

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS**

**POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TESIS**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO**

**CIVIL PERUANO**

Para optar el grado académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:

Bachiller: HUMBERTO ARAUJO ZELADA

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca, Perú

Abril, 2019

COPYRIGHT © 2019 by  
**HUMBERTO ARAUJO ZELADA**

Todos los derechos reservados

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA



## ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**TESIS APROBADA**

NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO

CIVIL PERUANO

Presentada por:

Bachiller: HUMBERTO ARAUJO ZELADA

**JURADO EVALUADOR:**

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya

Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina

Presidente

M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero

Primer miembro titular

M.Cs. Hubert Asencio Díaz

Segundo miembro titular

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga

Miembro accesitario

Cajamarca, Perú

Abril, 2019



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
 LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
 CAJAMARCA – PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN PÚBLICA DE TESIS**

Siendo las <sup>17:30</sup> horas, del día 12 de abril de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, M.Cs. FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO, M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, en calidad de Asesor **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada **NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**, presentada por el **Bach. en Derecho y Ciencias Sociales HUMBERTO ARAUJO ZELADA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... <sup>Aprobar</sup> la mencionada Tesis con la calificación de <sup>Diecisiete (17)</sup>; en tal virtud el **Bach. en Derecho y Ciencias Sociales HUMBERTO ARAUJO ZELADA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **Derecho y Ciencias Políticas**, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Siendo las <sup>18:30</sup> horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**Dr. Nixon Javier Castillo Montoya**  
 Asesor

.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
 Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero**  
 Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
 Jurado Evaluador

A:

Mi madre que aunque físicamente no la pueda ver,  
sé que en espíritu guía mis pasos, enderezando mi camino, así como lo ha  
hecho siempre, desde que me trajo al mundo

El derecho no es algo fabricado en el pasado sino algo haciéndose día a día,  
es la efervescencia de la creación cotidiana que reutiliza desde diversas  
perspectivas esas cristalizaciones frágiles que pueden ser las leyes o las  
teorías jurídicas.

Fernando de Trazegnies Granda

La Muerte del Legislador, mayo de 1995

**TABLA DE CONTENIDOS**

<b><u>INTRODUCCIÓN .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b>1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>3</b>
1.1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	6
1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	7
<b>1.2. JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>8</b>
1.3.1. ESPACIAL .....	8
1.3.2. TEMPORAL .....	8
<b>1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>9</b>
1.4.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE.....	9
1.4.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.4.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN .....	9
<b>1.5. HIPÓTESIS.....</b>	<b>10</b>
<b>1.6. OBJETIVOS.....</b>	<b>10</b>
1.6.1. OBJETIVO GENERAL.....	10
1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	10
<b>1.7. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....</b>	<b>10</b>

<b>1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>13</b>
1.8.1. MÉTODOS GENÉRICOS.....	13
1.8.2. MÉTODOS PROPIOS DEL DERECHO.....	14
<b>1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>16</b>
1.9.1. TÉCNICAS.....	16
1.9.2. INSTRUMENTOS.....	16
<b><u>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</u></b>	<b>17</b>
<b>2.1. LA POSESIÓN .....</b>	<b>17</b>
2.1.1. TEORÍAS DE LA POSESIÓN .....	17
2.1.2. LA DEFINICIÓN DE POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	30
2.1.3. LA RELACIÓN DE LUGAR O YUXTAPOSICIÓN LOCAL, LA DETENTACIÓN Y LA POSESIÓN .....	34
2.1.4. TIPOS DE POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	37
2.1.5. LA INVERSIÓN O INTERVERSIÓN DE LA POSESIÓN.....	47
<b>2.2. EL POSEEDOR PRECARIO .....</b>	<b>50</b>
2.2.1 LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO ROMANO .....	50
2.2.2 LA POSESIÓN PRECARIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	53
2.2.3 LA POSESIÓN PRECARIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA .....	58
2.2.4 EL COMODATO A PLAZO INDETERMINADO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 .....	61
2.2.5 EL TÍTULO POSESORIO.....	66
<b>2.3. EL PRECARIO Y LOS PROCESOS DE DESALOJO .....</b>	<b>70</b>
2.3.1 LA DISPERSIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERIA.....	70
2.3.2 EL DESALOJO POR PRECARIO EN LOS PLENOS CASATORIOS .....	73



**CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS ..... 80**

<b>3.1. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE POSESIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO .....</b>	<b>81</b>
<b>3.2. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS POSTURAS DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO .....</b>	<b>89</b>
3.2.1. CRITERIOS ASUMIDOS POR LA CORTE SUPREMA EN EL IV Y IX PLENO CASATORIO CIVIL.....	90
<b>3.3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CONCEPTUALES ENTRE LA POSESIÓN PRECARIA Y OTROS TIPOS DE POSESIÓN REGULADAS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO .....</b>	<b>109</b>
3.3.1 RESPECTO DE LA POSESIÓN MEDIATA Y LA INMEDIATA .....	110
3.3.2 RESPECTO DE LA POSESIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA .....	112
3.3.3 RESPECTO DE LA POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE .....	113
3.3.4 RESPECTO DE LA POSESIÓN <i>AD USUCAPIONEM</i> O EN CONCEPTO DE DUEÑO ..	115
<b>3.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO .....</b>	<b>117</b>
3.4.1 POSESIÓN PRECARIA COMO TENENCIA .....	118
3.4.2 POSESIÓN PRECARIA COMO POSESIÓN ILEGÍTIMA .....	122
3.4.3 EFECTOS DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL TIEMPO .....	126
<b><u>CAPÍTULO IV: PROYECTO DE LEY ..... 132</u></b>	
<b>4.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS .....</b>	<b>132</b>
4.1.1 EL CONCEPTO DE POSESIÓN .....	132

<b>4.1.2 EL RIESGO DE LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR POSEEDOR INMEDIATO ....</b>	<b>135</b>
<b>4.2 EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL .....</b>	<b>136</b>
<b>4.3 ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL ..</b>	<b>137</b>
<b>4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA .....</b>	<b>137</b>
4.4.1 CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.....	137
4.4.2 CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	137
4.4.3 CÓDIGO CIVIL ARGENTINO .....	138
4.4.4 CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	138
4.4.5 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO .....	139
<b>4.5 FÓRMULA LEGAL .....</b>	<b>140</b>
<b><u>CONCLUSIONES .....</u></b>	<b><u>141</u></b>
<b><u>RECOMENDACIONES .....</u></b>	<b><u>144</u></b>
<b><u>LISTA DE REFERENCIAS .....</u></b>	<b><u>146</u></b>

**AGRADECIMIENTO:**

Con profunda gratitud a mi compañera de vida y al fruto de nuestro amor,

Gracias Ruth y Adriana, por ayudarme a mejorar cada día

## GLOSARIO

1. *Animus*: voluntad o ánimo en el sujeto.
2. *Animus detentionis*: voluntad o ánimo de detentar o tener una cosa.
3. *Animus domini*: voluntad o ánimo de poseer una cosa como propia o como propietario.
4. *Animus possidendi*: ánimo de poseer la cosa.
5. *Animus rem sibi habendi*: intención de tener una cosa como de su propiedad.
6. *Civilis possessio*: posesión civil o aquella que conduce a la usucapión.
7. *Corpus*: aprehensión material de la cosa.
8. *Ius possidendi*: facultad de poseer, inherente al derecho de propiedad.
9. *Ius possessionis*: derecho de posesión, la posesión como hecho.
10. *Ius possessio*: posesión civil.
11. *Ius in re*: derecho sobre la o las cosas.
12. *Naturalis possessio*: posesión natural o simple detentación.
13. *Verus dominus*: verdadero propietario.

## RESUMEN

La investigación que presentamos deriva de un tema ciertamente apasionante. Se trata de la posesión precaria, regulada en el artículo 911 del Código Civil. Nos hemos planteado determinar su naturaleza jurídica, a través de un análisis dogmático de las fuentes de información jurídica (jurisprudencia, doctrina nacional y extranjera, legislación). Se ha llegado a demostrar que la naturaleza jurídica de la posesión precaria, en nuestro medio, concibe hasta dos acepciones. Es por un lado, una tenencia o detentación, bajo la lógica – obviamente – de la teoría subjetiva de la posesión, que aunque no es la seguida por nuestro sistema normativo, nos ha ayudado a desentrañar su real contenido; mientras que, por otro lado, la posesión precaria puede llegar a ser una posesión ilegítima. Ha concitado nuestro interés la primera de las acepciones, en la perspectiva de que si es simple tenencia no puede convertirse en derecho de propiedad, a menos que ocurra un cambio o mutación en la causa de posesión. En este sentido, con el propósito de darle coherencia al derecho positivo, hemos culminado la investigación, con el planteamiento de una propuesta legislativa, en la que la inversión del título posesorio sea incluida.

**PALABRAS CLAVE:** posesión, tenencia, relación posesoria, título posesorio, posesión precaria, inversión de la posesión, teoría subjetiva de la posesión, teoría objetiva de la posesión.

**ABSTRACT**

*The investigation that we present derives from a certainly exciting subject. It is about precarious possession, regulated in article 911 of the Civil Code. The problem that we have set is to determine its legal nature, using for this purpose a dogmatic analysis of the sources of legal information (jurisprudence, national and foreign doctrine, legislation). It has been shown that the legal nature of precarious possession, in our environment, conceives up to two meanings. It is, on the one hand, a possession or holding, under the logic - obviously - of the subjective theory of possession, which, although it is not the one followed by our normative system, has helped us to unravel its real content; while, on the other hand, precarious possession can become an illegitimate possession. The first of these meanings has attracted our interest, in the perspective that if it is simple possession, it cannot become a property right, unless a change or mutation occurs in the cause of possession. In this sense, with the purpose of giving coherence to the normative system, we have completed the investigation, with a legislative proposal, where the mutation of possessory title has been included.*

**KEYWORDS:** *possession, holding, possessory relationship, possessory title, precarious possession, mutation of possessory title, the subjective theory of possession, the objective theory of possession.*

## INTRODUCCIÓN

La investigación que presentamos deriva de un tema no solo apasionante para el estudioso del Derecho, sino recurrente en los tribunales de nuestro país; de ahí precisamente su importancia. Se trata de la posesión precaria.

La posesión precaria como se sabe, es materia de encendidos debates doctrinarios y forenses, básicamente, por la diversidad de criterios existentes, que lamentablemente genera desorden y falta de predictibilidad en nuestros tribunales. Con la finalidad de solucionar en alguna medida esta problemática la Corte Suprema ha emitido hasta dos Plenos Casatorios Civiles Supremos que tocan este tema (IV Pleno Casatorio del año 2012 y el IX Pleno Casatorio del año 2016). El primero aborda centralmente el tema, mientras que el segundo, llega a modificar puntualmente un aspecto accesorio del primero.

Nuestro trabajo pretende contribuir con el estudio del problema del ocupante precario, pero a partir de una óptica diferente. Se propone determinar la naturaleza de la posesión precaria, y para lo cual se plantea una concepción alternativa a la genérica definición legislativa del artículo 911 del Código Civil, desde una perspectiva doctrinaria, empero que no desnaturalice la concepción que tiene de la figura el sistema normativo positivo.

Se ha dividido la investigación en cuatro capítulos: i) el primero, referido al aspecto metodológico de la investigación, en el que se desarrollará a profundidad la problemática a tratar, se hará referencia al diseño de la investigación, los métodos y técnicas de investigación que se han empleado; ii) el segundo capítulo, referido al marco teórico de la investigación, en el que se han expuesto las teorías que sustentan los contenidos temáticos y necesarios

para el trabajo de investigación, se ha expuesto con escrúpulo los distintos temas que han servido de insumo para el capítulo de la discusión del trabajo de investigación, como es la posesión, la posesión precaria, el proceso de desalojo, el desarrollo jurisprudencial sobre estas materias; se ha citado también doctrina y jurisprudencia extranjera; iii) el tercer capítulo está referido a la contrastación de la hipótesis, en la que se ha desarrollado el alcance de los objetivos y la validación de nuestra hipótesis, iv) el cuarto capítulo contiene la propuesta legislativa, que busca añadir una disposición normativa al final de la clasificación de posesión que regula el Código Civil; esto es del capítulo tercero de la sección tercera, del libro de Derechos Reales. Finalmente, se recoge en el trabajo de investigación las conclusiones a las que se ha llegado a partir de la contrastación de la hipótesis, así como las recomendaciones.



## CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1.1. Contextualización del problema

Es frecuente que los operadores jurisdiccionales deban resolver controversias referidas al desalojo por posesión precaria desde diversos enfoques y con variadas conceptualizaciones aplicables a dicha figura<sup>1</sup>.

La legislación vigente ha definido la institución de la posesión precaria en términos aparentemente claros. El artículo 911 del Código Civil establece que “[l]a posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”, lo que nos lleva a concluir que únicamente se considera precario al que no tiene título y posee un bien, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía ha fenecido.

La jurisprudencia ha venido asumiendo diversas posiciones sobre la categoría de la posesión precaria, según cómo se han ido presentando los casos en la práctica forense. Así pues, la Corte Suprema de Justicia de la República, ha tomado decisiones tales como, por ejemplo, considerar que es precario el poseedor cuyo contrato ha sido resuelto extrajudicialmente (Casación N° 790-95-Lima, 01 de julio de 2016), pero luego ese criterio ha cambiado de forma contraria, para considerar que en esas circunstancias el

---

<sup>1</sup> NOTA DEL AUTOR: Esta afirmación parte de la observación directa, hecha por el investigador en su labor como magistrado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

poseedor no es precario (Casación N° 2522-97-Lima, 31 de agosto de 1999), retomándose luego el primer criterio establecido en otras decisiones (Casación N° 980-2003-Lima, 18 de agosto de 2003; Casación N° 1655-2002-Lima, 28 de noviembre de 2003; Casación N° 2894-2005-Lima, 06 de junio de 2006; Casación N° 4078-2006-Lima, 03 de diciembre de 2007). De otra parte, se ha precisado que los títulos posesorios inválidos configuran posesión ilegítima y no posesión precaria (Casación N° 1918-2005-Chincha, 02 de mayo de 2006; Casación N° 1074-2004-La Libertad, 24 de mayo de 2006; Casación N° 3332-2006-Lima, 16 de mayo de 2007), para luego decir que la posesión precaria es una figura que bien se puede asimilar a la posesión ilegítima (Casación N° 1625-2004-Lima, 23 de agosto de 2005). Se ha referido que el servidor de la posesión, merced a un vínculo laboral con el propietario, se convierte en precario al extinguirse el mismo (Casación N° 1878-2004-Lima, 04 de octubre de 2005), para luego expresarse que no es precario el servidor de la posesión que ha sido requerido por el propietario del bien para su devolución (Casación N° 2422-2002-Lima, 13 de diciembre de 2002). Otro caso contradictorio se advierte cuando se considera que no es precario el arrendatario, cuyo contrato concluyó por comunicación cursada por el nuevo propietario del bien a quien el arrendador se lo vendió (Casación N° 2764-2002-Lima, 10 de febrero de 2013), para luego considerar lo contrario (Casación N° 5388-2008-Lima, 25 de agosto de 2009; Casación N° 2165-2009-Lima, 12 de noviembre de 2009).

Estas decisiones contradictorias son dificultades que encuentra la jurisprudencia para asumir una postura constante y jurídicamente bien delimitada de la figura de la posesión precaria, lo que acarrea el riesgo de sobredimensionar su noción, con el consecuente vaciado del contenido de otras figuras jurídicas como lo es el poseedor en concepto de dueño, el servidor de la posesión, el arrendatario con obligación a restituir el bien por vencimiento de plazo y falta de pago, entre otros.

A ello habría que agregar el hecho de que la actual definición normativa de la posesión precaria no se condice con su par nominal del derecho romano. Así pues, se dice que el término *precarium* fue acuñado por Ulpiano, para quien es precario el ocupante que pide a ruegos, y se le concede el bien para que lo use en tanto que lo consiente el que se lo concedió (Sánchez-Palacios Paiva, 2008, pág. 56). Es decir, la idea de la posesión precaria en Roma estaba referida a la concesión graciosa o voluntaria de la posesión del bien, de parte del propietario a una persona, quien ostentaba dicha condición por tolerancia del titular, pudiendo éste requerírsele en cualquier momento.

La doctrina que estudia la posesión precaria en nuestro país, por otra parte, se encuentra dividida, entre quienes consideran a la posesión precaria como aquella que se sustenta en una relación posesoria entre poseedor mediato y poseedor inmediato, merced a la cual este último ocupa el bien por título conferido por aquel (Gonzales Barrón, Derechos Reales, 2005), quienes, por cierto, le atribuyen el mismo

contenido o naturaleza de su antecedente, el *precarium* del derecho romano. Por otra parte, se encuentran quienes le atribuyen una acepción amplia, que se desliga de su antecedente histórico romano, para entenderla como aquella posesión del bien sin título alguno, o cuando el que se tenía ha fenecido o se ha extinguido (Lama More H. , 2010), (Avendaño, 1986), posición de la que participa también la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, y cuyo contenido es congruente con la definición legal del artículo 911 del Código Civil.

En todo caso, es evidente la necesidad de un estudio dogmático que delimite la noción jurídica de la institución de la posesión precaria, tomando como base la determinación de su naturaleza jurídica, partiendo el análisis desde los planteamientos formulados por las teorías jurídicas más importantes, que han explicado el fenómeno posesorio, como son la teoría subjetiva y objetiva de la posesión. Es precisamente ello lo que se ha llevado a cabo en el presente trabajo de investigación.

### **1.1.2. Descripción del problema**

La situación descrita evidencia que la problemática a tratar en la presente investigación recae en la determinación de la naturaleza jurídica de la institución de la posesión precaria en el derecho civil peruano, con base en las propuestas y criterios que se han manejado en las teorías subjetiva y objetiva de la posesión, que por cierto son la fuente de inspiración de los sistemas positivos modernos, incluyendo el nuestro. En este escenario, como se ha expresado, la definición legal alcanzada por el artículo 911 del Código Civil no se condice con

el concepto originario de precario del derecho romano, situación que – por lo pronto– ha dividido a la doctrina nacional, y la situación se agrava cuando revisamos las interpretaciones hechas por la Corte Suprema de Justicia de la República, que acaban siendo contradictorias entre sí.

### **1.1.3. Formulación del problema**

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano?

## **1.2. JUSTIFICACIÓN**

La presente investigación se justifica en la necesidad de clarificar conceptos en pos de una mejor aplicación del derecho, lo cual apareja la garantía de que las decisiones jurisdiccionales serán lo más acertadas posibles. En ese sentido, esta investigación asumió el reto de delimitar la categoría jurídica de la posesión precaria, contribuyendo con el derecho desde: i) una perspectiva teórica, pues se ha abordado la problemática más allá de la definición legal en el artículo 911 del Código Civil, dándole un significado doctrinario consecuente con la disposición normativa, y en ese sentido útil para ser empleado por la jurisprudencia; ii) una perspectiva práctica, pues con esta investigación se quiere dar solución a un problema que se presenta diariamente en el ejercicio jurisdiccional, donde se deben resolver demandas de desalojo a partir de la posesión precaria del demandado; y, iii) una perspectiva de formación para el investigador, pues éste se desempeña precisamente como magistrado, por lo que ha logrado afinar sus ideas y conceptos en relación a la noción de posesión precaria;

lo cual le facilitará notablemente el trabajo jurisdiccional, además de la natural satisfacción personal y profesional que implica llegar a concluir un trabajo de investigación de tipo académico.

### **1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1. Espacial**

La presente investigación se ha abocado al estudio de la naturaleza jurídica de la posesión precaria, en el ámbito del derecho civil peruano, haciendo análisis normativo y jurisprudencial en torno a esta figura. En consecuencia, el ámbito espacial de la investigación se restringe al Perú.

Sin perjuicio de ello, dado el contenido dogmático que supone conceptualizar la naturaleza jurídica de una institución, las conclusiones a las que se ha llegado pueden ser fácilmente aplicables a otros espacios geográficos, cuyos sistemas normativos sean afines o similares al nuestro.

#### **1.3.2. Temporal**

Como el trabajo de investigación es de tipo dogmático, el ámbito de investigación temporal no será de aplicación.

## **1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. De acuerdo al fin que se persigue**

La presente investigación es de tipo básica, pues la finalidad que se persigue es incrementar y clarificar el conocimiento teórico sobre la posesión precaria en el Perú, determinando convenientemente su naturaleza jurídica y contenido.

### **1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación**

El diseño de esta investigación es de tipo propositivo, dado que, si bien es cierto se han desarrollado contenidos descriptivos en torno a la problemática que nos ocupa, el principal aporte es la conceptualización de una propuesta doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano. Asimismo, se ha logrado concretar una propuesta de proyecto de ley, con la que se da coherencia a nuestro sistema normativo, en cuanto se refiere al principio de continuidad de la posesión en el tiempo.

### **1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

El enfoque de esta investigación es cualitativo, dado que se sustenta en la carga argumentativa del derecho y los métodos de interpretación jurídica, sin ser necesario recurrir a métodos estadísticos o de recolección de datos matemáticos, bastando únicamente con el análisis de la literatura disponible y la información jurisprudencial recogida.

## **1.5. HIPÓTESIS**

La naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano es la de una detentación o tenencia, sin derechos inmediatos sobre la cosa.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. Objetivo general**

Determinar la naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano.

### **1.6.2. Objetivos específicos**

- a) Identificar el concepto de posesión en el derecho civil peruano.
- b) Identificar las posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la posesión precaria en el derecho civil peruano.
- c) Establecer diferencias conceptuales entre la posesión precaria y otras instituciones afines en el derecho civil peruano.
- d) Establecer la naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano.
- e) Diseñar una propuesta legislativa que dé coherencia normativa al principio de continuidad de la posesión en el tiempo, evitando interpretaciones reñidas con la naturaleza de cada una de las relaciones posesorias existentes.

## **1.7. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

En el desarrollo del trabajo se ha encontrado una única investigación científica, similar a la problemática planteada en este trabajo. La



investigación en cuestión ha sido elaborada por el jurista y magistrado peruano Héctor Enrique Lama More, se titula *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*. Fue elaborada en el año 2010 y constituyó la tesis del autor para optar el grado de magíster en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lama More concluye que la regulación normativa y la jurisprudencia en el Perú, han adoptado un nuevo concepto sobre la posesión precaria, que dista de su primigenia concepción romana; proponiéndose, además, la modificación del artículo 911 del Código Civil, bajo la siguiente cláusula normativa: “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. (Lama More, 2010, pág. 168)

No obstante resultar evidente cierta similitud entre el trabajo del citado autor y el nuestro, conviene hacer notar las diferencias de enfoque y criterio sobre el particular. En la tesis de Lama More, habiéndose fijado el investigador como objetivo la necesidad de establecer el contenido de la noción de posesión precaria, y sirviéndose principalmente de lo que la jurisprudencia y la doctrina entienden de esta institución, se concluyó en que la disposición legal que regula la figura es inadecuada, pues no responde al contenido actual que ha adoptado la institución jurídica; por tanto, plantea una propuesta legislativa que regule con más propiedad la posesión precaria.

En el caso nuestro, como punto de partida, no encontramos que la definición legal de la institución en estudio sea inadecuada o incorrecta,

pues –contrariamente a la opinión de Lama More– creemos que es armónica y concurrente con la concepción que se tiene de ella en nuestro medio a nivel jurisprudencial; y si bien existen voces discordantes en la doctrina, éstas no solo son minoritarias sino anacrónicas en relación al pensamiento jurídico nacional vigente de nuestros días. En realidad, nuestro interés se orienta a desentrañar su naturaleza jurídica, y los rasgos y matices que la distinguen de otras formas de relación posesoria regulada en nuestro sistema jurídico positivo, analizadas desde la perspectiva de los efectos que generan en el tiempo. Para ello hemos realizado un análisis detenido de las dos principales teorías que se han ocupado de la posesión; siendo precisamente éste nuestro aporte doctrinario en torno a la noción de posesión precaria: ofrecer una propuesta doctrinaria de la posesión precaria a partir de las teorías objetiva y subjetiva de la posesión.

Como consecuencia de la conceptualización doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la posesión precaria, analizada en torno a los efectos jurídicos que genera en el tiempo, hemos planteado una propuesta legislativa que dé coherencia normativa al principio de continuidad de la posesión, evitando interpretaciones incorrectas de cada una de las relaciones posesorias existentes, y advirtiendo del riesgo que entraña el confundirlas, pues hacerlo terminaría por desnaturalizarlas.

Debe precisarse que se hizo una búsqueda en las bibliotecas institucionales donde obran las investigaciones realizadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca y la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, así como

en el Repositorio Digital de Tesis de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. Métodos genéricos**

#### **a) Método deductivo**

Se ha empleado el método deductivo, que nos ha permitido transitar desde conceptos genéricos, tales como la posesión y las principales teorías que se han ocupado de ella, y el título posesorio, hasta llegar a conceptualizar conceptos más específicos, como es la institución de la posesión precaria, la posesión inmediata, la tenencia, que son precisamente temas que ocupan esta investigación.

#### **b) Método inductivo**

Se ha hecho uso del método inductivo, que nos ha permitido recoger el sentido asignado a situaciones concretas por la doctrina y la jurisprudencia, sobre las categorías jurídicas en estudio, a partir de los cuales se ha llegado a asumir conceptos genéricos, concretamente respecto de la naturaleza y alcances de la posesión en general y la posesión precaria en particular.

#### **c) Método dialéctico**

Se ha utilizado el método dialéctico, pues se ha confrontado las nociones o conceptos, desarrollados por el ordenamiento jurídico positivo, la jurisprudencia y la doctrina, lo que ha dado lugar a un juego dialéctico, traducido en una tesis y una negación o antítesis

del contenido y/o alcances de la figura de la posesión precaria. A partir de este análisis se ha llegado a las conclusiones asumidas en este trabajo de investigación.

**d) Método analítico**

Este método nos ha permitido analizar las teorías construidas en torno a la posesión y la tenencia, extrayendo sus características y demás matices distintivos. De forma que a partir de estos hallazgos se ha determinado la naturaleza jurídica de la posesión precaria.

**e) Método de la abstracción – concreción**

Se ha empleado el método de la abstracción que nos ha permitido captar las propiedades y características más relevantes de la instituciones jurídicas en estudio, llámese la posesión jurídica, la posesión natural o la tenencia, la posesión precaria, entre otras; de tal forma que hemos llegado a comprenderlas con solvencia y establecer sus diferencias. A su vez, a partir de la integración de estos conceptos abstractos, se ha logrado determinar la naturaleza jurídica de posesión precaria.

**1.8.2. Métodos propios del derecho**

**a) Método dogmático**

Es el principal método jurídico que se ha utilizado en esta investigación, pues nos ha permitido conocer, desde una perspectiva jurídica, los elementos, presupuestos y características de las instituciones estudiadas, como son la posesión, la tenencia

o detentación, posesión ilegítima, posesión legítima, y obviamente la posesión precaria. Ello a partir del estudio de la doctrina, la ley, la jurisprudencia y el derecho comparado.

**b) Método hermenéutico**

El método hermenéutico, lejos de contraponerse al carácter lógico del método dogmático, lo complementa, puesto que la interpretación de textos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios, exigirá de la observancia de condiciones o reglas lógicas. En este sentido, el método hermenéutico nos ha permitido entender el sentido o significado de las definiciones legales contenidas en el derecho positivo, respecto de categorías jurídicas como la posesión *ad usucapionem*, posesión mediata, posesión inmediata, posesión precaria, tenencia o detentación, entre otras; asimismo, las nociones que al respecto maneja la jurisprudencia y la doctrina.

**c) Método de la comparación jurídica**

Se ha hecho uso del método de comparación jurídica, con el fin de contrastar los conceptos y el contenido de la posesión, posesión precaria y otras relaciones posesorias, reguladas en legislaciones extranjeras, y las que maneja el derecho nacional, con la finalidad de establecer la naturaleza jurídica de cada una de estas instituciones.

## **1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.9.1. Técnicas**

#### **a) Técnica de fichaje**

Se ha recolectado en fichas datos de fuentes bibliográficas, hemerográficas, legales y jurisprudenciales.

#### **b) Técnica de observación documental**

Se ha observado diversas resoluciones y documentos (literatura jurídica), referidos a los temas materia de investigación.

### **1.9.2. Instrumentos**

#### **a) Ficha bibliográfica**

La información se ha recolectado en fichas, que han permitido filtrar la información pertinente y conducente de esta investigación.

#### **b) Hoja de ruta**

La hoja de ruta nos ha permitido determinar los momentos y pautas que nos ha tocado seguir en cada etapa del proceso investigativo.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. LA POSESIÓN

#### 2.1.1. Teorías de la posesión

La posesión, como tal, es una institución antiquísima, referida al poder de hecho que ejerce el hombre sobre las cosas y, por lo tanto, su idea es indisoluble de la propia idea de sujeto, en tanto no existe quien no ejerza poder de hecho sobre alguna cosa (Messineo, 1954, pág. 202).

La problemática en torno a la definición, naturaleza y contenido de la posesión ha sido bastante frecuente a lo largo de la historia general del derecho, por lo que quizás sea más relevante que la propia discusión en torno a la raíz etimológica del término<sup>2</sup>.

En ese sentido, son muchas las posturas en relación a su definición, naturaleza y contenido, siendo las más aceptadas las teorías subjetiva y objetiva, las cuales son fuente de inspiración de múltiples sistemas normativos nacionales y, por ende, de vital importancia para el estudio de la posesión como institución jurídica.

#### A. La teoría subjetiva

La teoría subjetiva o voluntarista de la posesión fue elaborada por el connotado jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, quien diseñó sus postulados como una reconstrucción del tratamiento jurídico de la posesión de los romanos.

---

<sup>2</sup> Posición similar es la que adopta el profesor español Antonio Hernández Gil, quien sostiene que es innecesario discutir acerca de la etimología de las palabras que sirven para designar instituciones jurídicas, toda vez que el desarrollo histórico de estas últimas es tan rico que difícilmente puede atender a moldes lingüísticos (Hernández Gil, 1980, pp. 28-29).

Entiende la teoría de Savigny a la posesión como el punto común que permite al poseedor, no solo ejercer influencia física sobre la cosa poseída, sino también impedir toda influencia extraña (1845, pág. 6).

Para esta teoría, la posesión es entendida como una relación jurídica con dos componentes: material (supuesto de hecho, requisitos de la relación jurídica) y formal (consecuencia jurídicamente establecida de la relación jurídica).

Desde el punto de vista material la posesión o *ius possidendi* es el ejercicio de hecho de la propiedad; mientras, desde el punto de vista formal la posesión o *ius possessionis*, es el conjunto de poderes y derechos, tales como los interdictos y la usucapión, que se atribuyen al poseedor por el hecho de ostentar el *ius possidendi* (Savigny, 1845, págs. 16-19).

En su aspecto material, la posesión necesita requisitos para ser posesión jurídicamente relevante y no mera tenencia (posesión natural o detentación). Es en ello donde radica el principal aporte de la teoría subjetiva, para la cual la posesión requería de *corpus* y *animus*: el *corpus* estaría referido a la relación física del sujeto con la cosa, es decir la mera tenencia de aquella; mientras que el *animus* está referido a la voluntad de poseer (Savigny, 1845, págs. 5-10).

Pero el *corpus* por sí mismo no genera efectos jurídicos, por lo que, para convertirse en posesión jurídica, la tenencia requiere del



*animus possidendi* o voluntad de poseer del sujeto, respecto de lo cual se explica:

(...) *animus domini* o por *animus sibi habendi*; y no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que al que trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho, y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior a él. Pero la noción de la posesión no requiere más que este *animus possidendi*, de ningún modo es necesario que haya realmente la convicción de ser realmente propietario (...). (Savigny, 1845, pág. 57)

Como consecuencia de esto último, no sería poseedor quien tiene la cosa en nombre de otro, pues a pesar de ser el tenedor, su voluntad reconoce a otro como dueño (*animus detentionis*), por lo que se requiere necesariamente la voluntad de poseer la cosa para sí mismo (*animus res sibi habendi*), para recién ser considerado jurídicamente poseedor, pues solamente el propietario tiene la cosa para sí mismo, porque no reconoce a ningún otro como titular de la misma<sup>3</sup>.

Hemos dicho que para la teoría subjetiva el *animus possidendi* es igual al *animus domini*, sin embargo, el propio Savigny reconoce que esto no siempre es así, pues hay casos en los que el poseedor reconoce a un tercero, por quien ejerce la posesión, como dueño de la cosa. Se trata de los supuestos de posesión originaria y posesión derivada, donde la primera se caracteriza por el ánimo de poseer como propietario de la cosa, mientras la

---

<sup>3</sup> Como bien lo hacen notar Luis Díez Picazo y Antonio Gullón (1997, p. 99), para la teoría subjetiva de Savigny, la existencia del *animus* es condición precisa de la posesión.

segunda por el ánimo de ejercer la posesión jurídica de la cosa (arrendamiento, usufructo, etc.), pero reconociendo en otro el dominio o derecho de propiedad. El fundamento radica en que:

(...) la posesión se considera como un derecho, y es por consiguiente susceptible de enajenación. He aquí la razón para que en este caso pueda transferir el verdadero y originario poseedor el derecho de posesión al que ejerce por él la propiedad, y que, según lo manifestado, no podría ser considerado como poseedor. Así, pues, además de la posesión *originaria* que descansa en la *detentación* y el *animus domini*, existe una *posesión derivada* que se funda en la posesión originaria de otra. (...) En efecto, el *animus possidendi* por el que debería entenderse en la posesión originaria el *animus domini*, se dirige en la posesión derivada al *jus possessionis*, transmitido por el que tenía la posesión. (Savigny, 1845, pág. 62)

En suma, la posesión vista desde su aspecto material (*ius possidendi*) es la tenencia de una cosa como propietario, por lo que aquel que tiene relación con la cosa, pero no tiene *animus domini*, será solo un mero tenedor (posesión natural), exceptuando los supuestos en los que se configure una posesión derivada.

La teoría subjetiva explica la naturaleza de la posesión derivada en el derecho romano como una peculiaridad, pues bajo la regla general impuesta por la voluntad del poseedor, no sería sino un supuesto de tenencia o detentación; esta singularidad es explicada por esta teoría como una suerte de posesión *sui generis* o especial, en la que no obstante el detentador reconoce en otro el derecho dominical, es aceptada y protegida como posesión para todo efecto, como es el caso, por ejemplo, de la posesión del

superficiario, del precario, el acreedor pignoraticio, el enfiteuta. No se ubican en esta categoría, por cierto, el usufructuario, arrendatario, depositario, comodatario, los cuales eran simples tenedores en el derecho romano.

Conviene hacer notar que la teoría de Savigny, no llega a marcar o establecer con claridad las diferencias o rasgos que diferencian a la posesión civil (*civilis possessio*) de otros tipos de posesión, con o sin *animus possidendi*, a las que les niega la condición de posesión civil o *civilis possessio*, empero que, sin embargo, desde su postura se situarían en un punto intermedio al ser merecedores de protección jurídica a través de los interdictos posesorios. Así, empieza diciendo que “la primera significación de la palabra *possessio* es el estado de simple detentación, y por consiguiente un estado no jurídico o natural (...)”. Continúa, “esta detentación toma, bajo ciertas condiciones el carácter de una relación jurídica, y continúa a la propiedad por usucapión; entonces recibe el nombre de *civilis possessio* (posesión civil)”. Y concluye, en este punto, que se hace necesario ya otro estado de detentación con un término más exacto, refiriéndose al que media entre la posesión natural (detentación) y la posesión civil, al que llama simplemente posesión, y que si bien no habilita a la usucapión, si lo hace respecto de los interdictos posesorios (Savigny, 1845, págs. 33-34).

Para Savigny (1845), tanto la posesión civil (*civilis possessio*) como la posesión propiamente dicha (solo posesión), son formas

de posesión jurídica, en oposición a la posesión natural (*naturalis possessio*). La segunda, compuesta por el *corpus* y el *animus dominini*, da lugar al uso de los interdictos posesorios para protegerla; mientras que la primera, además de reunir las condiciones de una posesión jurídica, requiere de haber empezado con buena fe y justo título (*bona fides et justa causa*), así como no encontrarse exceptuada de la usucapión, por haber sido hurtada o robada.

Ahora, en paralelo a estas dos formas de posesión jurídica, Savigny (1845) considera la existencia de dos tipos de posesión natural (*naturalis possessio*), a las que distingue como de primera y segunda especie. En la primera, aun cuando no estamos frente a un supuesto de posesión que pueda dar lugar a la usucapión, empero, eventualmente, podría habilitar el uso de los interdictos (caso de la donación hecha a la mujer). A su vez, en el segundo caso se encuentran los supuestos de detentador sin derechos civiles (esclavos, infantes, locos, hijos bajo la patria potestad), posesión de cosas fuera del comercio, posesión en nombre de otro (comodatario, usufructuario) (Savigny, pág. 65).

## **B. La teoría objetiva**

La teoría objetiva o del interés de la posesión fue elaborada por el célebre jurista alemán Rudolph von Ihering, como respuesta crítica a la teoría de Savigny, aplicando el método teleológico o realista, y que consiste en estudiar las instituciones jurídicas a partir de la finalidad práctica para las que fueron diseñadas.

Para Ihering (1892), la posesión debe definirse en cuanto a su utilidad práctica, es decir para qué es regulada por el derecho, respondiendo de forma contundente al decir que:

Es, pues, el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria y con ella la noción de la posesión; allí donde los motivos prácticos hacen conceder la primera, el juriconsulto debe llamar posesión el estado de la cosa (...). (pág. 189)

Para la teoría objetiva, entonces, la posesión no sería otra cosa que la exterioridad de la propiedad, o sea:

(...) el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real, otras quedan sin protección ni vigilancia. (Ihering, 1892, pág. 183)

La noción de posesión que aporta Ihering, además de asumirla como la exterioridad de la propiedad, se orienta a permitir que la cosa cumpla con su función económica y social (uso normal), de tal forma que se conserve la posesión cuando se usa la cosa normalmente y se pierda con su uso anormal, sin que para ello sea condición necesaria el contacto físico del sujeto con la cosa.

Al respecto, dice Ihering (1892):

El labrador deja sus mieses en pleno campo, el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc., todo el mundo los encierra en su casa. El mismo estado, que para las primeras cosas es *normal*, aparece para la segunda *anormal*, como un estado en el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esas cosas, de

donde resulta, si nuestra teoría es exacta, que la posesión debe *continuar* para las primeras y *cesar* para las segundas. El que encuentra una cosa de la primera categoría en esta condición, debe pensar que se encuentra allí por la voluntad de su dueño, mientras debe pensar lo contrario si encuentra en tal condición una cosa de la segunda categoría. (págs. 183-184)

La propuesta de la teoría objetiva es desvincular la idea de que el *corpus* se restringe al contacto físico entre el sujeto y la cosa, pues aunque sea el aspecto visible del interés de una persona en la cosa, este debe atenderse al estado normal externo de la cosa; lo que eventualmente sustenta que el *corpus* se materialice en los supuestos de posesión mediata.

Lo dicho pone de relieve la importancia del *animus* en la teoría objetiva, pues si el *corpus* es la expresión visible del interés de una persona en la cosa, el *animus* es la voluntad necesaria para manifestar el interés. Como dirían Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (1997), para la teoría objetiva, “[e]l animus se deduce de la actividad posesoria, de cómo se ejerce el señorío sobre la cosa. (...) En otras palabras, [el poseedor] efectuará actos de propietario, sin que sea necesario ni posible indagar cuál es su voluntad (subjetiva o interna)”<sup>4</sup>. (pág. 99)

En consecuencia, como bien refieren los hermanos Mazeud, H., Mazeud, J. y Mazeud, L. (1960, pág. 140), en principio, el derecho

---

<sup>4</sup> Nótese como en la teoría objetiva, en contraste con la teoría subjetiva, ya no es importante la determinación de voluntad de poseer del sujeto, en tanto sí su interés, el cual se aprecia en acciones concretas. Una definición acorde a esto es la que nos proporciona el jurista español Federico Puig Peña (1972, p. 29), para quien “[l]a posesión, pues, en su acepción estricta y propia, es una situación jurídicamente tutelada por cuya virtud una persona tiene una cosa o ejercita un derecho de tal forma que actúa sobre los mismos como si fuera su titular verdadero”.

le concede a todo tenedor la protección de la posesión, negándoselos únicamente de forma excepcional, por razones sustentables en la ley o en el negocio jurídico.

Ihering de ninguna manera prescinde en su teoría del elemento volitivo o *animus domini*, como componente de la posesión, el cual es imprescindible en toda relación posesoria, pues es precisamente la voluntad del poseedor la que da forma a la posesión ejercida mediante actos exteriores y sensibles en el mundo perceptible por los sentidos; sin embargo, es claro al señalar que cualquier intento por conocer y estudiar de forma independiente este elemento subjetivo es vano, además de las dificultades de prueba que presenta, de manera que la forma de abordar la posesión se debe reducir o limitar al análisis de los elementos exteriores (*corpus* y *causa*) de la posesión, los cuales implican *per se* la presencia del *animus domini*. Por tanto, en la tarea de abordar la posesión, la necesidad de averiguar la voluntad interior del poseedor cede frente a lo tangible y/o perceptible, representado por la causa de la posesión o lo que llevó al poseedor a adquirir la cosa. En este sentido, expone Ihering (1892):

(...) Para determinar ante las condiciones legales exteriores de la posesión, o del *corpus*, si hay posesión o tenencia, en materia de posesión derivada, lo decisivo, en mi concepto, aunque sea en contra del sentimiento y de la intención de las partes, no es la diversidad de la voluntad de poseer, sino la naturaleza de la relación existente; la causa *possessionis* o el momento causal de la posesión, como yo la llamo. (pág. 8)

Ihering, al establecer la distinción entre posesión y tenencia, enfatiza que la primera está reservada a la posesión jurídica en estricto, entendida como aquella ejercida por el poseedor con la intención de hacerlo para uno mismo, mientras que la segunda es empleada para designar a la posesión con la voluntad de hacerlo para otro. Asimismo, establece la diferencia entre una tenencia absoluta, cuando no existe ningún tipo de posesión de por medio, el tenedor no ejerce la detentación de la cosa por absolutamente nadie, o ejerce la posesión sobre bienes que no están en el comercio; y la tenencia relativa, que se presenta en los casos en los que el tenedor ejerce la detentación en nombre o por el verdadero poseedor. A su vez, la tenencia relativa puede darse por procuración, si el detentador actúa como mandatario, depositario o representante (en interés del poseedor), o puede ser tenencia de propio interés, cuando el tenedor actúa en propio interés (arrendamiento, comodato, etc.). (Ihering, 1892, págs. 19-21)

La regla de oro que expone Ihering en su tratado “La voluntad en la posesión”, y que explica su teoría<sup>5</sup>, se sintetiza en los siguientes términos: “Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene siempre posesión, a menos que una disposición legal prescriba excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia” (Ihering, 1892, pág. 24). Para diferenciar su

---

<sup>5</sup> Es el mismo Ihering, quien llama a su teoría objetiva, en oposición a la teoría de Savigny, a la que llama subjetiva.



teoría de la de Savigny ensaya una fórmula, que compara con la que en hipótesis sustentaría la teoría subjetiva:

Así, Para la teoría subjetiva operaría del siguiente modo:

$$X = a + \& + c$$

$$Y = a + c$$

De donde: X = posesión; a = *animus domini*; & = el elemento adicional que requiere la posesión además del *animus* y el *corpus*; c = *corpus*; y Y= tenencia.

Por su parte, para la teoría objetiva la fórmula resultaría así:

$$X = a + c$$

$$Y = a + c - n$$

De donde: X = posesión; a = *animus domini*; c = *corpus*; y n = disposición de la ley que niega la posesión en ciertas relaciones (Ihering, 1892, pág. 61).

En suma, la teoría de Ihering no admite más que un supuesto en el que se puede hablar de posesión, y es aquel en el que concurren ambos elementos: el *corpus* y el *animus domini*; pues cualquier otra modalidad de poder de hecho sobre la cosa se la debe llamar tenencia o detentación. Ahora, sea como una condición objetiva prevista en la ley o como una suerte de presunción legal, debe aceptarse o suponerse que en toda vinculación de señorío sobre una cosa, existe una relación posesoria, y solo y en la medida que el emplazado se oponga a la

pretensión postulada por el demandante, negando la relación posesoria de éste, estará en la necesidad de acreditar la existencia de la condición objetiva prevista en la ley, que excluye la calidad de poseedor del pretensor.

Finalmente, Ihering habiendo distinguido entre posesión y tenencia, y sin negar que en el pasado (derecho romano) esta diferencia tuvo su razón de ser, en el derecho moderno carece de utilidad o interés práctico, en la medida que ambas (posesión y tenencia) merecen protección jurídica, resultando ya irracional tratar de establecer, desde una perspectiva utilitaria y práctica, algún tipo de distinción. A este respecto, sostiene Ihering (1892):

Para que la protección posesoria adquiera una realidad práctica, el demandante debe estar dispensado de probar que es poseedor y no tenedor, para lo cual hay un doble camino. De un lado, el del procedimiento que formula una presunción de posesión, y que se armoniza muy bien con el sostenimiento de la doctrina reinante. De otro lado, el del aspecto material del derecho, que tiene por condición la sustitución de esta doctrina por la que yo he formulado, y según la cual, los hechos que excepcionalmente reducen la relación posesoria al rango de mera tenencia, deben considerarse como elementos subjetivos de las condiciones legales de la posesión, es decir, como obstáculos a la posesión, cuya prueba incumbe, según las reglas generales al adversario. (págs. 152-153).

En este sentido, sostiene Ihering (1892, pág. 124) que se reconoce como etapas o fases del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia a las siguientes: i) La primera, sus comienzos en Roma, cuando por fuerza de la necesidad práctica se hubo de configurar dos nociones distintas en torno a la relación posesoria, la tenencia sobre las cosas, desprovista de cualquier

tipo de protección jurídica, pues era ejercida por los hijos del paterfamilias y, eventualmente, los esclavos, y la posesión, ejercida por los paterfamilias a quienes se les dispensaba efectos de protección jurídica; ii) La segunda, su separación de la casa romana, cuando la relación de tenencia de la que precisaba el paterfamilias para adquirir por medio de terceros la posesión de las cosas y, a la vez, conservarla, debió trasladarse fuera de la casa romana, entonces se hizo necesario que esa relación de tenencia fuera asumida por hombres libres, empero limitados en cuanto a las facultades posesorias, que podrían adquirir por efecto de la detentación; iii) La tercera, su traspaso a las cosas muebles, por suerte de la cual la tenencia adoptada originalmente para los bienes o cosas inmuebles es adoptada también para los muebles, por obra del pensamiento jurídico; iv) La cuarta, su adaptación al fin de la representación, por la que se admite la representación en la adquisición de la posesión a través de terceros, que constituye el último paso del progreso histórico de la tenencia; y v) La quinta, la combinación de la tenencia con el *jus in re*, cuando la *jus possessio* o protección posesoria propia de la posesión en sentido estricto, es extendida a la relación de tenencia. De este modo, en esta última etapa, la tenencia llega a franquear los límites y penetra en los dominios de la posesión, de manera que la línea que las separaba se pierde y la tenencia se hace posesión.

### 2.1.2. La definición de posesión en el Código Civil de 1984

El artículo 896 del Código Civil de 1984 define a la posesión como “(...) el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Como se desprende de la definición contemplada por nuestro código civil vigente, que sigue la línea establecida por el Código Civil de 1936<sup>6</sup>, la teoría adoptada por nuestra legislación es la teoría objetiva de Ihering, pues reduce el concepto posesorio al de un mero poder de hecho, donde quien ejercite cualquiera de los poderes de uso, disfrute, disposición o reivindicación, en estricto posee<sup>7</sup>. Desde esta perspectiva, y al igual que en el Código Civil alemán de 1900, se prescinde de cualquier referencia a la noción de tenencia, tan presente en otros códigos, como el español, el argentino, el chileno, el colombiano, etc., de corte subjetivista.

Ahora, bajo esta perspectiva en el derecho peruano se acentúa el elemento objetivo y/o visible de la relación posesoria (*corpus*) para calificarla como tal, y es la razón por la que el Código Civil comprende dentro de esta categoría a la posesión inmediata, posesión ilegítima, la posesión precaria, y a la posesión de mala fe<sup>8</sup>, en las que bien puede ocurrir que el ejercicio de los poderes o señorío sobre la cosa

---

<sup>6</sup> El artículo 824 del Código Civil de 1936 definía a la posesión de la siguiente manera: “Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos”.

<sup>7</sup> El artículo 923 del Código Civil señala que “[l]a propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

<sup>8</sup> La posesión de mala fe, si bien no se encuentra definida en el Código Civil, sin embargo se estima que legislativamente se la ha considerado o tomado en cuenta, habida cuenta que en el artículo 206, se hace alusión a una posesión de buena fe, y es más en los artículos 909 y 910 del código, se regula sus efectos.

no sean hechos en concepto de dueño, pues se podrían presentar los supuestos de arrendamiento, usufructo, uso, etc.; sin embargo, en todos los casos se encuentra como motivo determinante para asumirlas como tipos de posesión, el que se ejerza sobre la cosa los poderes de hecho inherentes a la propiedad, llámese *ius utendi, ius fruendi*.

Asimismo, resulta relevante para efectos de advertir este sesgo objetivista, el hecho que en relación al servidor de la posesión, regulado en el artículo 897 del Código Civil, sea la norma la que objetivamente señale que determinada relación con la cosa no puede llegar a constituir posesión, básicamente porque el servidor de la posesión funge como instrumento de posesión del verdadero poseedor, quien lo hace en cumplimiento de directivas y órdenes, simplemente. Se cumpliría así, la negación del elemento necesario para configurar la relación posesoria, a que se refiere Ihering, cuando sostiene que no habrá posesión en donde la ley le niegue esa condición. Por lo demás, la postura que entiende al arrendatario, usufructuario, usuario, superficiario, etc., como poseedor en sentido estricto, no puede ser atacada bajo el argumento de que no posee para sí sino para el nudo propietario, pues si bien es claro que no posee como titular del derecho de propiedad, si lo hace como titular de su derecho de uso, disfrute y disposición, que previamente le habría conferido el propietario.

Gunther Gonzales Barrón (2015, pág. 147) sostiene que las definiciones normativas son de suma importancia al momento del

ordenamiento sistemático de las instituciones jurídicas, con miras a lograr seguridad jurídica en la aplicación del derecho, sin embargo realiza una seria crítica a la definición de posesión que da el Código Civil peruano, por tratarse -desde su óptica- de una definición bastante pobre, por lo que sería necesario recurrir al desarrollo dogmático y jurisprudencial para cubrir ese defecto normativo. En ese sentido, ensaya una definición diciendo:

La sola posesión es el control voluntario de un bien, con relativa permanencia o estabilidad, destinado al beneficio propio (autónomo), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento. (págs. 147-148)

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (1997), hacen una interesante apreciación -homologable con la definición alcanzada por el Código Civil- sobre el valor fáctico de la posesión, sosteniendo que:

(...) la posesión no sería más que una emanación del derecho que se tiene sobre una cosa. Pero la posesión adquiere una relevancia jurídica propia precisamente porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho sobre la cosa desvinculado del derecho. Se fija en la situación jurídica (por los efectos que le atribuye) en la que aparece una persona en una relación fáctica con la cosa. La posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga nuestra posesión). (pág. 97)

Así pues, la posesión en tanto es un poder de hecho que genera derecho, es protegida en sí misma<sup>9</sup>; es decir, desvinculada de cualquier otra institución jurídica, siendo un hecho suficiente para ser jurídicamente relevante, sin que medie mayor fundamento para la protección jurídica de su permanencia. (Hernández Gil, 1980, págs. 34-35).

Por su parte, Luis Lama More (2008) señala que:

(...) la posesión debe ser considerada como 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; debiendo considerarse poseedor aquel que, aun cuando reconozca en otro la propiedad, en los hechos obra o se conduce como propietario usando o disfrutando el bien. (pág. 141)

En suma, habría que decir que la posesión está definida en función del *corpus* o exteriorización del *animus possidendi*, que es el que objetivamente se ve o percibe por medio de los sentidos, así como por el interés propio de quien ejerce los poderes fácticos sobre la cosa, lo que finalmente viene a delimitar los contornos de lo que se entiende por posesión en sentido técnico, dentro del contexto de la teoría objetiva de la posesión que sigue el derecho nacional. Por tanto, no se puede considerar dentro de esta conceptualización al servidor de la posesión, recogido normativamente en el artículo 897 del Código Civil, en el entendido que este no posee la cosa en interés propio, sino en interés de quien –precisamente– lo colocó en contacto

---

<sup>9</sup> El profesor Puig Brutau (1972, p. 40) explica que la posesión es un hecho en cuanto se refiere al poder de hecho sobre una cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de ese poder o dominación, pero es un derecho en tanto la ley regula consecuencias jurídicas para el hecho de la posesión.

con la cosa (propietario, usufructuario, arrendatario, etc.), lo que puede ocurrir si es representante, comodatario, gestor, etc.

### **2.1.3. La relación de lugar o yuxtaposición local, la detentación y la posesión**

Desde la perspectiva de la teoría objetiva que propone Ihering, como se ha expresado, tanto la detentación como la posesión adquieren significación jurídica, por los efectos que genera. Así, asegura:

Por cuanto que tenencia y posesión, están sometidas a las mismas condiciones: *corpus* y *animus*. La misma teoría subjetiva no lo pone en duda, porque la distinción que cree admisible en la voluntad de poseer, según que se trate de la posesión o de la simple tenencia, deja respecto de ésta intacta la voluntad; advierte el fundamento de la tenencia, no en la falta de voluntad, sino en una calificación especial de la voluntad de poseer. (Ihering, 1892, pág. 53)

Empero, junto a la tenencia y la posesión como realidades dotadas no solo de *corpus* (aprehensión) sino de *animus* (voluntad), se tiene a la mera relación de lugar o proximidad material, en la que sin embargo se encuentra ausente cualquier interés como sustento de la voluntad de establecer una relación posesoria<sup>10</sup>. A este respecto, el mismo Ihering (1892) sostiene:

La simple relación de proximidad material entre una persona y una cosa no tiene significación jurídica. La significación jurídica se produce cuando la persona establece una relación exterior, reconocible, con la cosa, convirtiendo la pura relación de lugar en una relación de posesión. (pág. 35)

---

<sup>10</sup> Ihering establece tres momentos presentes en toda relación posesoria: i) el interés, ii) dirección de la voluntad hacia esta cosa o la cosa; iii) realización de la voluntad mediante el establecimiento de una relación exterior hacia la cosa (1892, pág. 38)



Se tiene, entonces, hasta tres entidades gnoseológicas derivadas de la relación entre la persona y la cosa. La relación de proximidad material o mera relación de lugar, que no genera ningún efecto jurídico, en la medida que no se establece relación posesoria alguna, al encontrarse ausente la voluntad del sujeto, ya que el simple contacto corporal, sea temporal o duradero, empero carente de conocimiento y voluntad, no puede producir ningún interés práctico para el derecho.

En el caso de la tenencia y la posesión, bajo la lógica dominante de que la distinción no radica en la ausencia de voluntad, pues en ambos casos la hay, sino en una consideración especial de dicha voluntad, corresponde afirmar que se entiende por detentación al poder de hecho ejercido sobre un bien, sin que ello implique que el sujeto tiene *animus possidendi*, es decir, sin la intención de hacerse para sí la cosa (Messineo, 1954, pág. 214); al paso que es poseedor quien ejerce los poderes de hecho del propietario bajo la consideración de tal. Así pues, el detentador reconocería en un tercero un poder mayor al que ejerce, sintiéndose además subordinado a dicho poder. (Lama More, 2010, pág. 46).

Resulta, entonces, que el concepto de detentación y su distinción con la posesión se corresponden con la idea de *animus domini* de la teoría subjetiva, para la cual la ausencia de éste significa la ausencia de posesión en estricto (Mazeud et al., 1960, pág. 128)

Doménico Barbero (1967) ensaya una distinción interesante cuando sostiene que sería un error creer que la posesión, por significar el

ejercicio de hecho del contenido de un derecho, exige la inmediata detentación del bien; pues, de ser así sería materialmente imposible que alguien pudiese ejercer simultáneamente la posesión sobre dos bienes distintos; destacando que el detentador no ejercita sobre la cosa poder alguno como de propio derecho, sino que ejercita un poder de hecho a sabiendas de que el derecho no le asiste. (pág. 385)

Como se ha esbozado, una suerte de detentación típica, aun cuando la norma no la califica o nombra así, por influjo de la teoría objetiva de Ihering<sup>11</sup>, es la regulada por el artículo 897 del Código Civil, el cual señala que: “No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

Esta regulación expresa de la detentación bajo la nomenclatura del servidor de la posesión, es una clara excepción al precepto genérico derivado de la teoría objetiva, que postula que la posesión es aquella posesión de hecho que genera derecho por sí mismo. (Lama More, 2010, pág. 49)

Se discute sobre las facultades y/o prerrogativas que tiene el servidor de la posesión, en términos de defensa posesoria. Al respecto se dice que si bien el servidor de la posesión no tiene facultades para recurrir a los interdictos y las acciones posesorias para defender la relación

---

<sup>11</sup> Bajo la teoría objetiva de Ihering, carece de cualquier interés práctico establecer diferencias entre la posesión y la tenencia, en la medida que el desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia, desde Roma, trae consigo en su nivel más alto o elevado de desarrollo, que la tenencia se convierta en posesión, pues en ambos casos el derecho reacciona dotándolas de protección jurídica.

posesoria, lo que nos parece que es correcto, pues no se trata propiamente de un poseedor; sin embargo, puede hacer valer la autotutela y autodefensa de la posesión del titular (Díez-Picazo L. , 2007, pág. 572).

A modo de información del derecho comparado, la noción de tenencia se encuentra regulada en los códigos civiles de corte subjetivo, como el Código Civil argentino, en su artículo 2352<sup>12</sup>, el Código Civil chileno, en su artículo 714<sup>13</sup>, el Código Civil colombiano, en su artículo 775<sup>14</sup>, el Código Civil español, en su artículo 430<sup>15</sup>, entre otros.

#### **2.1.4. Tipos de posesión en el Código Civil de 1984**

El Código Civil de 1984 en su Libro V, Sección Tercera, Título I, Capítulo Tercero, regula las clases de posesión y sus efectos, resumiéndolas básicamente en posesión mediata e inmediata, posesión legítima e ilegítima, y la posesión precaria.

---

<sup>12</sup> Artículo 2352.- 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.

<sup>13</sup> Artículo 714.- Se llama tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

<sup>14</sup> Artículo 775. Mera tenencia. Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

<sup>15</sup> Artículo 430.- Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.

Siguiendo entonces la clasificación normativa, el presente acápite se ocupará de los citados tipos de posesión, a partir de un desarrollo exegético y hermenéutico, exceptuando a la posesión precaria, la cual se desarrollará más adelante y de manera más detallada.

#### **A. La posesión mediata e inmediata**

Hemos adelantado en el acápite precedente el aspecto hermenéutico más relevante en cuanto a la posesión mediata e inmediata, por lo que aquí solo nos limitaremos a efectuar un análisis exegético de estas instituciones.

Las instituciones en comento fueron reguladas por primera vez en nuestro país en el artículo 825 del Código Civil de 1936, el cual señalaba que “[e]l poseedor temporal en virtud de un derecho es poseedor inmediato, correspondiendo la posesión mediata a quien le confirió el derecho”. El sucesor del citado dispositivo normativo es el artículo 905 del Código Civil de 1984, el cual regula que “[e]s poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”.

Como vemos, ambos dispositivos normativos mantienen el mismo tenor o sentido sobre la naturaleza de la institución jurídica, aunque el del Código Civil vigente precisa que la posesión inmediata se confiere en virtud de un título, reemplazando así la fuente de procedencia de la posesión, pues no es ya el derecho sino el título el que instaura o genera el derecho posesorio. Este

título sería un acto jurídico<sup>16</sup>, donde se conjuguen las voluntades de los intervinientes, respecto a ceder la proximidad de la posesión de parte del poseedor mediato y obligando al poseedor inmediato a restituir la cosa una vez haya cesado el tiempo pactado.

No obstante esto último, es evidente que ambas regulaciones se refieren a una misma situación jurídica, en la que se identifican dos posiciones bastante distintas. Como ya mencionamos, oportunamente, al amparo de la teoría objetiva recogida por nuestro Código Civil, el poseedor inmediato sería el detentador de la cosa o derecho que se le reconoce la condición de poseedor, empero con importantes limitaciones respecto del poseedor mediato; sin embargo poseedor al fin, que no solo hace uso de los poderes inherentes a la propiedad, sino que se encuentra facultado para instar los mecanismos de tutela posesoria.

Opinión similar es la de Eleodoro Romero Romaña (1957, pág. 78), para quien los derechos del poseedor mediato e inmediato son diferentes, habida cuenta de que, por ejemplo, el poseedor inmediato (*v.gr.* arrendatario) no podrá prescribir el bien que ocupa, lo que no sucederá en el caso del poseedor mediato, que no siendo propietario del bien, y que no obstante y circunstancialmente se encuentre fuera del ámbito de proximidad con la cosa (*v.gr.* arrendador), podrá finalmente prescribirlo.

---

<sup>16</sup> Empleamos el término según la redacción legislativa seguida por nuestro Código Civil en sus artículos 140 y ss.

Importante reflexión es la que realiza el jurista nacional Max Arias-Schreiber Pezet (1998, pág. 140), para quien la relación jurídica existente entre el poseedor mediato y el inmediato no necesariamente tiene que nacer entre ambos, pues a través de la transmisión de los derechos reales de propiedad o de posesión, la posesión mediata puede ser adquirida por persona distinta a la que originalmente tenía la condición de poseedor superior. Por ejemplo, el arrendador que vende el inmueble a un tercero, convierte a este último en poseedor mediato respecto del arrendatario que ocupa el bien, quien continúa siendo poseedor inmediato. Lo mismo ocurre, en el caso contrario, cuando el arrendatario arrienda a su vez el inmueble a un tercero, lo que convierte a este último en poseedor inmediato, mientras el arrendador y el arrendatario originales se convierten en poseedores mediatos. Son los casos que en doctrina se ha desarrollado bajo las denominaciones de tradición ficticia, que en el ordenamiento jurídico peruano, se encuentra recogida en el artículo 902 del Código Civil<sup>17</sup>.

Diez Picazo (2007, pág. 628) señala al respecto que con el nombre de tradición se conoce en el derecho moderno a todo traspaso posesorio que se realiza con la voluntad del anterior poseedor o, si se prefiere, todo medio de adquisición derivativa de

---

<sup>17</sup> Artículo 902.- Sucesión de la tradición

La tradición también se considera realizada:

1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.
2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.

la posesión. Este traspaso o sucesión posesoria puede darse de forma real, o mediante el cumplimiento de determinadas condiciones y formalidades legales, que por su practicidad y seguridad, terminan sustituyendo la aprehensión física de la cosa por el adquirente o accipiente. Junto a la tradición real, Diez Picazo (2007, pág. 628) coloca a la tradición simbólica y a la tradición ficticia. En la primera, la efectiva tradición es sustituida por ciertos actos que fungen o representan una entrega del bien, verbigracia, la entrega de las llaves de un departamento al arrendatario; por su parte, en el caso de tradición ficticia, la entrega o *traditio* es sustituida por una investidura de posesión que resulta de un puro acuerdo o conformidad de las partes, y que opera a modo de mutación del concepto o título posesorio, como por ejemplo ocurre si el poseedor inmediato (arrendatario) compra la casa alquilada, y su condición de poseedor inmediato se consolida en una de posesión como propietario.

En suma, se entiende que un sujeto ejerce la posesión inmediata de una cosa cuando tiene la proximidad física y temporal con ella, en mérito a un título otorgado por el sujeto titular del derecho real, el cual ejerce la posesión mediata<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Al respecto, Francesco Messineo (1954, p. 203) refiere que es importante distinguir entre el derecho a la posesión (*ius possidendi*), el cual se fundamenta en un título, independientemente de si se ejerce o no la posesión de facto, del derecho de posesión (*ius possessionis*), el cual está referido a la posesión como hecho independiente de las circunstancias que la generan.

## B. La posesión legítima e ilegítima

El artículo 906 del Código Civil establece que “[l]a posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

El jurista peruano Jorge Avendaño Valdez (1986), sostiene que el artículo 906 del Código Civil identifica la ilegitimidad de la posesión con la existencia de un vicio que invalida el título del poseedor, de tal forma que “(...) el poseedor ilegítimo es aquel que tiene un título viciado” (pág. 60).

El profesor Jorge Eugenio Castañeda (1973, pág. 122), también, distingue a la posesión legítima de la posesión ilegítima en función a la existencia o inexistencia de un título válido, respectivamente. Es decir, mientras el poseedor legítimo será el *verus dominus*, en el que casualmente coinciden la condición de poseedor y propietario; el poseedor ilegítimo será el poseedor cuyo título posesorio se encuentra viciado.

La acepción de “título” a la que se refiere la norma civil – entendemos– es la de acto jurídico, el cual se encontraría viciado, es decir, adolecería de alguna causal de nulidad del acto jurídico<sup>19</sup> o una causal de anulabilidad<sup>20</sup>, siendo que para el

---

<sup>19</sup> El Código Civil establece “Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su fin sea ilícito. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de



primer caso la posesión se considerará ilegítima pues el título es inexistente, mientras que en el segundo la posesión será legítima entre tanto no se declare la nulidad del título que la genera (Avendaño, 1986, pág. 60); (Castañeda, 1973, pág. 122).

Además, aunque el propio código no lo regule, el vicio puede ser de fondo al recaer en la falta de legitimidad del transmitente o enajenante de la posesión, con lo cual resulta evidente que el adquirente también carece de derecho sobre la cosa, lo que coincidiendo con Avendaño, “conduce a admitir como causal de ilegitimidad de la posesión no sólo el vicio formal que pudiera invalidar el título del adquirente, sino también su falta de derecho a la posesión” (Avendaño, 1986, pág. 60).

Llegado este punto, es imperativo aclarar que el artículo 906 y siguientes del Código Civil, regulan la protección de la posesión ilegítima de buena fe como una forma de adquisición de la posesión. La naturaleza de la posesión sustentada en su legitimidad genera, según la doctrina y el derecho positivo, importantes consecuencias, como la que resulta de los artículos 908, 909 y 910 del Código Civil. En realidad, procesalmente tan solo resulta importante la acreditación de la mala fe, que implica una posesión ilegítima, pues en cuanto a la buena fe, ésta se

---

nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

<sup>20</sup> El Código Civil establece “Artículo 221.- El acto jurídico es anulable: 1. Por incapacidad relativa del agente. 2. Por vicio resultante de error. 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4. Cuando la ley lo declara anulable”.

presume o en todo caso se la debe reputar así (Avendaño, 1986, pág. 59).

Consecuentemente, el poseedor ilegítimo tendrá cierto margen de protección jurídica cuando la ilegitimidad de su posesión se funde en razones motivadas por la buena fe; tal es el caso del artículo 908 del Código Civil, que faculta al poseedor de buena fe a hacer suyos los frutos de su posesión<sup>21</sup>.

Por el contrario, si el poseedor ilegítimo es de mala fe, se encontrará obligado a la restitución de los frutos<sup>22</sup>, así como a responder por la pérdida o detrimento del bien, aunque esto ocurra por causa no imputable a él.<sup>23</sup>

La buena fe supone la creencia equivocada sobre la legitimidad de la posesión, es decir, el poseedor desconoce que su posesión es ilegítima. La naturaleza de la buena fe recae entonces en un elemento o estado psicológico, por cuanto implica una “representación mental equivocada de una determinada situación de hecho”. (Avendaño, 1986, pág. 60)

La duración de la buena fe estará determinada por las circunstancias que le permitan mantenerse ignorante o equivocado respecto a la ilegitimidad de su posesión, tal y como

---

<sup>21</sup> El artículo 908 del Código Civil prescribe que “[e]l poseedor de buena fe hace suyos los frutos”.

<sup>22</sup> El artículo 909 del Código Civil señala que: “El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir”.

<sup>23</sup> El artículo 910 del Código Civil establece que: “El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular”.

lo dispone el artículo 907 del Código Civil al prescribir que “[l]a buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada”.

Sobre la ignorancia, como causa fundante de la buena fe, queda claro que es la ausencia de conocimiento respecto a la ilegitimidad de la posesión. Por su parte, el error ha de ser un error excusable, debe tener una justificación, debiéndose rechazar el error inexcusable, atribuible a la negligencia o imprudencia del poseedor; en suma “(...) aquel en que ha incurrido el poseedor que pudo y debió conocer la situación de hecho o de derecho en que se desenvuelve su posesión” (Avendaño, 1986, pág. 61). Estos estados psicológicos (ignorancia y error) son los únicos en los que puede sostenerse la buena fe del poseedor ilegítimo, descartando el estado de duda como justificante de la buena fe, pues quien duda no está seguro de algo, lo que no es asimilable a la ignorancia o al error, de donde el poseedor asume la legitimidad de su posesión de forma certera. (Avendaño, 1986, pág. 61)

El error o la ignorancia del poseedor, según lo dispone el propio artículo 906 del Código Civil, pueden ser de hecho o de derecho, es decir, pueden circunscribirse a circunstancias fácticas respecto de su posesión o cuando ignora las normas existentes, en su caso cree que ellas regulan de forma distinta la situación que ostenta. (Avendaño, 1986, pág. 61)

### **C. Posesión de buena y mala fe**

El Código Civil, aun cuando no establezca una clasificación precisa bajo el criterio de buena o mala fe, deja entrever la presencia de estas dos modalidades posesorias, pues como ya se explicó, a partir del artículo 906 y siguientes, se establece los efectos que genera una u otra, como es las responsabilidades derivadas de la pérdida del bien, el aprovechamiento de los frutos, entre otros.

La buena fe en la posesión se sustenta en la creencia de legitimidad del derecho invocado por el poseedor como sustento de su posesión, según se infiere del artículo 906 del Código Civil; de manera que solo y en la medida que esa creencia sea enervada de alguna forma, el poseedor de buena fe se convertirá en uno de mala fe.

Como lo refiere Arias Schreiber (Arias-Schreiber Pezet, 1998), “dado que la buena fe está supeditada a un grado de certeza sobre la legitimidad de la posesión, ella desaparece cuando interfieren elementos perturbadores que generan un estado de duda o vacilación (...)” (pág. 144).

El artículo 907 del Código Civil, precisamente, delimita los márgenes conceptuales que habilitan sustentar una buena fe en la posesión, al establecer que ella dura mientras subsistan las circunstancias que permitan al poseedor creer en la legitimidad de su posesión. Obviamente, para medir el alcance de la buena fe,

deberá asumirse criterios razonables, como la conducta que se espera de un hombre diligente, pues no cualquier tipo de error o ignorancia puede sustentar una creencia en la legitimidad del título, bajo la protección de la buena fe, como bien lo advierte Gonzales Barrón (2005), cuando afirma que la buena fe no es solamente una creencia fundada en un estado psicológico del poseedor, ésta además debe responder al modo de actuar honesto de una persona, no puede fundarse nunca en un error inexcusable, pues existe un deber social de actuar diligentemente (pág. 315).

En contraposición a la posesión de buena fe, si no concurren los requisitos que la sustentan, existirá una posesión de mala fe, lo que puede ocurrir porque el poseedor conoce de la ilegitimidad de su título o si, sencillamente, no cuenta con alguno.

#### **2.1.5. La inversión o interversión de la posesión**

Debemos asumir que principios como el de seguridad jurídica y paz social son los que implican el respeto por el *statu quo*. En el fenómeno posesorio sucede lo mismo, se infiere del artículo 915 del Código Civil, que la regla sobre esta situación de hecho es la de la continuidad, al punto que importante doctrina (Díez-Picazo L. , 2007, págs. 615-616), ha acuñado el término principio de continuidad de la posesión. El citado artículo 615 del código patrio, definitivamente se mueve en esta línea, pues implica una suerte de descarga de la exigencia de acreditar o probar la posesión, a quien pretende hacerse valer de ella, al establecer que “Si el poseedor actual prueba haber

poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario”.

La norma, sin embargo, es sumamente genérica y hasta cierto punto vaga, en la medida de que no esclarece los aspectos de continuidad que regula, pues es conocido que habiendo asumido el derecho nacional la teoría objetiva de la posesión, y en esa línea se han reconducido las distintas formas de relación posesoria (posesión civil, posesión natural, tenencia) a una sola “la posesión”, conviene poner de relieve que el principio de continuidad surte efectos no solo temporales, sino también sobre el título posesorio y la buena o mala fe, que puedan sustentar la realidad fáctica que representa la posesión.

En cuanto se refiere a la actitud psicológica que refleja el acto posesorio, como es la buena o mala fe, obviamente la insuficiencia se suple con el artículo 914 del Código Civil, pues se establece que “Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario”. Es decir, la regla general en este aspecto viene determinada por una presunción de buena fe, y el estado contrario (mala fe), es el que tiene que probarse, lo cual incumbe hacerlo a la parte contraria, por cierto.

El tema que aparece nebuloso, sin embargo, es el relativo a la causa de la posesión, o lo que es lo mismo al título que sustenta la posesión. Alguien podría decir respecto de la presunción de continuidad, que el artículo 915 del Código Civil se refiere a un supuesto de posesión homogénea, lo cual tiene sentido, la lógica nos

hace aterrizar en esta conclusión. Sin embargo, qué ocurre cuando acreditándose una posesión continua o sin solución de continuidad por un largo tiempo, durante esta extensión temporal la causa de la posesión muta o varía, por determinadas razones. En este caso, obviamente, el artículo 915 del Código Civil, no nos da mayor respuesta.

La situación planteada precisamente es la que en doctrina se conoce como inversión o interversión de la posesión. La mutación del concepto posesorio no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, como sí de manera implícita, por ejemplo, en la legislación española. En el artículo 436 del Código Civil español, se establece respecto del principio de continuidad de la posesión, que “se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”.

Ahora, la doctrina (Díez-Picazo L. , 2007, págs. 619-621); (Gonzales Barrón, 2005, págs. 666-667) señala que tradicionalmente son dos las modalidades que puede adoptar la inversión o mutación del concepto posesorio, la primera, por oposición del poseedor y, la segunda, por título conferido por tercero al poseedor.

En el primero de los supuestos de mutación del concepto posesorio, es el poseedor quien mediante declaración expresa o tácita, hecha de conocimiento del titular del derecho posesorio, se opone a la posesión del titular, y se declara nuevo poseedor; junto a este acto unilateral y expreso, realiza una serie de actos exteriores de conducción del bien que dejan en claro su voluntad de conducirse como nuevo titular del

derecho posesorio. Se estima por lógica que no es necesario que el contradictor de la posesión o nuevo poseedor actúe de buena fe.

El segundo de los supuestos de mutación del concepto posesorio, se configura cuando es un tercero, ajeno a la relación posesoria conformada por el poseedor mediato y el inmediato, quien celebra un acto negocial con el detentador confiriéndole o transfiriéndole el derecho posesorio. Eventualmente, el negocio se puede celebrar de mala o buena fe, empero debe ser uno apto para producir el cambio de la causa de la posesión.

En relación a esta segunda modalidad, coincidimos con Gonzáles Barrón (2005, págs. 668-669) en que en el negocio traslativo del derecho, de ninguna manera puede intervenir el poseedor mediato que confirió la posesión al detentador que pretende mutar su título posesorio, pues si ese sería el caso, nos encontraríamos ante un supuesto de tradición ficticia, conforme al artículo 902, inciso 1) del Código Civil.

## **2.2. EL POSEEDOR PRECARIO**

### **2.2.1 La posesión precaria en el derecho romano**

En el derecho romano, el *precarium* era un contrato en virtud del cual una persona concedía a otra el disfrute y la posesión gratuita de una cosa hasta la primera reclamación del concedente (Avendaño, 1986, pág. 62). Es decir, se regulaba la concesión de una cosa en función a la voluntad del *dominus*, quien podía revocarla en cualquier momento.



Según Colin y Capitant (1942, pág. 898), el precario descende de la figura romana de la *clientela*, por la cual el propietario a petición de sus *clientes*, les concedía fundos a título gratuito, para que gocen de los frutos que generen, con cargo de restituir el bien según la voluntad del concedente.

Desde la óptica de la teoría objetiva que recoge el derecho peruano, pareciera que al hablar del precario de los romanos, estuviéramos haciendo referencia al poseedor inmediato de nuestro moderno derecho civil, como lo advierte Jorge Castañeda (1973, pág. 111), quien considera que el precario dejó de ser un simple detentador, como lo era en el derecho romano, para pasar a ser un verdadero poseedor, es decir un poseedor inmediato, mientras el dueño de la cosa, es decir quien hizo entrega del bien, pasa a ser poseedor mediato<sup>24</sup>.

En esta misma línea, respecto al contemporáneo derecho civil francés, de inspiración en la teoría subjetiva de la posesión (por citar un ejemplo de derecho comparado), autorizada doctrina (Colin, A y Capitant, H, 1942, pág. 898); (Josserand, 1952, págs. 56-57) sostiene que el concepto romano de precario ha variado, y ya no es un poseedor sino un detentador, pues tiene el bien por cuenta ajena y no para sí mismo, es decir sería un poseedor inmediato, solo que (naturalmente) a los ojos de la teoría de Savigny.

---

<sup>24</sup> Si bien conforme a la lógica conceptual que se manejaba en el derecho romano; esto es, se es poseedor cuando se detenta la cosa como señor o propietario, y en ese sentido el precario, que reconocía el derecho del titular en su detentación, no pasaría de ser un simple detentador o tenedor, en el derecho romano, se tuvo al precario como un poseedor.

Queda claro que al margen de regirse por la teoría subjetiva de Savigny o la teoría objetiva de Ihering, la comparación entre el *precarium* romano y el poseedor inmediato resulta inevitable. De esta necesaria comparación, emerge como es natural la presencia de rasgos de similitud, aun cuando es preciso hacer notar algunas diferencias.

La primera diferencia que podemos advertir radica en que el precario romano hace uso del bien a título gratuito, mientras que esta característica no se presenta en el caso del poseedor inmediato, el cual incluso parece estar orientado a preservar relaciones negociables a partir de la utilización del bien. Otra diferencia está vinculada a la temporalidad, pues mientras el poseedor inmediato ejerce su posesión en función a un título (entendido como acto jurídico) en el cual se establece (por lo general) la durabilidad de la concesión de la posesión, el caso del precario es completamente distinto, pues su origen por regla se sustenta en un acto de mera tolerancia o complacencia, no traducido necesariamente en un acto jurídico o acto negocial, sino librado al libre albedrío del concedente.

La realidad de la posesión precaria en el derecho moderno, por otra parte, es completamente diferente a la concepción aceptada en el derecho romano, pese a que existe en nuestro medio importante doctrina que evoca en el significado de posesión precaria la idea de una posesión inmediata generada en virtud de un título jurídico o un título social, y que la perversión del sentido correcto del término ha

dado lugar al artículo 911 del Código Civil peruano. (Gonzales Barrón, 2005, págs. 327-331); (Bello Janeiro, 2012, págs. 35-36)

De cualquier forma, en el artículo 911 del Código Civil, se define a la posesión precaria como la que se ejerce sin título alguno, o cuando el que se tenía ha fenecido; de cuya definición legal la jurisprudencia nacional se ha encargado de configurar un vasto abanico de supuestos, asimilándolos a situaciones de posesión ilegítima, posesión de mala fe, como se desarrollará más adelante.

### **2.2.2 La posesión precaria en el Código Civil de 1984**

Los únicos antecedentes normativos referentes al poseedor precario en la legislación peruana, previo a la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, los encontramos en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Decreto Ley N° 21938 (Régimen de alquiler para los predios destinados a casa-habitación)<sup>25</sup>, los cuales solo hacen mención a la posesión del precario como causal para interponer la acción de desahucio y sin establecer definición alguna al respecto.

Así pues, el artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles señalaba en su párrafo segundo que “(...) [h]ay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión”. Por su parte, el artículo 14 literal b) del Decreto Ley N° 21938 establecía que “[l]a acción de desahucio

---

<sup>25</sup> Ambos cuerpos normativos se encuentran derogados.

procederá (...) b) Si el predio es ocupado por otra persona de modo precario”.

Es a partir de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, que recién se proporciona una definición normativa de posesión precaria, estableciéndose en su artículo 911 que “[l]a posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”.

La definición normativa rápidamente nos hace pensar en que la concepción de posesión precaria que hemos asumido en el Perú, poco tiene que ver con el original *precarium* romano. El precario romano por tradición jurídica tiene fuente convencional, pues presupone la ocupación o tenencia del bien inmueble sustentada en la confianza o tolerancia del titular del derecho posesorio, quien en un momento determinado se lo entregó al tenedor para que lo aproveche con la obligación de devolverlo al primer requerimiento. Estos rasgos o cualidades, como es evidente, no se encuentran presentes en la definición legal del artículo 911 del Código Civil. Es claro a nuestro entender que no pueden ser la misma figura jurídica; no obstante ello, no puede dejarse de señalar que la noción de posesión precaria que se viene gestando en la doctrina y jurisprudencia, por interpretación del citado artículo 911 del Código Civil, en realidad es relativamente nueva si se la ubica en su contexto histórico de evolución, debiendo entenderse en todo caso que la institución viene atravesando un proceso de cambio o transformación.

El profesor Jorge Avendaño(1986, pág. 62), refiriéndose a la posesión precaria, sostiene que el Código Civil de 1984 ha utilizado una

categoría inaplicable a su propio sistema posesorio<sup>26</sup>, en la que la posesión es un poder de hecho, mientras que la figura romana del *precarium* carece de *animus domini*, pues el detentador ha de devolver el bien al primer requerimiento del poseedor, por lo que para el autor con la redacción del artículo 911 del Código Civil, el legislador ha querido introducir una norma definitoria de la posesión ilegítima, es decir de aquella posesión que ejerce quien no tiene derecho a hacerlo (Avendaño, 1986, págs. 62-63).

El mismo parecer comparte Héctor Lama More (2010), para quien:

(...) el art. 911 del Código Civil, que define la posesión precaria como la que se ejerce sin título alguno o el 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. (pág. 90)

De similar opinión es el jurista español Manuel Albadalejo (1994, pág. 73), para quien la posesión precaria es la que se ejerce sin derecho y se hace extensiva a todos aquellos que sin pagar renta utilizan la posesión de un inmueble sin título, así como cuando este título carece de eficacia para oponerse al que ostenta el legítimo poseedor.

---

<sup>26</sup> Recuérdese que la teoría de la posesión que recoge nuestro ordenamiento jurídico es la teoría objetiva de Ihering.

Así pues, el precario en el Perú, tal y como es entendida en los términos del artículo 911 del Código Civil, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, poco tienen que ver con el *precarium* romano, y tal como lo refiere Héctor Lama More (2010, págs. 89-90), esto se debería en primer lugar a que la posesión en nuestro país se rige por la teoría objetiva de Ihering, de acuerdo a la cual no se exige al poseedor que cuente con *animus domini*, bastando con que ejerza algún poder inherente a la propiedad, por lo que el precario tendría los atributos de un poseedor, mientras que el *precarium* romano no es más que un detentador; y, en segundo término, porque la posesión precaria en el Perú no se ejerce en función al vínculo obligacional vigente con el legítimo poseedor, de manera que el ánimo de restitución se torna en inexistente, a diferencia del *precarium* romano que sí se vincula obligacionalmente con quien ejerce el dominio del bien y, consecuentemente, debe restituirlo.

Pareciera entonces que la posesión precaria, tal y como se ha regulado en el Código Civil vigente, es –como dice Avendaño– una definición de la posesión ilegítima. En ese sentido, como bien señala Héctor Lama More (2010), en nuestro país se considerará poseedor precario, por ejemplo:

- a) quien, con o sin violencia, accede físicamente al bien en forma directa, sin autorización de su titular o propietario;
- b) quien, por cualquier razón, habiendo accedido al bien con anuencia de su propietario o titular del derecho o quien haga sus veces, o permanecido en él con su aquiescencia, no lo entrega al primer requerimiento;
- c) quien, habiendo tenido posesión legítima en virtud de un título válido, éste fenece por cualquier

causa; d) quien accedió al bien en virtud de un título jurídicamente inexistente; entre otros. (pág. 90)

Contraria a la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, es la postura del profesor Gunther Gonzales Barrón (2005, págs. 330-337), para quien el artículo 911 del Código Civil debe interpretarse en función al antecedente histórico del precario, por lo que el poseedor precario sería un poseedor legítimo, dado que su posesión se originaría en un acto de liberalidad de quien concede la posesión, colocando a ambos sujetos en una suerte de relación de posesión inmediata y posesión mediata, respectivamente, lo cual constituye título suficiente para legitimar la posesión.

Creemos que tal interpretación, si bien en alguna medida podría ser comprendida en la cláusula general prevista en el texto normativo del artículo 911 del Código Civil, en cuanto se establece que “[l]a posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”, lo que nos hace especular en que eventualmente el poseedor que ahora no cuenta con título posesorio, por efecto del requerimiento de quien le confirió la posesión, sí lo tuvo en el pasado merced a un acto voluntario del titular del derecho posesorio. Sin embargo, consideramos que esta postura precisa de una interpretación forzada, pues es evidente que los supuestos que abarca la ley son mucho más amplios y no se restringen únicamente al caso de la relación posesoria generada a partir de una posesión mediata e inmediata, sino que puede abarcar otras formas de relación posesoria, como se ampliará más adelante al tocar el acápite de

dispersión jurisprudencial. Por lo demás, esta postura ya no encuentra correlato en la jurisprudencia producida por los tribunales de nuestro país, e inclusive de países extranjeros, para la cual a la hora de afirmar la precariedad de la posesión, poco importa la forma en la que el detentador actual ingresó a ocupar o poseer el bien, considerándose tan poseedor precario al comodatario instituido a plazo indeterminado (artículo 1737 del CC), que en alguna medida se asemeja al precario romano, como al arrendatario cuyo título posesorio feneció, al propietario que vendió el bien empero que se quedó ocupándolo, e inclusive al poseedor que ingresó clandestinamente o mediante violencia (posesión viciosa). Lo definitorio, en todo caso, para esta nueva forma de ver la posesión precaria es la falta de título, ya sea por nunca haberlo tenido o por el fenecimiento del que se tenía. En este sentido, la dinámica jurisprudencial ha terminado por juzgar incorrecta la apreciación de Gonzales Barrón, según se comprobará *ut infra* cuando nos ocupemos de analizar las decisiones emitidas por la Corte Suprema de la República.

### **2.2.3 La posesión precaria en la legislación española**

La legislación española no hace mayor referencia al precario, que en el artículo 1565, inciso 3) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual literalmente establece:

Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: (...)

3. Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced,



siempre que fuese requerida con un mes de anticipación para que la desocupe.

Por su parte, el artículo 39 inc. 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, establece que:

Se tramitarán, por el procedimiento establecido para el juicio de desahucio en los artículos 1570 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas que se interpongan por precario, por extinción del plazo del arriendo, o por resolución del mismo por falta de pago de las cantidades a que se refiere la causa primera del apartado 2 del artículo 27 de esta ley.

Como se aprecia, el ordenamiento jurídico civil español carece de una definición legal de la posesión precaria, por lo que juristas de aquel país han optado por recoger definiciones alcanzadas por la jurisprudencia y las desarrolladas por ellos mismos.

En ese sentido, el profesor Domingo Bello Janeiro elabora una definición del poseedor precario a partir de la conceptualización hecha por la Real Academia Española (Bello Janeiro, 2012, págs. 68-78), la cual concibe a la posesión precaria como aquella que “se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño” (Bello Janeiro, pág. 68); pero, además, incorpora definiciones aportadas desde el desarrollo jurisprudencial, de donde se tiene que la posesión precaria “(...) es la posesión o mera tolerancia de una situación fáctica que no es identificable con la posesión en su concepción jurídica” (Bello Janeiro, 2012, pág. 79), cuya configuración faculta al legítimo poseedor para accionar en la vía de un proceso de desahucio, por lo que cabe hablar de un precario procesal (Bello Janeiro, 2012, págs. 80-81).

Por último, anota Bello Janeiro, que el concepto doctrinal viene dado a partir de la concepción romanística del precario, es decir, la de aquel que recibe en gracia el uso de una cosa hasta que el legítimo poseedor pida sus restitución (Bello Janeiro, 2012, págs. 81-83).

Asimismo, se ocupa del precario en la doctrina española, el jurista Díez Picazo (2007), quien sostiene que las nociones que se pueden esbozar respecto de la posesión precaria, se sintetizan en: i) de acuerdo al derecho positivo, como ocurrió en el derecho romano, el precario es una figura contractual independiente o autónoma (contrato de precario), que tiene por objeto la concesión del uso y disfrute de una cosa, generalmente inmueble, que se hace de forma gratuita y con la facultad de ponerle término en cualquier momento y a voluntad del titular del derecho posesorio; ii) fuera de los cauces contractuales, se acepta también que la figura del precario es una de tipo procesal, que comprende los casos en los que es viable accionar la acción de desahucio o desalojo, como se la conoce en nuestro medio. (pág. 582)

Agrega Díez Picazo (2007) que la jurisprudencia española ha sido sistematizada bajo tres supuestos de posesión precaria: i) la posesión concedida, entendida como la situación posesoria resultante de un acto gratuito y revocable del titular del derecho a favor del detentador; la posesión precaria tendría en este caso una fuente contractual; ii) la posesión tolerada, en la que respecto del caso anterior, se reemplaza el consentimiento entre concedente y concedido, por una actitud de tolerancia del primero; y iii) la posesión sin título, por la que se

entiende por precario a todo detentador que carece de título, o teniéndolo, éste es inválido o nulo. (pág. 582)

Como vemos, el escenario que nos presenta el sistema normativo, doctrinal y jurisprudencial español, es en líneas generales similar al peruano. Existe una tradición conceptual sobre lo que se debe entender por precario, sustentada en las raíces romanas; empero la doctrina y la jurisprudencia se han desmarcado de ella hace ya mucho tiempo atrás.

#### **2.2.4 El comodato a plazo indeterminado en el Código Civil de 1984**

Conviene ocuparnos en este apartado de la figura del comodato a plazo indeterminado regulado por el Código Civil, por tener matices afines o puntos de contacto con la institución de la posesión precaria. El artículo 1728 establece “Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva”.

El comodato proviene de la institución romana del *commodatum* que significa servicio o utilidad. Ramón Sánchez Medal (1980) dice que en el Código Civil francés de 1804,

Se consideró al comodato como una especie del género 'préstamo', el mismo que se subdividía en préstamo de consumo o mutuo, mediante el cual se transmitía la propiedad de la cosa, y en préstamo de uso o comodato, que transmitía solamente el uso de la cosa, pero con la obligación de devolución en ambos casos, para devolver otro tanto de la misma especie y calidad en el mutuo, y para devolver cosa individualmente o en especie en el comodato". (pág. 234).

Al respecto, Manuel Albadalejo (1975) señala:

(...) tradicionalmente se considera que existen dos tipos de préstamo: el préstamo de uso, en el que tan solo se transfiere el uso de lo prestado, existiendo la obligación de devolver la cosa prestada una vez que la misma ha sido usada; y el préstamo de consumo, en el que se transfiere la propiedad de lo prestado, que se entrega para ser consumido, de manera que la obligación de devolución se refiere a entregar una cosa de la misma cantidad y calidad a la inicialmente recibida y consumida. (pág. 304)

Por su parte, los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (1997) consideran que el comodato es "un préstamo de uso, en virtud del cual el comodatario recibe una cosa no fungible para usarla durante cierto tiempo, al cabo del cual debe restituirla. De ahí que, al comodato se le conozca también como préstamo de uso" (pág. 430).

De lo que resulta, que el contrato de comodato de uso se configura cuando una persona entrega gratuitamente un bien no fungible o consumible a un tercero contratante, para que éste lo use conforme a su destino ordinario, y luego lo restituya. El bien puede ser mueble o inmueble

En nuestro medio, el artículo 1737 del Código Civil regula lo que se conoce como comodato a plazo indeterminado, bajo el texto siguiente "Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite".

No pasa desapercibido el hecho de que el comodato a plazo indeterminado regulado por el Código Civil, es idéntico al *precarium* romano, pues en ambos cabe la posibilidad de la concesión gratuita de un bien mueble o inmueble (con la sola condición de que sea no

consumible), por un plazo no determinado, debiendo el beneficiario restituirlo cuando el poseedor lo solicite.

Aun cuando el tema es controversial, si se quisiera asimilar las instituciones de la posesión precaria y el contrato de comodato<sup>27</sup>, concretamente en cuanto se refiere al *precarium* romano, al que debe precisamente su existencia la posesión precaria moderna de nuestro sistema normativo, consideramos y estamos convencidos que ha tenido fuente convencional o contractual –si se quiere–, posición en la que por cierto nos encontramos de acuerdo con Domingo Bello Janeiro (2012), quien afirma:

A modo de conclusión, observamos que originalmente el precario surge como un contrato de préstamo de uso, a título gratuito, en el que el prestamista puede, en cualquier momento, reclamar ese bien prestado. De ahí se pasa a un concepto procesal que incluye todo contrato que confiere la tenencia de una cosa (variedad de comodato) y situaciones posesorias de naturaleza diversa: por tolerancia o beneplácito, o por falta de título, por lo cual pasa a ser clave la falta de pago de merced. (pág. 83)

Corroboramos de alguna medida nuestra posición Díez-Picazo (2007), cuando señala textualmente:

En nuestro derecho positivo, en forma similar a como ocurrió en las últimas fases del Derecho romano, el precario es una figura contractual independiente o autónoma (contrato de precario), que tiene por objeto la concesión del uso y disfrute de una cosa, generalmente inmueble, que se hace en forma gratuita y con la facultad de poner término a la situación contractual a voluntad del concedente”. (pág. 582)

---

<sup>27</sup> El *precarium* y el *comodatum* tienen raíces históricas distintas: el primero era una figura posesoria, aunque eventualmente de fuente contractual, mientras que el *comodatum* era un contrato, y como tal generaba efectos obligacionales.

Ahora, como lo anota el mismo Diez Picazo, en el derecho español el precario no está reconocido como contrato autónomo en la legislación, lo que supondría una dificultad para aceptarla hoy como una figura contractual; sin embargo, advierte el jurista, refiriéndose al derecho español, que se regula el comodato a plazo indeterminado (artículo 1.750 del CC), lo cual por cierto se replica en el artículo 1737 del Código Civil peruano, conforme al cual el titular de la cosa puede requerir su entrega en cualquier momento, y colocar al detentador en condición de precario.

Como fuere, creemos que por tradición jurídica, el origen de la figura del poseedor precario es contractual y deviene en perfectamente factible aceptar en nuestros días, que una de las fuentes de la relación posesoria que puede exhibir el poseedor precario puede provenir del contrato de comodato. Por otra parte, bajo esta lógica, consideramos que por tradición jurídica el proceso de desalojo, pensado para los casos de posesión precaria, fue concebido como una pretensión personal y no real, que busca hacer valer los derechos o el contenido de la convención celebrada entre las partes. Obviamente, el objeto de la prestación reclamada tiene por objeto el uso y goce de la posesión de la cosa, sin embargo, ello no necesariamente la convertiría en una acción real, pues lo que se exige es la restitución de las prestaciones a que se comprometieron las partes al celebrar el convenio o contrato, que obviamente si se trata de un contrato de arrendamiento, comodato u otro, implica que al

vencimiento de los plazos de duración, o en caso de resolución, el bien deberá regresar o ser devuelto a su titular, sea este propietario, arrendador, usufructuario, etc.

El desalojo, técnicamente, es una pretensión restitutoria, conforme lo señala el artículo 585 del Código Civil, pues sobre ella la norma textualmente establece “La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este subcapítulo”. Ahora, restituir no debe ni puede confundirse con entregar, pues el verbo restituir conforme a la definición del término aceptado por la Real Academia de la Lengua Española, en cualquiera de sus tres acepciones implica volver sobre una situación anterior. Así, por “restituir” debe entenderse: i) volver algo a quien lo tenía antes, ii) restablecer o poner algo en el estado que antes tenía y iii) dicho de una persona: volver al lugar de donde había salido. En suma, cuando el accionante en un proceso de desalojo solicita la restitución de un bien, la pretensión debe ser entendida como una de recuperación del bien que antes estuvo bajo su dominio o posesión, o en sentido más técnico sobre el que antes ejerció poderes de hecho.

Resta decir que bajo la lógica que ha guiado al legislador nacional, al emitirse decisión en torno a un proceso de desalojo, en el que como es natural se resuelve una pretensión restitutoria, lo que importa es determinar si el demandante tiene derecho a la restitución del bien por efectos de la ejecución o inejecución del contrato respectivo. Ahora, no obstante ser éste el origen de la figura jurídica del precario, resulta

que la jurisprudencia, no solo de nuestro medio sino extranjera han venido a dotarle de otro contenido, como se advirtió anteriormente, al llegarse a entenderla como la detentación del bien desprovista de cualquier título (válido), sea porque se extinguió o porque jamás existió. En este sentido, se ha llegado a determinar que en una serie de supuestos generados, no necesariamente vinculados a la vida de un contrato, es admisible la institución del poseedor precario; verbigracia, el poseedor ilegítimo (Casación N° 1625-2004-Lima), el servidor de la posesión (Casación N° 221-2001-Ica y Casación N° 1878-2004-Lima Norte), el poseedor que justifica su posesión con una constancia de posesión o recibos de pago de autoavalúo (Casación N° 85-2004-Lima), etc.

#### **2.2.5 El título posesorio**

La figura del precario en el Código Civil de 1984 prevé dos supuestos normativos para su configuración, a la luz del propio artículo 911. El primero de ellos, para aquella posesión ejercida sin título, mientras el segundo para aquella posesión en la cual el título ha fenecido.

En ambos casos, el criterio determinante se circunscribe al título posesorio, sin embargo el Código Civil no regula la definición de título posesorio. Al respecto, Héctor Lama More (2008, pág. 142) acusa que el Código Civil de 1984 no ha tratado de forma adecuada la normativa referente al título posesorio de bienes, pese a la relevancia que este elemento tiene sobre la calificación respecto a la licitud, validez o legitimidad de la posesión; más aún si se considera que en un eventual conflicto de intereses en el que la controversia no esté dada



por la defensa de la posesión como hecho sino como derecho, la posesión con título ostentará una mejor posición que el poseedor que carece de éste (Messineo, 1954, pág. 204).

En ese sentido, es oportuno conceptualizar qué se entiende por título posesorio a efectos de determinar cuándo se está ante una posesión precaria y cuando no.

Comentando la posesión legítima e ilegítima, el profesor Jorge Avendaño (1986) dice que:

[l]a palabra título tiene muy diversas acepciones en derecho. Así, título es el instrumento que contiene un determinado derecho. Título es también el acto jurídico en base al cual se invoca una determinada calidad. Título es asimismo la posición jurídica que se invoca, y así se dice "a título de propietario". En este caso el concepto de "título" es el de acto jurídico. El Código supone que el poseedor ha entrado en posesión en mérito a un negocio jurídico, a un contrato, el cual podría ser una compraventa, un arrendamiento o un préstamo. En cualquier caso, hay una relación jurídica entre el enajenante y el adquirente de la posesión. (pág. 60)

La concepción del título posesorio como acto jurídico, que da origen a la posesión, se centra en el título posesorio adquirido de forma derivativa, esto es por transmisión de otra persona (Lama More H. , 2008, pág. 142); de ahí que cuando el artículo 906 del Código Civil establece que el poseedor ilegítimo es aquel que ejerce su posesión respaldado en un título viciado<sup>28</sup>, hace referencia al acto jurídico que da origen a la posesión, el cual puede adolecer de algún vicio de nulidad o anulabilidad (Avendaño, 1986, pág. 60).

---

<sup>28</sup> El Código Civil establece en su artículo 906: "La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título".

Sin perjuicio de lo anterior, es posible que el título que sustenta a la posesión y que la justifica jurídicamente, no esté necesariamente referido a la manifestación de voluntad de transmisión de la posesión, sino que puede recaer en distintas fuentes tales como la ley o un hecho jurídico, que válidamente justifique el ejercicio de la posesión (Lama More H. , 2008, pág. 143), como, por ejemplo, los supuestos regulados en el Código Civil referidos a la prescripción adquisitiva de dominio (artículo 950), la división de tesoro encontrado en terreno ajeno (artículo 935), la accesión (artículos 938, 939 y 940), la edificación en terreno ajeno (artículos 941, 943 y 944), etc.

Esta última concepción, obviamente más amplia y rica que aquella que vincula el título al acto jurídico, consideramos que es correcta y da una solución más sólida y coherente a problemas como los que se plantearían si se quiere indagar sobre el título del poseedor *ad usucapionem*, por ejemplo, en la medida que permite explorar otras fuentes que originan el título posesorio de la posesión (Lama More H. , 2008, pág. 144).

Asimismo, hay ocasiones en las cuales el título posesorio sobre un bien determinado recae en el derecho que la ley reconoce al poseedor para ejercerla (Lama More H. , 2008, pág. 144). Por ejemplo, la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 3135-99-Lima que “la posesión ejercida por el hijo menor de edad sobre los bienes de propiedad del padre, nunca va a ser una posesión precaria, pues su título posesorio es justamente su calidad de hijo”. Es decir, el

título posesorio recae en el derecho que asiste al hijo menor de edad, para procurarse una vivienda por parte de los padres.

Por su parte, la Casación N° 1763-2003-Lambayeque ha señalado:

(...) teniendo en cuenta que, si la recurrente en su calidad de demandante no es propietaria de la edificación, no sería pertinente la aplicación del artículo 911 del Código Civil, no siendo posible proceder al desalojo de solo el terreno; por ende, no tendría la calidad de poseedor precario quien es dueño de la edificación construida sobre el terreno de la demandante, pues al final se estaría disponiendo el desalojo de un bien que no ha sido objeto de demanda.

Es decir, el título de la posesión de la demandada recaería en el derecho que la ley reconoce a quien construye un bien, aunque sea sobre terreno ajeno, mientras no se determine judicialmente si dicha construcción se edificó de buena o mala fe (Lama More H. , 2008, pág. 146).

La noción de título posesorio como fuente de derechos, la cual es en nuestro concepto la esencia de esta figura jurídica, debe tener la aptitud de comprender a una serie de supuestos fácticos y normativos, como al de poseedor *ad usucapionem*, al de poseedor usufructuario, al de arrendatario, al poseedor legítimo, al poseedor ilegítimo, al poseedor precario, entre otros; sin que ello implique, desnaturalizar la propia noción de posesión, desvirtuando su realidad ontológica, simulando realidades jurídicas inexistentes.

En resumen, el título posesorio que legitima el poder de hecho sobre una cosa, está referido en principio al acto jurídico que lo origina, pero además, debe atenderse a los supuestos en los cuales el título

posesorio está referido al hecho jurídico o derecho conferido por la propia ley.

## **2.3. EL PRECARIO Y LOS PROCESOS DE DESALOJO**

### **2.3.1 La dispersión jurisprudencial sobre la materia**

Tal y como se advirtió en la problemática que ocupa la presente investigación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha encargado de hacer cada vez más difuso el concepto de posesión precaria, y con ello ha dado pie a que su aplicación al proceso de desalojo por precario sea, también, imprecisa.

En la Casación N° 790-95-Lima del 01 de julio de 1996, la Corte Suprema consideró que cuando el vendedor del inmueble hace valer la cláusula resolutoria expresa ante el incumplimiento del comprador, el título de éste fenece, por lo que se vuelve un poseedor precario y es procedente su desalojo; sin embargo, en la Casación N° 2522-97-Lima del 31 de agosto de 1999, se cambia el criterio de interpretación, asumiéndose que no es precario el poseedor cuyo contrato ha sido resuelto por incumplimiento del contrato de compraventa. Posteriormente, en la Casación N° 980-2003-Lima del 18 de agosto de 2003, la Casación N° 1655-2002-Lima del 28 de noviembre de 2003, la Casación N° 2894-2005-Lima del 06 de junio de 2006, y la Casación N° 4078-2006-Lima del 03 de diciembre de 2007, la sala suprema cambia otra vez de parecer y concluye que es precario el arrendatario o comprador cuyo contrato fue resuelto extrajudicialmente.

De otra parte, en la Casación N° 1918-2005-Chincha del 02 de mayo de 2006, la Casación N° 1074-2004-La Libertad del 24 de mayo de 2006, y en la Casación N° 3332-2006-Lima del 16 de mayo de 2007, se precisa que los títulos posesorios inválidos configuran posesión ilegítima y no posesión precaria, habida cuenta de que la posesión precaria importa que la posesión se ejerza sin título alguno, es decir, que no exista ni siquiera un título inválido que justifique su posesión. Contradictoriamente, en la Casación N° 1625-2004-Lima del 23 de agosto de 2005, se establece que el poseedor precario es una figura que bien se puede asimilar a la del poseedor ilegítimo.

En la Casación N° 1878-2004-Lima Norte del 04 de octubre de 2005, se precisó que el servidor de la posesión merced a un vínculo laboral con el propietario, se convierte en precario al extinguirse el mismo; empero, en la Casación N° 2422-2002-Lima del 13 de diciembre de 2002, la Corte Suprema ya había establecido que no es precario el servidor de la posesión, que ha sido requerido por el propietario del bien para su devolución.

Otro caso contradictorio es el que se verifica a razón de la Casación N° 2764-2002-Lima del 10 de febrero de 2013, donde se establece que no es precario el arrendatario cuyo contrato concluyó por comunicación cursada por el nuevo propietario del bien a quien el arrendador se lo vendió; no obstante, posteriormente, en la Casación N° 5388-2008-Lima del 25 de agosto de 2009 y en la Casación N° 2165-2009-Lima del 12 de noviembre de 2009, la Corte Suprema cambia de criterio, afirmando que sí es precario el arrendatario cuyo

contrato fue concluido mediante comunicación escrita por el nuevo propietario.

La Casación N° 85-2004-Lima del 25 de abril de 2005, estableció que es precario aquel que sustenta su posesión en recibos de pago de autoavalúo, así como constancias de posesión; mientras que, en la Casación N° 3520-2006-Lima del 16 de mayo de 2007 y la Casación N° 4098-2007-Lima del 01 de septiembre de 2018, se adoptó el criterio de no considerar como precario a quien posee merced a una constancia de posesión.

De igual manera se advierte contradicción en la Casación N° 1819-2005-Huaura del 14 de septiembre de 2005, cuando se dice que no es precario el ocupante que sustenta su posesión en un contrato de cesión de derechos, otorgado por persona que ciertamente no es el actor que alega la propiedad; mientras en la Casación N° 2459-2002-La Libertad del 13 de enero de 2003 y 43-2008-Pasco, en las que se adopta como criterio que es precario quien ocupa el bien con un título otorgado por persona que no es el propietario.

Finalmente, conviene anotar lo resuelto por la Corte Suprema en la Casación N° 917-2001-La Libertad, en la que establece que es precario quien alega y acredita venir poseyendo el inmueble a título de propietario, alegando además que lo ha adquirido por prescripción adquisitiva de dominio; así como lo resuelto en las Casaciones 1490-2003-Arequipa y 2854-2010-Ucayali, en las que se estableció que la existencia de un proceso judicial de nulidad de acto jurídico, es título suficiente que justifica la posesión sobre el bien.

El esbozo general que se ha hecho, de las idas y vueltas que ha tenido la jurisprudencia civil, en su tarea de delimitar la noción de posesión precaria, ha traído consigo el gran perjuicio que implica tener una judicatura impredecible, y que por tal razón viene a ser injusta. Afortunadamente, la misma Corte Suprema consciente del grave peligro que engendra tener una tendencia jurisprudencial vacilante, ha pretendido corregir esta situación de evidente desorden, con la adopción de los Plenos Casatorios de los años 2012 y 2016, de los que nos vamos a ocupar a continuación.

### **2.3.2 El desalojo por precario en los plenos casatorios**

En efecto, consideramos que no solo es una aspiración sana que la jurisprudencia se sustente en una correcta y razonable interpretación de la Constitución y la ley, en lo que precisamente el recurso de casación tiene una función importante, pues más allá de sustentarse en el derecho a la instancia plural, cumple una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico (derecho positivo). Adicionalmente, es de esperarse que la jurisprudencia o tendencia jurisprudencial sea uniforme y que se evite criterios jurisdiccionales contradictorios, que aparezcan como apasionamientos obsesivos y agobiantes como contrapartida de la serenidad que se espera de una jurisprudencia predecible.

En esta tarea, cuando menos en el área del derecho civil, el ordenamiento jurídico ha configurado dos caminos para ser transitados por los tribunales de las máximas instancias jurisdiccionales, que busquen precisamente uniformizar sus criterios

jurisprudenciales, estableciendo para ello doctrina legal vinculante. Se trata del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece en su artículo 22, la potestad que tienen las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República, de ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano, de ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales; y del Código Procesal Civil, que ha previsto en su artículo 400, la facultad de la Sala Suprema Civil de convocar a pleno de magistrados supremos de la especialidad, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial; la decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al cónclave constituye precedente judicial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de la república<sup>29</sup>.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, de los nueve plenos casatorios celebrados para resolver la problemática que atañe a la jurisprudencia en materia civil, ha expedido dos que tienen vinculación directa con el tema de la posesión precaria.

Se expidió el IV Pleno Casatorio Civil en el año 2012, el cual estableció diversos alcances sobre la aplicación del proceso de desalojo por posesión precaria. Posteriormente, el IX Pleno Casatorio Civil del año 2016, se ocupó del análisis del otorgamiento de escritura pública; sin embargo, introdujo un cambio en los criterios adoptados

---

<sup>29</sup> De los dos caminos u opciones, la Corte Suprema ha optado hasta la fecha por recurrir únicamente a los Plenos Casatorios, de conformidad con el artículo 400 del CPC.



como precedente en el Pleno Casatorio del año 2012, como se hará ver a continuación.

#### **A. El IV Pleno Casatorio Civil**

En el IV Pleno Casatorio Civil (2012), se establecieron básicamente siete precedentes vinculantes, con una particularidad, en el quinto se plantearon bajo una cláusula *numerus clausus*, supuestos específicos de posesión precaria, que de manera recurrente se habrían presentado en la jurisprudencia del Poder Judicial. A saber:

- a)** 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.
- b)** 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.
- c)** 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.

- d)** Establecer, conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esta 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.
- e)** Como quinto precedente se establecieron seis supuestos, que los órganos jurisdiccionales tendrían que asumir como casos tipo de ocupación precaria. Así, será poseedor precario:
  - i)** El ocupante, en los casos de resolución extrajudicial de un contrato (compra venta, arrendamiento, etc.), conforme al artículo 1429 y 1430 del Código Civil.
  - ii)** Cuando se presente el caso previsto en el artículo 1704 del Código Civil; esto es cuando con el requerimiento hecho por el arrendador al arrendatario, se pone de manifiesto la voluntad de aquel de poner fin al contrato. No se dará este supuesto de posesión precaria, si no se produce el requerimiento de devolución del bien, conforme al artículo 1700 del Código Civil.

- iii)** Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia – sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico - , y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.
- iv)** El caso del arrendatario del bien que fue enajenado por el titular, sin que el adquirente se hubiere comprometido a respetar el contrato de arrendamiento, conforme al artículo 1708 del Código Civil.
- v)** El poseedor que afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo – sea de buena o mala fe –.
- vi)** Es precario quien meramente hace alegación en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, pues tal no bastaría para declarar improcedente la demanda. El juez deberá valorar las pruebas en las cuales se sustenta el derecho invocado por el demandado
- f)** 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.

- g)** 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.

## **B. El IX Pleno Casatorio Civil**

El IX Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República (2016) fue convocado, no con el objeto de abordar la problemática que representa la posesión precaria, ni los procesos de desalojo, en estricto. Sin embargo, con motivo de que se establecieron acuerdos que de forma directa incidían en criterios ya asumidos en acuerdos plenarios anteriores; esto es, el I Pleno Casatorio Civil y el IV Pleno Casatorio Civil; al ocuparse de la materia de estudio, resultó que el octavo precedente estuvo referido básicamente a modificar el contenido del acuerdo 5.3 del IV Pleno Casatorio (Precedente quinto), en los siguientes términos:

Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutive de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos

presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Se hace patente que con la adopción de los plenos casatorios aludidos, se ha querido por un lado uniformizar las decisiones que giran en torno a la figura de la posesión precaria, y por otro se ha buscado sistematizar los supuestos que se ubicarían dentro de la categoría de poseedor precario. Así, habiéndose verificado en el ítem Dispersión Jurisprudencial de este trabajo, que los criterios eran abiertamente contradictorios, se ha pretendido terminar con el desorden que ello causa; tarea, por decir lo menos, compleja y sumamente difícil, ya que –como se conoce– la jurisprudencia vinculante expresada en precedentes fungen de reglas de derecho, y en esa medida es materialmente imposible que se pueda –finalmente– cubrir toda la casuística que se pueda presentar en torno a la posesión precaria, conjurando o evitando interpretaciones dispares.

Evidentemente, los plenos casatorios son útiles y coadyuvan enormemente en el ámbito jurisdiccional, sin embargo no puede ser la panacea de este problema. En todo caso, hay que reconocerle su utilidad como fuente de orientación al tiempo de establecer en el terreno fáctico los casos de posesión precaria, empero no juzgándolos necesariamente como un fracaso, si acaso la falta de uniformidad persiste.

### **CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Abordamos en este capítulo la última parte del trabajo de investigación, en el cual se ha llegado a contrastar la hipótesis planteada en el primer capítulo. Para poder validar la hipótesis que propusimos como solución al problema de investigación, ha resultado imperativo ocuparnos de cada uno de los objetivos específicos y –naturalmente– del general, pues solo a partir de ellos, que por cierto van concatenados y vinculados tanto con el problema como con la hipótesis, se ha podido alcanzar la base corroborativa doctrinal, jurisprudencial y básicamente argumentativa, que nos ha permitido sustentar la validez de nuestra postura sobre la problemática que concita desentrañar la naturaleza jurídica de la posesión precaria.

Recordemos, entonces, que los objetivos que se formularon en el capítulo que fija las bases epistemológicas de la tesis, giran básicamente en torno a los siguientes temas: i) identificación del concepto de posesión en el derecho civil peruano; ii) análisis comparado de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la posesión precaria en el derecho civil peruano; iii) diferencias y similitudes conceptuales entre la posesión precaria y otros tipos de posesión reguladas en el derecho civil peruano; iv) naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano; y v) propuesta legislativa que de coherencia normativa al principio de continuidad de la posesión en el tiempo.

### 3.1. IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE POSESIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Como se ha puesto de manifiesto, el Código Civil sigue la teoría objetiva de la posesión, la fuente de inspiración obviamente es el Código Civil alemán de 1900, que recoge en su articulado la noción de posesión sustentada en el poder de hecho o control sobre la cosa objeto de la posesión (sección 854), el servidor de la posesión (sección 855), autodefensa de la posesión (sección 859), coposesión (sección 866), posesión mediata (sección 868), entre otros. Consecuente con esta línea conceptual, no se ha llegado a regular en el Código Civil de 1984, ni en su antecedente el Código Civil de 1936, la figura de la tenencia o detentación; lo que implica bajo la sistemática del Código Civil, que es indiferente si se posee en concepto de dueño o señor, o de mero tenedor de un bien, para ser reputado poseedor. En el Código Civil se hace una clasificación de formas de posesión pasibles de presentarse, como se ha expresado *ut supra* al exponer el marco teórico. A saber, existe una posesión inmediata y una posesión mediata (artículo 905 del CC), existe una posesión ilegítima, *contrario sensu*, una posesión legítima (artículo 906 del CC), existe una posesión de buena fe y una posesión de mala fe (artículo 906-908 del CC), existe una posesión precaria (artículo 911 del CC). Empero, además de estas formas de posesión previstas en el capítulo tercero de la sección tercera, tenemos a la posesión en concepto de dueño, que es la única que puede llegar a convertirse en propiedad (artículos 950 y 951 del CC).

La posesión en concepto de dueño, nombrada así en el derecho moderno, es la posesión *ad usucapionem* a que se refiere el derecho romano, y que es llamada posesión civil en la doctrina tradicional del derecho. Obviamente, no es cualquier tipo de posesión, pues desde antiguo se la ha considerado como una posesión cualificada, que no solo es apta para ser defendida con las acciones posesorias y los interdictos, sino una posesión con justo título y buena fe, reconocida así por el derecho (Savigny, 1845, pág. 47).

Cierto es que con el advenimiento de la teoría objetiva, que propugna la eliminación de la diferencia habida tradicionalmente entre posesión jurídica y posesión natural, o posesión y tenencia, por su carencia de interés práctico, y por cierto seguida por el legislador nacional, la regulación de la posesión ha sido agrupada en una sola y única categoría denominada posesión, pues nótese que bajo el rigor de la teoría subjetiva los tipos de posesión inmediata (arrendatario, usufructuario, prendario, etc.), posesión precaria (por tolerancia o confianza del titular posesorio), no corresponden sino a la noción de detentación. Asimismo, es preciso puntualizar que si bien la teoría objetiva concluye que una diferenciación entre posesión y tenencia carece de utilidad práctica, por lo que no hay necesidad de diferenciarlas normativamente, en ninguna parte de sus planteamientos niega que conceptualmente existan diferencias entre ambas. Es más, cuando hemos expuesto los planteamientos, tanto de la teoría subjetiva como la objetiva, se ha podido encontrar entre los puntos de contacto existentes entre ambas teorías, precisamente, que la diferencia entre posesión y tenencia es la naturaleza de la voluntad, pues



mientras en la primera la voluntad de poseer es en concepto de dueño o propietario, en la tenencia esta voluntad de poseer como dueño no existe, porque se reconoce el derecho dominical de otro.

Por tanto, resulta que si debemos atenernos a la lógica conceptual y sistemática del Código Civil, de inspiración objetiva, la coincidencia de términos no nos puede llevar a asumir que actualmente –en rigor– exista una única clase de posesión o relación posesoria. Lo que queremos decir es que no porque la posesión inmediata (arrendamiento, usufructo, superficie, etc.) se llame así, se ha venido a convertir en una auténtica posesión civil, o bajo la óptica subjetiva haya dejado de ser tenencia o detentación. En realidad la razón o fundamento por el cual la teoría objetiva asumió que era innecesaria la distinción, obedeció a si la tenencia merecía protección jurídica, lo que ahora no suscita controversia, pues es corriente que en códigos civiles de corte subjetivista como el argentino<sup>30</sup>, español<sup>31</sup>, colombiano<sup>32</sup>, entre otros, se haya reconocido el

---

<sup>30</sup> Artículo 2469 del Código Civil.

La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales.

<sup>31</sup> Artículo 432 del Código Civil.

La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.

Artículo 46 del Código Civil.

Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

<sup>32</sup> Artículo 984 del Código Civil.

Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior.

derecho de los detentadores o tenedores de acudir a la autoridad competente, accionando el respeto de la posesión o detentación como simple hecho.

Consideramos, entonces, que si bien se ha unificado terminológicamente en nuestro sistema normativo las categorías posesión y tenencia, sin embargo no es correcto perder de vista que bajo la calificación de posesión es posible encontrar relaciones posesorias disímiles, que no solo merecen tratamientos distintos, sino que tal se impone por la fuerza de la naturaleza ontológica. Así, un poseedor inmediato (*v. gr.* un arrendatario, usufructuario, depositario, etc.) no podrá convertirse en propietario por prescripción adquisitiva, en la medida que tal posibilidad está reservada para el poseedor en concepto de dueño o propietario. Del mismo modo ocurrirá con el poseedor precario (por tolerancia o complacencia del titular del derecho), de cuño o tradición romana, a menos que en el transcurso del tiempo opere el cambio de la causa de la posesión, por efectos de la inversión o interversión del título posesorio.

Por lo demás, si se tiene claro las diferencias de matiz que tiene cada uno de los tipos de posesión, que se regula en el Código Civil peruano, no hay problema en que la sistemática conceptual adoptada por el legislador, haya unificado la terminología en una sola noción de posesión, digna de protección jurídica, en vista que tutela un interés legítimo, ya sea el del auténtico propietario, del poseedor *ad usucapionem*, el arrendatario, el usufructuario, etc., pues en todos ellos hay razón más que natural para tutelar el derecho a no ser inquietado en la posesión, mucho menos

---

Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

despojado. Ergo, la tutela posesoria que se dispensa en el ordenamiento jurídico (artículos 920 y 921 del CC) debe encontrarse a la mano, no solo de quienes posean como auténticos poseedores sino como tenedores (óptica subjetiva).

En cuanto a los problemas de abordaje que podrían plantear los supuestos de posesión mediata e inmediata, regulado en el artículo 905 del Código Civil, debe aceptarse que en ambos casos se verifica elementos exteriores que sustentan el ejercicio de hecho de los poderes inherentes al propietario sobre la cosa. Así, en cuanto al poseedor mediato, se observa que éste mantiene la posesión, pero incorporando a la relación con el bien, a un tercero: el poseedor inmediato, quien –como hemos visto– ejerce la posesión en su nombre. Es a través del poseedor mediador que se desenvuelve el interés que modula su voluntad y que lo mueve a obtener del bien un beneficio económico y social, el cual es por cierto la razón ontológica de los bienes. Por su parte, en cuanto al poseedor inmediato, atentos a que se podría cuestionar la falta de *animus domini*, sin embargo tal observación no resulta del todo fundada y podría relativizarse, si se tiene en cuenta que no es cierto que éste se encuentre desprovisto de todo interés al ejercer la detentación, en la medida que al tener bajo su poder el bien, aun cuando reconociendo un derecho superior al suyo, el interés que modula su voluntad es satisfacerse de los beneficios y provechos del bien, como ocurre con el arrendatario, el usufructuario, el usuario, etc.

Son éstas básicamente las razones que sustentan, que tanto la posesión mediata como la posesión inmediata, expresen el contenido del derecho

de propiedad, pues en ambos tipos de relación posesoria se advierte un interés jurídico por valerse de la utilidad del bien, el cual es el planteamiento fundamental de la teoría objetiva. Obviamente, esta observación no desdeña la clásica división y distinción entre posesión y tenencia, sustentada en la calificación de la voluntad de poseer. En todo caso, la utilización de los términos posesión y tenencia, para la teoría objetiva de la posesión, no es sino un debate teórico, que no altera la sustancia de las cosas.

En cuanto al servidor de la posesión, regulado en artículo 897 del Código Civil, la norma no le reconoce la condición de poseedor, siguiendo con ello el legislador peruano al Código Civil alemán, pese a que en la relación y/o situación jurídica, podría alegarse que existe similitud con la del poseedor inmediato; lo que sin embargo no es así. En la posesión mediata e inmediata, quien actúa como mediador de la posesión es un sujeto que actúa movido por un interés propio, al punto que es titular del derecho real que se le confiere y que tiene como objeto el bien o la cosa; verbigracia, el arrendatario si bien no es dueño del inmueble, si es el titular del derecho de uso del mismo, por el cual inclusive paga una renta; actúa, pues, en beneficio o interés propio. Lo que no ocurre en el caso del servidor de la posesión, quien funge únicamente como instrumento de la posesión, cumpliendo órdenes o directivas del poseedor, y este último por la misma razón no puede ser un poseedor mediato simplemente, sino un poseedor en sentido estricto.

Resulta, entonces, que la concepción de posesión que adopta el sistema normativo peruano, es el de la teoría objetiva, conforme a la cual la

posesión se identifica con la exteriorización del interés jurídicamente protegido del titular sobre la cosa (*corpus*), dentro de cuya relación si bien el *animus domini* se encuentra presente, pues es inconcebible asumir una relación posesoria sobre la cosa sin voluntad, sin embargo, ésta se encuentra contenida indisolublemente en la manifestación externa de la relación de poder sobre la cosa (*corpus*), al punto de no poder prescindir de ella. Ahora, esa relación de poder sobre la cosa, eventualmente, puede prescindir de una situación de proximidad, como sucede en el caso de la posesión mediata, empero aún en este caso es posible identificar una expresión material de la voluntad de poseer, identificable como un interés sobre el bien, en que el mismo le provea de algún tipo de beneficio, como es obtener una renta, para el caso del bien arrendado, la suscripción del contrato de arrendamiento, así como que la cosa cumpla su función socio económica, la cual es dar utilidad al colectivo social.

El concepto de posesión que describimos –consideramos- encaja de forma cabal en la definición legal traída por el artículo 896 del Código Civil, cuyo texto señala que “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”; entendiéndose –naturalmente– a la propiedad como el derecho real más completo que comprende todos los demás derechos de este tipo.

Consideramos finalmente sobre este punto, que bajo la noción de posesión civil o posesión legítima que encuentra su derrotero final en la propiedad por prescripción adquisitiva, no se puede admitir a la del arrendatario, usufructuario, poseedor precario, pues aun cuando la norma civil (artículos 905, primer supuesto, y 911 del CC) se refieran a ellas

como supuestos de posesión, en realidad por su naturaleza ontológica no son sino supuestos de detentación o tenencia, con algún grado de derecho o legitimación. La denominación normativa, que a estos efectos resulta equívoca, deviene de una concepción doctrinaria, que aunque importante y correcta en muchos sentidos (teoría objetiva), es incompleta –como toda obra humana– para dar una respuesta feliz a todos los problemas jurídicos que se puedan presentar en la realidad, o si se quiere –debe entenderse– responden a una concepción común o “vulgar”<sup>33</sup> de las categorías jurídicas, por razón de una ambigüedad lingüística de las formulaciones normativas, en las que se aprecia una discordancia entre lo que aparece en el texto expreso de la norma y las denominadas razones subyacentes que justifican el enunciado, como las entiende Ángeels Rodenas (2012, págs. 27-28).

En suma, la concepción que maneja el derecho positivo peruano en torno a la posesión responde a la teoría objetiva, que sin desconocer –por cierto– la existencia de las nociones de tenencia y posesión, como realidades distintas, llega a asumir la falta de utilidad práctica de una distinción sustentada en la causa de adquisición de una y otra, en razón de que ambas (tenencia y posesión) son merecedoras de protección vía las acciones posesorias, pues en todos los casos se tutela un interés jurídico digno de protección por el derecho. No obstante ello, cada una de estas posesiones, la legítima, la ilegítima, la de buena fe, la de mala fe, la mediata, la inmediata, la precaria, tienen diferencias de matiz que inciden en su naturaleza jurídica y sus efectos.

---

<sup>33</sup> Usamos el término vulgar, no en un sentido peyorativo, sino como sinónimo de común o de uso para el profano.

### **3.2. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS POSTURAS DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Las posturas doctrinarias del derecho civil peruano -y afines- sobre la posesión precaria pueden resumirse básicamente en dos. De un lado se encuentran aquellos que consideran que la posesión precaria no se puede desligar de su antecedente romano, el *precarium* (Gonzales Barrón, 2005, págs. 324-325), y en esa lógica necesariamente derivan de una relación contractual previa, al punto de que al poseedor precario habría que asimilarlo a la condición de un poseedor inmediato que perdió cualquier tipo de derecho o legitimidad para continuar ejerciendo poderes sobre la cosa; mientras que, de otra parte, están quienes consideran que la posesión precaria, tal como se ha regulado en el Código Civil, es una definición de la posesión ilegítima, a la que se llega no solo a partir del fenecimiento del título posesorio conferido por el titular del derecho (propietario), sino también a partir de cualquier circunstancia no necesariamente vinculada a una convención o contrato previo, como nos hemos ocupado de explicar en la exposición del marco teórico (Avendaño, 1986); (Lama More, 2010).

Esta apreciación se replica también a nivel de derecho comparado, como se advierte de la información obtenida del jurista Díez Picazo (2007, pág. 582), en el reino de España.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, se ha decantado por asumir una concepción amplia de la noción de posesión

precaria, como resulta de lo establecido en el IV y IX Pleno Casatorio Civil, donde se ensaya una noción de posesión precaria y se precisan situaciones concretas dentro de las que se pueden configurar.

### **3.2.1. Criterios asumidos por la Corte Suprema en el IV y IX Pleno Casatorio Civil**

La Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio Civil, decididamente opta por un criterio amplio de posesión precaria, comprendiendo dentro de esta figura no solo a los supuestos en los que el ocupante o tenedor del bien recibió la detentación del titular del derecho, como es el caso del comodato, el arrendamiento o el usufructo, y que por efectos del fenecimiento o vencimiento del título, incurrió en una situación de precariedad, sino también aquellos casos en los que jamás se verificó la relación jurídica de subordinación posesoria entre el titular del derecho posesorio y el ocupante del bien.

Bajo esta lógica, se establecieron como doctrina jurisprudencial vinculante, por mayoría, las siguientes reglas:

- a)** 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.

Como se hace evidente, en la definición establecida como doctrina legal en el pleno, cabe no solo incorporar a los supuestos de comodato a plazo indeterminado, arrendamiento, usufructo, con título



vencido o fenecido, sino también a los supuestos de posesión ilegítima.

- b)** 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.

Con esta regla jurisprudencial se impone o establece, básicamente, dos criterios. Por una lado, se descarta que la noción de título posesorio esté asociada necesariamente con la condición de propietario, pues el título posesorio podría estar sustentado en un contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis, etc., en los que no se transmite el derecho dominical, sino simplemente el uso y disfrute, empero que satisface la naturaleza jurídica de título posesorio, que autoriza a ejercer los poderes de hecho inherentes a la propiedad. Por otro lado, se desvincula la idea de título de la noción común o vulgar que se maneja, que por lo general sugiere la existencia de un documento. Se concluye señalando que título sería cualquier acto jurídico que autoriza la posesión.

A este respecto, debemos caer en la cuenta que título trae a consideración al elemento fuente de un derecho o, que en todo caso, justifica su legitimidad. En el caso particular del título posesorio, que es el que interesa para determinar la precariedad de la posesión, correspondería entender como título posesorio a aquel acto jurídico

que confiere el derecho para detentar el bien. El pleno asume que título posesorio es el acto jurídico merced al cual el detentador u ocupante del bien ha llegado a ejercer los poderes sobre él; sin embargo conviene hacer presente que no únicamente un acto jurídico, en el que obviamente se verifique la concurrencia de los elementos necesario e imprescindibles para dotarle de validez<sup>34</sup>, podría llegar a constituir título posesorio. Junto al acto jurídico (que por cierto es la forma más generalizada de título posesorio cuando la posesión o detentación se transmite por tradición) se tiene al hecho jurídico, que es una categoría más amplia que el acto jurídico a que se refiere el artículo 140 del Código Civil, empero que finalmente puede constituirse en fuente del derecho posesorio, como por ejemplo ocurre con la posesión en concepto de dueño acaecida por voluntad unilateral del poseedor sobre un bien desocupado, que bajo ciertas condiciones y transcurso de tiempo puede llegar a convertirse en una posesión *ad usucapionem* (artículo 950 del C.C.). O, también, la ley bajo ciertas circunstancias puede llegar a constituir el título posesorio de un detentador, como resulta del derecho a adquirir y conservar la posesión del tesoro encontrado en terreno ajeno (artículo 935), la accesión (artículos 938, 939 y 940 del C.C), la edificación en terreno ajeno (artículos 941, 943 y 944 del C.C.), etc.

---

<sup>34</sup> Artículo 140 del Código Civil.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Esta última concepción, obviamente más amplia y rica que aquella que vincula el título al acto jurídico, consideramos que es correcta y da una solución más sólida y coherente a problemas como los que se plantearían si se quiere indagar sobre el título del poseedor *ad usucapionem*, por ejemplo, en la medida que permite explorar otras fuentes que dan nacimiento al derecho de ejercer la posesión o la detentación, en lo que por cierto coincidimos con Héctor Lama More (2008, pág. 144).

- c) 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.

Como hemos señalado, la pretensión de desalojo técnicamente es una pretensión restitutoria, conforme lo regula el artículo 585 del Código Civil, lo que por cierto tiene apoyo en los antecedentes de la ley vigente (Código Civil). Así, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Decreto Ley N° 21938 (Régimen de alquiler para los predios destinados a casa-habitación)<sup>35</sup>, que son normas que se refieren a la posibilidad de accionar desahucio en supuestos de ocupación precaria<sup>36</sup>, como aquella acción destinada a recuperar bienes inmuebles, lo que implica que el sentido correcto del término

---

<sup>35</sup> Ambos cuerpos normativos se encuentran derogados.

<sup>36</sup> El término desahucio es equivalente a desalojo.

no se asemeja a una que pretende la “entrega”, como lo indica el pleno casatorio, sino más bien a la devolución de la cosa. Esta situación resulta importante en vista de que si ello es así, se confirma la idea de que tradicionalmente –por norma– la pretensión de desalojo por precario o por posesión precaria, ha sido de tipo personal, antes que de tipo real, y que por tanto supone una relación jurídica entre las partes sustentada en un convenio o pacto; lo que en su momento constituyó el *precarium* romano que se define como el negocio jurídico por el cual el paterfamilias cedía una parte de sus tierras a los clientes para que las cultivaren.

Bajo las mismas condiciones se encuentra regulado el proceso de desahucio en el derecho español, cuando se reconoce el derecho de recuperar el bien ejercitando la acción de desahucio, en el caso de que el demandado lo conserve sin pagar merced conductiva o renta.<sup>37</sup>

Ahora, sin perjuicio de hacer notar que, técnicamente y por tradición legal, el desalojo es una pretensión personal, sin embargo, al haberse abierto el abanico de situaciones que configuran posesión precaria (por obra de la jurisprudencia), de acuerdo al cual no solo se entiende como precario al poseedor inmediato cuyo título feneció (arrendatario, comodatario, etc.), sino inclusive al poseedor ilegítimo (poseedor que no reconoce derecho superior al suyo en el pretensor), consideramos que bajo esta nueva lógica –por fuerza de las circunstancias– el desalojo ya no puede ser tratado como una pretensión enteramente

---

<sup>37</sup> Artículo 1565, inciso 3) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 39, inciso 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, del 29/1994.

restitutoria y, por tanto, personal, sino inclusive posesoria, destinada a determinar el derecho o mejor derecho a poseer. Sería bajo esta nueva perspectiva una pretensión real, pues buscaría hacer valer un interés jurídicamente protegido dentro del ámbito de los derechos reales (el derecho a poseer).

- d)** Establecer, conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esta 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.

Entendemos perfectamente que si con la pretensión de desalojo se busca recuperar la posesión del bien, esta no solo puede ser ejercitada por el propietario, quien ejerce el derecho posesorio por antonomasia, sino también el administrador, el arrendador con facultades para subarrendar, el usufructuario, etc.

- e)** Como quinto precedente vinculante, se ha establecido en el IV Pleno Casatorio Civil, con carácter de *numerus clausus*, algunos supuestos de posesión precaria. A saber:
  - i)** En los casos de resolución extrajudicial de un contrato (compraventa, arrendamiento, etc.), conforme al artículo 1429 y 1430 del Código Civil.

Con este criterio se zanja la discusión suscitada a nivel jurisprudencial<sup>38</sup>, de si al interior de un proceso de desalojo, por su naturaleza breve, se puede establecer o determinar la resolución del contrato de arrendamiento que legitimaba la posesión del tenedor indicado como precario. El juez deberá analizar si concurren los requisitos formales que habilitan la resolución del contrato que legitimaba la detentación. Si concurren, aun en supuestos de resolución extrajudicial, se tendrá por precario al poseedor cuyo contrato fue resuelto.

**ii)** Será un supuesto de título de posesión fenecido, cuando se presente el caso previsto en el artículo 1704 del Código Civil; esto es cuando con el requerimiento hecho por el arrendador al arrendatario, se pone de manifiesto la voluntad de aquel de poner fin al contrato. No se dará este supuesto de poseedor precario, si no se produce el requerimiento de devolución del bien, conforme al artículo 1700 del Código Civil.

Este caso es uno de precario sobrevenido, que se da por fenecimiento de título, pues si bien el arrendatario contaba con título que autorizaba la detentación del bien, por efectos del cumplimiento del plazo y requerimiento de devolución, el título feneció.

---

<sup>38</sup> Recuérdese que la Corte Suprema con criterios contradictorios emitió ejecutorias en la Casación N° 790-95-Lima del 01 de julio de 1996, Casación N° 980-2003-Lima del 18 de agosto de 2003, la Casación N° 1655-2002-Lima del 28 de noviembre de 2003, la Casación N° 2894-2005-Lima del 06 de junio de 2006, y la Casación N° 4078-2006-Lima del 03 de diciembre de 2007, respecto de la Casación N° 2522-97-Lima del 31 de agosto de 1999.

iii) En los supuestos de título posesorio evidentemente inválido, afectado de nulidad absoluta, conforme al artículo 220 del Código Civil, tal circunstancia determina la condición de precario del poseedor.

Este caso a diferencia de los anteriormente citados, constituye un supuesto en el que se asimila la condición de poseedor precario a la de poseedor ilegítimo, derivado precisamente de la invalidez de su título posesorio. Lo que –ordena la regla jurisprudencial– puede ser apreciado en la misma sentencia que resuelve la pretensión de desalojo por posesión precaria.

No obstante, ser este el sentido decisivo del precedente, el mismo ha sufrido alteración con el IX Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema en materia civil, pues tras haberse acordado inicialmente que más allá de valorarse la nulidad manifiesta del título que sustentaría la posesión (conforme al artículo 220 del CC), la aludida nulidad no podría ser declarada por el juez en la sentencia que se pronuncia por el desalojo. En el IX Pleno se ha variado esta regla, y se ha establecido como precedente, que frente a supuestos de nulidad manifiesta, a tenor del artículo 220 del Código Civil, el juez deberá declarar en la parte dispositiva de la sentencia (en la que se pronuncie por el desalojo), la nulidad del acto jurídico afectado de vicio de nulidad absoluta, siempre que sea manifiesta. Para ello, el juzgador tendrá, previamente, en el decurso del proceso que haber propiciado un debate o contradictorio sobre esta circunstancia, bajo riesgo de acarrear la nulidad de actuados.

Finalmente, conviene señalar que se uniformiza la jurisprudencia contradictoria producida por la Corte Suprema de Justicia<sup>39</sup>.

**iv)** El caso del arrendatario del bien que fue enajenado por el titular, sin que el adquirente se hubiere comprometido a respetar el contrato de arrendamiento, conforme al artículo 1708 del Código Civil.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1708 del Código Civil, frente a un supuesto de aparente conflicto entre un contrato de compraventa y uno de arrendamiento, prevalece el primero, en el sentido que el adquirente del bien está facultado para solicitar la entrega del bien inmueble, a no ser que se hubiere comprometido a respetar el derecho del arrendatario, o si el contrato de locación hubiere estado inscrito en Registros Públicos.

Con este precedente se zanja la controversia suscitada al interior de la jurisprudencia de la misma Corte Suprema<sup>40</sup>, en la que se resolvió con criterios disímiles.

---

<sup>39</sup> Recuérdese que la Corte Suprema con criterios contradictorios emitió ejecutorias en la Casación N° 1918-2005-Chincha del 02 de mayo de 2006, la Casación N° 1074-2004-La Libertad del 24 de mayo de 2006, y en la Casación N° 3332-2006-Lima del 16 de mayo de 2007, en las que se precisa que los títulos posesorios inválidos configuran posesión ilegítima y no posesión precaria, mientras que en la Casación N° 1625-2004-Lima del 23 de agosto de 2005, se establece que el poseedor precario es una figura que bien se puede asimilar a la del poseedor ilegítimo.

<sup>40</sup> Recuérdese que la Corte Suprema con criterios contradictorios emitió ejecutorias en la Casación N° 2764-2002-Lima del 10 de febrero de 2013, en la que se establece que no es precario el arrendatario cuyo contrato concluyó por comunicación cursada por el nuevo propietario del bien a quien el arrendador se lo vendió; no obstante, posteriormente, en la Casación N° 5388-2008-Lima del 25 de agosto de 2009 y en la Casación N° 2165-2009-Lima del 12 de noviembre de 2009, se cambia de criterio estableciendo que sí es precario el arrendatario cuyo contrato fue concluido mediante comunicación escrita por el nuevo propietario.



- v) Es precario el poseedor que afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mala fe –.

El precedente establece que en este caso corresponderá amparar la demanda de desalojo, o lo que es lo mismo considerar al demandado como ocupante precario, dejando a salvo su derecho para reclamar la fábrica o edificación en otro proceso.

El precedente hace referencia a los supuestos en los que se afirme haber realizado edificaciones, lo que de ser así, no merecería ningún reparo, pues si solo se afirma y no prueba haber hecho estas construcciones, la lógica nos diría que, en efecto, el demandado es precario. Sin embargo, sí existirían fundados reparos si el demandado no solo afirma sino que prueba que es propietario de las edificaciones levantadas sobre el suelo de propiedad del propietario.

Consideramos, que no obstante se busca con esta regla jurisprudencial que se optimice el derecho del reclamante de la posesión sobre el bien inmueble; sin embargo, en ciertos casos podría llegarse a decisiones contraproducentes, pues si sobre el bien inmueble, entiéndase superficie o suelo, se ha edificado una construcción, el inmueble habría dejado de ser solamente suelo y se habría convertido en una unidad mobiliaria compuesta por suelo y edificación (casa habitación, establecimiento comercial, etc.), cuyas partes no podrían ser separadas sin destruir o alterarlo. Se habría producido, de acuerdo con el artículo 938 del Código Civil, la adquisición del derecho de propiedad por accesión. Ahora, sugerir

que dicha situación sea decidida en otro proceso, como lo señala el pleno, es lo más aconsejable, en vista de que la controversia no podría ser resuelta en un proceso de desalojo, sin embargo, suponer que ello debería dar lugar a la amparabilidad o fundabilidad de la demanda, con el consecuente despojo judicial del poseedor, eventualmente podría generar perjuicios injustos e irrazonables, si por ejemplo, el poseedor que edificó sobre el suelo, lo hizo de buena fe, y que conforme al artículo 942 del Código Civil, tendría derecho en todo caso a conservar la posesión del bien, pagando el valor del suelo.

En este sentido, creemos que éste no podría ser un supuesto de posesión precaria, que pueda resolverse en un proceso breve como el desalojo, pues la necesidad de tener que resolverse situaciones como las que atañen al derecho de propiedad de las partes integrantes del bien, la accesión como modo de adquirir el dominio, ciertamente colocan al proceso sumarísimo como impropio de poder brindar tutela jurisdiccional efectiva. Bajo estas circunstancias, a razón de qué deberíamos asumir que el demandante o el demandado tendría preferencia respecto del derecho posesorio. Obviamente, se presentan dificultades insalvables para determinarlo.

En este escenario, creemos que cabrían hasta dos posibilidades: i) declarar improcedente la demanda de desalojo por precario, como se ha venido haciendo en la jurisprudencia, en vista de que no es posible determinar el derecho, de una u otra parte, en un proceso breve como es el sumarísimo; o ii) declarar infundada la demanda, en vista de que el solo hecho de haber construido y ser propietario de la edificación,

hace al detentador un poseedor con título suficiente para poseer, debiéndose en todo caso determinar el derecho de cada quien en un proceso más lato, en el que se discuta el derecho dominical.

Ningún afán por optimizar un proceso judicial, puede terminar por vulnerar garantías y derechos procesales, amén de derechos sustantivos.

**vi)** Es precario quien meramente hace alegación en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, pues tal no bastaría para declarar improcedente la demanda. El juez deberá valorar las pruebas en las cuales se sustenta el derecho invocado por el demandado.

Al igual que en el caso anterior, asumimos que si solamente se alega y, en absoluto, se prueba que el demandado viene ejerciendo actos posesorios en concepto de dueño, ello en nada obsta para que se ampare la demanda, pues tal situación de improbanza respecto del título que justifica la posesión, ciertamente, coloca al demandado en situación de poseedor precario. Sin embargo, si lo que ocurre es que se llega a acreditar los actos posesorios, que en alguna medida dan a entender que el demandado ejercería una posesión en concepto de dueño, consideramos que tal es motivo suficiente inclusive para declarar infundada la demanda, pues como hemos dicho la noción de título posesorio no debe circunscribirse a la de acto jurídico, sino que debe entenderse en una acepción amplia, comprendiendo en ella también al hecho jurídico, o cualquier circunstancia que justifique la posesión.

Al igual que en el caso anterior, so pretexto de optimizar una cauce procedimental para tutelar derechos sustantivos, no resulta lícito transgredir garantías y/o derechos fundamentales, como lo que se pretende al haber establecido este precedente judicial.

- f) Como sexto precedente vinculante se ha establecido en el IV Pleno Casatorio, que en todos los casos descritos, el juez no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas”.

Conviene hacer notar con relación a este sexto precedente vinculante, que la visión amplia del tenedor–poseedor precario, que se plantea en el IV Pleno Casatorio Civil, no se encuentra exenta de crítica en el medio local, como ya nos hemos encargado de explicar, de quienes reclaman que el precario por su origen es de naturaleza contractual; sin embargo, la definición legal que nos trae el artículo 911 del Código Civil, ha encontrado en los últimos tiempos un contenido o significado –digámoslo– no tradicional, propiciado nada menos que por el desarrollo jurisprudencial, no solo de nuestro medio sino del exterior. Este influjo renovador que engendra sus riesgos, como es forzar la resolución de un conflicto eventualmente complejo en un proceso breve como el sumarísimo, no puede ser desechado bajo argumentos sustentados en el derecho histórico, sin repararse en su eventual utilidad en casos concretos de claro abuso del derecho, en los que se encuentran involucrados inquilinos, detentadores, servidores de la

posesión, poseedores ilegítimos, etc., que atribuyéndose derechos inexistentes terminan por adueñarse de la propiedad ajena. El derecho no es estático, es por el contrario dinámico; razón suficiente para aceptar que la idea tradicional de poseedor precario puede ir cambiando a través del tiempo, y que obviamente ya cambió con el contenido que le ha dotado la jurisprudencia de nuestro medio.

No obstante ello, consideramos que siempre bajo un sentido de prudencia, no se puede pretender dotar de eficacia y eficiencia al proceso judicial, a cualquier costo, como el que implica –como ya lo hemos advertido– pretender que el proceso de desalojo pueda solucionar todos los problemas en los que acabadamente se prueba una confluencia de derechos dominiales, sobre el suelo y sobre la edificación (casos de accesión), supuestos de posesión ad *usucapionem*, casos en los que sea discutible si el título es manifiestamente inválido, entre otros. Ergo, habrá casos en los que el proceso de desalojo quede corto y sin recursos para poder decidir la controversia, por ejemplo en los dos últimos supuestos previstos en el IV Pleno Casatorio Civil, cuando el demandado haya construido edificaciones sobre el suelo de propiedad del demandante, o cuando el demandado alegue y pruebe venir poseyendo un bien en concepto de dueño, por varios años y que haga atendible atribuir a esta circunstancia la condición de título justificativo de la posesión.

A este respecto, hay voces en la doctrina que inclusive lo han advertido, como cuando se señala “Por eso estamos de acuerdo con que el desalojo solo proceda en tanto no se genere en el juzgador una

duda razonable respecto de la existencia de un título que justifique la posesión del demandado (Pasco Arauco, 2012, págs. 56-63); y lo ha venido a corroborar la jurisprudencia (Casación N° 3793-2014-Lambayeque, Casación N° 530-2003-Huaura, Casación N° 2529-2014-Lima), en las que pese a que el precedente judicial manda emitir siempre una decisión de mérito en estos casos, la misma Corte Suprema admitió que ello no era posible, debido a que al interior del proceso de desalojo se generó dudas sobre la naturaleza de la posesión del demandado, y optó por anular las sentencias de vista.

Asimismo, conviene traer a colación la Casación N° 1922-2014-Lima, en la que tras haberse analizado el planteamiento del demandado poseedor, que invocaba su posesión en concepto de dueño, y que inclusive había postulado una demanda en este sentido, optó el colegiado supremo por anular la sentencia de vista, que revocó la sentencia de primera instancia, que había aplicado –a nuestro juicio– irreflexivamente el precedente vinculante.

Por tanto, creemos que es un exceso asumir que la demanda de desalojo debe ser amparada, bajo el argumento que los eventuales derechos que puede tener el demandado podrán ser reclamados en otro proceso. Asumir lo contrario sería tanto como decir que el desalojo sirve al interés de unos y no de otros<sup>41</sup>, cuando lo que se

---

<sup>41</sup> El demandante tendría todas las posibilidades y facultades para acreditar sus afirmaciones y planteamientos (derecho a poseer), mientras que el demandado se encontraría –de entrada– imposibilitado de acreditar la existencia del título que justifica su posesión, porque el pleno ordena que se debe amparar la demanda, y el argumento referido a una alegada posesión *ad usucapionem* debe ser debatido en otro proceso.

espera es que la contienda judicial se desarrolle dentro de los cánones de igualdad de trato a los justiciables.

- g)** Finalmente, como sétimo y último precedente vinculante, se ha establecido en el IV Pleno Casatorio Civil, que en lo que concierne al 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.

Hemos dejado sentado ya que el desalojo por tradición legislativa es una pretensión personal y no real, cuyo objetivo es hacer efectivas las prestaciones a que se encuentran obligadas las partes de una relación convencional o contractual. Al menos de esta forma se ha diseñado normativamente la pretensión de desalojo, aunque como consecuencia del desarrollo jurisprudencial, por fuerza de la cual se ha expandido la noción de posesión precaria, la acción de desalojo ha asumido el papel de una pretensión posesoria, destinada no a hacer valer –debe enfatizarse– la posesión como hecho, para lo cual por cierto se tiene a los interdictos, sino la posesión como derecho, cuyos mecanismos de protección judicial son tratados en nuestro ordenamiento jurídico como pretensiones innominadas, según se infiere de lo previsto en el artículo 921 del Código Civil<sup>42</sup>. Sin embargo, aun en este escenario, consideramos un grave error establecerle jurisprudencialmente un plazo prescriptorio, ya que de

---

<sup>42</sup> Artículo 921 del Código Civil.- Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él.

acuerdo con el artículo 2000 del Código Civil, esta es una materia reservada a la ley.

El artículo 601 del Código Procesal Civil, en efecto, regula el plazo de prescripción de la acción interdictal; y sabemos que ésta protege la posesión como hecho y no como derecho; es decir, cuando se deba resolver una pretensión de interdictos (sea de retener o recobrar), en absoluto se evalúa títulos posesorios, pues la controversia se centra en determinar si la situación posesoria como hecho o *factum*, invocada por el accionante merece tutela judicial. Los interdictos cumplen un papel de policía que restaura el *statu quo* alterado por efecto de una acción violenta y no factible de ser resistida por el poseedor o detentador. Es más, el mismo artículo 601 del Código Procesal Civil, establece que si se vence el plazo de prescripción de un año, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento, en el que no solamente se invocará el hecho de la posesión sino el derecho a poseer, merced a los títulos que se ostenten.

En el artículo 921 del Código Civil, se distingue a la acción interdictal de otras acciones posesorias, pasibles de ser ejercitadas para hacer valer la posesión como hecho o como derecho sustentado en título posesorio, de ser el caso. Aunque conviene precisar que cuando la norma se refiere a estas acciones posesorias, no las identifica bajo un *nomen iuris* específico, por lo que debe asumírselas como pretensiones posesorias innominadas.



Siendo así, entre las dificultades y obstáculos para aplicársele a la pretensión de desalojo el plazo de prescripción de los interdictos, en primer lugar, se cuenta su diferente naturaleza, pues aquella ha sido diseñada legislativamente como una pretensión personal y no real, a diferencia de la pretensión interdictal, que desde siempre ha sido concebida como una pretensión posesoria; en segundo lugar, para el caso que se argumente que ahora la pretensión de desalojo es una acción posesoria, y ya no más personal, también en este escenario resulta contraproducente acordarle el mismo plazo de prescripción extintiva de la acción regulado para los interdictos, pues –se estima– razonablemente que en el proceso de desalojo se discuten derechos y circunstancias más complejas que en los interdictos, como de hecho es tener que valorar títulos posesorios, en su caso inclusive declarar la nulidad de actos jurídicos, cuando los vicios aparezcan de modo manifiesto. En este sentido, consideramos que no resulta válido ningún intento de aplicación analógica de la norma jurídica, que regula el plazo de prescripción extintiva de la acción de la acción interdictal a la acción de desalojo.

Finalmente, creemos que por tener una raíz legislativa vinculada a las pretensiones personales, y porque la posibilidad de fijar plazos de prescripción, es una materia reservada a la ley, el plazo de prescripción que le corresponde a la acción de desalojo es el previsto en el artículo 2001 del Código Civil, en cuanto se refiere a la prescripción de la acción personal.

Para concluir este tema, consideramos que salvo las puntuales observaciones que se hacen, el IV y IX Pleno Casatorio, vienen siendo de utilidad en el ámbito jurisdiccional, pues en alguna medida se está haciendo intentos por darle uniformidad a la jurisprudencia existente sobre posesión precaria. Por lo pronto –como se ha anotado– se ha zanjado la discusión sobre criterios dispares (el caso del arrendatario con contrato resuelto, el arrendatario de bien inmueble enajenado y con contrato no inscrito, etc.). Sin embargo, estimamos que aún persiste la falta de uniformidad, principalmente, por la inexistencia de criterios certeros y objetivos que delimiten la noción de título posesorio y, por ende, de la posesión precaria, siendo más bien la característica principal de la jurisprudencia, el ir construyendo supuestos tipo de posesión precaria a partir de cada caso, como se comprueba del análisis de la Casación N° 1886-2016-Lima Este, en la que se dice que es precario el poseedor que pretende acreditar su derecho con una adopción no inscrita de parte del titular del bien, Casación 5349-2011- Moquegua, en la que se dice que es precario el padre del hijo (propietario), que no ejerce la tenencia, Expediente N° 1317-2008-Cuarta Sala Civil – Lima, en el que se sostiene que es precario el cónyuge del poseedor que hizo abandono de hogar, etc. Por su parte, se ha venido estableciendo que no son poseedores precarios, el hijo de uno de los copropietarios que habita el bien con autorización de su padre (Casación N° 2521-2016-Lima Norte), no es poseedor precario el ex conviviente con hijos del propietario (Casación 3191-2010-Cusco, Casación 1888-2011-Lima),

y no es precario el poseedor con vocación hereditaria (Casación N° 2884-2003-Lima, Casación 04-2013-Lima, Casación 4149-2007-Junin).

Adicionalmente, es oportuno destacar que se ha acogido una concepción amplia de lo que se entiende por posesión precaria, al comprender dentro de ella a los supuestos de posesión con título posesorio fenecido, así como de los de posesión sin título o título inválido; circunstancia que no es baladí si se entiende que en el primero de los casos se habla de supuestos en los que el demandado es un simple detentador, pues reconoce el derecho posesorio en el titular del derecho (propietario), mientras que en el segundo de los casos es un poseedor ilegítimo y, eventualmente, un poseedor de mala fe, pues teniendo título inválido, o no teniéndolo en absoluto, se aferra a la posesión del bien, en oposición al legítimo derecho del propietario.

### **3.3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CONCEPTUALES ENTRE LA POSESIÓN PRECARIA Y OTROS TIPOS DE POSESIÓN REGULADAS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Tal como se declaró en el tercer objetivo específico, concierne a esta investigación diferenciar conceptualmente la posesión precaria de otros tipos de posesión contenidos en el Código Civil; empero, consideramos que el simplemente establecer diferencias no satisface ni hace justicia a un estudio, que no solo ha encontrado diferencias sino que ha encontrado semejanzas; por tanto, a la vez que se harán notar las diferencias

establecidas inicialmente, nos referiremos a las semejanzas que se han podido encontrar. Para ello, como es lógico, nos serviremos de la noción amplia que admite la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria de nuestro país, sobre la posesión precaria: sea ésta como simple detentación o como posesión ilegítima.

En este cometido, comenzaremos dando cuenta que según la normatividad vigente (sección tercera, capítulo tercero, del libro de derechos reales, del Código Civil), se ha clasificado a la posesión del siguiente modo: i) posesión inmediata y posesión mediata (artículo 905 del CC), ii) posesión ilegítima y legítima (artículos 906-907 del CC), iii) posesión de buena y mala fe (artículos 908-910 del CC), y iv) posesión precaria. Adicionalmente, aunque no forma parte de la clasificación establecida en esta parte del código, se tiene a la posesión *ad usucapionem*, que se encuentra regulada en el artículo 950 del Código Civil.

### **3.3.1 Respecto de la posesión mediata y la inmediata**

Como se ha explicado en la posesión mediata e inmediata, se genera una relación posesoria compleja subordinada, entre el poseedor mediato, el poseedor inmediato y el bien, sobre el que recae las facultades y poderes de los poseedores. El poseedor mediato es, naturalmente, quien en este entramado jerarquizado de relaciones, el que goza de mayores poderes, en vista de que precisamente de él deriva el derecho que ostenta el poseedor inmediato, a quien ha otorgado por medio de un negocio jurídico el hecho de la posesión, ya sea de forma gratuita u onerosa. Se presenta en esta situación

compleja una suerte de coposesión heterogénea, pues existiendo varios poseedores sobre el bien, no todas estas posesiones son de igual naturaleza. Son formas negociales que pueden dar a luz este tipo de posesión, el contrato de arrendamiento, el usufructo, el depósito, la anticresis, etc.

Bajo este marco conceptual, si habríamos de establecer diferencias con el poseedor precario, convendría distinguir preliminarmente las dos acepciones, que como hemos demostrado puede asumir la posesión precaria.

#### **A. Posesión precaria como detentación o tenencia**

La posesión precaria como detentación, bajo la óptica subjetiva, como se ha explicado tiene una raíz contractual, aunque el título (acto jurídico) que le dio nacimiento se extinguió, de manera que encontramos aquí la primera diferencia y semejanza a la vez. La posesión precaria antes de devenir en tal (precariedad), fue una posesión inmediata, empero al extinguirse o fenecer el título, dejó de serlo.

La posesión precaria, por otra parte, solo encuentra diferencias en cuanto se refiere a la posesión mediata, pues ésta a diferencia de la posesión precaria no tiene proximidad o contacto directo con el bien.

#### **B. Posesión precaria como posesión ilegítima**

La posesión precaria puede ser como se ha dicho ilegítima y, a la vez, de mala fe, en algunos casos. En ambos supuestos la

diferencia con la posesión inmediata es evidente, en ésta el detentador reconoce un derecho superior al suyo en el poseedor mediato, quien precisamente le confirió la posesión de la cosa o derecho; mientras que en el caso del precario no reconoce más derecho sobre la cosa que el suyo.

Por otra parte, la posesión precaria tampoco puede asemejarse a la posesión mediata, en la medida que el rasgo distintivo y característico del poseedor precario es su contacto directo con el bien, del cual carece precisamente el poseedor mediato.

### **3.3.2 Respetto de la posesión legítima e ilegítima**

La posesión se puede clasificar también en posesión legítima y posesión ilegítima, dependiendo de la correspondencia entre el título que sustenta la posesión con el derecho. Así, será legítima la posesión del verdadero propietario, respaldado con buena fe y justo título, mientras que será ilegítima la posesión si el título que ostenta el poseedor es nulo o defectuoso, pudiendo también dentro de esta hipótesis ser una poseedor ilegítimo de buena fe (si ignora el vicio de su título), o de mala fe (si conoce del vicio, o está en condiciones de conocerlo).

#### **A. Posesión precaria como detentación o tenencia**

La posesión precaria como detentación o tenencia, respecto de la posesión legítima, no tiene sino diferencias, ya que el poseedor precario carecerá siempre de título o justificación para poder detentar el bien. Es posible que en algún momento hubiere tenido

título para detentar u ocupar el bien, sin embargo ha fenecido, y en ello radica precisamente la diferencia.

#### **B. Posesión precaria como posesión ilegítima.**

En su acepción como posesión ilegítima, la posesión precaria no puede sino coincidir con el concepto propio de la posesión ilegítima, la cual por otra parte puede ser de buena o mala fe. En ambos supuestos un poseedor precario puede participar de la condición de poseedor ilegítimo, como por ejemplo si el poseedor precario ocupa un inmueble sustentando su derecho de posesión en un contrato de compra venta que fue declarado nulo por la autoridad competente, e inclusive en el mismo proceso de desalojo, si la nulidad es manifiesta.

No obstante ello, debemos señalar que la posesión ilegítima, en muchos casos, no se asimilará necesariamente a la posesión precaria, en los supuestos en los que la nulidad o invalidez del título no resulta evidente, y no sea posible declararla en el mismo proceso de desalojo. En estos casos, el proceso terminará con una sentencia desestimatoria o, lo que es lo mismo, bajo la premisa de que el demandado no es poseedor precario.

#### **3.3.3 Respecto de la posesión de buena y mala fe**

La posesión de buena y mala fe es la clasificación que se sustenta en el conocimiento del derecho o título que autoriza a poseer el bien, dentro de un marco de valores aceptados colectivamente. De manera que será de buena fe el poseedor si cree en la regularidad y

conformidad de su título con el derecho, aunque para ello se encuentre incurso en error o ignorancia. La buena fe se presume, básicamente, por la misma razón que se presume que todas las personas son inocentes y actúan con probidad; siendo la culpabilidad, la falta de honradez y de probidad, las que se tienen que acreditar.

Ahora, esta presunción de buena fe tiene obviamente sus límites, y estos son precisamente las situaciones en las que, razonablemente, para cualquier persona le es exigible cuando menos dudar de la corrección o regularidad de algo; donde hay duda, desaparece la buena fe de la persona.

*A contrario sensu*, es poseedor de mala fe, quien conoce de los vicios y defectos que involucran al título que sustenta su posesión.

#### **A. Posesión precaria como detentación o tenencia**

La posesión precaria como simple detentación, salvando la diferencia que implica que la nomenclatura obedece a criterios distintos de clasificación, se tiene que ésta siempre será una posesión de mala fe, pues el ocupante conoce de antemano que carece de título que sustente su posesión u ocupación; por lo que de ninguna manera es aceptable que este poseedor precario pueda creer en la conformidad a derecho de su posesión.

#### **B. Posesión precaria como posesión ilegítima**

La posesión precaria en esta acepción puede ser, además de ilegítima, de mala fe; supuesto en el que obviamente no solo encuentra similitud con el poseedor de mala fe, sino identidad.



Por su parte, siendo ilegítima la posesión precaria, puede alcanzar algún grado de similitud con la posesión de buena fe, si el poseedor desconoce de los vicios de su título posesorio.

#### **3.3.4 Respecto de la posesión *ad usucapionem* o en concepto de dueño**

Debemos entender que la posesión *ad usucapionem* ha sido tradicionalmente la posesión justa y de buena fe, que por efecto del transcurso del tiempo, conduce a la propiedad. Esa es la idea base y fundamental que sostiene a la posesión civil, según la teoría fundamental de la posesión, como lo señala Savigny (1845):

La usucapión, por el contrario, supone la existencia de la posesión propiamente dicha; pero no es ésta la única condición de que depende; la posesión debe haber empezado con buena fe y justo título (*bona fides et justa causa*), y la cosa poseída no debe hallarse particularmente exceptuada de la usucapión (*res furtiva vi possessa*, etc.) (pág. 47)

No obstante ello, la exigencia para la posesión de cara a acceder a la propiedad por usucapión, se ha ido relajando, como es el caso del Código Civil español, que regula la prescripción ordinaria sustentada en justo título y buena fe, y la extraordinaria que no precisa de estas condiciones, el Código Civil argentino, que regula supuestos de prescripción con justo título y buena fe, y también sin que concurren estas circunstancias, así como el Código Civil peruano, que regula los supuestos de prescripción adquisitiva de dominio con justo título y buena fe, y los supuestos en los que se encuentran ausentes estas condiciones, aminorando los plazos en el primero de los supuestos.

Ahora, si tendríamos que hacer un comparativo entre esta posesión (en concepto de dueño) y la posesión precaria, convendría como en el caso anterior, distinguir a esta por las acepciones que asume en nuestro medio.

#### **A. Posesión precaria como tenencia o detentación**

La posesión precaria en esta acepción, bajo la lógica de la teoría subjetivista, y como posesión inmediata, bajo la lógica conceptual que maneja nuestro Código Civil, de ninguna manera podría asemejarse a la posesión *ad usucapionem*, básicamente porque la posesión en concepto de dueño, que es la que conduce a la propiedad, exige este básico y fundamental requisito, poseer como propietario, como lo establece el artículo 950 del Código Civil, cuando prescribe “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

Es más, queda claro que la acepción de la posesión precaria como simple detentación, bajo la lógica del Código Civil vigente es una posesión inmediata, empero con título fenecido, en tanto reconoce un derecho superior al suyo en el que le confirió la posesión, de manera que se encuentra otro motivo para diferenciarlos, desde que el artículo 912 del Código Civil establece que “El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor

inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.

#### **B. Posesión precaria como posesión ilegítima.**

Por último, cuando se identifique a la posesión precaria en esta acepción, atendiendo a que en nuestro sistema normativo se admite la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva extraordinaria, cuando no media justo título ni buena fe, consideramos que, eventualmente, podría considerarse al precario entendido como poseedor ilegítimo y/o de mala fe, como un poseedor *ad usucapionem*.

### **3.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

Nos corresponde ahora abordar –si se quiere– el tema central del trabajo de investigación; esto es, determinar la naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano. De lo expuesto hasta ahora, para quien ha seguido con atención la forma en que se ha venido sustentando doctrinaria, jurisprudencial y fácticamente, los derroteros que ha venido siguiendo esta figura en el derecho nacional, no le será difícil darse cuenta de que la hipótesis planteada en su momento, tan solo será validada parcialmente, en el sentido que la naturaleza jurídica de la posesión precaria es la de una detentación o tenencia sin derechos inmediatos sobre la cosa, en lo cual –por cierto– nos reafirmamos, pues tal obedece a su naturaleza tradicional, que concebía al precario como el detentador que ocupa un bien inmueble por tolerancia y complacencia del

titular del derecho, habiendo mediado precisamente como causa de la ocupación un pacto entre el propietario y el tenedor. Sin embargo, por obra de la jurisprudencia y avalada por la doctrina dominante, la noción de posesión precaria ha extendido sus contornos, y hoy inclusive con el aval de dos plenos casatorios supremos en materia civil, se ha optado por una acepción amplia de posesión precaria, comprendiendo en este concepto a supuestos en los que no solamente se verifica aquel pacto o acuerdo como motivo de la posesión, sino a casos de poseedores ilegítimos que de ninguna manera reconocen derecho superior al suyo sobre la cosa, como por ejemplo, casos de compradores cuyos títulos son nulos o inválidos, poseedores *ad usucapionem*, entre otros.

#### **3.4.1 Posesión precaria como tenencia**

Nuestra legislación –como se ha expresado en varios momentos de este trabajo– ha seguido la teoría objetiva de la posesión, de manera que ha prescindido de regular a la tenencia o detentación. En su lugar, ha optado por recoger en una única noción de posesión a situaciones posesorias variadas, diferenciadas por la causa o título del derecho, como es la posesión mediata e inmediata, la posesión ilegítima y la legítima, y la que es precisamente materia de estudio, la posesión precaria. Se ha pretendido salvar las diferencias de naturaleza que cada uno de estos tipos de posesión tiene, al haberles adherido el adjetivo, que de alguna manera las distingue, pues es claro que no todas ellas generan efectos jurídicos similares.

Básicamente, la raíz de la distinción de cada una de las formas de posesión reguladas en el Código Civil, se gesta a partir de la causa de

la posesión, lo cual se deriva precisamente de los postulados básicos expuestos por Ihering (1892) cuando afirma:

(...) para determinar ante las condiciones legales exteriores de la posesión, o del *corpus*, si hay posesión o tenencia, en materia de posesión derivada, lo decisivo, en mi concepto, aunque sea en contra del sentimiento y de la intención de las partes, no es la diversidad de la voluntad de poseer, sino la naturaleza de la relación existente; la *causa possessionis* o el momento causal de la posesión, como yo la llamo”. (pág. 8)

Es a partir de este momento causal y que permite conocer las condiciones en que asume el poseedor o detentador la cosa, que se puede establecer con inequívoca claridad qué se espera y cuáles serán los efectos de esta relación posesoria.

Se ha dicho de la posesión precaria que tradicionalmente ha tenido un origen contractual; es decir, derivaría de la concesión de la cosa hecha por el propietario a favor de un tercero<sup>43</sup>, para que la use y se sirva de ella hasta que se la requiera para su devolución. Autores como Bello Janeiro (2012, pág. 85) le atribuyen a este pacto la naturaleza de un contrato de comodato, que en nuestro país alcanza un alto grado de similitud, en vista de la cláusula normativa contenida en el artículo 1737 del Código Civil, que regula al contrato de comodato a plazo indeterminado en los siguientes términos: “Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite”.

---

<sup>43</sup> En los tiempos de los romanos, una concesión graciosa y por tiempo indeterminado, hecha por el paterfamilias a favor de la clientela, para que éstos se sirvan del bien y lo devuelvan al primer requerimiento.

Naturalmente, en razón de lo complejas que se pueden tornar las relaciones jurídicas en una sociedad moderna, estas circunstancias han hecho que la situación de precariedad, en que eventualmente se encuentre el poseedor, pueda ser originada no solamente merced a un contrato gratuito como es el comodato, y se haya llegado a asumir esta misma situación como consecuencia de la celebración de otro tipo de contratos, como el arrendamiento, el usufructo, el depósito, etc., que al cabo del vencimiento del plazo de vigencia, o extinguido éste de cualquier otra forma, el poseedor se encuentre en una situación de precariedad.

Finalmente, ahondando un poco más en lo complejas que se pueden tornar las relaciones humanas, encontramos que la concesión de la posesión de un bien a terceros no pueden necesariamente deberse a acuerdos negociales, sino también a circunstancias motivadas o sustentadas en los sentimientos de afecto y solidaridad entre las personas, sean de tipo familiar o simplemente afectivo; lo que la doctrina denomina título social (Gonzales Barrón, 2005, pág. 331); y que llegado el momento, cuando el titular reclame la devolución del bien, puedan generar una situación de precariedad en quien ostenta la posesión.

Póngase atención a este respecto, que tanto si la posición del poseedor precario se derivó de un contrato de préstamo o comodato, que no exige formalidad especial para tener validez, a tenor de lo previsto en el artículo 1730 del Código Civil, o si derivó de otra modalidad contractual, o si, simplemente, derivó de una concesión

sustentada en motivos de familiaridad o afectividad; de cualquier forma su situación no viene a ser sino la de un poseedor inmediato con título fenecido o extinguido; y en este sentido su naturaleza jurídica es la de un detentador o tenedor de la cosa, obviamente bajo la lógica de una concepción subjetiva de la posesión.

Se ha hecho necesario recurrir –deliberadamente– a la teoría subjetiva para determinar la naturaleza de la posesión precaria, y así descartar y demostrar que el poseedor precario no puede ser entendido como un poseedor civil, capaz de aspirar al derecho dominical, al igual por cierto que el poseedor inmediato, lo que además se encuentra reñido frontalmente con los principios de buena fe que guían las conductas de la sociedad, y en especial que motivaron la concesión de la posesión al precario, salvo obviamente que se presenten circunstancias atendibles y sustentadas que hagan prever un cambio o variación en la causa de la posesión, lo que se conoce como inversión del título posesorio.

En conclusión, bajo esta primera acepción, llegamos a reafirmarnos en que la posesión precaria no es sino un supuesto de tenencia o detentación, sin derechos inmediatos sobre el bien, por carecer el detentador de título justificativo de la posesión, con lo que estamos validando la hipótesis planteada en el apartado metodológico de nuestro trabajo de investigación.

### 3.4.2 Posesión precaria como posesión ilegítima

La noción tradicional de poseedor precario, a la luz de lo expuesto e informado en los acápites anteriores, se ha relajado. La jurisprudencia ha tenido un papel decisivo en este proceso evolutivo, aun cuando no se ha encontrado al margen de razonables y sustentadas críticas, como las que ha planteado Gunther Gonzáles Barrón en tratados (Gonzales Barrón, 2005) (Bello Janeiro, 2012) y artículos científicos (Gonzales Barrón, Dialnet, 2011); (Gonzales Barrón, Dialnet, 2013); (Gonzales Barrón, "J" o Revistas PUCP, 2004). Las razones expuestas son en muchos sentidos coherentes y, naturalmente, responden a una lógica racional, pues nosotros mismos sostenemos que la pretensión de desalojo es por su origen una de naturaleza personal, y si eso es así no podría ser el cauce procedimental sino para decidir una controversia que enfrente a un poseedor mediato con uno inmediato, habida cuenta que lo que se pretende es la "restitución" o devolución de un bien, respecto del cual el pretensor ya estuvo en posesión, y fue merced a un acto jurídico que se lo entregó al pretendido (arrendamiento, depósito, acreedor prendario, etc.).

No obstante ello, y como siempre sucede, el derecho que comprende no solo las disposiciones legales, sino la doctrina, no siempre caminan al mismo paso que las relaciones sociales que exigen de su concurso para mantenerse dentro del orden y la paz. Es evidente que el motivo que ha llevado a la jurisprudencia nacional a relajar los contornos tradicionales que envolvían al precario, ha sido el alto número de casos de injusticia generados por arrendatarios o



inquilinos, familiares sin escrúpulos y un grupo indeterminado de personas, que aprovechando la confianza y buena fe de los propietarios de inmuebles, que los han albergado (a título oneroso o gratuito), no han visto mejor forma de hacerse de un lugar donde vivir, resistiéndose a restituir los inmuebles, cuándo no, fabricándose documentos falsos para sustentar un título inexistente, o aprovechando la ausencia del titular para ingresar violenta o clandestinamente al bien, y reputarse propietario en regla con documentos inválidos. En esta línea, debemos asumir que el derecho es dinámico y debe afrontar nuevos desafíos cada día. La jurisprudencia -consideramos- no puede encontrarse atada a la norma, mucho menos al derecho histórico, que en un momento dado no ofrece una respuesta eficaz y eficiente para tutelar derechos legítimos, como tampoco puede encontrarse atada a doctrinas o teorías que aunque racionales, sirvieron en tiempo pasado para lograr orden y paz social, pero que ahora, definitivamente, no alcanzan el mismo nivel de eficacia y eficiencia.

En ese sentido, sería una necedad pretender definir a la posesión precaria exclusivamente desde sus raíces romanas, sin reparar en que el artículo 911 del Código Civil, que por su generalidad y vaguedad (propio de todo sistema normativo), admite ir adaptando su contenido a nuevos desafíos que se vayan presentando en la realidad actual. Por tanto, insistir en que la noción de posesión precaria se circunscribe a su antecedente romano, significa negar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta institución, que por cierto no es

privativa de nuestro país, sino que –paralelamente– se presenta en otras realidades, como es el caso del derecho español, ya comentado anteriormente cuando citamos a Díez Picazo (2007, pág. 582)<sup>44</sup>; e inclusive es admitido por Bello Janeiro (2012, págs. 82-83), cuando sostiene, en relación al poseedor precario, que el origen romano de la figura sufre una serie de transformaciones históricas, no solo por el paso del tiempo sino motivado también por los avances legislativos y jurisprudenciales; agrega que del concepto romano se ha pasado a un concepto procesal, que incluye a todo contrato que confiere la tenencia de una cosa, y situaciones posesorias de naturaleza diversa, como por tolerancia o beneplácito, o por falta de título.

En el caso de la jurisprudencia nacional, como se ha explicado con detalle al analizar el IV Pleno Casatorio Civil, se ha llegado a adoptar como acepción de posesión precaria a la posesión ilegítima. Así:

- a)** Cuando se dice que estamos frente a un precario: “En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil (...)”. Es decir, si lo que se resuelve, pudiendo ser valorado en el mismo proceso de desalojo, es el contrato de compra venta, el poseedor con título fenecido que persiste en la posesión, será

---

<sup>44</sup> La jurisprudencia española ha sistematizado la posesión precaria bajo tres supuestos: i) la posesión concedida, entendida como la situación posesoria resultante de un acto gratuito y revocable del titular del derecho a favor del detentador; la posesión precaria tendría en este caso una fuente contractual; ii) la posesión tolerada, en la que respecto del caso anterior, se reemplaza el consentimiento entre concedente y concedido, por una actitud de tolerancia del primero; y iii) la posesión sin título, por la que se entiende por precario a todo detentador que carece de título, o teniéndolo, éste es inválido o nulo.

inequívocamente un poseedor ilegítimo y de mala fe, al haberse determinado la ineficacia de su título.

- b)** Cuando se dice que será poseedor precario, 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”. El poseedor en estas circunstancias, naturalmente, no podrá ser un poseedor inmediato o simple tenedor del bien, si insiste en la legitimidad de su título y rehúsa la entrega del bien. Será, pues, un poseedor ilegítimo.

Los otros dos supuestos tipo de poseedor precario que se ha establecido en el IV Pleno Casatorio Civil, y sobre los que hemos expuesto nuestras reservas para aceptarlas como válidas, son: i) el caso del poseedor que ha realizado edificaciones –sea de buena o mala fe– en el inmueble, y que sustenta la legitimidad de su posesión precisamente en ellas, obviamente tampoco es un supuesto de poseedor inmediato o tenedor, sino de poseedor civil, pues no reconoce en otro el derecho a la posesión del bien, y por el contrario se atribuye derechos dominicales; y ii) el caso del poseedor que sustenta la legitimidad de su posesión en el título que le confiere el haberlo adquirido por prescripción adquisitiva de dominio, lo que eventualmente llega a acreditar; el cual tampoco constituye un supuesto de posesión inmediata o tenencia, dentro de la lógica de la teoría subjetiva. Por el contrario, se trata de un poseedor civil o poseedor en sentido estricto.

Sobre estos dos últimos supuestos fácticos, hemos expresado ya nuestra opinión, en clave de la imposibilidad de poder resolver un litigio, por la falta de idoneidad del proceso de desalojo para abordar una controversia en que se discutan derechos dominicales. En todo caso, consideramos que si de lo que se trata de es evitar emitir un juicio inhibitorio, el cual es el sentido que auspicia el pleno casatorio, lo más razonable es declarar infundada la demanda, al no haberse determinado o acreditado precariedad en la ocupación de la parte demandada.

En suma, bajo esta segunda acepción, consideramos que la naturaleza jurídica del poseedor precario, no podría ser sino la de un poseedor de ilegítimo, además de mala fe en algunos casos; empero un poseedor al fin, en la medida de que posee por sí y para sí, y no reconoce derecho superior al suyo en el pretensor del desalojo.

### **3.4.3 Efectos de la posesión precaria en el tiempo**

Conviene recordar que al formular la hipótesis en este trabajo de investigación, respecto de la naturaleza jurídica de la posesión precaria, se dijo que esta sería la de “una tenencia o detentación sin derechos inmediatos sobre la cosa”. También en este planteamiento nos reafirmamos. En efecto, el tenedor que representa la acepción tradicional del poseedor precario, carece por completo de derechos inmediatos sobre la cosa que detenta, salvo el supuesto de que sea despojado o inquietado en su detentación de forma ilegal (violenta o clandestinamente). En estos casos, naturalmente, le asiste las pretensiones interdictales (artículo 921 del CC), pero que como ya

hemos expuesto no se sustentan en derecho posesorio alguno, sino en razones de tranquilidad y paz pública, en la medida que a nadie le es lícito hacerse justicia por mano propia, salvo los casos de autotutela (artículo 920 del CC).

De cualquier forma, ejercitada la pretensión de desalojo por precario, el demandado no podrá aferrarse a la posesión, por carecer en absoluto de derecho a conservarla; sin embargo, el paso del tiempo unido a circunstancias externas, notorias y evidentes, pueden terminar por novar la relación posesoria del tenedor con el bien, y hacer cambiar su condición, a la vez que naturalmente cambiará la causa de su posesión.

Esta mutación en la causa posesoria es lo que se conoce como inversión o interversión del título posesorio, que lamentamos no se encuentre regulado en nuestro código civil, pues precisamente esta figura está llamada a darle coherencia a esta sucesión de circunstancias posesorias que reclama el cambio de la causa de poseer, de cara a habilitar importantes efectos que pueden darse en el curso de la relación posesoria, como lo es la prescripción adquisitiva de dominio.

En el ordenamiento jurídico nacional no se ha regulado la figura de la interversión de la posesión, que como se ha dicho es la mutación del título posesorio o causa de la posesión, aun cuando indirectamente podría asumirse que, de forma implícita, se reconoce en el artículo 915 del Código Civil, cuando prescribe "Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo

intermedio, salvo prueba en contrario". Es decir, recogién dose como regla general la presunción de continuidad de la posesión, pero bajo la hipótesis de que no se llegue a acreditar lo contrario, podría pensarse que siempre es posible que durante el tiempo intermedio hubiere operado la mutación de la causa de la posesión, verbigracia, si el tenedor inquilino al cabo de un tiempo y expresado mediante actos exteriores (inequívocos u públicos), asume conductas de propietario, esto es, construye la segunda planta del inmueble, le cambia las puertas, hace modificaciones importantes en la estructura, paga el impuesto predial, se reúne con los demás propietarios de la urbanización, contrae obligaciones y cargas propias del propietario respecto de los servicios comunes de la propiedad, y se opone a la pretensión de recuperar la posesión del inmueble, intentada por los herederos del causante, que en su momento se lo alquiló. Estas conductas exteriores, naturalmente, no son las de un arrendatario, sino de un propietario, por lo que razonablemente darían cuenta de una mutación en el título posesorio, y así inclusive debería ser asumido por los demás miembros del colectivo.

Siempre sobre este punto, es del caso advertir que el simple transcurso del tiempo no es suficiente para producir la mutación de la causa o título de la posesión, junto a ello es necesario que se evidencien hechos o circunstancias exteriores que indiquen claramente un cambio en el concepto de la posesión, como lo advierte Díez Picazo (2007, págs. 618-619).

Estimamos, sin embargo, que el citado artículo 915 del Código Civil, no cumple su cometido a cabalidad, a efectos de garantizar de que poseedores no en concepto de dueño, o bajo la lógica subjetiva, simples detentadores, aspiren a convertirse en propietarios por prescripción adquisitiva de dominio, pues la norma es hasta cierto punto neutra, ya que se refiere de forma general a la posesión sin hacer distinción de las distintas formas de posesión que regula la norma positiva. Es bajo esta lógica que consideramos necesario introducir una disposición en la parte final del capítulo tercero de la sección tercera del libro de derechos reales, que regula precisamente los tipos o clases de posesión. La disposición que se propone evitará la perversión de una interpretación correcta de la noción de poseedor precario, entendido como simple detentación, de cara a cerrarle el paso a pretensiones de adquisición del dominio por el simple paso del tiempo (prescripción adquisitiva de dominio), en razón de que claro está, ninguna especie de posesión inmediata o detentación (tesis subjetiva) pueden convertirse en propiedad, salvo que se verifique de forma clara un supuesto de mutación del título posesorio.

La disposición que se propone tendrá el siguiente texto:

*“El paso del tiempo no muta o modifica la causa de la posesión, salvo prueba en contrario.*

*La mutación de la causa de la posesión debe demostrarse mediante actos objetivos y exteriores, que impliquen previa puesta en conocimiento del titular del derecho de posesión, la variación del título posesorio del poseedor”.*

La norma que se plantea, al prohibir que el solo transcurso del tiempo determine una modificación de la causa de la posesión, implicaría a la vez la admisión de un cambio en el concepto posesorio (intervención de la posesión), si se llega a acreditar de forma objetiva e inequívoca, mediante actos exteriores que den cuenta de la nueva posición del ocupante del bien. La mutación del concepto posesorio, de otra parte, exigirá de la puesta de conocimiento del titular del derecho posesorio, que *prima facie* es el directamente perjudicado, y quien en todo caso podrá ejercitar las acciones que correspondan para tutelar su derecho. El no hacerlo, obviamente, expresará una suerte de renuncia tácita a recuperar su posición anterior.

La doctrina (Díez-Picazo L. , 2007, págs. 619-621); (Gonzales Barrón, 2005, págs. 666-667) informa que tradicionalmente son dos las modalidades que puede adoptar la inversión o mutación del concepto posesorio, la primera, por oposición del poseedor al titular de la posesión y, la segunda, por título conferido por tercero al poseedor.

Consideramos que cualquiera de las dos modalidades o supuestos podrían calzar en la propuesta normativa que se plantea, debiendo sí ser necesario e imprescindible, para que pueda operar la intervención del título posesorio, que el poseedor comunique al titular del cambio de la causa de su posesión, para que pueda hacer valer su derecho a accionar la tutela de sus intereses.

De esta forma, eventualmente, un tenedor o poseedor inmediato (arrendatario, usufructuario, depositario, acreedor pignoraticio) se encontrará inhabilitado para alegar derecho de posesión *ad*



*usucapionem*, por solo cumplir el requisito temporal a que se refiere el artículo 950 del Código Civil, salvo como la propuesta lo admite, que llegue a acreditar que ha operado una mutación en el concepto posesorio detentado con anterioridad, lo que exigirá de circunstancias exteriores e inequívocas que demuestren posesión en concepto de dueño.

La propuesta normativa –consideramos– operará en igual sentido para el caso de los supuestos de posesión precaria ilegítima y de mala fe, en la medida que aun si es evidente que éstos ostentan la condición de poseedores y, en ese sentido, podrán siempre invocar los plazos de prescripción larga, a que se refiere el primer párrafo del artículo 950 del Código Civil (sin buena fe y justo título); sin embargo, podrían facilitar o alivianar la carga probatoria del poseedor, que si bien empezó ejerciendo una posesión ilegítima y de mala fe, luego por acto bilateral, e inclusive unilateral, llegó a mutar su título posesorio, beneficiándose al acortar los plazos prescriptorios de la usucapión.

## CAPÍTULO IV: PROYECTO DE LEY

### 4.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### 4.1.1 El concepto de posesión

Nuestro Código Civil vigente, define a la posesión como “(...) el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad” (artículo 896); entendiéndose a la propiedad como el derecho real más completo que comprende a todos los demás derechos de este tipo, la misma que es definida como “(...) el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley” (artículo 923).

Sin perjuicio de ello, el propio código distingue entre tipos de posesión, verbigracia, una posesión inmediata y una posesión mediata (artículo 905 del CC), una posesión ilegítima y, *contrario sensu*, una posesión legítima (artículo 906 del CC), una posesión de buena fe y una posesión de mala fe (artículos 906-908 del CC), además de una posesión precaria (artículo 911 del CC). Pero, adicionalmente, a las formas de posesión previstas en el capítulo tercero de la sección tercera, se encuentra la posesión en concepto de dueño, que es la única que puede llegar a convertirse en propiedad (artículos 950 y 951 del CC); la misma que es llamada posesión *ad usucapionem* en el derecho romano y posesión civil en la doctrina clásica del derecho.

Este último tipo de posesión ha sido considerada desde antiguo como una posesión cualificada, que no solo es apta para ser defendida con las acciones posesorias y los interdictos, sino una posesión con justo

título y buena fe, reconocida así por el derecho (Savigny, 1845, pág. 47), razón por la cual -precisamente- se le confiere la posibilidad de usucapir y, por ende, ser un camino en la adquisición originaria de la propiedad.

Así pues, no obstante el código denomine indistintamente a todos los tipos de posesión como tales, no quiere decir que –en estricto– se trate en todos los casos de una posesión civil y, por lo tanto, de un tipo de posesión que sea plenamente tutelable. En ese sentido, no porque la posesión inmediata (arrendamiento, usufructo, superficie, etc.) se llame así, se ha venido a convertir en una auténtica posesión civil, o bajo la óptica subjetiva haya dejado de ser tenencia o detentación.

Consideramos que la razón o fundamento bajo el cual la teoría objetiva, asumió que era innecesaria la distinción entre posesión y tenencia, obedeció a si esta última merecía protección jurídica, lo que ahora no suscita controversia, pues es corriente que en códigos civiles de corte subjetivo como el argentino<sup>45</sup>, español<sup>46</sup>, colombiano<sup>47</sup>, entre otros, se

---

<sup>45</sup> Artículo 2469 del Código Civil.

La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales.

<sup>46</sup> Artículo 432 del Código Civil

La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.

Artículo 446 del Código Civil.

Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

<sup>47</sup> Artículo 984.-Derecho de restablecimiento por despojo

Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se

haya reconocido el derecho de los detentadores o tenedores de acudir a la autoridad competente, accionando el respeto de la posesión como simple hecho.

Queda claro, entonces, que si bien se ha unificado terminológicamente en nuestro sistema normativo las categorías posesión y tenencia, sin embargo no es correcto perder de vista que bajo la calificación de posesión es posible encontrar relaciones posesorias disímiles, que no solo merecen tratamientos distintos, sino que tal se impone por la fuerza de la naturaleza ontológica. Así, un poseedor inmediato (arrendatario, usufructuario, depositario, etc.) no podrá convertirse en propietario por prescripción adquisitiva, en la medida que tal posibilidad está reservada para el poseedor en concepto de dueño o propietario. Del mismo modo ocurrirá con el poseedor precario (por tolerancia o complacencia del titular del derecho), de cuño o tradición romana, a menos que en el transcurso del tiempo opere el cambio de la causa de la posesión, por efectos de la inversión o interversión del título posesorio.

En suma, bajo la noción estrictamente técnica de posesión civil o posesión legítima (que sirve para arribar a la propiedad por prescripción adquisitiva), no puede admitirse como símil al arrendatario, usufructuario, poseedor precario, entre otros; pues, aun cuando la

---

restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

norma civil (artículos 905, primer supuesto, y 911 del CC) se refiera a ellas como supuestos de posesión, en realidad por su naturaleza ontológica no son sino supuestos de detentación o tenencia, con algún grado de derecho o legitimación. La denominación normativa, que a estos efectos resulta equívoca, deviene de una concepción doctrinaria, que aunque importante y correcta en muchos sentidos (teoría objetiva), es incompleta – como toda obra humana – para dar una respuesta feliz a todos los problemas jurídicos que se puedan presentar en la realidad, o si se quiere –debe entenderse– responden a una concepción común o vulgar de las categorías jurídicas, por razón de una ambigüedad lingüística de las formulaciones normativas, en las que se aprecia una discordancia entre lo que aparece en el texto expreso de la norma y las denominadas razones subyacentes que justifican el enunciado.

#### **4.1.2 El riesgo de admitir la adquisición de la propiedad por el poseedor inmediato**

Como se ha advertido, aunque la legislación trate bajo los mismos términos lingüísticos a los diversos tipos de posesión y a la posesión *ad usucapionem*, en estricto éstos no son asimilables. Sin embargo, dados los términos empleados, la propia legislación les estaría reconociendo, sin mayor distinción, una situación parecida, por lo que - aparentemente- también les corresponderían los mismos efectos. En ese sentido, no es descabellado pensar que transcurrido el plazo de diez años, un poseedor precario pretenda hacerse de la propiedad de un bien inmueble, con lesión del derecho del legítimo poseedor o propietario.

En ese sentido, dada la evidente ilegitimidad para poseer de la que adolece el llamado poseedor precario, el tener que establecer salvaguardas legales que inhabiliten a éste para poder usucapir, en virtud únicamente del transcurso del tiempo, es una exigencia coherente que -por ejemplo- otros códigos en el derecho comparado sí han recogido.

Así pues, la única posibilidad de que el poseedor precario logre adquirir la propiedad inmueble a través de la prescripción adquisitiva de dominio, es que durante el lapso de tiempo que dure su relación con el bien se acredite que ha efectuado actos de verdadero poseedor, es decir que se acredite la inversión del título posesorio, dejando de ser un mero tenedor.

La regulación de esta institución le cerrará el paso, no solo al poseedor precario (tenedor) que aspire a la propiedad por prescripción, sino también a todos aquellos que tengan la naturaleza de meros tenedores del bien, como el servidor de la posesión, el poseedor inmediato, el comodatario, etc. De esa forma, se regularía un mecanismo de protección al derecho de aquel que, sin tener contacto directo con el bien, tiene la legitimidad para poseerlo.

#### **4.2 EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa contempla la adición del artículo 911 - A del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295).

### **4.3 ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL**

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable, pues, sin necesidad de irrogar costo alguno al erario nacional, se fortalecerá el derecho constitucional a la propiedad reconocido en el artículo 2° inciso 16) de la Constitución Política Perú.

### **4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA**

#### **4.4.1 Código Civil francés**

Artículo 2230.- Se presume siempre poseer por sí y a título de propietario si no se prueba que se ha comenzado a poseer por otro.

Artículo 2231.- Cuando se ha comenzado a poseer por otro se presume siempre poseer en el mismo concepto, mientras no se pruebe lo contrario.

Artículo 2232.- Los actos de pura facultad y de simple tolerancia no pueden fundamentar posesión ni prescripción.

#### **4.4.2 Código Civil español**

Artículo 432.- La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.

Artículo 436.- Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

Artículo 444.- Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.

#### **4.4.3 Código Civil argentino**

Artículo 2352.- 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.

Artículo 2353.- Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario.

#### **4.4.4 Código Civil chileno**

Artículo 716.- El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2510, regla 3.

Artículo 719.- Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.

Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.



Artículo 2510.- El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.
2. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.
3. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

a) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

b) Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

#### **4.4.5 Código Civil colombiano**

Artículo 777.- Mera tenencia frente a la posesión. El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión.

Artículo 780.- Presunciones en la posesión. Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.

Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.

#### **4.5 FÓRMULA LEGAL**

##### **LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 911 - A DEL CÓDIGO CIVIL**

##### **(DECRETO LEGISLATIVO N° 295)**

**Artículo único.-** Incorpórese el artículo 911 - A del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), con el texto siguiente:

“Artículo 911-A.- El paso del tiempo no muta o modifica la causa de la posesión, salvo prueba en contrario.

La mutación de la causa de la posesión debe demostrarse mediante actos objetivos y exteriores, que impliquen previa puesta en conocimiento del titular del derecho de posesión, la variación del título posesorio del poseedor”.

## CONCLUSIONES

Al cabo del trabajo de investigación y sobre la base de los resultados obtenidos en el capítulo tercero, relativo a la contrastación de la hipótesis, nos permitimos establecer las siguientes conclusiones:

1. La regulación de la posesión en el derecho civil peruano se adhiere a la teoría objetiva de Ihering, conforme a la cual la posesión es el ejercicio sobre el bien, de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Bajo esta perspectiva, la posesión no necesariamente precisa de proximidad física o directa sobre la cosa, sino de la materialización del interés jurídico; esto es, hacer que el bien cumpla un fin socio económico.

Asimismo, se asume la falta de utilidad práctica de regular a la detentación o tenencia, que se subsume en la categoría de posesión.

2. La doctrina mayoritaria de nuestro país y la jurisprudencia de la Corte Suprema, avalada por el IV y IX Pleno Casatorio en materia civil, ésta última aún carente de la uniformidad deseada, han optado por una acepción amplia de posesión precaria, caracterizada por la ausencia de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien. Así, se considera poseedor precario, entre otros supuestos: i) al poseedor con contrato resuelto judicial o extrajudicialmente, ii) al arrendatario con contrato concluido, iii) al poseedor con título evidentemente inválido, iv) al poseedor con contrato no inscrito en el registro, y a cuya obligatoriedad no se comprometió el nuevo propietario; v) el poseedor propietario de edificaciones y/o modificaciones del inmueble de propiedad del

demandante; vi) el poseedor que invoca haber adquirido la propiedad del bien por usucapión, etc.

3. La posesión precaria, sea concebida como tenencia o como posesión ilegítima, guarda similitudes y diferencias con las modalidades de posesión típica regulados en el Código Civil, como son la posesión mediata e inmediata, la posesión legítima e ilegítima, la posesión de buena y mala fe y la posesión en concepto de dueño.
4. La naturaleza jurídica de la posesión precaria en el derecho civil peruano, analizada desde la perspectiva de las teorías subjetiva y objetiva de la posesión, es entendida bajo una doble acepción: i) como mera tenencia o detentación, sin derechos inmediatos sobre la cosa, y ii) como una auténtica posesión, empero ilegítima. En ambos supuestos, eventualmente pueden confluir una detentación o posesión de mala fe.
5. La acepción del poseedor precario como simple detentador, así como la de posesión inmediata, es inhábil para convertirse en propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, porque –precisamente- se trata de tipos de posesión no en concepto de dueño.
6. La propuesta legislativa que se plantea a continuación, que recoge la institución de la inversión o mutación de la causa posesoria, aspira a regular con mayor propiedad el principio de continuidad de la posesión en el tiempo.

*“Artículo 911-A.- Mutación del título posesorio.*

*El paso del tiempo no muta o modifica la causa de la posesión, salvo prueba en contrario.*

*La mutación de la causa de la posesión debe demostrarse mediante actos objetivos y exteriores, que impliquen previa puesta en conocimiento del titular del derecho de posesión, de la variación del título posesorio del poseedor.”*

## RECOMENDACIONES

Finalmente, a partir de los resultados obtenidos del trabajo de investigación, traducidos en las conclusiones, nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones.

1. Convendrá al operador jurídico y estudioso del derecho, tener en cuenta que pese a que en el Código Civil peruano, se haya prescindido de regular a la detentación o tenencia, ello no implica que esta forma de relación posesoria se encuentre ausente de nuestro sistema jurídico, como es el caso por ejemplo de la posesión inmediata, la posesión precaria, el servidor de la posesión, etc.
2. Convendrá al operador jurídico y estudioso del derecho, tener presente que las distintas formas de relación posesoria, agrupadas en el Código Civil como tipos de posesión, dentro de ellas la posesión precaria en sus dos acepciones (tenencia y posesión ilegítima), tienen naturaleza ontológica distinta y generan efectos jurídicos, igualmente disímiles.
3. Si bien con la adopción de una acepción amplia de posesión precaria, con el aval de los dos plenos casatorios civiles (IV y IX Pleno Casatorio) se ha dotado de mayor eficiencia al proceso de desalojo por ocupación o posesión precaria, sin embargo, las reglas jurisprudenciales deben ser aplicadas con prudencia, a fin de evitar la afectación de derechos y garantías procesales fundamentales; concretamente en el caso de los demandados titulares de la fábrica o edificación del inmueble o poseedores que invoquen posesión en concepto de dueño.
4. Convendrá tener presente al operador jurídico, al momento de resolver controversias relativas a la adquisición de la propiedad, que relaciones

posesorias cuya naturaleza es la de simple detentación (posesión inmediata, servidor de la posesión, posesión precaria como simple tenencia), son inhábiles para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio.

5. Resulta aconsejable incorporar en el ordenamiento jurídico positivo, la propuesta legislativa que planteamos y que recoge la institución de la inversión o mutación de la causa posesoria, pues de ese modo no solo se clarificaría las diferencias de naturaleza que ostentan cada uno de los tipos de posesión regulados en el Código Civil, sino que se daría coherencia al principio de continuidad de la posesión en el tiempo.

**LISTA DE REFERENCIAS**

(s.f.).

IV Pleno casatorio supremo civil, Casación 2195-2011-Ucayali (Corte Suprema de Justicia del Perú 13 de Agosto de 2012).

IX Pleno Casatorio Supremo Civil, 4442-2015-Moquegua (Corte Suprema de Justicia del Perú 09 de Agosto de 2016).

Albadalejo, M. (1975). *Derecho Civil: Derecho de obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales* (Vol. 11). Barcelona, España: Bosch.

Albadalejo, M. (1994). *Derecho civil: Derecho de bienes* (Vol. 3). Barcelona, España: Bosch.

Arias-Schreiber Pezet, M. (1998). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (Vol. 4). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Avendaño, J. (1986). La posesión ilegítima o precaria. *Themis*, 59-63.

Barbero, D. (1967). *Sistema del derecho privado* (Vol. 2). (S. Santis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas-Europa - América.

Bello Janeiro, D. (2012). *El Precario: Estudio teórico - práctico* (1° Edición ed.). Lima, Perú: Ediciones Legales.

Castañeda, J. (1973). *Instituciones de derecho civil: Los derechos reales* (4° ed., Vol. 1). Lima: Talleres Gráficos P.L.Villanueva.

Colin, A y Capitant, H. (1942). *Curso elemental de derecho civil: De los bienes y de los derechos reales principales* (Vol. 2). Madrid, España: Reus.



Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (6° ed., Vol. 3). Madrid: Aranzadi.

Díez-Picazo, L. y. (1977). *Sistema de derecho civil* (Vol. 11). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L. y. (1997). *Sistema de derecho civil* (6° ed., Vol. 3). Madrid: Tecnos.

Gonzales Barrón, G. (02 de 08 de 2004). "J" o Revistas PUCP. Recuperado el 04 de 05 de 2018, de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18459/18699](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18459/18699)

Gonzales Barrón, G. (2005). *Derechos Reales*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Gonzales Barrón, G. (2011). *Dialnet*. Recuperado el 10 de 10 de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=549899>

Gonzales Barrón, G. (1 de 10 de 2013). *Dialnet*. Recuperado el 23 de 10 de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5475834.pdf>

González Barrón, G. (2015). Notas fundamentales sobre la posesión y la detentación. 147-183.

Hernández Gil, A. (1980). *La posesión*. Madrid: Civitas.

Ihering, R. V. (1892). *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación.

Josserand, L. (1952). *Derecho civil: La propiedad y los otros derechos reales y principales* (Vol. 3). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa.

Lama More, H. (2008). El título posesorio en el derecho civil peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 139-158.

- Lama More, H. (2010). *La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano: El nuevo concepto de precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano (Tesis para optar el grado de magíster con mención en derecho civil)*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Mazeud, H. M. (1960). *Lecciones de derecho civil*. (Vol. 4). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (Vol. 3). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Pasco Arauco, A. (2012). Sembrando la duda razonable en el Juez sobre la precariedad del demandado. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 56-63.
- Puig Peña, F. (1972). *Tratado de derecho civil español* (Vol. 1). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Rodenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Romero Romaña, E. (1957). *Derecho civil: Los derechos reales* (2° ed., Vol. 2). Lima: Taller Gráfico Marco.
- Sánchez Medal, R. (1980). *De 105 contratos civiles* (5° ed.). México: Porrúa.
- Sánchez-Palacios Paiva, M. (2008). *El ocupante precario: Doctrina y jurisprudencia casatoria*. Lima: Jurista Editores.
- Savigny, M. (1845). *Tratado de la posesión según los principios de derecho romano*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.