (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) (p. 286)



### 7.3 EN EL CODIGO VIGENTE

La posesión se encuentra regulada por los artículos 896 al 922 del Código Civil de 1984 y se constituye en uno de los temas medulares, conjuntamente con la teoría general de los derechos reales, la propiedad y las garantías reales.

Algo que se debe destacar es la exigencia de su concretización fáctica, es decir, tiene que basarse en hechos; no puede existir posesión intencional o en deseos. Es por eso que tanto las presunciones como la clasificación que existe en torno a la posesión nos expresa las formas de ejercicio del mismo como las condiciones para su continuidad. Es básico entender que la continuidad antes mencionada, específicamente su ejercicio, está ligada estrechamente al plazo y su contabilidad, que también es recogida en el código, exigiendo como único requisito que el traslado del nuevo poseedor por parte del anterior se haya realizado acorde a Ley.

La posesión puede ser ejercida individual o colectivamente, es decir, es susceptible de materializarse de cualquiera de esas maneras. Lo que exige el ordenamiento es que no se excluya del ejercicio de la posesión cuando es conjunta de la misma a todas las personas que concurren en ella. Una de las figuras ligadas a la posesión y que ha sido materia de controversia jurídica a todo nivel dentro del mundo de derecho es el de la precariedad. (Balarezo Reyes, 2015) (p. 123 - 124 )

## 8. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Conforme a la doctrina la forma de adquirir una posesión es dos: la adquisición derivativa y la adquisición originaria.

### 8.1 ADQUISICIÓN DERIVATIVA

Señala (Vásquez Ríos, 2011) que este modo de adquirir la posesión se realiza cuando esta es transmitida, por un poseedor anterior, mediante entrega del objeto.

#### 8.1.1 ADQUISICIÓN DERIVATIVA POR TRADICIÓN

Es la traditio una forma legal muy antigua de adquirir la posesión, se transmite por la entrega material de la cosa. Por eso, en la tradición es indispensable que existan dos personas; el que cede posesión (tradens) y el que la recibe (accipiens), además del acto material de la tradición propiamente dicha. La traditio no es un contrato, es simplemente un hecho adquisitivo.

Clases especiales de tradición:

- a) **La traditio brevi manu.** - Llamada también ficta, se refiere a la simplificación de la tradición real. Ocurre cuando una persona tiene la posesión en virtud de un título diferente, hace la adquisición del bien, entonces no es necesario que se

hagan dos tradiciones, es decir que devuelva el bien para que le sea nuevamente entregado.

- b) ***La constitutum possessoria.***- Se produce cuando el propietario enajena el dominio; ya sea vendiendo, donando o permutando el bien, pero conviniendo con el adquirente en la retención de la posesión a su favor. (p. 144 - 146)

### 8.1.2 ADQUISICIÓN DERIVATIVA POR ACTO MORTIS CAUSA

La transmisión de la posesión o continuación de ella en el sucesor o adquirente, requiere que se trate de una sucesión jurídica.

La sucesión jurídica en la posesión exige, si se trata de adquisición por acto entre vivos, un negocio jurídico, y si se trata de adquisición por causa de muerte, una sucesión hereditaria legal o testamentaria. Afirma Valencia Zea, a la muerte de una persona, se transmite ipso jure la posesión de todos sus bienes, configurándose una posesión sui generis, cuya adquisición no exige que el heredero se ponga en contacto material con las cosas de la herencia. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 150)

### 8.2 ADQUISICIÓN ORIGINARIA

Señala (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) que Lafaille llama a este modo de adquirir: “adquisición unilateral” y añade que “tal adquisición se produce cuando alguien entre a poseer la cosa por un acto personal, sin recibirla de otro”. Valencia Zea afirma que la adquisición originaria de la posesión constituye un acto jurídico unilateral y real; es acto unilateral quien quiere adquirir y es real, dada la circunstancia de que no es suficiente la sola voluntad, sino que esta debe estar acompañada de la efectiva adquisición del poder de hecho, o sea, la constitución de una relación material con la cosa. Hay dos formas de adquisición originaria: la aprehensión y la ocupación.

#### 8.2.1 LA APREHENSIÓN

Aprehender una cosa es tomarla o retenerla para sí. Esta situación, desde la perspectiva del sujeto implica dos hipótesis:

- a) Contacto personal con la cosa, objeto de aprehensión.
- b) Posibilidad física de tomarla sin ningún obstáculo que le impida, al poseedor, disponer de ella.

Ahora bien, esta aprehensión funciona en relación a los bienes muebles que no tienen dueño, en virtud del principio *res nullius* (cosa sin dueño), pero debe entenderse que es en aquellos donde no exista obstáculo alguno para su apropiación, porque la aprehensión de bienes muebles trae consigo no solo su posesión sino también su propiedad.

### 8.2.2 LA OCUPACIÓN

Este es un modo de adquirir muy antiguo, tal vez sea el primero; y consistía en la forma de posesión de un inmueble con la intención de convertirse en su propietario. En la actualidad, ya no se adquiere la propiedad mediante la ocupatio, pues, en nuestra legislación, es irrelevante el principio *res nullius in mobiliariis*, porque si los bienes inmuebles no son de los particulares, lo son del Estado.

La ocupación en forma directa ya no puede dar lugar a la adquisición de la propiedad, salvo que se realice mediante la usurpación, lo cual importaría un acto ilícito y sancionando penalmente.

La ocupación en forma indirecta puede dar lugar a la adquisición de la propiedad; esto es, que el hecho de la toma de posesión traiga consigo la titularidad sobre el inmueble, siempre y cuando se hayan cumplido determinadas formalidades legales establecidas en la ley normándose en la prescripción adquisitiva de dominio. (p. 151 - 152)

### 8.2.3 LAS FORMALIDADES LEGALES

Asimismo, (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) distingue como formas de adquirir la posesión a las formalidades legales, las mismas que se dividen en:

- a) **La posesión judicial.** - Esta formalidad legal es aquella que consiste cuando a mérito de lo establecido por la Ley, el Juez ordena se ministre posesión.
- b) **La posesión administrativa.** - Se realiza cuando la autoridad administrativa otorga la posesión ya sea, dentro de un procedimiento administrativo de adjudicación en venta.
- c) **Interdicto de adquirir.** - Medio legal concedido para adquirir la posesión de los bienes comprendidos en un herencia o testamento y cuyos bienes no sean poseídos por nadie a título de dueño o de usufructuario.
- d) **El deslinde.** - Implica la adquisición de una parte del terreno antes poseído o de un derecho que, con anterioridad, no se tenía.
- e) **Las diligencias de ejecución de sentencia.** - En virtud de las cuales, el juez que conoce la causa, ordena la entrega de un determinado bien. (p. 152 - 153)

## 9. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN

La posesión se conserva cuando es pacífica, pública y continua; es pacífica cuando el poseedor posee sin ser inquietado en su ejercicio por actos de violencia realizados por un tercero. Es pública cuando el poseedor actúa sin ocultarse, como lo hacen en general los que ejercen un derecho. Es continua cuando existe una relación sucesiva de los actos

posesorios en intervalos suficientemente cortos y normales como para obtener todo el beneficio posible del bien poseído. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 153)

## 10. CLASES DE POSESIÓN

### 10.1 POSESIÓN MEDIATA

La posesión mediata es aquella que se revela en el acto derivativo en virtud del cual, el poseedor mediato confiere al poseedor inmediato una condición jurídica expresada en un título. Serán poseedores mediatos el arrendador, el usufructuante, el comandante, el depositante, el deudor prendario, etc. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 157)

### 10.2 POSESIÓN INMEDIATA

En palabras de (Vásquez Ríos, 2011) “la posesión inmediata es aquella que se ejerce actual y temporalmente, mediante un acto derivativo que le atribuye al poseedor inmediato una determinada condición jurídica. Así son poseedores inmediatos el arrendatario, el usufructuario, el comodatario, el depositario, el acreedor prendario”. (p. 157)

### 10.3 POSESIÓN LEGÍTIMA

Respecto a esta clase de posesión (Vásquez Ríos, 2011) señala que “la posesión es legítima cuando existe correspondencia neta entre el poder ejercitado y el derecho alegado. Lafaille dice que la posesión es legítima cuando el ejercicio de un derecho real sea de acuerdo a las disposiciones del Código Civil”. (p. 158)

### 10.4 POSESIÓN ILEGÍTIMA

La posesión será ilegítima cuando se rompa la correspondencia neta, el poder de hecho se ejerce independientemente, protegida por la ley con abstracción del título. Lafaille dice que la posesión es ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o fuere adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 158)

### 10.5 POSESIÓN DE BUENA FE

#### 10.5.1 CONCEPTO

La buena fe en la posesión se define de dos maneras:

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



- b) ***Cuando se trata de la usucapión.*** - se define como un estado de creencias de que la cosa ha sido adquirida de quien, por ser dueño de ella, podía transmitir el dominio, con la consecuencia de que el adquirente queda reducido a la condición de poseedor. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 162)

#### 10.5.2 ELEMENTOS DE LA POSESION DE BUENA FE

(Vásquez Ríos, 2011) argumenta que dentro de la posesión de buena fe se tienen los siguientes elementos:

- a) ***La ignorancia.*** - Se realiza cuando el adquirente le da un valor de verdad a una realidad que no es tal. Así, por ejemplo, cuando el poseedor adquiere en la creencia de la existencia del título, cuando en realidad dicho instrumento no existe. La ignorancia por lo general es desconocimiento.
- b) ***El error.*** - Se realiza cuando el adquirente le da un valor de verdad jurídica a la apariencia del derecho que se revela como tal. Así, por ejemplo, cuando una persona adquiere un bien y cree que su enajenante es capaz para disponer de sus bienes, pero siendo este último menor de edad, el adquirente sabe que tiene dicha calidad, pero cree que los menores de edad pueden vender.
- c) ***La persuasión de legitimidad.*** - Este elemento de la posesión se revela en la consciencia del poseedor adquirente como creencia errónea en el derecho transmitido, sobre el cual, tiene convicción de legitimidad. Dicha persuasión la podemos apreciar desde dos hipótesis:
1. ***La buena fe para poseer.*** - cuando se ignora la existencia de un vicio que invalida su título, incluso podría no existir el título realmente, existiendo únicamente en la creencia del poseedor adquirente. En este supuesto el título será putativo; existiendo aquel, este no comprende, el bien objeto de posesión.
  2. ***La buena fe para usucapir.*** - se tiene buena fe para prescribir la propiedad del bien, cuando el poseedor adquirente cree en el derecho de propiedad del enajenante y es, en realidad el derecho de este último, ilegítimo. (p. 163 - 164)

#### 10.5.3 EFECTOS JURIDICOS DE LA POSESION DE BUENA FE

De acuerdo a lo señalado por (Vásquez Ríos, 2011), se tiene que, entre los efectos reservados a la posesión de buena fe, se aprecian los siguientes:

- a) En el primer supuesto: El poseedor adquirió la posesión de quien carecía de derecho para transmitir. Intervienen tres personas: el falso dueño, el verdadero dueño, y el poseedor actual que adquirió del falso dueño.

**PRIMER EFECTO.** - el poseedor actual resultará obligado a restituir al verdadero dueño, pero hacer suyos los frutos.

**SEGUNDO EFECTO.** - El poseedor de buena fe no responde de la pérdida o detrimento del bien ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor.

- b) En el segundo supuesto: El poseedor adquiere la posesión con justo título y esta se desenvuelve por cinco años, recortándose el plazo de la prescripción adquisitiva de dominio.

**TERCER EFECTO.** - Se adquiere la propiedad del inmueble poseído por prescripción.

- c) En el tercer supuesto: El poseedor posee un bien mueble, durante dos años sin necesidad de justo título

**CUARTO EFECTO.** - Se adquiere la propiedad mueble, por prescripción.

- d) En el cuarto supuesto: El poseedor adquiere la propiedad de una cosa mueble, al recibir la posesión del otro.

**QUINTO EFECTO.** - El poseedor adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. (p. 167 -168)

## 10.6 POSESIÓN DE MALA FE

### 10.6.1 EXISTENCIA

Esta clase de posesión se determina por la intervención o no de la buena fe, ciertamente por oposición al concepto de posesión de buena fe. Así la posesión de mala fe existe cuando el poseedor es consciente de que su posesión es ilegítima, como también, cuando el poseedor, no conociendo que su posesión es ilegítima, pero procedería como negligencia culpable, estaría actuando de mala fe. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 169)

### 10.6.2 EFECTOS JURIDICOS DE LA POSESIÓN DE MALA FE

El efecto inmediato de la posesión de mala fe, de acuerdo a (Vásquez Ríos, 2011) es la restitución de la cosa poseída, pero aparte sobrevienen los siguientes:

En relación a los frutos, el poseedor de mala fe está obligado a reembolsar aquellos que hubiere percibido y en caso de que ellos no existan, debe pagar su valor estimado al tiempo en que los percibió o debió percibir.

El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se haya producido en caso de haber estado en poder de su titular.

El poseedor de mala fe requerirá de una posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, para poder adquirir la propiedad inmueble mediante la prescripción adquisitiva.

El poseedor de mala fe puede hacer uso de los interdictos para defender su posesión, además de las acciones posesorias. (p. 169 - 170)

## 11. EL SERVIDOR DE LA POSESIÓN

### 11.1 CONCEPTO

Que según lo señalado en (Capítulo IV. Clases y Categorías de Posesión), en el derecho alemán se dispone que si alguien ejerciere por otro el poder efectivo sobre una cosa, en el negocio o en la casa del mismo, o en otra relación semejante, en virtud de la cual tuviere que seguir sus indicaciones referentes a la cosa, el poseedor será únicamente el otro. Estamos en presencia de una figura de la posesión en la cual realmente no hay posesión para quien detenta la cosa; éste ejerce un poder de hecho sobre la misma, pero sin configurarse el estado posesorio propiamente dicho, ni tampoco el tenedor actúa en representación del poseedor, sino que media una relación de subordinación entre este último y aquel.

El servidor de la posesión, aun cuando no es poseedor, se encuentra en una situación jurídica que le distingue de los demás no poseedores, y que a él le es permitido ejercer “hasta más allá de los límites del derecho general de legítima defensa, los derechos de autoprotección del poseedor, contra ataque extraños; ...le es lícito defender la cosa por la fuerza, tal como le sería lícito al poseedor mismo, tal como no sería lícito a otro tercero”. (p. 66 - 67)

En así también, según la (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013), el Segundo Pleno Casatorio, en su considerando 35, 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.

### 11.2 CARACTERÍSTICAS DEL SERVIDOR DE LA POSESIÓN

En este punto (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) argumenta que la figura del servidor de la posesión tiene determinados rasgos característicos que la hacen distinta de otras, a saber:

1. El servidor de la posesión antes que un tener, o un poder sobre el bien, ejercita el poder posesorio. Esto se manifiesta en la custodia o tenencia del bien. Por ello se dice que conserva la posesión en nombre del poseedor, es decir la mantiene.
2. Lo que lo distingue es la relación de dependencia respecto al poseedor, o sea, de subordinación. Eso supone la renuncia a cualquier voluntad de someter a la explotación los bienes que se le encargan, esto es, no tiene animus posesorio. La relación de dependencia significa, asimismo, que ambos –poseedor y su servidor– no tienen derechos equivalentes o similares. Éste está subordinado, sometido, es dependiente con relación a aquel, tal relación puede ser pública o derivada de una relación privada.
3. El servidor de la posesión solo cumple órdenes e instrucciones del poseedor, lo cual es precisamente una derivación del rasgo anterior. Su status se deriva de un vínculo jurídico previo con el poseedor, que es el que determina la relación de dependencia y subordinación, y que puede consistir en una relación amical, laboral o familiar, etc.
4. Puesto que el servidor de la posesión no es poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios. No lo está, en cambio, de ejercitar la autotutela o defensa extrajudicial contra quienes pretendan utilizar la fuerza contra el bien de cuyo poseedor conserva.
5. Finalmente, carece de importancia que el servicio de la posesión sea gratuito u oneroso. Basta que se dé la situación de subordinación o dependencia en nombre del poseedor. De igual modo, el servidor de la posesión puede ser una persona natural, física o jurídica. (p. 337 - 338)

## CAPITULO I POSESIÓN PRECARIA

### 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRECARIO

El precario de acuerdo a (Torres Vásquez, s.f.) a pasado por la siguiente evolución histórica:

- A) En la antigua Roma cada una de las familias (patricias) tenía como jefe al pater familias, propietario y poseedor de los bienes familiares, sacerdote de los dioses familiares y magistrado con poderes absolutos sobre su familia. Cultivaba la tierra



con la ayuda de sus hijos, esclavos y clientes. Roma admitió a otros pueblos itálicos, agricultores sin tierra, conocidos como plebs (plebeyos). El páter familias acogió y proporcionó tierras en precarium al plebeyo, quien se convirtió en su cliente, protegido y vasallo; a cambio, el plebeyo le debía fidelidad, ayudaba en el cultivo de sus tierras y lo seguía en la guerra y en la política.

- B) El precario del latín preces que significa ruego, fue la forma de participación en la propiedad ajena. En Roma precario era el que posee una cosa solicitada por ruego a su dueño (precario dans), quien lo concedía por benevolencia y podía recuperarla en cualquier momento, porque la posesión precaria no originaba ningún derecho. Ulpiano expresa: "Es precario lo que, al que lo pide con ruego, se le concede para que lo use en tanto que lo consiente el que se lo concedió". El páter familias (patrono) entregaba porciones de tierra en precarium no sólo a los plebeyos sino también a los siervos manumitidos y a otros extranjeros sometidos o acogidos voluntariamente por una gens. Cuando el patrono perdió su jurisdicción sobre su gens, el pretor le confirió el interdicto de precario para obtener la restitución del bien. El precario solamente podía ser desalojado por su patrono. Para que el precario defienda su posesión frente a terceros, el pretor le confirió los interdictos de retener y recobrar. Pomponio dice: "El que posee el fundo en precario puede usar del interdicto uti possidetis contra todos en nombre de aquel de quien lo recibió". El uti possidetis se utilizó para los inmuebles, para la retención de los muebles el pretor concedió el interdicto utrubi. Contra el despojo violento se concedió el interdicto ude vi para recuperar la posesión.
- C) En la Edad Media la corona entregó tierras en concesión al señor feudal y éste las entregaba en parcelas a campesinos, por tiempo indeterminado, a cambio de servicios personales, convirtiéndose en sus vasallos. Cuando se quiso fijar tiempo al aprovechamiento de las tierras surge la denominación de precaria.
- D) En el Derecho germano, como consecuencia de la falta de mano de obra, los señores feudales entregaron tierras a los campesinos libres con la obligación de pagar un canon o anata, más las condiciones fijadas por el señor feudal a su arbitrio. A esta relación se le denominó precaria.
- E) Los señores feudales, a cambio de sus servicios, recibían tierras de la corona, logrando acumular grandes extensiones que eran cultivadas por sus vasallos, "constituyendo verdaderas unidades de explotación, cuyo núcleo era el castillo o fortaleza del señor, el cual era el lugar de refugio para los vasallos frente a un

posible enemigo invasor, y que también integraba la villa aledaña, llamada villa dominica, curtis sálica, curtis indomnicata. Los habitantes de la villa eran los villanos o plebeyos en situación de inferioridad y subordinación a los habitantes del castillo”.

- F) En el período franco existió el precario libre económica y personalmente y el precario que se obliga a diversos servicios personales como el de servir en el ejército del señor feudal. En el período alemán (Reino Teutonicorum) surge el precarium urbano. En el siglo XIX, la legislación agraria convirtió a los precarios rurales en propietarios y la posesión precaria urbana en posesión a cambio de un censo, que luego fue redimido.
- G) El Derecho canónico reguló los bienes de la iglesia católica, que por su gran cantidad no podía administrar, creando algunas figuras con la denominación común de precaria. Así, algunos bienes fueron afectados a favor de laicos con la denominación de precarie oblata; otros fueron afectados a usos especiales de tipo eclesiástico, fundados en una especie de administración usufructuaria a tanto alzado, concedida con el nombre de precarie a título individual a favor de laicos o de ciertos clérigos; un particular donaba bienes a un monasterio y éste lo devolvía en el acto, mediante un documento llamado carta precaria, para que lo disfrute pagando un canon anual.

## 2. EL PRECARIO EN EL DERECHO COMPARADO

En la (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013), refiere Gonzales Barrón, que:

- 1) 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, tanto así que:
  - a) El Código Civil Italiano considera que el precario se origina por licencia del concedente, y tiene carácter revocable.
  - b) 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.

- c) El Código de Portugal también se refiere al comodato con similares características del Código Español (incluida la revocación en cualquier momento).
  - d) El Código de Austria ha precisado que sólo en el caso de indeterminación en el plazo de comodato se configura un préstamo precario.
  - e) El Código Alemán sigue la misma tónica de los Códigos comentados.
- 2) En este lado del continente:
- a) 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.
  - b) 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.
  - c) Para el Código de Colombia, el comodato se toma 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."

### 3. DEFINICIÓN DE POSEEDOR PRECARIO

Para (Lama More H. E., 2011) el concepto tradicional del precarium, estuvo siempre vinculado al comodato por ser actos gratuitos, y siempre fue entendido como un contrato innominado, esto es, como el resultado de un vínculo obligacional entre el propietario del bien y quien lo recibía, con la característica de que éste no pagaba renta y se obligaba a devolverlo en la primera oportunidad que el propietario lo requiera. Producido dicho requerimiento sin que el precarium restituya el bien, el propietario tenía expedito su derecho para ejercer la acción restitutoria (desahucio, desalojo, etc) que le permitía recuperar el bien físicamente. (p. 89 - 90)



El autor (Vásquez Ríos, 2011) menciona a Jorge E. Castañeda quien indica que es poseedor precario quien detenta el inmueble o mueble, no como dueño, sino a nombre o en lugar del dueño. Añade que la posesión y la posesión precaria son dos situaciones radicalmente distintas, el poseedor precario nunca será considerado poseedor, por ello mismo, el vicio de la posesión precaria es permanente y aquel no habrá de usucapir jamás. (p. 170 -171)

Por lo que, para (Gonzales Barrón G. ) en consecuencia, precario es todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar una liberalidad, gracia o benevolencia. Sus notas causales son que el precario carece de título jurídico o que el título obligatorio de restitución ha fenecido por nulidad manifiesta.

El precario es un poseedor inmediato, temporal, gratuito y que obtuvo el disfrute por acto de voluntad del poseedor mediato, pero que no constituye un título jurídico. (p. 15)

#### 4. EL OCUPANTE PRECARIO EN SEDE NACIONAL

##### 4.1 EVOLUCIÓN DEL PRECARIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

###### 4.1.1 EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

En la (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013) se expresa que 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, sin necesidad de juicio anterior en que se declare el comiso o la conclusión o pérdida de la enfiteusis o de las servidumbres mencionadas.*

Para Francisco Velasco Gallo, la precariedad a la que se refiere la norma procesal es la que ejerce el ocupante “(...) que sin título y reconociendo la propiedad de otro, se introduce en un bien ajeno sin pagar pensión”. Por su parte, la jurisprudencia 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 pleno 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”.

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; aun cuando el emplazado alegue detentar derecho de propiedad o de posesión sobre el inmueble, toda vez que tales derechos debían ventilarse en los juicios de reivindicación, mejor derecho de propiedad o de posesión o a través de los interdictos, entre otros.

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.

#### 4.1.2 EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Manifiesta asimismo la (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013) que 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”

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.

#### 4.1.3 EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Precisa la (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013) que 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, 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.*

Coincidimos con Julio Martín Wong Abad 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.

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

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.

Según (Lama More H. E., 2011) dos elementos básicos hacen que la posesión precaria en el Perú, se distancie ampliamente, en el mismo tema, de la Doctrina civil contemporánea.

- a) El primero de ellos es que la posesión para ser tal en nuestro país –desde 1936- así como en Brasil -de Freitas-, en México y en Alemania –BGB-, no se exige al poseedor que cuente con el *animus domini* –que posea a título de dueño-, basta que acredite que ejerce fácticamente un señorío sobre la cosa o algún poder inherente a la propiedad. Es suficiente para calificar como poseedor, y con ello acceder a sus beneficios legales –la defensa interdictal, las presunciones, etc-, tener el bien para sí, para satisfacer un interés propio, normalmente de tipo económico o patrimonial, aun cuando se reconozca en otro la propiedad del bien.
- b) El segundo es que en el Perú de hoy –desde 1984-, la posesión precaria de un bien no la ejerce quien tenga algún vínculo contractual u obligacional vigente con el



propietario o quien haga sus veces, en virtud del cual tiene el bien a título gratuito y revocable por éste en cualquier momento, como se ha conocido en el derecho romano o en la doctrina reciente. La posesión precaria en nuestro país es, como se ha indicado, es la que se ejerce sin título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció. (p. 89 - 90)

5. LA POSESIÓN PRECARIA Y SU VÍNCULO CON LA POSESIÓN ILEGÍTIMA  
(Lama More H. E., 2011) Alega que una razonable interpretación permitiría establecer que: la posesión sin título –posesión precaria- es siempre una posesión ilegítima.

Creo por ello que el Art. 911 del Código Civil, que define la posesión precaria como la que se ejerce sin título alguno o la que se tenía feneció, expresa de modo claro e incontrovertible el ejercicio de una posesión contraria a derecho, en consecuencia debe ser entendida como una posesión ilegítima de mala fe, de tal manera que le resulte aplicable también las sanciones previstas en los Art.909 y 910 del mismo cuerpo legal, y que llegado el momento se le pueda obligar al pago de los frutos, percibidos o dejados de percibir, así como a la indemnización por los daños causados al bien. Señalar que el poseedor precario no es un poseedor ilegítimo de mala fe, implicaría exonerarlo de tales obligaciones, lo cual no resultaría justo ni equitativo para quienes ejercen la titularidad del bien.

Avendaño, comentando precisamente el Art. 911 del actual C.C. peruano, que regula la posesión precaria, señala que éste se refiere tan solo a la falta de título y a la extinción del mismo. Dentro del primer concepto (falta de título) puede comprenderse no solo la ausencia total del mismo sino también a la existencia de un título nulo. Agrega este autor peruano, con singular precisión, que se trata evidentemente de casos que dan origen a una posesión ilegítima. Comentando el segundo supuesto del citado artículo (extinción del título), el profesor universitario señala como ejemplo el caso del arrendatario cuyo contrato ha vencido y sin embargo se mantiene en la posesión del bien, tal caso, precisa, sería el de un poseedor ilegítimo porque su título ha fenecido.

No existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexos obligacional con el titular del derecho del bien que posee. El único vínculo jurídico que emana de la posesión precaria es aquel que se configura entre el precario y la persona a quien el sistema jurídico le reconoce el derecho subjetivo a tener el bien; es en esencia una obligación de tipo legal de entrega o restitución; tal derecho subjetivo –a pedir la entrega o restitución del bien-, le corresponde no solo al propietario, también le puede



corresponder al titular de otro derecho -real o contractual- conferido por el propietario o por la ley.

Considerando a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en ésta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció. Es por ello que constituye un error pretender desligar la posesión ilegítima de la precaria, haciendo aparecer a ésta última como distinta a la primera.

La posesión precaria siempre es ilegítima. Sin embargo, salvo excepciones, se encuentra estrechamente ligada a la posesión de mala fe, así como a la manifiesta invalidez del título que invoca el poseedor. (p. 153)

## 5. SUPUESTOS DE POSESIÓN PRECARIA

Dentro de la (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013) se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:

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

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

- III. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.
- IV. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.
- V. En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a

disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

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

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.

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.



## 6. EL PRECARIO SEGÚN EL CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL – EXTRACTO

### 6.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

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.

Sólo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750º 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 del titular de la posesión real.

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.

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.

### 6.2 DEL OCUPANTE PRECARIO EN SEDE NACIONAL

Nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina, 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 que generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado.

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.”

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 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.

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

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

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.

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.

### 6.3 DE LA NATURALEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA

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.

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.

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.

#### 6.4 DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Por mayoría se establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.
3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.
4. Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no 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 adquirente se hubiere comprometido a



respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.

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

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

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá 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. (Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil, 2013)

## CAPITULO I

### DEFENSA DE LA POSESIÓN

#### 1. LA DEFENSA EXTRAJUDICIAL DE LA POSESIÓN

Para (Jiménez Vargas-Machuca, 2015) nuestro sistema prevé la posibilidad de ocurrencia de contingencias de tal naturaleza, que acudir a la vía judicial, con la inversión de tiempo, dinero y, especialmente, la injusta situación de despojo, deviene en una alternativa menos eficiente que la denominada autodefensa. En algunos casos inclusive la afectación podría llegar a ser irreparable si no se hace uso de la propia defensa o auto tutela. (p. 109)

La norma autoriza al poseedor, según (Vásquez Ríos, 2011), emplear la fuerza en defensa de su posesión, así pues, la regla general, sola cabe decir, en principio, que podrá defender violentamente su posesión en la misma medida en que pueda hacer uso del derecho de legítima defensa. En tal sentido, la posesión encuentra o puede encontrar, como afirma Messineo, su primera tutela en la legítima defensa contra el peligro actual de defensa injusta. Por lo tanto, quien es despojado puede mientras lo haga inmediatamente, esto es, mientras dura la ofensa, quitar legítimamente, él mismo, al usurpador de la cosa, sin que ella incurra en el delito de “tomarse la justicia por su mano”. (p. 205)

Señala (Ravina Sánchez, 2015), que la defensa extrajudicial es una alternativa excepcional de solución de conflictos, que admite el uso de la fuerza y debe interpretarse con restricción, lo contrario sería admitir el uso de la fuerza (privada o pública) de forma indiscriminada y peligrosa, poniendo en peligro al propio Estado de Derecho. Debe entenderse que el uso de la fuerza pública, se debe dar en el mandato judicial o en los casos de un delito flagrante. Admitir el uso de la fuerza pública para la defensa extrajudicial de la posesión implicaría que el poseedor despojado estaría reemplazando al juez y eso no es admisible. (p. 90)

#### 2. REQUISITOS

(Vásquez Ríos, 2011) menciona a Valencia Zea quien señala que “la legítima defensa de la posesión debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que exista un hecho ilícito que perturba o priva de la posesión del otro El hecho ilícito indica alguien se entromete en la posesión que otro tiene en su consentimiento, y se traduce generalmente en el empleo de la violencia, aunque también puede realizarse clandestinamente,

b) Los hechos ilícitos de violencia o clandestinidad deben causar perjuicio a la posesión que se ejerce sobre la cosa, y que se traduce, ya en la pérdida total de la posesión, ya en su pérdida parcial o en una simple perturbación que impide, al poseedor ejercer su poder de hecho. Existe despojo de la posesión, no solo cuando el autor del hecho ilícito se apropia para sí la cosa o parte de ella, sino también cuando la destruye o la toma para entregarla a otro”. (p. 205 - 206)

### 3. DEFENSA JUDICIAL DE LA POSESIÓN

(Ravina Sánchez, 2015) Citando a Romero Romaña, “el poseedor tiene derecho como la conservación de la posesión y la protección posesoria, o sea el de ejercitar las acciones necesarias para defender la posesión, estos mecanismos de defensa posesoria operan sin necesidad de comprobarse la legitimidad de su posesión”. (p. 86 - 87)

La norma prevé que existen dos vías legales para ejercer la defensa posesoria: las acciones posesorias y los interdictos.

#### 3.1 ACCIONES POSESORIAS

Para (Jiménez Vargas-Machuca, 2015) “las acciones posesorias son procesos judiciales en los cuales se protege el derecho a la posesión”. (p. 107)

Según (Vásquez Ríos, 2011) la acción posesoria es por excelencia la acción publiciana, por ello mismo, su función debe consistir en defender el derecho del poseedor de buena fe sin título que, siendo perturbado o despojado y encontrándose en la imposibilidad de reivindicar el bien, ha dejado transcurrir un año, por lo que el interdicto no habrá de prosperar. (p. 210)

#### 3.2 INTERDICTOS

(Vásquez Ríos, 2011) Menciona a los hermanos Mazeau, quienes afirman que estas acciones tienen únicamente por finalidad la protección de la posesión; no protegen el derecho, en sí mismo, permiten al poseedor que obtenga a través del Juez, la supresión de la perturbación, sin que el Juez tenga que averiguar si el demandante es propietario. Por consiguiente, los interdictos recaen sobre el hecho de la posesión, no se refieren a la existencia del derecho de propiedad.

“Los interdictos son acciones sumarias que protegen el hecho de la posesión sin resolver nada sobre el derecho a poseer, ni excluir el ejercicio de la acción fundada en el derecho de propiedad en juicio ordinario”.

Una regla común a todo interdicto estriba en el plazo de un año, dentro del cual, deben establecerse las acciones interdictales. El ejercicio de los interdictos está condicionado a

probar los siguientes extremos: 1. La posesión actual del poseedor. 2. Los hechos ilícitos perturbatorios de la posesión, o la posesión antes del despojo y el despojo mismo.

Por otro lado, no procederían los interdictos en los siguientes supuestos: 1. Cuando la posesión del demandado es de más de un año, por lo que le corresponde, a este último, probar haber poseído durante dicho tiempo. 2. Cuando la bien materia de la acción interdictal no puede ganarse por prescripción adquisitiva.

Finalmente, el poseedor mediato y el inmediato pueden interponer los interdictos no solo contra extraños, sino uno contra el otro; en caso de coposesión, cada coposeedor los puede interponer, ya contra extraños, ya contra los otros coposeedores. (p. 212 - 214)

### *3.2.1 INTERDICTO DE RETENER*

El interdicto de retener o acción de mantenimiento, Messineo comenta, presupone la molestia o turbación de hecho o de derecho, es decir, uno o más actos que atenten contra la posesión perturbándola materialmente o impliquen negación del derecho a la misma.

Existe el interdicto de retener o de inquietación como lo llaman los italianos, en esa línea, considero que una mejor conceptualización de los derechos que protege los interdictos de retener debería denominarse interdicto de inquietación porque estaría contemplado todo aquello que impida o moleste el goce del derecho.

Wolff afirma que la pretensión por inquietación corresponde al poseedor contra el inquietador y es diferente que este sea o no culpable. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 215 - 216)

### *3.2.2 INTERDICTO DE RECOBRAR*

Según Mazeau, es una medida de orden y paz pública que procede del principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Constituye una tutela contra los actos de privación o menoscabo grave-violentos u ocultos de la posesión mediante sustitución de una posesión propia.

Como opina Wolff, la finalidad de esta pretensión es la restitución de la posesión a todo aquel al que le haya sido arrebatada mediante acto de autoridad propia.

En relación a los actos de despojo, para que proceda el interdicto de recobrar, es exigible que en la desposesión haya mediado violencia, clandestinidad, engaño o abuso de confianza. Entendiéndose por despojo violento a aquel que es efecto de la violencia física y despojo clandestino, el que tiene lugar ocultamente. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 218 - 220)

### *3.2.3 INTERDICTOS ESPECIALES*

Para (Vásquez Ríos, 2011) estos tipos de interdictos se dividen en:



A) **INTERDICTO DE OBRA NUEVA.** - Podemos entenderlo como una derivación del interdicto de retener, toda vez que está destinado a mantener la posesión. Somos de la opinión al igual que Jorge Eugenio Castañeda que dicho interdicto carece de autonomía.

Los requisitos para ejercitar el interdicto de obra nueva son:

- 1) Existencia de una obra comenzada, en que se trata de impedir su continuación o de conseguir su demolición. Es lógico considerar que si la obra está concluida, el interdicto no prosperara.
- 2) Que el interdicto se promueva dentro del año en que se ejecutó el trabajo que causa daño.
- 3) Que la obra dañe la propiedad del demandante, en tanto y por cuanto, dañar la propiedad importa dañar la posesión.
- 4) Que el daño se produzca. El temor de un daño futuro no da lugar al interdicto de obra nueva.

B) **INTERDICTO DE OBRA RUINOSA.** - Está destinado a adoptar medidas de seguridad en relación a alguna construcción que amenaza ruina. En ese sentido, el objetivo que persigue dicho interdicto es la demolición total o parcial de dicha construcción en mal estado.

Los requisitos para ejercitar este interdicto son:

- 1) Que el demandante tenga la necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio que amenaza ruina.
- 2) Que el demandante sea dueño de alguna propiedad que sufre o pueda sufrir daño con la obra que amenaza ruina. (p. 221 - 222)

#### 4. LAS MEJORAS

##### 4.1 CONCEPTUALIZACIÓN

Las mejoras son, según (Vásquez Ríos, 2011), un hecho jurídico que entraña una modificación material de la cosa, produciendo el aumento de su valor económico. Constituye al mismo tiempo una relación jurídica desigual que importa, por parte del poseedor, restituir el bien, y por parte del propietario o en general de todo aquel que tenga un derecho superior, la obligación de reembolsar el valor económico de dichas mejoras. (p. 193 - 194)

Para (Ramírez Cruz, Teoría General de los Derechos Reales Bienes - Posesión, 2004) las mejoras son aquellas transformaciones, modificaciones o alteraciones materiales introducidas a un bien, con el fin de aumentar su valor, pero no solo esto, sino que la

noción es más amplia, también para mantenerlo; esto es, para impedir su destrucción de deterioro, y, en fin para darle comodidad, lucimiento u ornato; es decir, para embellecer el bien”. (p. 407)

Para el Derecho, sostener que la institución de las mejoras, únicamente, hace referencia al aumento del valor de la cosa, resulta válida, pero, al mismo tiempo, parcial e incompleta, pues las mejoras también pueden estar orientadas a conservar o mantener el valor del bien, sin que ello signifique un aumento o la creencia en el valor del mismo.

Podemos decir, entonces, que la mejora es toda alteración del bien, proveniente de una conducta de quien no es propietario, que tiende a conservar o aumentar el valor de aquel. Con esta expresión delimitamos dos aspectos. Por un lado, el contemplar la mejora como consecuencia de la realización de una conducta; o sea, de la propia actividad material o jurídica. Y, por otro lado, la finalidad a la que se dirige dicha conducta consistente en conservar o aumentar el valor del bien. (Torres Maldonado, 2017) (p. 152 - 153)

#### 4.2 CLASES DE MEJORAS

Nuestro Código Civil no define a las mejoras, pero sí las distingue en tres clases: necesarias, útiles y de recreo.

##### 4.2.1 MEJORAS NECESARIAS

(Vásquez Ríos, 2011) concuerda con la definición de “Ripert y Boulanger quienes afirman que esta clase de mejoras son aquellas indispensables para la conservación del inmueble”. (p. 194)

Y (Torres Maldonado, 2017) señala que la mejora necesaria es aquella que evita la destrucción del bien, que debe hacerse de todos modos en la medida en que busca impedir que el bien se arruine. Así pues, la urgencia y perentoriedad con que debe ser ejecutada, dado su propósito, determina que esta mejora sea reembolsada, en cualquier caso, tratándose de poseedor de buena o mala fe. Es, posiblemente, el único derecho que le asiste al poseedor de buena fe, pues se trata de reparaciones o gastos en los cuales también hubiera tenido que incurrir el propietario, y lejos de habersele causado perjuicio alguno se le está preservando el bien en buenas condiciones. (p. 153 - 154)

##### 4.2.2 MEJORAS UTILES

El concepto útil, tratándose de las mejoras, se vincula a lo económico, fructuoso, productivo, provechoso (lo provechoso es el término que conduce a lo útil). Es decir, son aquellas mejoras de manifiesto provecho para cualquier poseedor de la cosa, no son fundamentales para mantener el valor del bien, pero logran como consecuencia de su

realización o ejecución, aumentar el valor o la renta del bien. (Torres Maldonado, 2017) (p. 155 - 156)

Para el autor (Vásquez Ríos, 2011) “la mejora es útil cuando, resultante del ejercicio posesorio, se expresa en la explotación económica del bien a fin de obtener un rendimiento económico aumentando cualitativamente su valor”. (p. 194 - 195)

En síntesis, (Torres Maldonado, 2017) refiere que se tratan de aquellas mejoras que, no siendo indispensables, aumentan la rentabilidad de un bien, le introducen una modernización conveniente, etc. Como se ve, se trata de conceptos fluidos, elásticos, en los que muchas veces la apreciación judicial decidirá si estamos en presencia de una mejora necesaria o útil.

El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras útiles que existan al tiempo de la restitución. Las mejoras solo se las considera reembolsables si existen al tiempo de la restitución de la cosa. Al no subsistir la mejora a la fecha de la entrega, no es indemnizable. (p. 194 - 195)

#### 4.2.3 MEJORAS DE RECREO

Estos tipos de mejoras, señala (Vásquez Ríos, 2011) que son llamadas también santuarios, porque son efectuadas para la comodidad personal del poseedor, son aquellas que encierran un valor superfluo apreciado solo para fines de ornato, lucimiento o mayor comodidad. Las mejoras son de recreo cuando no siendo necesarias no son útiles, sirven al poseedor de manera tal, que permiten su bienestar permanente. (p. 195)

Y (Torres Maldonado, 2017), nos dice que también son denominadas mejoras de capricho o voluntarias, porque son efectuadas para la comodidad personal del poseedor, tiene fines de ornato. Son de exclusiva utilidad para el que las hizo, dan un valor agregado al bien pero su realización tiene como objetivo eminente y único, logara un nivel de satisfacción exclusiva para el poseedor, ya sea porque el bien poseído luce mejor, o dota de mejores condiciones, comodidad y confort solamente a este. Lo cual necesariamente se traduce en una utilidad o beneficio para el propietario. Así se ha dicho que estas mejoras “no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o solo lo aumentan en una proporción insignificante”.

De acuerdo a nuestra legislación el poseedor tiene el derecho de retirar estos tipos de mejoras que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño decida pagar el valor del mismo. Precizando que dicho retiro lo hará el poseedor si se encuentra en posesión del bien, toda vez que una vez restituido el bien pierde el derecho de separar tales mejoras. (p. 156 - 157)

## 5. DERECHO A LA RETENCIÓN RESPECTO A LAS MEJORAS

### 5.1 OBJETIVO

Con el objeto de garantizar el crédito que el poseedor tiene frente al propietario por concepto de mejoras, la norma le otorga el derecho de retención. Es decir, mientras el propietario no abone el valor actual de las mejoras al poseedor, este puede retener el bien hasta la cancelación del crédito, o hasta que halle suficientemente garantizado. Entonces, la existencia de mejoras implica necesariamente la posibilidad de ejercer el derecho de retención, pues estas son dos instituciones que van coligadas. Este derecho no se aplica a las mejoras de recreo, no obstante, cuando el propietario ha optado por pagar su valor, pero no lo hace efectiva, (Torres Maldonado, 2017) (p. 160)

### 5.2 REQUISITOS

Ahora bien, para que proceda el ejercicio de esta facultad, según (Torres Maldonado, 2017), en nuestro ordenamiento jurídico, deben recurrir los siguientes requisitos:

- a) ***Que el acreedor por concepto de mejoras tenga la posesión del bien.*** - Naturalmente, la retención supone que el bien susceptible de tenencia se encuentre bajo el poder efectivo de poseedor acreedor. La principal condición radica en entender que para que se verifique, el poseedor debe tener una cosa de su deudor. En una frase más que elocuente se suele indicar que “para retener hay que tener la cosa”.
- b) ***Que exista un crédito a favor del poseedor que ejerce la retención.*** - Toda vez que el crédito constituye uno de los elementos positivos de la retención, se permite al retenedor continuar con la detención de la cosa porque existe un crédito, la existencia del crédito por concepto de las mejoras efectuadas justifica, entonces, la retención. Cabe precisar que quien procura retener el bien perderá probar la existencia del crédito impago; caso contrario, con el solo hecho de titularse acreedor bastaría para retener bienes ajenos, provocando verdaderos abusos que la ley no puede proteger.
- c) ***Que exista una conexión entre el crédito y el bien retenido.*** - Este requisito expresado en el aforismo *debitum cum re jantan*, constituye otra de las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico en materia de retención. En efecto, existe un nexo entre el bien, que se pretende retener, y el crédito por las mejoras que sobre el mismo realizó el poseedor. Ergo, una vez que el propietario reembolse dicho concepto por las mejoras introducidas, el retenedor tiene la obligación de entregar la posesión del bien al propietario.



- d) *Que el crédito a favor del poseedor no se encuentre garantizado.* - Implica que el propietario, al momento de que el poseedor, que efectuó las mejoras, pretenda ejercer la retención del bien, no haya garantizado su obligación mediante los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (personal o real) o sí lo haya sido, pero de manera insuficiente. (p. 161 - 162)

### 5.3 DURACIÓN DE LA RETENCIÓN

La retención de la posesión del bien dura hasta que se paga la obligación o se garantiza su pago. El propietario no podrá reclamar perjuicio por la demora de la devolución, mientras se ejercita el derecho de retención.

El derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida; pero el adjudicatario, para obtener el bien adquirido, deberá entregar el precio al poseedor retenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que este es acreedor. Por ende, si el acreedor titular de la hipoteca quiere obtener la entrega del inmueble en garantía, deberá primero desinteresarse al retenedor, pagándole directamente para cubrir el crédito del poseedor; quedando así conciliados los “dos grandes intereses opuestos, igualmente respetables los dos y aparentemente irreductibles: el de los otros acreedores del propietario de la cosa retenida” que no debían ver, infinitivamente, paralizados sus derechos de ejecución y venta de los bienes del deudor. (Torres Maldonado, 2017) (p. 163 - 164)

## 6. EXTINCIÓN DE LA POSESION

La posesión se extingue, según señala (Vásquez Ríos, 2011) por:

### 6.1 LA TRADICION

Esta causal de extinción determina que se pierda la posesión para quien la transmite. En efecto, el transmitente puede perder su posesión, ya sea transfiriendo la propiedad del bien, o solo la posesión inmediata a título de comodato, locación, usufructo o depósito. En este último caso, el dueño está perdiendo temporalmente el ejercicio de su posesión inmediata, pero no así la posesión mediata que la conserva por mérito de la relación jurídica existente con el poseedor inmediato.

### 6.2 ABANDONO

Para su configuración se requiere que el poseedor deje de ejercitar actos de dominio sin solución de continuidad durante un tiempo determinado.

El profesor Arias Schreiber considera que: “no se puede concebir la posesión de un bien, si su titular libremente la rechaza. Quien hace abandono se desprende del bien con la intención de no ejercitar en lo sucesivo ningún poder de hecho ni derecho; el abandono

se conjuga, por consiguiente, los factores físicos a intencional. El acto de desprenderse del bien identifica primero: la voluntad de no ejercitar en lo sucesivo el poder, al segundo”.

### 6.3 EJECUCIÓN DE RESOLUCION JUDICIAL

El Juez al ordenar la entrega de un bien a favor del victoriosos que resulte de la Litis, está configurando en su resolución, a la vez que una forma legal para adquirir la posesión, también una causal de extinción para el perdedor en juicio, quien se ve privado de su posesión; o por otro lado, mediante la misma causal se puede operar la pérdida temporal de la posesión cuando se traba embargo sobre los bienes del deudor.

### 6.4 DESTRUCCION TOTAL O PEDIDA DEL BIEN

La destrucción total significa aniquilamiento o completa desaparición del bien hace imposible seguir poseyéndolo; no obstante, puede darse el caso de la destrucción parcial, lo cual implicaría que el poseedor pueda seguir conservando su posesión sobre la parte no afectada del bien. (p. 241 - 243)

## CAPITULO IV

### USUCAPIÓN O PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO

#### 1. DEFINICIÓN

Señala (Vásquez Ríos, 2011) que “la doctrina en general define la prescripción adquisitiva como el modo de adquirir, mediante una posesión prolongada durante un tiempo determinado la propiedad de un bien”. (p. 321)

Para (Ramírez Cruz, Tratado de los Derechos Reales. Propiedad - Copropiedad, 2004) la “usucapión o prescripción adquisitiva es la adquisición del dominio u otro derecho real posible, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley”. (p. 209)

Señala (Meneses Gómez, 2017) a Gunther Gonzales Barrón, para precisar que la usucapión es la prueba por excelencia del derecho de propiedad, ya que no existe prueba más idónea para probar el derecho de propiedad que ostenta una persona sobre un bien que la usucapión, pudiendo existir otros medios de prueba; sin embargo, ninguno se puede comparar a la idoneidad y a la publicidad que genera la usucapión.

Para que una persona natural o jurídica adquiere la propiedad de un predio por usucapión, la legislación civil permite recurrir a un procedimiento no contencioso notarial o un proceso judicial para que el juez declare la prescripción y el poseedor, convertido en

propietario por el transcurso del tiempo, cuente con un título que acredite su derecho, entendiéndose a este como la sentencia final emitida por el juez. Lo mismo sucede en el procedimiento notarial en el que el acta que emita el notario será el título con el que se acredite su derecho, en tanto y en cuanto, no exista oposición alguna.

La prescripción adquisitiva de dominio opera desde el momento en que se inicia la posesión y no desde que vence el plazo, lo que se sustenta en razón de que el poseedor se comportó permanentemente como legítimo propietario del bien, resultando cierto la postura en el sentido de que la propiedad se adquiere con la posesión cualificada, sin necesidad de existencia formal por parte de la autoridad o funcionario público. (p. 101 - 103)

La usucapión es, para (Ramirez Cruz, Tratado de los Derechos Reales. Propiedad - Copropiedad, 2004), en realidad mucho más que un medio probatorio del dominio. En palabras de José Antonio Álvarez Caperochipi que es forzoso de repetir, “se trata de una investidura formal mediante el cual una posesión se transforma en propiedad. Es, pues, algo más que un mero medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión”.

En realidad, esta institución jurídica no hace sino “reconocer como propietario de un inmueble (o de un mueble) a aquel que lo tuvo, utilizándolo como si fuera real dueño, durante el plazo que la misma ley indica”. (p. 210)

Nos dice (Ledesma Narváez, y otros, 2011) que las definiciones que proponen los juristas son casi de contenido uniforme, cuidando no dejar de lado los elementos sustanciales como la posesión y el tiempo transcurrido.

Así también piensa Albaladejo, cuando escribe que la “usucapión (o prescripción adquisitiva) es la adquisición del dominio u otro derecho real posible, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley”. Por su parte el notable Josserand al definir la usucapión como “un modo de consolidar la propiedad, pues si no existiera la prescripción todos los derechos de propiedad estarían en peligro, ya que habría que remontarse siglos atrás para probar la legalidad del derecho de propiedad y así ningún título sería firme”. La probanza del derecho de propiedad que señala el autor, fue conocida por los romanos como la “prueba diabólica”, que desde luego en la actualidad opera cuando se trata de acreditar el derecho de propiedad que provenga del modo derivado. (p. 13)



La prescripción adquisitiva de dominio (rectius: usucapión) es uno de los varios modos de adquirir la propiedad que establece el Código Civil peruano. Se trata de un modo originario (no derivado) de adquirir el dominio de bienes tanto muebles como inmuebles si bien es en estos últimos donde mayormente se presenta a nivel judicial por medio de la posesión, pero no es una posesión cualquiera sino cualificada, “a título de dueño”, y además debe ser pacífica, continua, pública y según los plazos que señala la ley.

Esto significa entonces que la usucapión es en realidad mucho más que un medio para probar el dominio. En palabras de José Antonio Álvarez-Caperochipi: “se trata de una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad. Es, algo más que un mero medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión” (Ramírez Cruz, 2012) (p. 70)

Señala (Ferrer Mantilla, 2015) que la Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la configuración adquisitiva o usucapión, ha establecido lo siguiente:

- a) La usucapión puede definirse como una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad. Es pues algo más que un nuevo medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión (Casación 2161-2001-Lima).
- b) La propiedad del inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, reconociéndose de ese modo que la usucapión es un modo de adquirir la propiedad de un bien inmueble ajeno mediante la posesión ejercida sobre el mismo durante plazo indicado en la norma (Casación 1545-2000-Cusco).
- c) La prescripción adquisitiva de dominio constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien, basada en la posesión del bien por un determinado lapso de tiempo cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley, lo que implica la conversión de la posesión continua en propiedad (Casación 1992-2003-Tacna)
- d) La prescripción adquisitiva es el modo de adquirir el dominio y demás Derecho reales poseyendo un bien mueble o inmueble durante un lapso y otras condiciones fijadas por la ley; es decir, la conversión de la posesión continuada en propiedad (Casación 273-1997-Lima).



- e) La institución de la prescripción adquisitiva, es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, convirtiendo un hecho en Derecho, como lo es la posesión en propiedad (Casación 264-1998-Huánuco).
- f) El Derecho adquirir por usucapión es constitucional por tanto irrenunciable (Casación 2107-1997-Lima) (p. 71)

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

Argumenta (Ramirez Cruz, Tratado de los Derechos Reales. Propiedad - Copropiedad, 2004), que, de acuerdo con el sector mayoritario de la doctrina, la usucapio:

1. Es un modo originario de adquirir el dominio, porque “la adquisición se produce independientemente de cualquier relación de hecho y de derecho con el titular anterior”.
2. Es, además, un modo de adquirir gratuito, puesto que no irroga, en reciprocidad, ningún desembolso al prescribiente.
3. Se trata de un acto inter vivos (entre vivos), porque a pesar de que en algunos casos se utilizan los periodos de poseedores ya desaparecidos, siempre el usucapiente está vivo, o, por lo menos, la usucapión se cumplió para él cuando está vivo.
4. Es, finalmente, un modo de adquirir a título singular. No obstante, como dice Castañeda, procede también adquirir a título universal, lo que sucede cuando se prescribe la herencia misma, no el derecho a la herencia. (p. 210 - 211)

## 3. FUNDAMENTOS

Expresa, (Ledesma Narváez, y otros, 2011), que cabe señalar que González Linares al referirse al tema de la prescripción que encuentra los fundamentos en las razones siguientes:

- 1) En la prescripción tenemos la presencia de una institución de orden público, nos acota que el Estado tiene un alto interés en liquidas situaciones o relaciones jurídicas que causen inseguridad dentro de la interacción social. Es como el Estado armoniza o enlaza el interés público con el interés privado.
- 2) En poner término o fin a la prolongada o dilatada actitud negligente del acreedor ante la oportuna reclamación de su derecho crediticio frente al deudor.
- 3) En el abandono o el desinterés del titular del derecho real de propiedad para ejercer la posesión de manera efectiva sobre los bienes muebles e inmuebles, permitiendo que otro la ejerza con las prerrogativas de un propietario.

- 4) En la aspiración del Derecho, de otorgar estabilidad con seguridad jurídica a todas las relaciones humanas, evitando la incertidumbre y la zozobra que no pueden permanecer por tiempo indefinido. Situaciones que deben acabarse con la aplicación del plazo prescriptorio en cualquiera de sus formas.
- 5) En el interés de la misma sociedad de consolidar o perfeccionar el derecho de propiedad teniendo como base el ejercicio real, efectivo, directo, pacífico y público de la posesión, a favor de su poseedor, por el plazo establecido en la ley. Transformando el hecho posesorio en un derecho.
- 6) El fundamento general de la prescripción está en los intereses superiores a la sociedad, la cual exige un fin para todas las situaciones y relaciones jurídicas que se mantienen en el tiempo denotando inseguridad, incertidumbre, inestabilidad o zozobra: circunstancias estas que afectan a los grandes fines del derecho como la justicia, la seguridad, la paz, el bien común, que no son sino, los valores del Derecho mismo encaminados a la consolidación de sus propias instituciones jurídicas.
- 7) La prescripción contribuye a la efectiva funcionalidad social del derecho civil patrimonial, al perfeccionar o consolidar los derechos patrimoniales y extra patrimoniales de las personas, asegurando la paz social. (p. 16)

#### 4. ELEMENTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

En síntesis, toda usucapión debe reunir según (Vásquez Ríos, 2011), como base, los siguientes elementos:

- a) **EL PASO DEL TIEMPO.** - Como señalamos, el transcurso del tiempo cumple una función estabilizadora ya que consolida una situación de hecho, otorgando al poseedor a la propiedad en base al cumplimiento de los requisitos de Ley para evitar así la persecución eterna de la misma y la consiguiente inseguridad jurídica.
- b) **LA POSESIÓN.** - Elemento primordial para la existencia de la usucapión o prescripción. La misma no puede considerarse existente, si la posesión no se realiza a título de propietario. (p. 322)

#### 5. EFECTOS DE LA USUCAPIÓN

Dentro de los efectos que produce la usucapión se señalan los siguientes, de acuerdo a (Ledesma Narváez, y otros, 2011):

- 1) Otorga seguridad jurídica a los derechos patrimoniales, y en especial a la propiedad, ésta no es sino, la columna vertebral del derecho privado patrimonial.
- 2) Consolida la posesión (hecho) transformándola en propiedad (derecho)

- 3) Remedia la carencia de pruebas en tracto sucesivo descendente del derecho de propiedad.
- 4) Sanciona la desidia, negligencia y el desinterés del propietario, quien puede tener el derecho, pero no el ejercicio del derecho. (p. 17 - 18)

## 6. TIPOS DE PRESCRIPCIÓN

### 6.1 PRESCRIPCIÓN LARGA O EXTRAORDINARIA

#### 6.1.1 CONFIGURACION

Para (Vásquez Ríos, 2011) se trata de un modo de adquirir la propiedad de un inmueble, el mismo que debe ser poseído a título de dueño cumpliendo con los requisitos legales para que se configure la prescripción larga, los mismos que son:

- a) Posesión continua, pacífica y pública como propietario.
- b) Que la posesión se haya ejercido por diez años. (p. 322 - 323)

Para (Ramírez Cruz, 2004) es de gran trascendencia porque permite, entre otras cosas:

- a) Usucapir al usurpador o siempre intruso (persona que sin título alguno entra en posesión del bien) aun cuando hubiera entrado en posesión en forma violenta; pero, a este respecto, debe considerarse que la posesión útil para usucapir comienza desde el momento en que cese o desaparezca la violencia. Por ello se dice que esta usucapión consagra la posesión de mala fe.
- b) Enfatiza “por otro lado, la usucapión larga también cubre o subsana cualquier defecto que pudiera existir en el título poseedor”. (p. 224)

Y (Ledesma Narváez, y otros, 2011) refiere que para adquirir la propiedad mediante el modo de la prescripción larga o extraordinaria no son necesarios el justo título y la buena fe, lo que es propio de la usucapión corta. En la prescripción larga basta el ejercicio de la posesión, como propietario, sin tener vínculo jurídico con tercero, posesión que debe ser ejercida en forma pacífica y de manera pública por el plazo mínimo de diez años continuados.

El fundamento de esta especie de prescripción adquisitiva larga está en la seguridad jurídica del tráfico de los bienes inmuebles. (p. 21)

#### 6.1.2 REQUISITO INDISPENSABLE

##### 6.1.2.1 POSESION CONTINUA

Para (Vásquez Ríos, 2011) considerar la existencia de la posesión, el mismo debe probarse es a través de una serie regular de actos de posesión, minuto a minuto del bien. La continuidad de los actos posesorios se haya detenida solo por la interrupción de los mismos. Llámese interrupción civil si el poseedor ha perdido la posesión, se entiende a

causa de un proceso en su contra; y, interrupción natural si el poseedor es privado de ella, puede ser por actos del propietario o de un tercero. En ambos casos, la interrupción cesa si el poseedor recupera la posesión antes de un año o si, por sentencia, se le restituye. (p. 323)

#### 6.1.2.2 POSESION PACIFICA

Señala el autor (Vásquez Ríos, 2011) que una de las características es que, quien posee, lo haga como propietario o lo que es lo mismo con el ánimo de serlo; lo que significa que la misma se haga en forma normal, pacífica. No se entendería que alguien pretendiera la prescripción y mantener una posesión conflictiva en constante lucha con el propietario. La violencia, como hecho, varía la posesión solo durante el tiempo que ocurre o duren sus efectos: cuando desaparece, la posesión se hace útil, y, por tanto, pueden prescribir, sin importar que luego el poseedor use la violencia contra terceros que pretenden perturbar su posesión. (p. 324)

La prescripción adquisitiva de bienes poseídos por la fuerza o por la violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiese purgado el vicio de la posesión, lo que a nuestro juicio sucede al haber cesado la fuerza o la violencia, porque es solo al cabo de ese tiempo que el poseedor vicioso no tendrá contradictor en su posesión, al haber perdido el despojado la acción posesoria que le hubiera permitido recuperar el bien. (Ferrer Mantilla, 2015) (p. 76)

#### 6.1.2.3 POSESION PÚBLICA

La prescripción funciona a través de un hacer por parte del poseedor, es decir, porque este actúe sobre el bien como propietario, es más, al poseedor se le presume propietario: entonces no entenderíamos la validez de este principio si el poseedor actuara de forma clandestina. También se debe entender que, para sea válida la posesión, el propietario debe estar enterado de la misma y no accionar. (Vásquez Ríos, 2011) (p. 324)

Para (Ferrer Mantilla, 2015) la prescripción adquisitiva corta, ordinaria o leve, como también se le conoce, tiene por objeto favorecer a todos aquellos que creyéndose en justicia propietarios no son tales por razones ajenas a su voluntad y previsión. Dicen Planiol y Ripert “que la prescripción de diez a veinte años tiende a subsanar en cuanto el verdadero propietario, el vicio que resulta del hecho de no tener la propiedad aquel de quien el poseedor haya obtenido su Derecho. La ley, como especial consideración en favor del tercero que ha recibido un inmueble a “non domini”, le asegura, al cabo de un breve plazo, la situación. (p. 74)



## 6.2 PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA O CORTA

Se adquiere a los cinco años cuando media justo título y buena fe.

### 6.2.1 JUSTO TITULO

Señala (Vásquez Ríos, 2011) que la doctrina ha discutido sobre su definición, Ripert y Boulanger, consideran que es justo título “el acto que hubiera transmitido la propiedad al adquirente, si el enajenante hubiera sido el propietario”. (p. 325 - 326)

Para (Ledesma Narváez, y otros, 2011) el Justo Título en la usucapión significa que la posesión ejercida por el usucapiente se debe a la causalidad provocada por una transmisión onerosa de la propiedad, pero que no le otorga suficiente titularidad al adquirente del derecho real (propiedad), porque se originó sin la legitimación del derecho subjetivo material del transmitente, o en su caso, en virtud de un acto sin validez ni eficacia. Por ello se establece que justo título es aquel que reúne los requisitos para la transferencia de la propiedad, pero le falta el elemento de mayor sustantividad, que es la legitimidad del derecho que le conceda la facultad de disposición, y es precisamente esta anomalía la que deber ser superada o convalidada por la usucapión corta, porque si no fuera así la prescripción corta no tendría objeto.

El justo título fundamenta el hecho de haber ejercido la posesión como propietario, es el que habla que dicho título tuvo origen de quién no era el propietario para transferir, sin embargo, engendró la buena fe en la adquirente basada en la creencia firme de que su transferente fue dueño del bien y que posee como propietario. (p. 19)

### 6.2.2 REQUISITOS DEL JUSTO TÍTULO

(Ferrer Mantilla, 2015) Menciona a Arias-Schreiber, según el cual los requisitos o características que debe reunir el justo título son:

1. Ser un acto traslativo de dominio, como son la compraventa, la donación y otros análogos. No deberá confundirse el acto jurídico con el documento que lo representa.
2. Este acto jurídico no debe estar sujeto a una causal de nulidad absoluta, pues en este supuesto carecería de idoneidad y no sería, por lo tanto, justo.
3. Debe tener existencia real, efectiva. No tienen el carácter de justos los llamados “títulos putativos”, que son aquellos que sólo merecen existencia en opinión de quienes lo alegan.
4. Debe probarse, pues no se presume. Si la prueba es del hecho de la usucapión en sí, corresponderá a quien alegue que se ha producido. Y habrá de demostrarse que se dieron todos los requisitos que la usucapión exija. (p. 79)

### 6.2.3 LA BUENA FE

(Vásquez Ríos, 2011) Es el elemento indispensable para que pueda existir la prescripción abreviada. La buena fe se puede configurar se por un error de derecho o por ignorancia. Lo importante en la buena fe, es que la misma debe estar presente al momento en que se adquiere el bien; en ese instante, no debe existir posibilidad de duda por parte del comprador de que está adquiriendo del verdadero propietario. (p. 326 - 327)

(Ledesma Narváez, y otros, 2011) Buena Fe en la prescripción adquisitiva corta, la buena fe como señala el autor De Los Mozos, José Luis encuentra su normal vinculación con el justo título, éste se halla adherido a la buena fe, y juntos operan para alcanzar a la usucapión corta. La relación entre el justo título y buena fe es claramente entendida por De Ruggiero, cuando afirma que la buena fe es la conciencia que se tiene que con la adquisición no se vulnera el derecho ajeno, porque se ignora los vicios del título de la posesión. (p. 19)

La buena fe, es la convicción que tiene el adquirente de la legitimidad de su título, es decir, que presume adquirir válidamente, de quien considere dueño. Esta presunción obedecerá a error de hecho o de Derecho. Consiguientemente, no habrá buena fe, si a sabiendas que quien no es dueño transfiere el bien se adquiere o si a sabiendas que el vendedor es menor de 18 años y carece de capacidad absoluta se adquiere. De acuerdo a las normas de posesión de buena y mala fe, la buena fe durará mientras el poseedor presume en la legitimidad de su título y esa presunción acabará en cuanto el poseedor tenga elementos que demuestren su ilegitimidad o sea emplazado a juicio. (Ferrer Mantilla, 2015) (p. 81)

## 7. CONSTANCIA DE POSESIÓN

### 7.1 DEFINICIÓN

La constancia de posesión es el instrumento emitido por una autoridad competente en un procedimiento administrativo con el cual se acredita y reconoce con documentos, testigos, publicaciones e inspecciones oculares inopinadas u otros, que una persona viene poseyendo un predio de manera continua, pacífica y pública, en un determinado espacio, tiempo y lugar, debiendo mencionarse también su forma de adquisición.

El documento correcto a emitirse para acreditar la veracidad de la efectiva posesión que viene realizando una persona sobre el bien, es la constancia de posesión, por cuanto la posesión es un hecho que se viene ejerciendo en el tiempo de manera permanente y efectiva, y es esta la que se hace constar en el citado documento. En cambio, el certificado no sería el documento correcto a emitirse. No obstante, el certificado si podría

emitirse, en tanto y en cuanto, el posesionario hubiese perdido la posesión y no haya transcurrido más de un año de producido el hecho, a efectos de poder recuperarla mediante las acciones correspondientes. (Meneses Gómez, 2017) (p. 91 - 92)

## 7.2 EFECTOS JURIDICOS

(Meneses Gómez, 2017) En ningún caso una constancia de posesión puede tener como efecto jurídico de acreditación o la presunción de que una persona ha poseído el predio durante un periodo de tiempo anterior al constatado, salvo en el caso en el que se ha seguido un procedimiento administrativo regular donde se acredite y valide la posesión continua sobre un determinado periodo.

Del mismo modo, este documento no legitima o valida la posesión ilegítima que se estuviera ejerciendo, ni mucho menos puede generar y/o justificar el derecho a poseer, es decir, no se legitima el ingreso a poseer un predio y/o la ocupación del mismo.

En principio puede considerarse que el único efecto jurídico de una constancia de posesión es el del reconocimiento que una persona posee un predio en un determinado espacio de tiempo y lugar, lo cual servirá de sustento o de prueba para adquirir la propiedad del mismo en un proceso de usucapión. Empero esto no es del todo correcto, puesto que este reconocimiento permite la adquisición de otros documentos adicionales con los cuales se suele sustentar la posesión en los procesos de usucapión.

Obtenida la constancia de posesión el posesionario puede solicitar su inscripción como contribuyente respecto al predio ante el municipio, pero siempre que no pudiera determinar la existencia de otra persona que tenga el derecho de propiedad sobre aquel. Obtenido el registro el posesionario, legítimo o no, cuenta con dos documentos que acrediten su posesión. Si bien la administración tributaria no reconoce el derecho de la propiedad a favor de una u otra persona; también lo es, que este reconocimiento como contribuyente apoya en gran medida a sustentar la posesión que se ejerce sobre un determinado predio, generándose con ello nuevos medios probatorios que permitirán acreditarla en un procedimiento notarial o en un proceso judicial de usucapión. (p. 103 - 107)

## 7.3 AUTORIDADES QUE EMITEN LA CONSTANCIA DE POSESIÓN

- 1) **Notarios.** - Mediante Decreto Legislativo N° 1049 – Decreto Legislativo del Notariado, se establece como una de sus funciones, el de comprobación de los hechos que el mismo presencie, confiriéndoles fecha cierta, motivo el cual se encuentra facultado para constatar la posesión que podría estar ejerciendo una persona sobre un determinado predio.



- 2) **Jueces de Paz.** - Facultados mediante Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, artículo 17, a ejercer funciones notariales otorgándole fe y/o garantizando con su palabra y firma la veracidad y validez de alguna información y/o documentos teniendo dentro de sus facultades la de otorgar constancia de posesión.
- 3) **Municipalidades Distritales y Provinciales.**- Mediante Ley N° 28687 – Ley de desarrollo complementario de la formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 017-2006-VIVIENDA, disponen que dichas entidades municipales en donde se ubiquen la posesión informal otorgaran a los poseionarios el certificado o constancia de posesión para fines de otorgamiento de la factibilidad de servicios básicos, sin que ello constituya reconocimiento alguno que afecte el derecho de propiedad de su titular.
- 4) **Gobernadores y Tenientes Gobernadores.** - (Actualmente Prefectos y Subprefectos) Facultados mediante Decreto Legislativo N° 1140 y su Reglamento Decreto Supremo N° 003-2013-IN a otorgar en sus respectivas jurisdicciones garantías posesoria cuando existan amenazas por actos de invasión o usurpación de inmueble en agravio de propietarios o poseedores. (Meneses Gómez, 2017) (p. 92 - 98)

## CAPITULO V

### VII PLENO CASATORIO: LA PROPIEDAD NO REGISTRADA PREVALECE SOBRE EL EMBARGO. EXTRACTO

#### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Este Pleno ha analizado los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, al existir oponibilidad de derechos de naturaleza diversa. Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con un embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de verificar solamente cual derecho subjetivo debe prevalecer o resultar oponible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico. Así, una doctrina que ha defendido la postura de la propiedad no inscrita señala que “se reconoce normalmente que los únicos derechos obligacionales (o “no reales”, da lo



mismo) inscribibles son los que se originan del contrato de arrendamiento, contrato de opción y embargo judicial. Sin embargo, los dos primeros tienen su propia norma de protección frente a terceros (arts. 1708-1 y 2023 del Código Civil).

El segundo párrafo del artículo 2022 en la práctica se refiere específicamente a la hipótesis de conflicto entre la transferencia de propiedad no inscrita y el embargo inscrito. Otra doctrina, que ha defendido con fuerza la primacía del embargo, concluye que el problema sustantivo de la tercería de propiedad “se reduce a determinar la interpretación más adecuada para el segundo párrafo citado artículo 2022”.

## 2. INAPLICABILIDAD DE LA PRIMERA PARTE DEL ARTÍCULO 2022

Un sector minoritario de la doctrina ha postulado que el embargo inscrito tiene naturaleza de derecho real, de manera que el conflicto en cuestión podría resolverse de conformidad con lo dispuesto en la primera parte 2022 del Código Civil. Así algunos autores han expresado lo siguiente: El embargo, por recaer en un inmueble, tiene la calidad de “derecho inmobiliario” de conformidad con el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil, de manera que “el embargo es un derecho de características reales antes que personales, lo que impide la aplicación del artículo 2022, párrafo final, del Código Civil”.

La naturaleza del derecho real del embargo ha sido defendida por la doctrina según la cual “la fuente legal de este derecho o el hecho de provenir de un mandato judicial no enerva en lo absoluto la conclusión. ¿Acaso la propiedad es menos propiedad y derecho real cuando proviene de la usucapión y no de un contrato, o cuando deriva de la adjudicación judicial luego del remate y no de la compraventa? Es evidente que la ley define la estructura del derecho, pero ello puede emerger de cualquier causa válida. El embargo da lugar a un derecho real sobre el bien afectado, sujeto a las condiciones del mandato judicial. Es una garantía temporal al servicio de la sentencia que resuelva el reclamo del acreedor”.

La opinión del Tribunal es diferente, no cabe equiparar el embargo con un derecho real. El embargo, si es concebido como un derecho, no podría ser catalogado como un bien rigurosamente hablando, por lo que no cabe considerar que tiene rasgos de un derecho real por tener la calidad de bien: “(...) el derecho de propiedad no puede recaer, a su vez, sobre ningún derecho subjetivo. Los derechos subjetivos no tienen la calidad de bienes, como lo puede tener un auto, un cuadro artístico, un predio, una marca o un invento, razón por la cual no pueden tampoco ser objeto de los derechos de propiedad. De inmediato un lector avisado dirá traiciono la definición de bien que estaría proporcionado por el Código Civil. Pues no, en lo absoluto. Por el contrario, siempre teniendo en cuenta

la letra de la ley, sostengo que la interpretación extensiva del término bien, es una necesidad ineludible. Así, se tiene que concluir que en dichos listados el legislador emplea la palabra bien es un sentido muy lato y, por lo tanto, poco técnico. Esta interpretación la impone la innegable diferencia que existe entre los conceptos de situación jurídica, titularidad y propiedad”.

De otro lado, si se postula que el embargo es un derecho real, se coloca incorrectamente en la penumbra al rol que, en este problema, cumple el derecho del crédito. Cuando se enfrentan el embargo y la propiedad no inscrita, no puede quitarse del análisis al crédito. Detrás de todo embargo, existe un crédito necesariamente. El embargo tiene un papel a todas luces, secundario o complementario de cara al crédito. No tiene un rol protagónico. En consecuencia, cuando se enfrenta el embargo inscrito a la propiedad no inscrita, es el crédito el que, en verdad, se termina enfrentando al derecho real no inscrito.

### 3. LA INAPLICABILIDAD DE OTRAS NORMAS CON RANGO DE LEY

Pese a que la jurisprudencia y la doctrina, de forma casi unánime ha establecido que la cuestión sustancial es dilucidar es la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, alguna doctrina ha sostenido que el problema bajo análisis se puede resolver aplicando otras normas jurídicas. Esta posición señala que existen 18 normas que expresamente favorecen al propietario no inscrito en el debate que se trata de resolver. Tales dieciocho normas serían las siguientes:

Una norma Constitucional: artículo 70. Seis normas del Código Procesal Civil: artículos 100, 533, 535, 624, 642 y 656. Una norma del TUO del Código Tributario: artículo 102. Una norma de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva: artículo 20.2. Una norma del Código de Procedimientos Penales: artículo 94. Dos normas del Código Procesal Penal: artículos 302 y 308. Dos normas del Código de Justicia Militar-Policial: artículos 335 y 351. Dos normas del Código Civil: artículos 1584 y 2022. Una norma del Decreto Legislativo N° 299: artículo 11. Una norma del Decreto Legislativo 1177: Primera Disposición Complementaria Final.

De inmediato, debe resaltarse que el problema en cuestión trata de un tipo especial de conflicto de derechos. Por consiguiente, la norma aplicable debe tener como supuesto de hecho un conflicto entre derechos subjetivos sobre un mismo bien, o sea una hipótesis en la cual dos partes aleguen, u opongán entre sí, derechos subjetivos sobre un mismo bien, derivados de un mismo “causante”. La consecuencia jurídica, entonces, debe indicar qué derecho subjetivo debe primar, imponerse o resultar oponible frente al otro. Así las cosas, el supuesto de hecho de una norma que resuelve conflicto de derechos

debería aludir a, por los menos, tres partes: el “transmisor” o “causante” común y los “adquirientes” o “causahabientes” enfrentados.

Sin embargo, trece de las normas mencionadas, no tienen como supuesto de hecho a un conflicto de derechos subjetivos sobre un mismo bien, por lo que se entiende que en su consecuencia jurídica no establezcan una oponibilidad de un derecho subjetivo frente a otro.

Ahora bien, la Corte Suprema comparte la siguiente opinión: “considerando la -más que obvia- idea según la cual las normas procesales o de derecho público no tienen como función resolver cuestiones sustantivas de derecho privado, es fácil percatarse de que ninguna de las referidas 13 de normas tiene (ni podría tener, dada su naturaleza procesal o pública) por objeto dirimir el específico conflicto material o sustantivo que es objeto de nuestra preocupación”. Cabe precisar que, para esta Corte, el argumento decisivo para no aceptar el argumento que sostiene que hay dieciocho normas que claramente resuelven el conflicto de derechos materia de este caso, es que trece de ellas no regulan realmente un conflicto de derechos sustantivos derivados de un “causante” común.

De las normas que se invocan para resolver el conflicto de derechos materia de este Pleno Casatorio, resulta pertinente solo una, la que siempre ha sido considerada la única norma aplicable y pertinente para el caso que ahora nos ocupa: el artículo 2022 del Código Civil, segunda parte, misma que ha sido objeto de dispares interpretaciones en doctrina y jurisprudencia, lo que precisamente ha justificado la convocatoria a este Pleno Casatorio Civil, como ya se ha mencionado. No resultan aplicables, en consecuencia, las otras normas legales referidas, puesto que el radio de acción de estas es bastante limitado, regulando especiales conflictos de derechos. Como ya se expresó, el supuesto que aquí interesa es aquel donde un acreedor traba embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro público aparece como si todavía fuese propiedad de su deudor, pero que previamente ya fue transferido a un tercero, quien no ha inscrito su derecho.

#### 4. EL AMPARO SUPRA-LEGAL DEL CRÉDITO Y DE LA PROPIEDAD.

Se ha dicho que la propiedad no inscrita debe imponerse al embargo inscrito, toda vez que el derecho de propiedad ostenta la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental. En tal sentido, se trataría del enfrentamiento entre un derecho que tiene la calidad de fundamental (artículo 70 de la Constitución) y humano (artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), frente a otro que no tiene esta calidad.



Como ya se ha indicado, anteriormente esta doctrina no dudó en señalar que la tercería de propiedad tiene como cuestión de fondo un conflicto de derechos que se resuelve de conformidad con lo estipulado en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Luego, sin dar las explicaciones del caso, se postula que no se trata de un conflicto de derechos, sino de un conflicto entre un derecho fundamental y una medida judicial provisional, que no es un derecho.

Esta Corte Suprema no considera que se trate de un enfrentamiento o “colisión” entre propiedad no inscrita y una mera medida judicial provisional (embargo). Se trata de un conflicto de derechos. En este mismo orden de ideas, se ha afirmado que “nuestra doctrina y jurisprudencia (incluso la que falla en favor de la propiedad no inscrita) tienen claro que el embargo inscrito no es más que una manifestación del derecho de crédito. Hay que recordar que el embargo carece de sustantividad propia, pero de esto no se deduce que deba ceder ante la propiedad no inscrita. Todo lo contrario, la carencia de sustantividad del embargo no hace sino confirmar la aplicabilidad de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Si el embargo carece de sustantividad propia, es porque representa al derecho de crédito”.

En idénticos términos se ha expresado la doctrina que opina lo siguiente:

“Conforme al artículo 70 de la Constitución, la protección de la propiedad no se limita al dominio civil como derecho sobre bienes, sino que se extiende al total de derechos patrimoniales que corresponde a una persona. La inviolabilidad de la propiedad constitucional es una pieza clave del régimen económico de mercado. Este régimen requiere proteger todo el patrimonio de las personas, incluyendo el dominio civil, sus desmembraciones y por supuesto otros derechos como los créditos y los embargos que los garantizan. El sistema de libertades no funciona solo con la cautela de los predios, mucho menos solo con la atención a la vivienda, sino con la seguridad de que todo título patrimonial será amparado. En tal sentido, si se tratara de la disputa entre el propietario civil de un bien y el titular de un embargo sobre un bien, ambos son derechos constitucionales, ninguno es mejor que el otro”

Ahora bien, la solución a la cuestión medular de este Pleno Casatorio Civil, por las razones expuestas, debe hallarse a nivel legal. Por lo tanto, se comparte la postura que afirma que, en realidad, “no son mejores los derechos reales que los personales, ni viceversa. Las relaciones patrimoniales tienen como eje fundamental el interés material



o beneficio que los sujetos pretenden satisfacer a través de objetos económicamente relevantes”.

## 5. LAS POSTURAS ENFRENTADAS EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

### 5.1 ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PROPIEDAD NO INSCRITA.

Los argumentos que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para defender la primacía del derecho de propiedad no inscrito son bastante parecidos entre sí. Evidentemente no se puede pedir a una decisión judicial que sea exhaustiva como la doctrina, pero los argumentos empleados por los Jueces son esencialmente los mismos que emplean los autores que patrocinan la postura del tercerista, sólo que, dada la naturaleza de su trabajo, brindan mayores detalles o se explayan en su fundamentación. Y cuando se habla de la postura de los jueces, se hace referencia tanto a la postura de la jurisprudencia de mérito, como a la expresada por las Salas Civiles de este Supremo Tribunal cuando ha decidido fallar en favor del tercerista.

#### a) **El carácter absoluto del derecho de propiedad y solo relativo del derecho de crédito.**

Un argumento constante, probablemente el principal, que emplea la doctrina y jurisprudencia es aquel que entiende que el derecho del tercerista debe imponerse porque es erga omnes o absoluto, en tanto que el derecho de crédito es meramente relativo.

La Corte Suprema ha patrocinado un argumento similar, cuando ha señalado que debe imponerse el derecho real no inscrito puesto que, a diferencia del crédito, implica una relación directa o inmediata del titular del derecho con el bien. Esta circunstancia no cambia por el hecho de la inscripción, que no altera o trastorna la naturaleza de los derechos subjetivos implicados.

#### b) **La inaplicabilidad de la regulación registral por mandato del legislador.**

El argumento descrito en el literal anterior también considera que la regulación registral no es aplicable. Y es que, de lo contrario, indefectiblemente tendría que imponerse el embargo inscrito por simple aplicación del principio de prioridad registral. Así, se entiende que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no puede hacer referencia a la normativa registral.

### 5.2 ARGUMENTOS EN FAVOR DEL CRÉDITO INSCRITO.

En este punto, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado argumentos distintos. Los autores han desarrollado líneas de argumento que no han sido empleadas en sede judicial al momento de hacer primar al derecho de crédito inscrito en contra de la propiedad no inscrita. Debe indicarse que, a nivel de jurisprudencia de mérito, la gran mayoría de los

jueces no patrocina esta idea. Sin embargo, a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República no es factible establecer una posición claramente dominante, puesto que últimamente se han presentado fallos en favor del demandado con derecho inscrito en el proceso de tercería de propiedad.

En tal sentido, se anota que “no parece que pueda compartirse la opinión que afirma que siempre ha existido una tendencia jurisprudencial claramente dominante a favor de la propiedad no inscrita y que, por consiguiente, los criterios jurisprudenciales a favor del embargo inscrito son recientes”.

**a) La normatividad registral es aplicable por ser parte del derecho común.**

En algunas decisiones de hace varios años, este Supremo Tribunal ha considerado que “el derecho común” referido en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es compatible con el principio de seguridad jurídica, no existiendo contradicción entre la aplicación de esta norma y la regulación registral, puesto que debe tomarse en cuenta lo preceptuado en el artículo 1135 del Código Civil, en el que se prefiere un título inscrito en el registro a un título que solo consta en un documento de fecha cierta.

Admitir lo contrario importaría destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los siguientes principios: a) El de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...) b) El de impenetrabilidad que preconiza el de impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otro, aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) El de publicidad recogido por el artículo 2012 del Código Civil que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

**b) La protección erga omnes del derecho de crédito.**

Como ya se adelantó, se ha sostenido que el derecho de crédito, tal como le ocurre al derecho real, se encuentra amparado por la tutela extracontractual o erga omnes. Afirmación que se encontraría amparada en la doctrina y jurisprudencia europea.

Se alega también que la protección extracontractual del crédito es una figura compatible con una idea más social del Derecho. Puesto que negar la posibilidad de que terceros lesionen el derecho del acreedor, implicaría aceptar una visión demasiado individualista de la relación obligatoria y del contrato. Tal visión partiría de la premisa según la cual los negocios de cada uno solamente son de incumbencia de uno mismo, que podemos administrarlos libremente, sin que la sociedad y los terceros tengan algún interés en ellos. Esta es una simplista concepción de la libertad absoluta del individuo que no toma

debidamente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más civilizada y compleja es la sociedad, dicho lazos se multiplican y consolidan, lo que explica que los terceros puedan afectar, con su actuar u obrar, una relación obligatoria o contractual de la que no forman parte.

## 6. ANÁLISIS CRÍTICO.

### 6.1 LA PROTECCIÓN EXTRA CONTRACTUAL DE LOS DERECHOS REALES Y DE CRÉDITO

Se impone la necesidad de rechazar el argumento tradicional que se fundamenta en la supuesta inexistencia de tutela erga omnes para el derecho de crédito. Se ha podido constatar que la doctrina contemporánea acepta esta clase de tutela.

La defensa que se ha hecho, en nuestro medio, en favor de la idea que considera que el crédito carece de tutela extracontractual, ha sido materia de crítica. Para empezar, no parece un argumento suficiente y convincente el hecho de que antes la tutela aquiliana no haya sido reconocida a nivel jurisprudencial en nuestro país. En todo caso, sirva esta ocasión para reconocer esta figura y actualizar nuestras tendencias jurisprudenciales, de acuerdo con los avances de la doctrina más actual.

Esta parte de la premisa según la cual los derechos relativos, por no poder ser opuestos a la generalidad de sujetos, no son materia de protección extracontractual. Por lo tanto, reconocer, de alguna forma al menos, que todos los derechos subjetivos tiene una tutela extracontractual, no significa otra cosa que admitir la vigencia de la figura de la tutela aquiliana del crédito.

### 6.2 LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA DE LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL.

#### 6.2.1 *LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y SUS CÁNONES: EL ROL DECISIVO DEL TEXTO DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN.*

En este sentido, un autorizado autor ha sostenido que el objeto de la interpretación no puede ser una voluntad (la del legislador) como tal, sino más bien la forma representativa en la que aquélla viene explicitada: lo que se ha hecho o lo que se ha dicho. Esto porque precisamente la representación es un presupuesto de la actividad interpretativa, y si se entiende a la voluntad como una pura entidad psicológica, induce a pensar que tal actividad puede prescindir de una forma representativa, lo que bien puede resultar absurdo.



En este orden de ideas, se ha destacado la imposibilidad de alterar la esencia del objeto de interpretación por parte del intérprete, cuando se advierte se impone al intérprete una exigencia de objetividad en cuanto la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender: una exigencia, por tanto, de subordinación. Pero como tal objetividad no opera sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad, del valor expresivo de aquélla y de su capacidad para remontarse a un grado de conciencia a ella adecuada.

Esta circunstancia explica la presencia de algunos cánones interpretativos. Veamos:

- a) Un primer canon prohíbe que el intérprete pretenda introducir un sentido que no emana del propio objeto de su interpretación. Por ello se decía que el Juez no puede, en base a sus personales y subjetivos criterios, alterar la sustancia o esencia de las disposiciones normativas.
- b) El segundo canon, que explica la llamada interpretación sistemática, es denominado de la totalidad y coherencia. Según este, el intérprete debe tener en cuenta la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso, como de toda manifestación de pensamiento, y su común referencia al todo del que forman parte: correlación y referencia que hacen posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y sus elementos constitutivos.

#### *6.2.2 LA INEXISTENCIA DE LAGUNA NORMATIVA EN LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL.*

En opinión de este Colegiado Supremo, no es posible sostener que la segunda parte del artículo 2022 se traduzca en una laguna, puesto que ello implicaría privar de sentido a la frase “derecho común”. La tesis que sostiene que hay una laguna normativa, no parece tener en cuenta que la buena técnica de interpretación aconseja interpretar los textos legales en el sentido que tengan mayor eficacia. No debe olvidarse que la interpretación de las leyes importa respetar el llamado “principio de conservación del derecho”, el cual “pretende disipar el mentado horror vacui (con él se busca evitar el surgimiento de lagunas o vacíos normativos en el ordenamiento jurídico), preservar la seguridad jurídica y mantener la obra del legislador”.

Para sustentar que existe laguna, la doctrina defensora del crédito inscrito ha señalado que el artículo 2022 del Código Civil, en su segunda parte, no remite a ningún lugar o norma puntual que regule este específico conflicto de derechos entre acreedor embargante y tercerista de propiedad con derecho no inscrito. Sin embargo, con este



enfoque se “vacía” el sentido normativo que tiene la frase “derecho común”. No se hace el esfuerzo de tratar de conservar este acto legislativo, asignándole un sentido, como manda el “principio de conservación del derecho”.

Por consiguiente, desde que existe un texto normativo que establece una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho de conflicto de derechos de distinta naturaleza, no cabe postular la presencia de una laguna jurídica.

7. EL SENTIDO DE LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: LA NO APLICACIÓN DE CRITERIOS REGISTRALES.

Esta Corte Suprema considera que los términos “derecho común” pueden ser entendidos apropiadamente acudiendo a otras normas, pero no para aplicar la integración jurídica, sino la interpretación sistemática, cosa sustancialmente diferente.

Así, se tiene que resaltar que cada vez que el legislador civil regula conflictos de derechos, si decide dirimir el conflicto en base a criterios registrales, lo hace explícitamente, sin “medias tintas”. Si de privilegiar el registro se trata, el Código Civil lo hace de forma expresa y clara, sin fórmulas vagas o un tanto imprecisas. En un contexto como ese, es evidente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil “desentona” por completo. Si en otros casos, el legislador civil, sin dudar, establece la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente.

Si bien esta conclusión se apoya, como se ha visto, en una interpretación sistemática, la misma puede reforzarse tomando en consideración que la primera parte del artículo 2022 claramente opta por una solución registral, pero en el párrafo siguiente deliberadamente omite la solución registral, reenviándose al “derecho común”, de modo que éste debe interpretarse al margen de la regulación registral. Si realmente la voluntad (expresada y objetivada) de la ley fuese aplicar también a estos casos tal regulación, sin duda hubiese existido una remisión directa a la normativa registral, tal como sucede en todos los otros casos de conflictos de derechos regulados por el Código Civil. De igual manera, cabe señalar también que de la interpretación de ambos párrafos del artículo 2022 del Código Civil, se tiene que el primer párrafo regula el conflicto de derechos reales en base a las reglas registrales, el segundo párrafo no lo hace así, por lo que corresponde entender que este segundo párrafo prescinde de las reglas registrales, al remitirse al “derecho común”. Así las cosas, puede afirmarse que el derecho registral es una rama especializada, puesto que gran parte de su normativa no consta en el Código Civil, sino en reglamentos y leyes

especiales, motivo por el cual debe entenderse al “derecho común” como no incluyente de las reglas registrales que, por ser especializadas, son ajenas al derecho común.

Por lo tanto, al aplicarse la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no resulta adecuado interpretar que también aquí existe remisión a la normativa registral, puesto que, como se ha venido diciendo en este apartado, es evidente que el texto de esta normativa indica otra cosa. Por ende, se tiene que aplicar una solución basada en la no aplicación de reglas registrales, dejando así de lado el principio de prioridad registral.

Consideramos que la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil, el cual sólo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de posesión del bien ni la inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo.

A lo cual debe agregarse que, la falta de inscripción registral, muchas veces no obedece a la negligencia de los propietarios, sino a un problema estructural del Estado, evidenciado en el complejo y oneroso acceso a la inscripción, que requiere muchas veces actos previos y burocráticos, como regularizaciones municipales y administrativas (licencias, permisos y autorizaciones); registrales, como la inmatriculación, tracto sucesivo; tributarias, como el pago de impuestos; entre otros.

8. LA INEXISTENCIA DE LAGUNAS HACE INAPLICABLE LOS CRITERIOS DE INTEGRACIÓN QUE HAN SIDO INVOCADOS POR LA DOCTRINA DEFENSORA DEL CRÉDITO INSCRITO.

Al no existir una laguna normativa, no cabe, en consecuencia, aplicar los mecanismos de integración que establece el ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de apariencia (invocado por la doctrina defensora del crédito inscrito) no resulta aplicable, ni tampoco las normas que privilegian la inscripción, en base a una analogía.

Al existir regulación para el conflicto que ahora nos ocupa, no cabe aplicar analógicamente otras normas que regulen conflictos de derechos.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad, en tanto facultad de obrar sobre un determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades no conocido por terceros. La facultad en cuestión, como tal, puede transferirse por la sola celebración de un contrato. La oponibilidad es una cuestión harto diferente, que depende de lo que establezca el legislador.

Naturalmente, actualmente no cabe invocar una solución basada en reglas registrales para bienes no registrados.

#### 9. LA APLICACIÓN DE LAS FACULTADES GENERALES DEL JUEZ PARA ENFRENTAR LAS TERCERÍAS SUSTENTADAS EN ACTOS FRAUDULENTOS.

Aunque el Código Civil privilegia la propiedad no inscrita del tercerista, al no ser aplicable el principio de prioridad registral, no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores. Tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de una falsificación o actuar fraudulento.

Por consiguiente, tomando en cuenta el riesgo de fraude descrito y ante la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, será necesario que el Juez efectúe actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presentó el tercerista en su demanda. Fundamentalmente, el Juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de la misma, si fuera el caso. Si el Juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la certificación derecha de propiedad, tan exaltado, se ve sacrificado ante un arrendatario o ante el titular de un derecho potestativo.

#### 10. PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE

Se declara que constituyen precedente judicial vinculante las siguientes reglas:

- 1) En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1° del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.
- 2) El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.



- 3) En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada INFUNDADA, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones. (Avendaño Valdez, Monroy Gálvez, Fernández Sessarego, & Osterling Parodi, 2015) (p. 283 - 335)

## **2.2. Definición de términos básicos**

### **Validez**

Según (Judicial, 2007):

(Teoría General del Derecho) Cualidad de la norma o del acto jurídico, por su procedimiento legal de formación, tiene efectos jurídicos, por tanto, debe cumplirse lo dispuesto en él.

### **Título**

Según (Judicial, 2007):

(Derecho Civil) Documento que prueba la existencia de una relación jurídica. / Demostración auténtica d Derecho que se posee. / Fundamento de un derecho u obligación. / Origen, causa, razón. / Documento o diploma que acredita la realización de determinados estudios y otorgan la facultad de ejercer una profesión.

### **Propiedad**

Según (Judicial, 2007):

Es el derecho subjetivo de disponer libremente de los objetos sobre los que recae.

### **Desahucio**

Según (Judicial, 2007):

Juicio que tiene como objetivo obligar al ocupante precario de un inmueble, a desocupar éste por las causales establecidas en la ley; a veces, con el empleo de la fuerza pública.

### **Desalojo**

Según (Judicial, 2007):

Juicio para obligar a un inquilino a abandonar voluntariamente el inmueble que ocupa.

### **Precario:**

Según (Judicial, 2007):

(Derecho Civil) persona que posee un bien fácticamente, es decir, sin derecho, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía ha vencido.



## **Justo título**

Según (Judicial, 2007):

Documento que posee todos los requisitos exigidos para su validez, que busca transmitir derechos. Una de las causas para adquirir la propiedad, reconocida por el Código Civil.  
/Fundamento que determina que la persona ha adquirido legítimamente un derecho.

## **Mejoras**

Según (Judicial, 2007):

Trabajos o gastos efectuados sobre un bien, procurándole mayor valor.

## **Prueba**

Según (Judicial, 2007):

La actividad que tiene por finalidad acreditar los hechos alegados y controvertidos/  
Demostración de un hecho material o jurídico.

## **2.2 Hipótesis de investigación**

### **2.2.1 Hipótesis general**

El ocupante precario descrito bajo los alcances del artículo 911° del Código Civil del año 1984, presenta otras características en el contexto actual, como la de ocupante precario sin título, ocupante precario con título vencido en la provincia de Huaura en el año 2016.

### **2.2.2 Hipótesis específicas**

- a) Los nuevos criterios que debe tener en cuenta el juez al momento de calificar y resolver una demanda de desalojo por ocupante precario, deberán considerar las características y particularidades del ocupante precario bajo el contexto descrito por el IV pleno Casatorio del año 2012.
- b) El IV Pleno Casatorio realiza una interpretación sistemática, teleológica e histórica del artículo 911° del Código Civil y los artículos 585° y 586° y 587° del Código procesal Civil respecto al ocupante precario y el proceso de desalojo en la provincia de Huaura en el año 2016.

## 2.3 Operacionalización de las variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
<b>V.I.</b> <b>ARTÍCULO 911° DEL CÓDIGO CIVIL OCUPANTE PRECARIO</b>	El artículo 911° del C.C., define al ocupante precario solo en dos aristas; el IV Pleno Casatorio, prevé caracteriza hasta cuatro tipos de ocupante precario.	Los jueces en un proceso de desalojo por ocupante precario deberán advertir la condición del ocupante precario para resolver la litis entre los justiciables.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Norma positiva</li> <li>- Ocupante precario</li> <li>- Jurisprudencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código Civil de Norma</li> <li>- Art. 911° del C.C.</li> <li>- Ocupante precario Sin título.</li> <li>- Ocupante precario con título vencido.</li> </ul>
<b>V.D.</b> <b>EL OCUPANTE PRECARIO SEGÚN EL IV PLENO CASATORIO</b>	A la luz del IV PLENO CASATORIO, la caracterización del ocupante precario es de aquel que tiene un título y aquel que no lo tiene.	El ámbito de aplicación de la norma 911° del Código Civil, en un proceso de desalojo deberá advertirse la calidad de cada ocupante precario.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Precedente vinculante</li> <li>- Aplicación en el contexto actual</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Norma imperativa.</i></li> <li>- Los jueces deben aplicar en el contexto actual.</li> <li>- Importancia</li> </ul>

## CAPÍTULO III METODOLOGÍA

### 3.1 Diseño metodológico

#### 3.1.1. Tipo

La presente investigación es de tipo aplicada, de nivel descriptivo correlacional y de corte transversal debido a que se detallará los alcances acerca del Artículo 911° del Código Civil sobre ocupante precario a la luz de la nueva connotación que le concede el IV Pleno Casatorio.

#### 1.1.2. Enfoque

Mixto (cuantitativo y cualitativo)

### 3.2 Población y muestra

#### 3.2.1 Población

La población materia de estudio se circunscribe a las unidades de observación siguientes:

Universo: 50 personas

✓ **Personas**

La aplicación de los métodos y técnicas de investigación señalados permitieron recopilar la información necesaria para los efectos de contrastar la hipótesis planteada. Es por ello que la población a estudiar está conformada por Jueces, asistentes, especialistas, abogados y usuarios. La población lo componen 50 personas.

✓ **Documentos**

Se analiza títulos registrales y expedientes judiciales.

#### 3.2.2 Muestra

✓ **Personas**

Aplicación de los métodos y técnicas de investigación señalados nos permitieron recopilar la información necesaria para los efectos de contrastar la hipótesis planteada. Es por ello que la población a estudiar está conformada por la totalidad de la población, es decir:

✓ 25 (50% de la población total)

✓ Error máximo aceptable: 02%

- ✓ Porcentaje estimado de la muestra: 50%
- ✓ Nivel estimado de confianza 95%

✓ **Documentos**

Se analiza 5 expedientes de de la Corte Superior de Huaura

### **3.3 Técnicas de recolección de datos**

Las dos técnicas a emplear en el presente proyecto de investigación son:

-El análisis documental e investigación de campo, levantándose información tanto de fuente abierta o cerrada, comprobaciones, aplicaciones prácticas, para obtener conclusiones, los mismos que se desarrollan en el medio en que se desenvuelve el fenómeno de estudio.

-Las encuestas a los especialistas conocedores de la materia.

### **3.4 Técnicas para el procesamiento de la información**

El instrumento a emplear será el formulario o cuestionario de preguntas que se aplicará a una muestra de:

- Registradores
- Asistentes registrales
- Jueces
- Abogados conocedores de la materia
- Usuarios



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

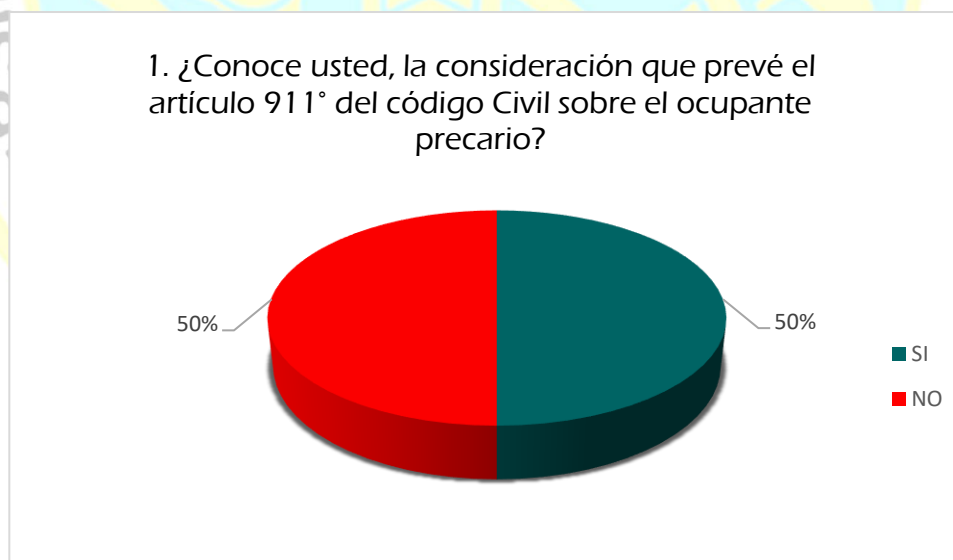
#### 4.1 Análisis de resultados

##### 4.1.1. Tabla

Fuente: Elaboración propia del autor.

1. ¿Conoce usted, la consideración que prevé el artículo 911° del código Civil sobre el ocupante precario?	Frecuencia	Porcentaje
SI	25	50%
NO	25	50%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

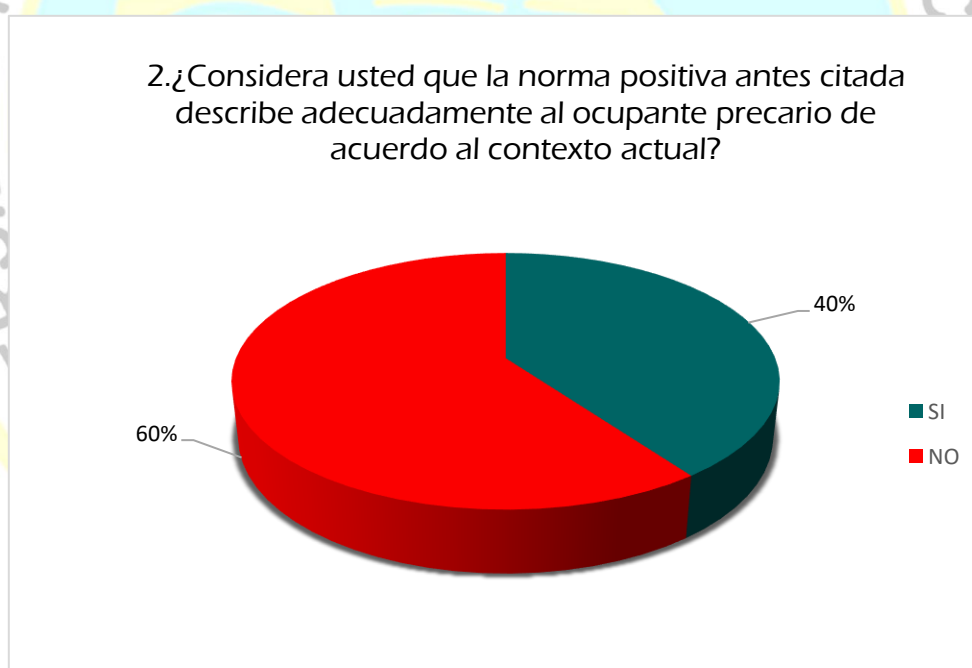


De la figura 01, que representa a la siguiente pregunta ¿Conoce usted, la consideración que prevé el artículo 911° del código Civil sobre el ocupante precario? Indicaron: un 50% que conocen sobre el ocupante precario que se encuentra establecido en el artículo 911° del Código Civil y un 50% señalaron que no conocen sobre el ocupante precario.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 2		
2. ¿Considera usted que la norma positiva antes citada describe adecuadamente al ocupante precario de acuerdo al contexto actual?	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	40%
NO	30	60%
TOTAL	50	100%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

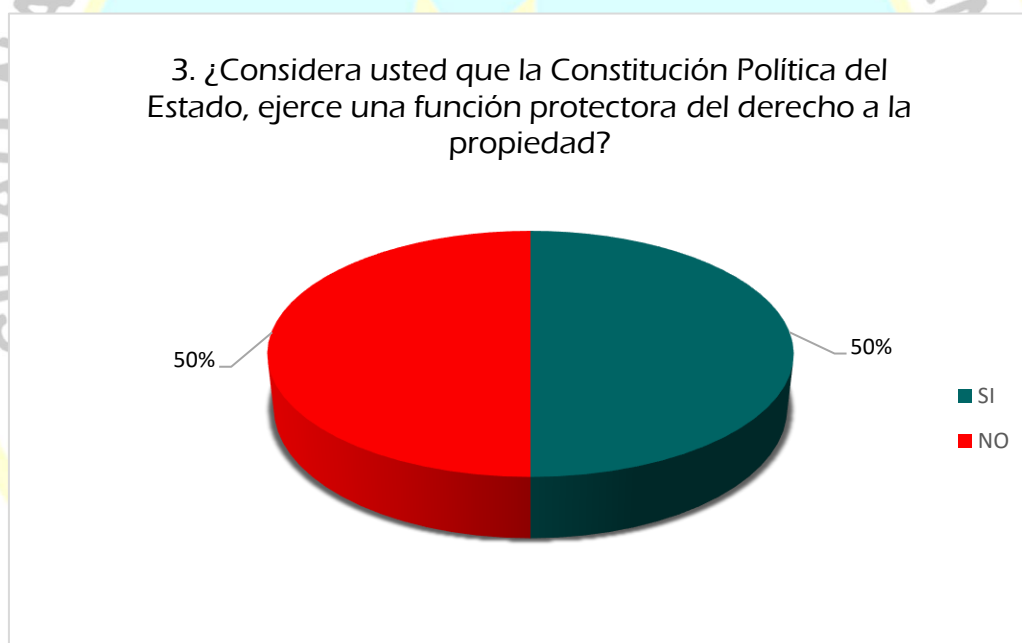


De la figura 02, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera usted que la norma positiva antes citada describe adecuadamente al ocupante precario de acuerdo al contexto actual? Indicaron: un 40% que la norma positiva describe adecuadamente al ocupante precario de acuerdo al contexto actual y un 60% señalaron que no describe adecuadamente al ocupante precario.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 3		
3. ¿Considera usted que la Constitución Política del Estado, ejerce una función protectora del derecho a la propiedad?	Frecuencia	Porcentaje
Si	25	50%
NO	25	50%
TOTAL	50	100%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

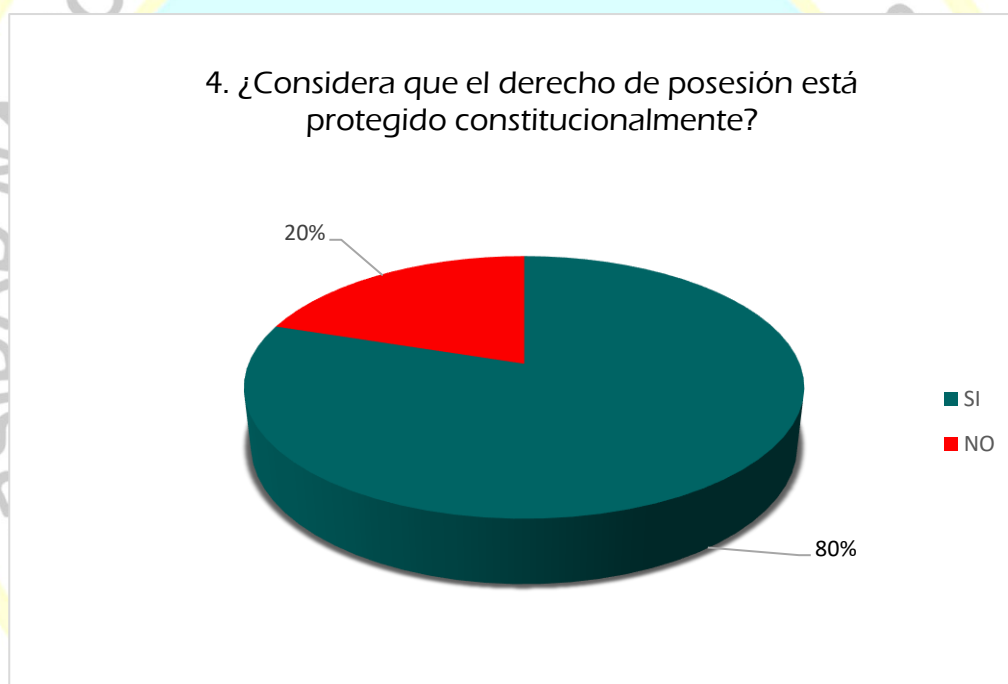


De la figura 03, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera usted que la Constitución Política del Estado, ejerce una función protectora del derecho a la propiedad? Indicaron: un 50% que la Constitución Política del Estado ejerce una función protectora del derecho a la propiedad y un 50% señalaron que no ejerce función protectora del derecho a la propiedad.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 4		
4. ¿Considera que el derecho de posesión está protegido constitucionalmente?	Frecuencia	Porcentaje
Si	40	80%
NO	10	20%
TOTAL	50	100%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



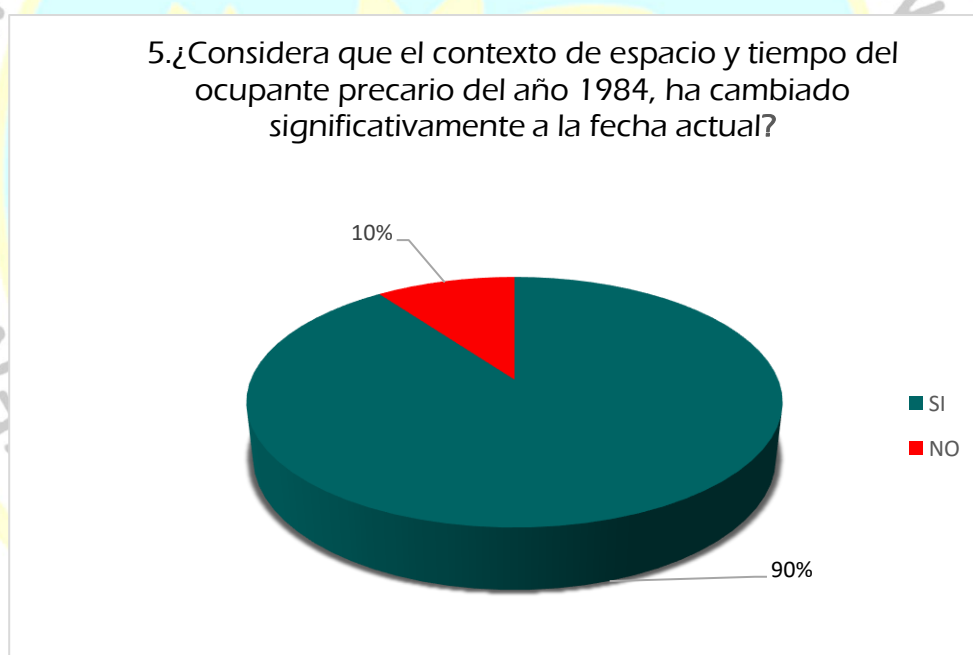
De la figura 04, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que el derecho de posesión está protegido constitucionalmente? Indicaron: un 80% que el derecho de posesión está protegido constitucionalmente y un 20% señalaron que no se encuentra protegido constitucionalmente.



Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 5		
5. ¿Considera que el contexto de espacio y tiempo del ocupante precario del año 1984, ha cambiado significativamente a la fecha actual?	Frecuencia	Porcentaje
Si	45	90%
NO	05	10%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

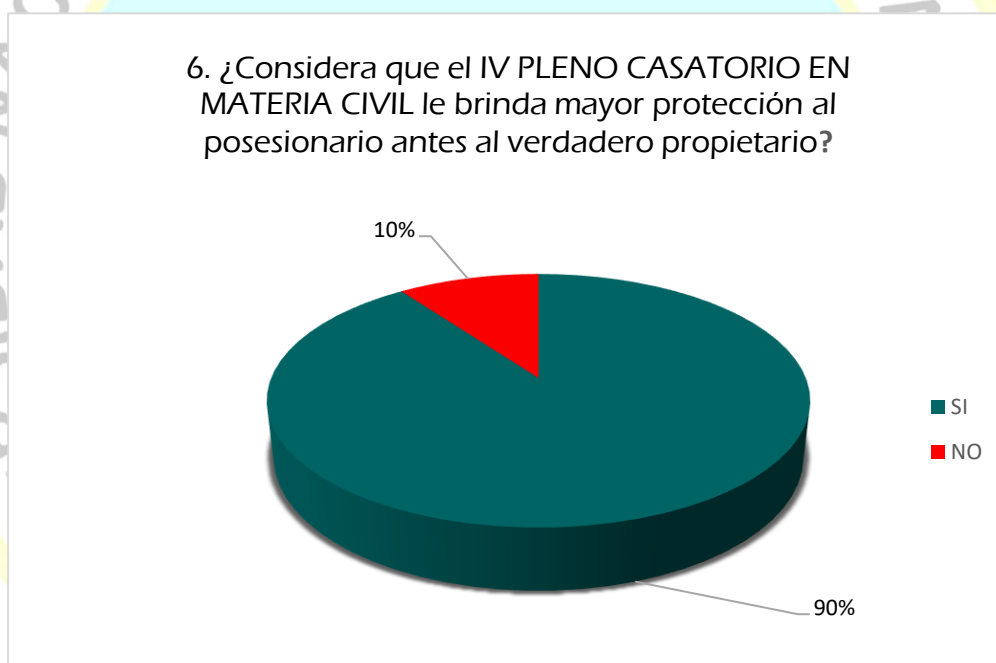


De la figura 05, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que el contexto de espacio y tiempo del ocupante precario del año 1984, ha cambiado significativamente a la fecha actual? Indicaron: un 90% que el contexto de espacio y tiempo del ocupante precario ha cambiado significativamente a la fecha actual y un 10% señalaron que no ha cambiado.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N°6		
6. ¿Considera que el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL le brinda mayor protección al posesionario antes al verdadero propietario?	Frecuencia	Porcentaje
Si	45	90%
NO	05	10%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

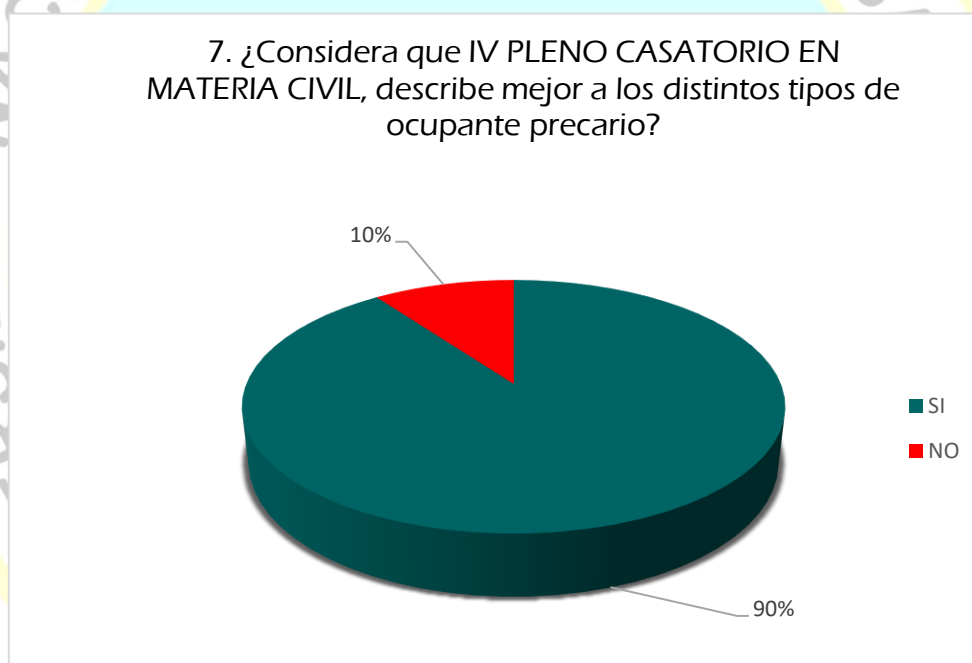


De la figura 06, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL le brinda mayor protección al posesionario antes al verdadero propietario? Indicaron: un 90% que el Pleno Casatorio en Materia Civil le brinda mayor protección al posesionario antes que al verdadero propietario y un 10% señalaron que no le brinda protección al posesionario.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 7		
7. ¿Considera que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL, describe mejor a los distintos tipos de ocupante precario?	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	90%
NO	05	10%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

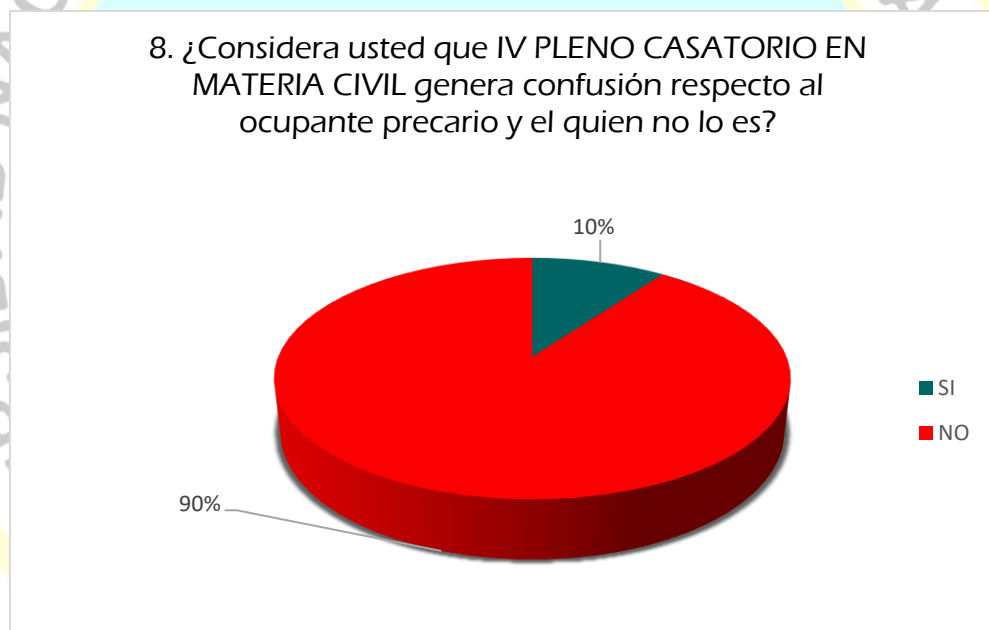


De la figura 07, que representa a la siguiente ¿Considera que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL, describe mejor a los distintos tipos de ocupante precario? Indicarón: un 90% que el IV Pleno Casatorio en Materia Civil describe mejor a los distintos tipos de ocupante precario y un 10% señalaron que no describe a los distintos tipos ocupantes precarios.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 8		
8. ¿Considera usted que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL genera confusión respecto al ocupante precario y el quien no lo es?	Frecuencia	Porcentaje
Si	05	10%
NO	45	90%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



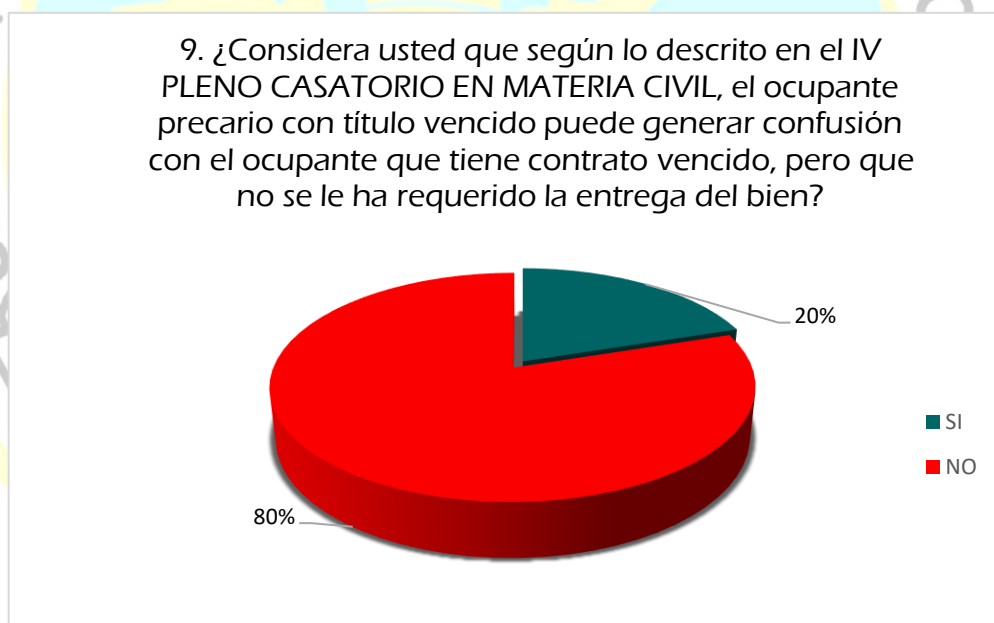
De la figura 08, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera usted que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL genera confusión respecto al ocupante precario y el quien no lo es? Indicaron: un 10% que el IV Pleno Casatorio en Materia Civil genera confusión respecto al ocupante precario y un 33,337% señalaron que no genera confusión respecto al ocupante precario.



Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 9		
9. ¿Considera usted que según lo descrito en el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL, el ocupante precario con título vencido puede generar confusión con el ocupante que tiene contrato vencido, pero que no se le ha requerido la entrega del bien?	Frecuencia	Porcentaje
Si	10	20%
NO	40	80%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:

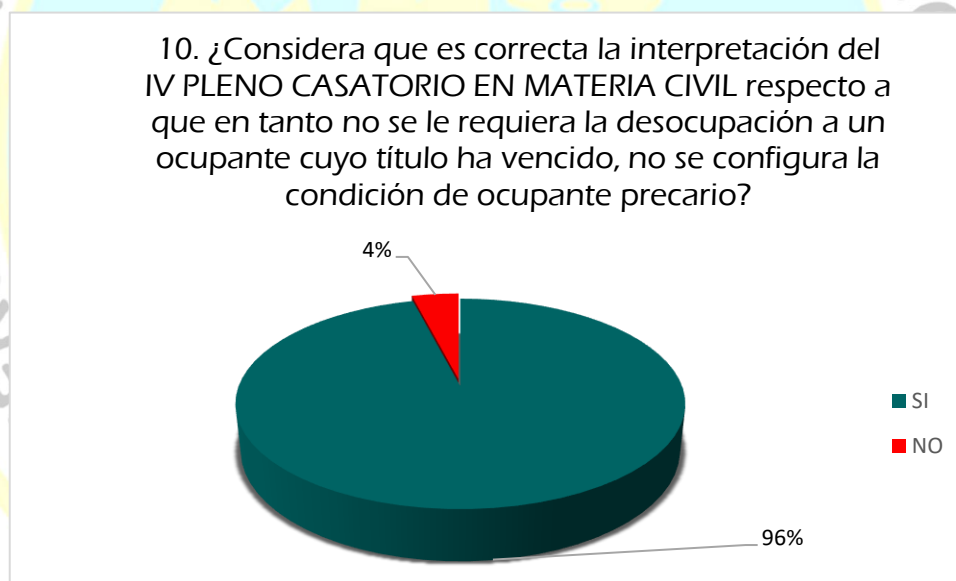


De la figura 09, que representa a la siguiente ¿Considera usted que según lo descrito en el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL, el ocupante precario con título vencido puede generar confusión con el ocupante que tiene contrato vencido, pero que no se le ha requerido la entrega del bien? Indicaron: un 80% que el IV Pleno Casatorio en Materia Civil crea una confusión al referirse del ocupante precario que cuenta con título vencido y por otro lado al ocupante que cuenta con contrato vencido y un 20% señalaron que no genera ninguna confusión.

Fuente: Elaboración propia del autor.

Tabla N° 10		
10. ¿Considera que es correcta la interpretación del IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL respecto a que en tanto no se le requiera la desocupación a un ocupante cuyo título ha vencido, no se configura la condición de ocupante precario?	Frecuencia	Porcentaje
Si	48	96%
NO	02	4%
TOTAL	50	100.00%

Para efectos de mejor apreciación y comparación se presenta la siguiente figura:



De la figura 10, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que es correcta la interpretación del IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL respecto a que en tanto no se le requiera la desocupación a un ocupante cuyo título ha vencido, no se configura la condición de ocupante precario? Indicaron: un 96% que es correcta la interpretación del IV Pleno Casatorio en Materia Civil respecto a que no se le requiere la desocupación a un ocupante precario cuyo título se ha vencido y un 0% señalaron que no es correcta la interpretación.

## 4.2 Contrastación de hipótesis

De lo hasta aquí desarrollado, mediante un razonamiento jurídico analítico correlacional de nuestras variables de estudio planteo una solución tentativa, así tenemos que la hipótesis formulada fue “El ocupante precario descrito bajo los alcances del artículo 911° del Código Civil del año 1984, presenta otras características en el contexto actual, como la de ocupante precario sin título, ocupante precario con título vencido en la provincia de Huaura en el año 2016”

### a. VARIABLE INDEPENDIENTE I

#### ARTÍCULO 911° DEL CÓDIGO CIVIL OCUPANTE PRECARIO

- ❖ La información suministrada y el tratamiento de los datos obtenidos, nos permitió contrastar el mundo de las ideas que inicialmente se manejaba con el campo aplicativo, en el cual se advierte que el artículo 911° del Código Civil, ha quedado obsoleto por la realidad variopinto de los ocupantes que se describen en recientes sentencias con carácter vinculante; lo que refuerza afirmativamente la hipótesis de trabajo.

### b. VARIABLE DEPENDIENTE II

- ❖ El análisis de distintas teorías, doctrinas y jurisprudencias en contraste con el análisis de un número significativo de expedientes en la que se advierte sendos pronunciamientos jurisprudenciales, en las que los jueces en virtud al IV Plenario Casatorio Civil sobre desalojo por ocupante precario, uniformizan sus criterios.

## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN

#### 5.1 Discusión de resultados

El resultado de la investigación de los hechos actuales y la confrontación con el Código Civil del año 1984, permitió obtener un resultado que se ve expresado contextualmente en la presente discusión:

- ✓ Los datos nos indican en virtud a la figura 02, en referencia al artículo 911° del Código Civil, ¿Considera usted que la norma positiva antes citada describe adecuadamente al ocupante precario de acuerdo al contexto actual? Indicaron: un 40% que la norma positiva describe adecuadamente al ocupante precario de acuerdo al contexto actual y un 60% señalaron que no describe adecuadamente al ocupante precario; esta respuesta tiene como elemento relevante que la norma del siglo pasado no caracteriza la situación actual del ocupante.
- ✓ Del análisis de la figura 06, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL le brinda mayor protección al posesionario antes al verdadero propietario? Indicaron: un 90% que el Pleno Casatorio en Materia Civil le brinda mayor protección al posesionario antes que al verdadero propietario y un 10% señalaron que no le brinda protección al posesionario. Este resultado debe interpretarse en sentido de que la sentencia contenida en dicho plenario, establece que hay varias aristas de poseedores, por lo tanto, para determinar la precariedad, los casos deben adecuarse a los parámetros señalados.



- ✓ Otra de los puntos de discusión es si hay confusión para determinar sobre quien es poseedor precario y quien no lo es, así tenemos de la figura 08, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera usted que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL genera confusión respecto al ocupante precario y el quien no lo es? Indicaron: un 10% que el IV Pleno Casatorio en Materia Civil genera confusión respecto al ocupante precario y un 90% señalaron que no genera confusión respecto al ocupante precario, en ese entendimiento, debemos concluir que esta sentencia está acorde con el contexto actual del poseedor.



## **CAPÍTULO VI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **6.1 Conclusiones**

- ✓ El artículo 911° del Código Civil prevé de manera muy genérica a quien se le considera ocupante precario, situación que ha generado ambigüedades y contradicciones en las sentencias emitidas por el Órgano Jurisdiccional.
- ✓ En el contexto actual, la condición de ocupante precario tiene una serie de aristas, por lo que era necesario, señalar distintos supuestos para describir a un ocupante precario.
- ✓ El IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL esclarece y describe mejor la condición de ocupante precario al establecer un listado o un catálogo de la calidad de ocupante precario.
- ✓ El IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL no genera confusión respecto al ocupante precario, pues encontramos es fácil diferenciar quien es ocupante con justo título de quien no lo tiene, por lo que hay criterios para resolver una litis.

#### **6.2 Recomendaciones**

- ✓ Los jueces deben interpretar correctamente las normas positivas referentes al ocupante precario, pero sobre todo deben guiarse por las sentencias casatorias con efectos vinculantes.
- ✓ Los jueces en un proceso de desalojo deben verificar que quienes alegan titularidad de la posesión deben acreditarlo debidamente, y tomar en cuenta los diversos supuestos de ocupante precario, señalados en IV Pleno Casatorio.

- ✓ En un proceso de desalojo por ocupante precario, el juez debe verificar la titularidad de la posesión de quien alega tenerlo, sin embargo, si advierte que existe una evidente nulidad manifiesta del acto jurídico que le otorga la titularidad del dominio del predio debe establecerlo en su decisión final.
- ✓ Las Cortes Superiores de todo el país deben considerar y hacer suyos las resoluciones, casaciones y plenos casatorios a fin de uniformizar sus criterios en las materias civiles y las demás.



## CAPÍTULO VII

### REFERENCIAS

#### Fuentes Bibliográficas

- Balarezo Reyes, E. J. (2015). La Defensa Posesoría. En J. E. Sánchez Pozo, *Defensa de la Posesión* (págs. 121 - 134). Breña: Instituto Pacífico S.A.C.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2015). ¡Defiéndase usted mismo! En J. E. Pozo Sánchez, *Defensa de la Posesión* (págs. 101 - 119). Breña, Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Lama More, H. E. (2015). La posesión en la propiedad y en el registro. En J. E. Pozo Sánchez, *Defensa de la Posesión* (Primera ed., págs. 25 - 63). Breña, Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Meneses Gómez, A. (2017). Las Constancias de Posesión como medio probatorio en los Proceso de Usucapión. En J. E. Pozo Sánchez, *Reivindicación, Accesión y Usucapión. Doctrina. Jurisprudencia* (págs. 89 - 111). Breña, Lima , Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Pozo Sánchez, J., Avendaño, F., Luis, F. d., Abanto Torres, J. D., Meneses Gómez, A., & Balarezo Reyes, E. J. (2017). *Reivindicación, Accesión y Usucapión* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Ramirez Cruz, E. M. (2004). *Tratado de los Derechos Reales - Teoría General de los Derechos Reales. Bienes - Posesión* (Segunda ed., Vol. Tomo I). Lima, Lima, Perú: RHODAS.
- Ramirez Cruz, E. M. (2004). *Tratado de los Derechos Reales. Propiedad - Copropiedad* (Vol. II). Lima, Lima , Perú: RHODAS.
- Ravina Sánchez, R. (2015). ¿Ojo por ojo, diente por diente? En J. E. Pozo Sánchez, *Defensa de la Posesión* (págs. 77 - 99). Breña : Instituto Pacífico.
- Torres Maldonado, M. A. (2017). Cuestiones prácticas derivadas del derecho de retención del poseedor en materia de mejoras. En J. Avendaño Valdez, J. Monroy Gálvez, C. Fernández Sessarego, & F. Osterling Parodi, *Gaceta Civil & Procesal Civil. Registral/ Notarial* (Vol. Tomo 49, págs. 151 - 166). Surquillo, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.



Vásquez Ríos, A. (2011). *Derechos Reales* (Cuarta ed., Vol. I). Lima, Lima, Perú: San Marcos E.I.R.L.

### **Fuentes Hemerográficas**

Avendaño Valdez, J., Monroy Gálvez, J., Fernández Sessarego, C., & Osterling Parodi, F. (05 de noviembre de 2015). *Gaceta Civil & Procesal Civil. Registral Notarial*. Surquillo: Gaceta Jurídica.

Ramírez Cruz, E. M. (18 de setiembre de 2012). Ese dolor de cabeza llamado "USUCAPIÓN". A propósito del Pleno Casatorio. *Segundo Pleno Casatorio Civil*, 69 - 79.

Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil. (14 de Agosto de 2013). *El Peruano. Jurisprudencia. Separata Especial*, págs. 6968 - 6976.

### **Fuentes Electrónicas**

Andrescoho. (12 de noviembre de 2012). *Posesión*. Obtenido de Derecho Civil. Bienes: <http://dcbunisabana.blogspot.pe/>

*Capítulo IV. Clases y Categorías de Posesión.* (s.f.). Obtenido de <http://www.uru.edu/fondoeditorial/libros/pdf/antecedentesyestructuras/antecedentesyestructuras%20-capitulo4.pdf>

Ferrer Mantilla, D. E. (2015). *Tesis para optar el título profesional de abogado. La prescripción adquisitiva de dominio y su perjuicio por gravámenes del propietario registral no poseedor.* Obtenido de [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1002/1/FERRER\\_DINO\\_PRESCRIPCION\\_ADQUISITIVA\\_PERJUICIO.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1002/1/FERRER_DINO_PRESCRIPCION_ADQUISITIVA_PERJUICIO.pdf)

Gonzales Barrón, G. (s.f.). *La Posesión Precaria, en Síntesis (y réplica contra los positivistas radicales).* Obtenido de [http://www.usmp.edu.pe/derecho/10ciclo/civil/seminario\\_derecho\\_registral/dr\\_ama do/art\\_nac/POSESION%20PRECARIA%20GONZALES.pdf](http://www.usmp.edu.pe/derecho/10ciclo/civil/seminario_derecho_registral/dr_ama do/art_nac/POSESION%20PRECARIA%20GONZALES.pdf)

*La Posesión en el Derecho Civil Paraguayo.* (25 de enero de 2017). Obtenido de Derecho 911: <http://derecho911.blogspot.pe/2017/01/la-posesion-en-el-derecho-civil.html>

Lama More, H. E. (09 de mayo de 2011). *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.* Obtenido de PUCP:  
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/99>

Ledesma Narváez, M., Barrera Flores, C., Donayre Espejo, C., Huapaya Rivas, G., Mechor Vivanco, R., Rengifo Santander, J. P., . . . Yupanqui Cueva, I. M. (Diciembre de 2011). *La declaración judicial previa de la prescripción adquisitiva y su implicancia para la defensa del demandado en la pretensión reivindicatoria.* Obtenido de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo\\_de\\_investigacion/2011/6\\_Declaracion\\_judicial.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/6_Declaracion_judicial.pdf)

Orrego Acuña, J. A. (30 de Enero de 2017). *La posesión.* Obtenido de Teoría de los Bienes y de los Derechos Reales: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>

*Posesión.* (21 de julio de 2017). Obtenido de Wikipedia. La enciclopedia libre: <https://es.wikipedia.org/wiki/Posesi%C3%B3n>

Sarmiento, F. d. (19 de abril de 2013). *Unidad II. Tema 5. LA POSESIÓN.* Obtenido de Reales:

[file:///F:/posesion/Derecho%20Civil%20II%20-%20Bienes%20y%20Derechos%20Reales\\_%20Unidad%20II.%20Tema%205.%20LA%20POSESI%C3%93N.html](file:///F:/posesion/Derecho%20Civil%20II%20-%20Bienes%20y%20Derechos%20Reales_%20Unidad%20II.%20Tema%205.%20LA%20POSESI%C3%93N.html)

Torres Vásquez, A. (s.f.). *Posesión Precaria.* Obtenido de Estudio Aníbal Torres Abogados: <file:///F:/posesion/Estudio%20An%C3%ADbal%20Torres%20Abogados.html>

# ANEXOS

## Anexo 1: Instrumento para la toma de datos

Encuesta Aplicada



**UNIVERSIDAD NACIONAL**

**“JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN”**

**UNIDAD DE POSGRADO**

**CONTEXTO ACTUAL DEL OCUPANTE PRECARIO Y LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 911° DEL CÓDIGO CIVIL EN LA PROVINCIA DE HUAURA, AÑO 2016**

- **Estimado señor (ita)**, esperamos su colaboración respondiendo con responsabilidad y honestidad, el presente cuestionario. Se agradece no dejar ninguna pregunta sin contestar.
- **El objetivo:** Es recopilar información directa y objetiva.
- **Instrucciones:** Lea cuidadosamente las preguntas y encierra en un círculo la alternativa que crea conveniente.

### REACTIVOS

#### **I. NATURALEZA DEL ARTÍCULO 911° DEL CÓDIGO CIVIL**

1. ¿Conoce usted, la consideración que prevé el artículo 911° del código Civil sobre el ocupante precario?
  - a) Si
  - b) No
2. ¿Considera usted que la norma positiva antes citada describe adecuadamente al ocupante precario de acuerdo al contexto actual?
  - a) Si
  - b) No

3. ¿Considera usted que la Constitución Política del Estado, ejerce una función protectora del derecho a la propiedad?
- a) Si
  - b) No
4. ¿Considera que el derecho de posesión está protegido constitucionalmente?
- a) Si
  - b) No
5. ¿Considera que el contexto de espacio y tiempo del ocupante precario del año 1984, ha cambiado significativamente a la fecha actual?
- a) Si
  - b) No

## **II. IV PLENO CASATORIO Y LA CARACTERIZACIÓN DEL OCUPANTE PRECARIO**

6. ¿Considera que el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL le brinda mayor protección al posesionario antes al verdadero propietario?
- a) No
  - b) Si
7. ¿Considera que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL, describe mejor a los distintos tipos de ocupante precario?
- a) Sí
  - b) No
8. ¿Considera usted que IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL genera confusión respecto al ocupante precario y el quien no lo es?
- a) Si
  - b) No
9. ¿Considera usted que según lo descrito en el IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL, el ocupante precario con título vencido puede generar confusión con el ocupante que tiene contrato vencido, pero que no se le ha requerido la entrega del bien?
- a) Si
  - b) No



10. ¿Considera que es correcta la interpretación del IV PLENO CASATORIO EN MATERIA CIVIL respecto a que en tanto no se le requiera la desocupación a un ocupante cuyo título ha vencido, no se configura la condición de ocupante precario?

- a) Si
- b) No



---

**Dr. Alberto Rojas Alvarado**  
**ASESOR**

---

**Mo. Bartolomé Eduardo Milán Matta**  
**PRESIDENTE**

---

**Mo. Nicanor Darío Aranda Bazalar**  
**SECRETARIO**

---

**Mo. Jaime Andrés Rodríguez Carranza**  
**VOCAL**

