



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**FIGURA DEL DESALOJO POR PRECARIO EN LA
JURISPRUDENCIA PERUANA-IMPACTO EN LOS
JUZGADOS Y SALAS CIVILES DE CHICLAYO
PERIODO 2018**

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Collantes Irigoín Juan David
<https://orcid.org/0000-0003-4670-4647>

Asesor:

Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis
<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2022

APROBADO POR

DR. BARRIO DE MENDOZA VÁSQUEZ ROBINSON
PRESIDENTE

MG. DANIEL GUILLERMO
CABRERA LEONARDINI

MG. WILMER CESAR
ENRIQUE CUEVA RUESTA

DEDICATORIA:

Para ella, MI MADRE, porque día a día con su sacrificio, coraje y entrega, me fue enseñando que lo imposible solo cuesta un poco más y que derrotados solo son aquellos que bajan los brazos.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a mi madre, por su cariño, y su preocupación en cada etapa de mi vida y mi carrera profesional, por apoyarme y darme animo en los momentos malos, y enseñarme que en la vida, ganes o pierdas siempre hay que mirar alto. Por ser mi fuente de superación. Todo se lo debo a ella.

Agradezco también a todas las personas que influyeron en mi formación profesional, en especial al Doctor Alan Pasco Arauco por enseñarme que: “la discrepancia es un deber, siempre que este sustentada y debidamente informada”.

RESUMEN

En la presente investigación se realiza un análisis acerca del desalojo por ocupante precario y como es que esta figura ha venido siendo modificada en la normativa civil y procesal civil, lo cual se ha sumado con la emisión de casaciones y plenos jurisdiccionales nefastos que han hecho que en la actualidad ya nadie sepa a ciencia cierta que es el desalojo por precario ni para que sirva, llegando a precisar que la misma ha venido sufriendo una desnaturalización, la cual se ha dado tanto en su esencia como en su procedimiento; cuando esta es una herramienta civil muy útil y por lo mismo debe ser práctica y fácil de aplicar, por lo que se proponen algunas reformas para que la misma se pueda ver simplificada y se recupere su utilidad práctica.

PALABRAS CLAVE: desalojo, ocupante precario, reivindicación, casaciones, desnaturalización

ABSTRACT

In the present investigation, an analysis is made about eviction by precarious occupant and how this figure has been modified in civil and civil procedural regulations, which has been added to the issuance of injurious appeals and full jurisdictions that have made At present, no one knows for sure what eviction is precarious or for what it is useful, coming to point out that it has undergone a denaturation, which has occurred both in its essence and in its procedure; When this is a very useful civilian tool and therefore it must be practical and easy to apply, some reforms are proposed so that it can be simplified and its practical utility recovered.

KEYWORDS: eviction, squatter, vindication, cassations, denaturation

ÍNDICE

I.	Introducción	10
1.1.	Realidad Problemática	10
1.1.1.	A Nivel Internacional	10
1.1.2.	A Nivel Nacional	11
1.1.3.	A Nivel Local Local	15
1.2.	Antecedentes de Estudio	15
1.2.1.	A Nivel Internacional	15
1.2.2.	A Nivel Nacional	17
1.2.3.	A Nivel Local	21
1.3.	Abordaje Teórico	22
1.3.1.	Doctrina	22
1.3.1.1.	Reivindicación	22
1.3.1.2.	El Derecho de Propiedad y su Defensa desde la Reivindicación	23
1.3.1.3.	Desalojo	26
1.3.1.3.1	Roma y la Figura del Precario	26
1.3.1.3.2	La Posesión Legítima, Ilegítima (Buena o Mala Fe de las Partes)	28
1.3.1.3.3	Posesión Precaria como variante de la Posesión Ilegítima: “Posición Amplia y Restrictiva del Precario”	34
1.3.1.3.4	El Título en la Posesión Precaria	37
1.3.1.4.	Argumentos en Defensa del Desalojo (Algunas Aclaraciones)	41
1.3.1.5.	Algunas precisiones sobre el IV Pleno Casatoro civil	43
1.3.1.5.1.	Situaciones de desalojo previas al IV Pleno Casatorio	43
1.3.1.6.	Casos en los que se está ante un precario según la Corte Suprema	45
1.3.1.6.1.	Enajenación de inmueble arrendado (nuevo arrendador versus arrendatario anterior)	45
1.3.1.6.2.	Propietario versus poseedor que invoca prescripción	47
1.3.1.6.3.	Caso de la Resolución extrajudicial de contrato y obligación de restitución de la posesión	50
1.3.1.6.4.	Propietario del suelo versus poseedor que realizo edificaciones	53
1.3.1.6.5.	Arrendador contra arrendatario con contrato vencido	55
1.3.1.6.6.	Propietario versus poseedor que ostenta título manifiestamente nulo	59

1.3.2. Ley	63
1.3.2.1. Modificaciones Legislativas para Lograr la Simplificación y Mejora del Desalojo ..	63
1.3.2.1.1. Eliminar la Continuación del Arrendamiento establecido en el artículo 1700° del Código Civil	64
1.3.3. Jurisprudencia.....	75
1.3.3.1. Análisis y comentario a la Casación N° 2156-2014- Arequipa	75
1.3.3.2. Comentarios a la Casación N° 3417-2015, Santa.....	77
1.3.3.3. Comentarios a la Casación N° 1784- 2012- Ica.....	84
1.3.3.4. Comentario y análisis de la Sentencia N° 785/2019, Audiencia Provisional de Barcelona	87
1.3.4. Análisis del Pleno Nacional Civil de Lima 2017	88
1.3.4.1. Incorrecta Solución que asume El Pleno Nacional.....	89
1.3.4.2. Dilema en el que nos deja el Pleno Nacional civil del 2017	93
1.3.4.3. Respuestas a las que se debió Arribar en el Pleno Nacional Civil del 2017	96
1.3.4.4. ¿El arrendador tiene la facultad de elegir la causa de desalojo que mejor le convenga?	97
1.4. Formulación del Problema.	100
1.5. Justificación e importancia del estudio.	100
1.6. Hipótesis	101
1.7. Objetivos	101
1.8. Limitaciones.....	102
II. MATERIAL Y MÉTODO.....	102
2.1. Tipo y Diseño de Investigación.....	102
2.1.1. Tipo de Estudio.....	102
2.1.2. Diseño de la Investigación.....	103
2.1.3. Población	104
2.1.4. Muestra	105
2.3 Variables, operacionalización.	106
2.3.1 Variable Independiente.....	106
2.3.2 Variable Dependiente.....	106
2.3.3 Operacionalización.....	107
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.	109
2.5. Procedimientos de análisis de datos.....	110

2.6. Criterios éticos.....	110
a. Valor Social:	111
b. Validez Científica	111
c. Proporción de Trabajo Riesgo- Beneficio	111
2.7. Criterios de Rigor Científicos.....	112
III. RESULTADOS.....	113
3.1. Resultado en Tablas y Figuras	113
3.2. Discusión de Resultados.....	121
3.2.1 Sentencia Civil N° 785/ 2019 audiencia provisional de España.....	121
3.2.2 Casación N° 2195- 2011, Ucayali (Cuarto Pleno Casatorio Civil).....	122
3.2.3 Casación N° 2156- 2014, Arequipa (desnaturalización del desalojo por ocupante precario)	124
3.2.4 Casación N° 3417- 2015, Santa (contradicción entre la Sala Superior y la Corte Suprema sobre el precario; ¿para evitar el desalojo el demandado debe acreditar su posesión o su derecho a poseer?).....	126
3.3. Aporte Practico (Propuesta).....	128
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	131
4.1. Conclusiones	131
4.2. Recomendaciones	134
V. REFERENCIAS	135
ANEXOS	139

I. Introducción

1.1. Realidad Problemática

1.1.1. A Nivel Internacional

Tal y como lo precisa el artículo 250.1 acápite 2 de la LEC, sobre el desahucio (en Perú conocido como desalojo) por precario: “se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”. En tal sentido el juicio verbal por precario es uno de los procesos que más se utiliza en España, esta figura se realiza por personas que se han visto despojadas de su posesión de un inmueble en contra de su voluntad, o también que han cedido o tolerado de manera voluntaria y a título gratuito su posesión; pero es ante la negativa del poseedor de devolver la posesión del bien, que los propietarios se ven obligados a recurrir a este proceso. A aquel sujeto que permanece de manera ilegítima en el bien, se le conoce en España como precarista, y para que se pueda recuperar la posesión del bien, es necesaria la demanda de desahucio por precario, que tiene un trámite a través del juicio verbal, por disposición del artículo antes citado.

Este proceso tiene la naturaleza de plenaria, por lo que la sentencia que se dé sobre el caso pone fin al proceso y por ende genera todos los efectos de cosa juzgada; a diferencia de lo que pasaría en la vía no sumaria. Es de precisar también que esta figura ha ido definiéndose de manera adecuada por la jurisprudencia española, que en sentencias como la recaída en la N° 300/2015, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, preciso: “el precario es aquella utilización de un inmueble o bien ajeno al poseedor, sin pagar ninguna renta ni merced y cuya posesión no le corresponde, aunque el mismo se encuentre disfrutando del bien, que no tiene ningún título que justifique tal posesión, ya sea porque el mismo nunca se tuvo o se perdió aquel que se tenía”.

De igual manera la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N° 1022/2005, hace una mención al supuesto de la posesión concedida a título gratuito, revocable y de manera revocable, donde se pueden dar tres posibilidades: “1) hablamos de

una posesión concebida, y que por lo tanto tiene su origen en un contrato; 2) que estamos ante una posesión tolerada por la condescendencia o la aceptación del propietario; o, 3) una posesión que se ejerce sin título (el poseedor nunca tuvo un título o el beneplácito del propietario para hacer uso del bien, en tal sentido se configura un despojo de la posesión por parte del ocupante)”.

Otra sentencia que también ha precisado una conceptualización sobre el desahucio por precario es la recaída en la N° 134/ 2017, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, donde se precisó que: “el precario es una situación de hecho, que implica la utilización gratuita de un bien que es ajeno, cuya posesión jurídica no les corresponde, pues existe una ausencia de título”.

1.1.2. A Nivel Nacional

El autor Pasco (2017) señala que en la normativa peruana lo que otorga legitimidad a la posesión, es el título; es decir, el sujeto que es propietario o poseedor de un bien debe contar con un título para que su derecho sea legítimo. El mismo autor precisa que este título puede ser de dos tipos, uno negocial, pensemos por ejemplo en una compraventa (el derecho nació por un negocio o acuerdo entre las partes) y un título de tipo legal, en este caso una prescripción adquisitiva sería el ejemplo correcto (el derecho emana de un dispositivo legal que otorga esas facultades). Se debe precisar que en el primer supuesto no solo basta ostentar un título, sino que este debe ser válido y eficaz. Entonces cuando se posee con un título negocial no siempre se será un poseedor con derecho, es así que se estará ante un poseedor ilegítimo en tres supuestos: a) poseedor sin ningún título, se podría estar en un supuesto de invasión; b) poseedor con un título inválido, compraventa que se decreta nula porque fue celebrada por un menor de edad que no tenía las facultades; y, c) poseedor con un título válido pero ineficaz, una compraventa celebrada por un sujeto que no era el dueño, el sujeto que otorga es capaz pero no tiene el derecho para hacerlo, o un contrato de compraventa sometido a una condición suspensiva.

Ante estos tres tipos de ilegitimidad según la norma se usará la acción reivindicatoria, ya que estamos hablando de un propietario que no posee contra un poseedor que no es propietario, pero, la norma también prevé que para un tipo de estos ilegítimos se usará una acción más rápida y sencilla, el desalojo por ocupante precario y estamos hablando del primer tipo de ilegitimidad antes señalado (ilegítimo sin ningún título que respalde su posesión). En ese sentido calificar a alguien como precario sirve para botarlo mucho más rápido de un bien, en este caso cuando se enfrenta un propietario que tiene su derecho inscrito contra un poseedor precario (invasor) se usará el desalojo por ocupante precario para ahorrar tiempo y recuperar el bien. Hasta este punto todo está bien claro, para el poseedor que tiene un título inválido y para aquel que tiene un título válido pero ineficaz se utiliza la acción reivindicatoria y para aquel que no tiene un título se usará el desalojo por precario.

Es así que lo que sucedió en la realidad, en el mundo de los hechos, es que los poseedores sin ningún título, se creaban títulos falsos para sustentar su posesión, esta era la solución de los precarios para no ser desalojados y ver sus procesos en la reivindicación, puesto que se debía analizar la validez de su título. Es a raíz de esto que surgió el cuarto pleno casatorio civil en donde la corte suprema estableció que en los procesos de desalojo por ocupante precario si se podía analizar la validez del título del demandado, cuando esta era una nulidad manifiesta.

La problemática entonces surge a raíz de la casación 2156-2014, AREQUIPA en donde la corte suprema estableció que el desalojo no solo procede contra el poseedor precario, sino contra el poseedor ilegítimo y señaló que se debe entender como poseedor ilegítimo a aquellos sujetos poseedores que no tienen un título, que tienen un título inválido, ineficaz, resuelto, nulo, anulable, compraventa resuelta; es decir, contra todo. Si esto es así entonces la pregunta sería ¿para qué sirve la acción reivindicatoria? En ese sentido si “A” y “B” han comprado la misma casa, porque el mismo vendedor C se los vendió a los dos y “A” quiere botar a “B”, “B” sería precario, lógicamente no, porque tiene el mismo título. Entonces ¿quién se va a

quedar con el bien? Según las reglas civiles se prefiere a aquel que inscribió primero y lo hizo de buena fe, es así que “A” debe probar que inscribió primero de buena fe o “B” debe probar que “A” inscribió el bien de mala fe, la interrogante es ¿Dónde se va a pelear todo esto?, según la sentencia en el desalojo, es decir en una instancia tan pequeña se verán todos estos supuestos, lo cual es inaceptable porque la acción reivindicatoria y el desalojo estarían perdiendo su razón de ser.

La segunda gran problemática sobre el desalojo por precario, surge a raíz del pleno nacional civil del 2017 que ha establecido que si ya convertí en precario a alguien ya no lo puedo demandar ante un juez de paz letrado, sino ante un juez especializado, la pregunta es ¿se necesitan dos instancias más casación para resolver un conflicto tan sencillo?, ¿y la supuesta rapidez para la que se creó el desalojo por precario? Imaginemos que estamos ante un supuesto en donde el alquiler del inmueble es de trescientos soles, el propietario ya le requirió el inmueble al arrendador mediante carta notarial y este es un sujeto que tiene su bien inscrito y todos sus papeles en regla, sería necesario que el proceso inicie en un juez especializado, donde en primera instancia demora por lo menos un año, más la apelación ya son dos años y si se apela en casación se resolverá en unos cuatro o cinco años y el lanzamiento, por lo menos un año, entonces, esto es justo para el propietario y si el bien vale un aproximado de 20, 000 soles entonces en todo este tiempo ya se perdió su valor más el pago del abogado y otros costos, ya no tendría sentido seguir peleando por el bien. Pero el drama no acaba aquí sino que la corte suprema también ha señalado que la sola invitación a conciliar es mérito para comenzar el proceso en el juez especializado, es decir que el proceso ya en ningún supuesto va a iniciar ante el juez de paz letrado. Este tipo de cosas están sucediendo en nuestro sistema peruano, problemas que deben ser subsanados de forma inmediata, caso contrario el derecho estaría perdiendo y estaríamos perdiendo todos.

Ahora bien la problemática con nuestros administradores de justicia, en diversas ocasiones, con el único fin de aclarar conceptos y criterios que se han establecido, por ejemplo en el IV Pleno Casatorio, lo que hacen es oscurecer el tema. Y eso es

lo que viene ocurriendo en relación a uno de los temas más conflictivos de la posesión precaria: hablamos del contrato de arrendamiento y aquella negativa que tiene el poseedor inquilino a salir o desocupar el bien, es por ello que la regulación de este tema debería ser lo más clara posible, ya que si se tiene una regulación enmarañada o confusa, solo se va a tener como consecuencia la mala administración de justicia, incertidumbres, posiciones divididas, y por ende procesos judiciales que van a ser interminables.

Contrario sensu a ello, y en oposición a lo que debe de ocurrir, la regulación que tiene la posesión precaria que se vincula con los contratos de arrendamiento es confusa y en muchos aspectos hasta contradictoria (y ha esto ha contribuido las decisiones que se han adoptado por algunas casaciones, así como también por plenos, como el Pleno Nacional Civil del 2017). A consecuencia de ello se han generado cosas 1) los operadores de justicia realizan malabares interpretativos para poder dar respuestas coherentes, con el fin de solucionar los problemas cotidianos de forma efectiva; y 2) el estado total de incerteza para los propietarios justiciables, quien confundido por las marañas legales, no tiene las cosas claras respecto a la finalización de un contrato de arrendamiento, cuando un arrendatario se convierte en precario, a partir de cuándo se debe demandar el desalojo, en que vía, cuál debe ser la causal para solicitar un desalojo, etc. Que son cosas que suceden en el día a día y resultan de suma utilidad.

En tal sentido y con oposición a lo que en la realidad debe ocurrir, la regulación que ha sufrido la posesión precaria, que está vinculada a los contratos de arrendamiento, es muy confusa, y en la mayoría de casos, hasta contradictoria; a estos casos han contribuido el Pleno Nacional Civil del 2017, casaciones emitidas por la Corte Suprema de justicia e incluso doctrina muy reconocida. Como lo ha detallado el autor Pasco (2019) esta situación va a generar dos perspectivas: i) la obligación a la que se ve sometido el operador jurídico de realizar malabares interpretativos, con el fin de encontrar a esta regulación una aplicación práctica coherente, para que ello pueda ayudar a la resolución de controversias de manera eficiente que se dan en el día a día; y ii) el estado de incerteza absoluto con el que cuentan los

justiciables, debido que se vive en una maraña confusa en cuanto a este tema, pues el código civil y procesal civil tiene una serie de marañas que lo único que hacen es complicar la situación. En tal sentido los arrendadores viven en una serie de incertidumbre acerca de cuándo es que concluyen sus contratos de arrendamiento, desde cuándo se puede demandar desalojo, cual es la causal idónea para solicitarlo, que juez debe conocer la demanda, que son aspectos e interrogantes que generan duda en los justiciables y son de suma utilidad en el día a día.

No debe ser ajeno a esta investigación, la coyuntura social en la que estamos viviendo, pues ello ha desencadenado una serie de casos en cuanto a los arrendamientos se refiere, y por ende a lo que nos atañe en cuanto a la posesión precaria también. Esta pandemia sin duda alguna ha generado consecuencias que deben ser analizadas, con el fin de dar posibles soluciones aplicables a los casos surgidos a raíz de esta pandemia actual, sino a futuras. En base a ello algunas de las problemáticas que se van a tratar en la investigación y que son muy relevantes al tema son: ¿viabilidad del proyecto de ley que suspende los pagos de arrendamiento?, ¿es legal el uso de las defensas posesorias en defensa de los arrendatarios, en contra de los propietarios, con el fin de evitar los desalojos en esta pandemia?, ¿se debe suspender o prorrogar el pago de las rentas? ¿Se puede aplicar la excesiva onerosidad de la prestación, para reducir el pago de los alquileres?, entre otros temas que están surgiendo a raíz del estado en el que nos encontramos y que deben ser tratados, buscando soluciones prácticas.

1.1.3. A Nivel Local Local

1.2. Antecedentes de Estudio

1.2.1. A Nivel Internacional

Velencoso (2013) en su artículo “Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?”, publicado en la revista Indret de la Facultad de Derecho, en la Universidad de Valencia, España

precisa que en la actualidad la famosa acción reivindicatoria es una herramienta para recuperar la posesión perdida de un bien y representa en tal sentido la variante absoluta de la propiedad y de aquel deber de otros sujetos (terceros) de abstenerse de privar al propietario de la posesión de un bien determinado sin que haya mediado su consentimiento. En el derecho Romano, ha venido sufriendo una evolución en muchos de sus aspectos tomando de referencia distintos sistemas legales occidentales. Esto en parte por la gran influencia germana en relación con aquellas acciones que han protegido al derecho de una persona a poseer un bien, en efecto cuando más se tiene en cuenta la equiparación de la protección posesoria mediante un título menor será la importancia que tiene la reivindicación.

El autor Alessio (2009) en su artículo titulado “Posesión” publicado en la revista Jurídica de La Universidad Nacional Autónoma de México, arriba sobre el tema en cuestión a que la tesis relativa, que defiende o blinda a la ocupación posesoria, en elementos que son colaterales a los de la posesión, tiene como referencia la defensa de valores jurídicos que son indiscutidos en un estado de derecho y que se aplican en todas las medidas. En el caso de la posesión esta tiene como fin impedirle al poseedor anterior y dueño del bien, quien tiene mejor derecho frente al poseedor actual del mismo bien, de que haga justicia con sus propias manos y por lo tanto bote al poseedor ilegítimo, que no tiene ningún título; o aquel impedimento para privar de lo suyo a quien le pertenece o el interés de la comunidad de mantener un orden jurídico adecuado, son valores aceptados para cualquier tipo de institución y por lo tanto válidos y suficientes para proteger a aquel que debe poseer el bien, incluso a aquel que viene estando en posesión de manera ilegal o a consecuencia de la comisión de un delito independientemente de las consecuencias que esto acarree en otros ámbitos (como en el derecho penal).

Serrano (2008), en su tesis titulada “el desahucio y la restitución de local comercial arrendado ¿quién está legitimado y cómo debe hacerlo?”, la cual fue un trabajo de grado exigido para obtener el título profesional de abogado en derecho, por la Universidad de los Andes- Bogotá; sobre el tema en particular determina que uno

de los aspectos que en la normativa civil colombiana ha generado discusión, no solo a nivel doctrinal sino también jurisprudencial es la aplicación de las normas relativas al arrendamiento del local comercial. La discusión gira en torno a quien es el titular para otorgar esta prerrogativa de renovar el contrato de arrendamiento, si ese derecho es del propietario o también lo puede realizar el arrendador. Se sostiene que la facultad de desahuciar y pedir la restitución solo le corresponde al arrendador, sea este propietario o no, debido a que el desahucio es un requisito para poder terminar el contrato y poder pedir la restitución del bien.

Combariza (2014), en su tesis “el desalojo en el contrato de arrendamiento: un estudio comparado entre Colombia y los Estados Unidos”, la cual fue requisito previo para obtener el grado de Abogado, por la Universidad Católica de Colombia, sobre el tema en cuestión precisa que el arrendador está facultado para la utilización de la acción de desalojo una vez se haya terminado el contrato de arrendamiento y el arrendatario no cumpla con la obligación de entrega o restituir el bien inmueble, y de manera general cuando este último no haya cumplido con sus obligaciones (ya sea las precisadas en el contrato o las señaladas en la ley). Las normas colombianas sobre el no pago precisan además que, el no pago, es un hecho negativo e indefinido, que no exige demostración de quien lo alega. Si el arrendatario quiere exonerarse de tal imputación, debe acompañar la prueba que corrobore ello. Mientras que si se invoca la restitución del bien, porque el poseedor no tiene título, ello es perfectamente amparable, ya que el desalojo también se puede interponer ante este ilegítimo.

1.2.2. A Nivel Nacional

Castillo (2015) en su tesis denominada “el vencimiento del contrato de arrendamiento y la figura del ocupante precario” para obtener el título profesional de Abogado, por la universidad Privada Antenor Orrego, precisa que luego del estudio realizado arribamos a la conclusión de que el precario tiene que ser el que se encuentra ocupando un bien por liberalidad y sin la tolerancia del concedente, por ende sin ningún vínculo jurídico existente que sustente tal ocupación, la

posesión ilegítima y la posesión precaria no son las mismas ya que se debe tener en cuenta que ambas son distintas en su conceptualización; así también, la posesión que se realiza con ilegitimidad tiende a tener una clasificación y estar sujeta a resarcimiento monetario por los daños que se pueden generar por la misma.

El autor Pasco (2017) en su artículo titulado “¿Cómo ha quedado la posesión precaria luego de la sentencia del IX pleno? Cambiar para empeorar”, publicado el 20 de Enero del 2017, en el portal Web de la Revista: La Ley el Ángulo Legal de Noticias, sobre el particular manifiesta que es muy común cuando se da un procesos de desalojo, la parte demandada se defiende ostentando un título, que aparentemente le brinda a su titular el derecho a estar y permanecer en un inmueble (por ejemplo una compraventa, un arrendamiento o incluso una donación), cuando en el fondo ese documento era adulterado, por tanto tendiente a ser declarado como nulo, cuando el recurrente (persona que interpone la demanda) hacía notar ello, el sujeto demandado se defendía precisando que esa problemática no podía, por su naturaleza, ser vista en un proceso de desalojo y que para dilucidar tal controversia se tenía que recurrir a un proceso de conocimiento. Casi a menudo los jueces admitían este fundamento y por ende desestimaban la demanda, obligando por lo tanto al demandante a iniciar un nuevo proceso, de conocimiento, en donde se va a discutir la validez, nulidad o ilegalidad del título que tiene el demandado para defenderse.

Acevedo y Alva (2016), en su tesis “posesión precaria y título, bajo el análisis de la casación 1784-12, Ica y el cuarto pleno casatorio civil”, investigación que fue requisito previo para la obtención del grado académico de Abogadas, por la Universidad Nacional de Trujillo, sobre el tema en cuestión detalla que el título es la herramienta idónea para justificar la posesión, el mismo debe ser veras, en tal sentido que si esta otorgado por una persona sin las facultades, no va a producir efectos y si en caso los produjera, los mismos no serán válidos.

Lama (2011) en su Tesis de Maestría titulada “la Posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano”, para optar por el grado de Magister en derecho con mención en derecho civil, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre el tema en cuestión detalla que las Nuevas Definiciones incorporadas en nuestra legislación, en cuanto a la posesión precaria, deben ser interpretadas de forma idónea y razonable, de tal manera que permita una convivencia justa y civilizada entre los sujetos. Son de la idea que la propiedad privada tiene que ser blindada y por ende garantizada por el derecho positivo y respetado por las demás personas; además, estoy plenamente convencido que nuestro sistema legal debe brindar al propietario todos los mecanismos que aseguren de una manera eficaz la protección de sus derechos. En todo caso esta es una tarea que debe desempeñar el estado, mediante la creación de los mecanismos adecuados para que todos los sujetos accedan de manera idónea a la posesión perdida de sus propiedades, lo cual se puede realizar de manera particular o colectiva, solo realizando esto se podrá lograr la satisfacción en todas las medidas de sus necesidades. La interpretación que debe hacerse a la regulación normativa del derecho positivo peruano, en cuanto a la posesión precaria concierne, debe tener ese lineamiento.

Pasco (2018), en su artículo jurídico “Desalojo contra el ex propietario con venta simulada ¿qué aspectos puede analizarse con relación al título del demandante en un desalojo?”, el cual fue publicado en la revista Gaceta Civil y Procesal Civil, sobre un comentario a la Casación N° 2156- 2014, Arequipa precisa lo novedoso con esta casación de la Corte Suprema es que no solo se abrió el listado de temas que pueden ser vistos en un desalojo (ya no solo nulidad, sino también resolución inoponibilidad por haber adquirido de quien no tenía el derecho a la posesión, ineficacia por haber adquirido de quien estaba imposibilitado para transferir derechos sobre el bien, entre otros), sino que incluso para el tema de nulidad omitió señalar expresamente que dicho análisis era factible únicamente en el caso de que ella resulte manifiesta, como si fue bien precisado en el IV Pleno Casatorio.

Gonzales (2013) En su artículo jurídico denominado “Acción Reivindicatoria y Desalojo por Precario”, el cual fue publicado en la revista *Derecho y Cambio Social* sobre el particular detalla que la figura de la reivindicación es una figura de carácter rea; en tanto que será dirigida por el propietario del bien, contra cualquier tercero que se encuentre en la posesión, ya sea que este tenga un vínculo (contrato) o no (invasor) con el propietario. Esta es la diferencia radical con los interdictos o el desalojo, que vienen a ser remedios de carácter posesorio. Por lo que el autor debe comprobar el dominio como presupuesto para determinar su acción. Por otro lado la figura del ocupante precario, presenta en la actualidad una diatriba desalentadora, pues nadie sabe a ciencia cierta, que es un ocupante precario, ya que ello no se encuentra delineado en la doctrina, ni en los tribunales, es más ni siquiera en el sentido común de los particulares, a quienes finalmente se dirige el ordenamiento civil.

More (2017), en su artículo jurídico titulado “comentario a los plenos casatorios civiles”, el cual fue publicado en la revista jurídica Instituto Pacifico, en un comentario crítico al Pleno Nacional Civil del 2017, precisa que los jueces superiores, en mayoría decidieron que, en tal caso (competencia para conocer desalojos por ocupante precario) dichos jueces no son competentes en razón de que en el supuesto indicado el arrendamiento había fenecido y que por ende el arrendatario había devenido en precario; entonces no existiendo cuantía por inexistencia de renta, correspondía conocer el proceso al juez especializado y no al de paz letrado. Tal conclusión a la que se arribó en el pleno jurisdiccional, como precisa el autor, es “acertada”, además “coherente” con las reglas fijadas como vinculantes por la Corte Suprema en el IV Pleno Casatorio Civil.

Montalvo (2017), en su tesis titulada “el título posesorio como factor determinante para la declaración de la legitimidad de la posesión en el análisis de resoluciones casatorias en el periodo de 1998 al 2010”, la cual fue presentada como requisito previo a la obtención del grado académico de magister en derecho con mención en derecho procesal, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre el tema en debate precisa que del análisis de las casación en mención se ha podido

determinar de manera concisa que la posesión siempre debe estar fundada en un título válido; es decir el mismo debe haber sido otorgado por quien tenía facultades sobre el bien, si no fuese así se debe analizar el ámbito subjetivo del poseedor, pues si se determina la buena fe del mismo, la posesión será legítima.

1.2.3. A Nivel Local

García (2018) en su tesis titulada “Análisis de las normas que regulan los procesos de Desalojo en el Perú y propuesta legislativa que establece la defensa posesoria Extrajudicial en materia de Arrendamiento”, para optar por el grado académico de bachiller en derecho por la universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, detalla que si apreciamos el proceso de desalojo desde una vista teórica, esta permite que estos procesos sean resueltos en un menor tiempo, ya que la controversia de fondo no es muy complicada; pero, en la realidad social se puede observar que este proceso en efecto no responde pues a la finalidad para la cual fue creada, es decir, a que se le restituya el bien al propietario original. Esto a consecuencia de la mala interpretación que se le da a las normas sobre el desalojo, creación de jurisprudencia contradictoria, o por el tratamiento de carácter sustantivo del régimen de arrendamiento o por la gran carga procesal que tienen los órganos jurisdiccionales, o por la conducta con la que actúan las partes en el proceso (actuar de mala fe) de los arrendatarios.

Esquivel (2013) en su tesis titulada “Discrepancias teóricas, empirismos normativos sobre la posesión precaria en el distrito judicial de Chiclayo” para optar el grado de bachiller en derecho por la universidad particular Señor de Sipán, detalla sobre el tema en cuestión que la posesión precaria es una figura que ha venido sufriendo constantes cambios que deben ser tratados con mucho cuidado por los legisladores ya que una mala interpretación de mismo puede significar la resolución errónea del caso y por ende darle prevalencia a los poseedores ante los propietarios, lo cual estaría contraviniendo el derecho fundamental a la inviolabilidad de la propiedad consagrada en la constitución política del Perú.

Gonzales (2019), en su tesis de grado “la afectación de la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso de desalojo por ocupación precaria: a propósito del pleno jurisdiccional civil del 2017”, la cual fue presentada como requisito previo para la obtención del grado académico de Abogado, por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, sobre el tema precisa que luego de haberse publicado el Cuarto Pleno Casatorio civil nuestros jueces han adoptado una concepción en la medida amplia de la ocupación precaria, teniendo inmerso dentro de este supuesto a los contratos de arrendamiento con contrato vencido, cuando previamente se ha producido el aviso notarial de desocupación del bien. Esto ha tenido como consecuencia un conflicto interpretativo en la judicatura, pues no se ha precisado quien es competente para conocer este tipo de procesos; es decir si los jueces especializados o los jueces de paz letrados, pues ante supuestos de hechos idénticos algunos jueces admiten a trámite las demandas, mientras que otros las rechazan de plano. A raíz de las incertidumbres que se han generado a consecuencia de las interpretaciones sobre la competencia se ha llegado a precisar a través del pleno jurisdiccional nacional, que todos aquellos casos en los que ha (independientemente de si existe mediación posesoria o no) ha vencido el contrato de arrendamiento y se solicitó la devolución mediante carta notarial, el competente es el juzgado civil, por lo que se ha creado una regla que no existe en el Cuarto Pleno Casatorio, ni mucho menos en la norma procesal y que lesiona la tutela jurisdiccional efectiva.

1.3. Abordaje Teórico

1.3.1. Doctrina

1.3.1.1. Reivindicación

Antes de hablar de la figura de la reivindicación y como es que esta funciona en nuestro sistema jurídico peruano, debemos detallar algunas precisiones sobre la propiedad. Es así que como menciona Pozo (2017) la propiedad es más que una expresión de nuestra normativa (código civil), un derecho fundamental, que trasciende la temporalidad de su expresión normativa, el cual consta de un contenido esencial que le otorga seguridad a su titular de tal forma que puede usar y abusar de ella en su sana conveniencia (p. 39). O como lo menciona la Doctora

Valcárcel (2015) en cita del pensador inglés John Locke “aunque la tierra pertenece en común a todos los hombres, cada hombre tiene una propiedad que pertenece a su propia persona y nadie tiene derecho a ella excepto él mismo”.

Desde tal punto de vista, se debe tener presente que el derecho de propiedad es uno que tiene a ser exclusivo y excluyente. El primero de ellos en el sentido que solo el propietario es el que tiene derecho sobre un bien determinado, salvo los casos de copropiedad; y excluyente en cuanto el bien es objeto de uso y disfrute del propio titular, el que tienen la absoluta facultad de excluir a todo aquel que no ostenta tal cantidad.

1.3.1.2.El Derecho de Propiedad y su Defensa desde la Reivindicación

Si analizamos de forma pausada el Art. 923 de nuestra normativa civil podemos apreciar que la misma le otorga al titular de la propiedad, el uso y disfrute (esto es gozar de su bien), disponer (el propietario legítimo puede gravar, enajenar o hasta destruir su bien) y reivindicar el bien, de tal manera que según le convenga al sujeto propietario de la cosa decida sobre el futuro de la misma. Debemos entender en ese sentido entonces que por la reivindicación el propietario del bien lo vuelve a entraer a la esfera jurídica y fáctica de su patrimonio de donde ha salido por errores o deficiencias subjetivas (engaños o argucias del poseedor) o aspectos objetivos (error en el registro).

En tal sentido como lo precisa el autor Pozo (2017) el derecho de propiedad además debe estar dotado de ciertas características, como lo son: el derecho de propiedad es Absoluto (lo cual según reconocidos autores como Mejorada, Pasco, etc. Con los cuales concuerdo es un error, pues este derecho en algunas situaciones no tiene esta característica); el derecho de propiedad tiende a ser perpetuo y se tiene sobre el derecho de propiedad el derecho de persecución y de preferencia.

- a) En relación al punto del carácter absoluto del derecho real, según el autor suele entenderse este carácter absoluto de dos formas, primero: en cuanto a la gama

de posibilidad que se le otorga a su titular, para poder darle uso y disfrutar del bien, en tanto el propio contenido del derecho y la vulneración del ordenamiento jurídico; por otro lado, suele entenderse al carácter absoluto de este derecho real en cuanto es oponible a todo a quien no ostente la calidad de titular del bien o tenga algún derecho con el que pueda justificar su posesión. Debemos tener en cuenta que en nuestra doctrina ya se ha postulado la Teoría del contenido de destinación, teoría que se basa en la idea que el carácter absoluto del derecho ya no debe entenderse tanto en su aspecto de oponibilidad ante terceros (es decir su carácter erga omnes), sino en tanto a la exclusividad del disfrute del derecho. (Geldres. 2017, p. 32).

- b) La perpetuidad del derecho de propiedad se debe entender no en el sentido que este va a durar para siempre, sino tiene que serlo en relación a la función que cumple. No debemos olvidar que a pesar de ser un derecho que tiene un rango distinto al de otros, esto por su carácter de derecho fundamental, también como todo en el derecho, es susceptible de tener ciertos límites o restricciones, como por ejemplo una expropiación o prescripción. En tal sentido si bien tiene a ser perenne en las manos de su propietario, por causas justificantes puede ser interrumpido de su propiedad. En ese sentido se suele decir que también es un derecho elástico.
- c) En cuanto al derecho de persecución y preferencia, en tanto que el titular original puede recuperar el bien sin importar quien lo tenga, sin una causa que lo legitime. Así por ejemplo, no podrá ejercer la reivindicación ante a aquel sujeto que ostenta el bien por ejercicio de su derecho, pensemos en un usufructo. Y, en tanto que el derecho de preferencia, aunque ya en la doctrina viene siendo superada con mucha frecuencia, se dice que si hubiera un conflicto entre un derecho real y uno de naturaleza personal, primaria el de carácter real (lo cual se decretó en el VII pleno acusatorio civil, opinión que no comparto).

Entonces debe quedar precisado que la reivindicación es una facultad que está reservada al propietario, salvo disposición expresa distinta señalada en la norma. Es una acción ofensiva que se ejercita contra quien tiene un su poder el bien si tener derecho alguno, además debe tenerse en cuenta que la acción reivindicatoria no solo tiene como fin la restitución del bien sino además es el derecho de quien no tuvo el derecho.

Como lo detalla Caperochipi (2017) la acción reivindicatoria o de restitución es la que ejerce el propietario de un inmueble determinado para recuperar la detentación efectiva del bien, usando para tal sentido la prueba de la plenitud que tiene por su derecho (p.50).

El mismo autor señala que la legislación Española ha indicado como un requisito esencial para poder ejercer la reivindicación los hechos de la prueba del dominio por el actor, la identificación precisa y plena de la cosa y la detentación injusta por parte de demandado.

Por su parte el autor Barrantes (2016) precisa sobre el tema que doctrinariamente se puede sostener que esta acción es la restitución al propietario originario de la cosa, que ahora ostenta quien no lo es pero pudo haber tenido facultades para hacerlo, es decir del sujeto que tiene en su posesión el bien sin tener ningún derecho, en ese sentido no se busca en esencia la discusión de la validez de los títulos, sino la restitución del bien, como condena para el poseedor sin derecho (p.119).

En la doctrina nacional el reconocido autor Gunter (2013) sobre el tema señala que la denominada acción reivindicatoria es aquel instrumento de carácter típico para poder proteger la propiedad de los bienes que se ha perdido injustamente, por lo que en su esencia o virtud e va a declarar como comprobada la propiedad en favor del actos, siendo que este en el proceso debió probar la misma, la cual siempre tuvo que ostentar, por tanto es una acción de carácter real (proteger la propiedad frente a cualquiera sin vinculo o con él, en cuanto busca el reconocimiento jurídico del

derecho y la remoción de los obstáculos de hecho, para ejercer su pleno derecho) de recuperación posesoria; plenaria o petitoria (amplia cognición y debate probatorio, con el consecuente pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada e imprescriptible) (p.89).

1.3.1.3.Desalojo

1.3.1.3.1 Roma y la Figura del Precario

La antigua Roma se constituyó como un Estado ciudad, y además como una comunidad rural, con un grupo de personas, personas, que estaban distribuidas por jerarquías, y en grupos pequeños de familias los cuales se denominaban “patriarcas”, cada familia tenía un jefe el cual era conocido como *pater familias*, este jefe de familia tenía un poder absoluto no que no solo podía ejercer con su misma familia sino también con sus esclavos. Este *pater familias*, como lo precisa Simorra (2002) otorgaba porciones de tierra en *precarium* tanto a plebeyos como ha a los siervos manumitidos y a otros extranjeros sometidos o acogidos voluntariamente por un gens, que era un conjunto de varias familias (p.79).

Es aquí donde tiene su origen la palabra “precario”, que deriva de la palabra “preces” que significa “ruego”. Este precario en su origen fue la única manera de poder estar, o aprovechar la propiedad ajena y se caracterizó, como precisa Palacios (2003) por las siguientes características:

- a) Concesiones del uso de cierta cosa;
- b) Que se realizara mediante ruegos; y
- c) Sin fijar plazo alguno, sino por el tiempo que estime el cedente (pp. 54 y 55).

Entonces, es así como en el derecho romano el *precarium* era un contrato innominado en donde una persona, denominada como concedente, cedía a otra la posesión y disfrute de un determinado pedazo de tierra, con la única obligación de que en el momento en el que el concedente la requiera, el ocupante tenía la obligación de devolver el bien. Este cedente tenía el derecho de poder revocar este derecho a su voluntad, cuando el mismo lo requiera; pero como lo detalla

Albaladejo (1994) mientras ello no ocurría el *precarium* era un poseedor legítimo, y como tal, incluso podía defender su derecho ante terceros, es así que el pretor le confirió los interdictos de retener y recobrar.

Por el contrario cuando la facultad de revocar se ejercía, el título de liberalidad fenecía y por lo tanto el precario quedaba obligado a devolver el bien. La negativa a la devolución convertía al poseedor en un ilegítimo, y el mecanismo que tuvo el propietario para poder recuperar el bien variaron con el tiempo: originalmente el pretor le otorgó un interdicto, pero después en la época del Derecho Justiniano, además se le otorgó la *actio praescriptio verbis*, también encaminada a la recuperación de la posesión.

En la Edad Media esta forma de entender al precario se conservó. El denominado *Pater Familis*, tenía el dominio absoluto de algunas parcelas de tierra, pues esta facultad le era concedida por la corona. Éste entregaba a campesinos parcelas más pequeñas de tierra para que las mismas sean trabajadas y usadas por ellos; es así que en algún momento como lo precisa Palacios (2003) se tuvo la intención de fijar un plazo para el aprovechamiento de estas tierras, fue cuando se usó el término de precario (p.55).

Ya en el derecho Germano, es que la posesión dejó de conservar su carácter gratuito, pero la misma significaba aún una posesión legítima. A consecuencia de la deficiente mano de obra los señores feudales entregaron tierras a los campesinos para que los mismos las aprovechen, con la sola obligación de que se pagaría un denominado canon o anata, más algunas condiciones que el señor feudal fijaba por su poder sobre el campesino, condiciones en la mayoría de casos arbitrarios. A esta relación también se le denominó como precaria (Torres, 2005, p. 50).

A partir de la llegada del código Francés del año 1804 y la modernización, es que la posesión precaria conocida como se ha venido detallado, sufre algunas modificaciones en su estructura. El legislador francés subsumió la figura del

precario dentro de la posesión (en casos determinados) y además le otorgó un carácter de sola “detentación o tenencia”. El código Napoleónico hace referencia a la posesión precaria como una posesión no verdadera, que era considerada como una simple detentación. Es entonces que se comienza a conceptualizar a la precariedad más que como un vicio de la posesión, la negación misma de la posesión legítima. Por lo que como detalla Josserand (1950) se le niega incluso la posibilidad de adquirir la propiedad mediante prescripción adquisitiva (p.73).

Más allá de todo lo suscitado en la historia y la evolución que el precario ha venido sufriendo, lo cierto es que no se ha presentado en la acepción romana una conceptualización asumida por el artículo 911° del CC, ya que la posesión precaria de nuestro ordenamiento solo otorga la facultad de precario a aquella persona que no tiene título de posesión o cuando se ha dado el fenecimiento existente.

1.3.1.3.2 La Posesión Legítima, Ilegítima (Buena o Mala Fe de las Partes)

Debemos entender posesión legítima como el sinónimo de posesión conforme a lo que la ley faculta, es decir una posesión que tiene como fuente de origen o sustento para la misma, una causa o razón suficientemente justificable, que como es obvio es admitida por el sistema jurídico (hablemos en este caso de derechos como el arrendamiento, usufructo, etc.); como lo señala el autor Pasco (2017) “esta razón justificante o causa, que de cierta manera le otorga legitimidad a la posesión, es el título del poseedor”(p. 253), señalando además que se tienen dos divisiones o tipos de la misma: un título negocial y uno legal.

Para poder entender mejor esta clasificación de los tipos e títulos se planteara un ejemplo: pensemos en un propietario de una casa, el cual se encuentra viviendo en ella. En tal sentido el derecho subjetivo que le brinda la legitimidad a su posesión es la propiedad en sí, pero esta pudo haber tenido como origen una compraventa celebrada con el propietario original (estamos aquí ante un título de carácter negocial), o de un proceso de prescripción adquisitiva (en este supuesto el título es legal).

En tal sentido cuando hablamos de un título negocial, se debe precisar que en la mayoría de los casos existe un previo acuerdo celebrado entre las partes; entendiendo, que el título de carácter negocial, no siempre tendrá la figura de un contrato, pensemos en tal sentido en aquel poseedor que pese a estar ocupando y disfrutando del bien que le fue otorgado mediante un legado, en el supuesto precisado el título negocial es un testamento, y en virtud o mérito de ese título es que tiene el derecho a estar en posesión del bien, por lo que puede transferir o ceder el mismo a otro sujeto. La doctrina conoce a este hecho como la “adquisición derivada”, que básicamente se da cuando alguien adquiere un derecho (comprador) en merito a que otro se lo ha transferido (vendedor).

Por el contrario cuando hablamos de un título legal, como lo señala la profesora Adriano (2018) “es aquel derecho que la ley le otorga a aquella persona que gane el mismo, ya sea por el transcurrir del tiempo en posesión u otros supuestos” (p.187). En tal sentido en el título legal, el derecho que respalda a la posesión deriva directamente de la ley, sin que exista acuerdo o intercambio de voluntades. Es lo que se conoce como “adquisición originaria”, como lo señala el diccionario de ciencias jurídicas de Osorio (2010) “es aquella adquisición que se caracteriza por la sola voluntad o por un acto unilateral del adquirente. La integran la ocupación como más típica y la accesión. La figura contrapuesta, como la cesión o la compraventa, la sucesión hereditaria, encuadran en la adquisición derivativa” (p. 64). Es el derecho que la ley brinda de manera directa, sin que ello tenga un grado de conexión con el derecho de otro sujeto; en tal sentido no existirá una cadena de transferencia, en donde existe un derecho previo que le sirve como base a otro. Imaginemos aquí a un sujeto que va caminando por la playa y toma una gema marina que llamo su atención, tal como lo detalla el artículo 929 del Código civil se convierte en propietario de la misma, ya que es un bien sin dueño y como lo detalla el articulado estos se adquieren por la apropiación:

Artículo 929 del código civil, de una manera interpretativa precisa que; para poder apropiarse de un bien que no pertenece a nadie, siendo esta cosa de cualquier tipo o naturaleza, serán de propiedad de aquel sujeto que las aprehenda, salvo aquellas estipulaciones de obligatorio cumplimiento señaladas en la norma, como lo sería a usucapión”.

Hecho similar es el que sucede con la prescripción adquisitiva, en donde la propiedad se va a adquirir o ganar por el transcurso de tiempo que la persona esté en posesión del bien y por haber cumplido los requisitos que la norma señala:

Interpretando el artículo 950 del Código civil, podemos inferir que como requisitos esenciales para que opere la figura de prescripción, son la posesión que se realice de forma continua, además, la cual tiene que ser pública, es decir que se conozca por los demás y continua, sin ninguna interrupción por algún tipo de proceso. El tiempo de posesión para adquirir la titularidad de un inmueble dependerá de la buena o mala fe con la que se esté poseyendo siendo que si se está ante una posesión de buena fe, la misma serpa solo por 5 años con la mediación de un justo título y de diez años si el agente opera de mala fe y sin ningún tipo que sustente esa posesión”.

Cuando hablamos de un título negocial, no solo basta que este exista para que la posesión sea legítima, dicho título de tener otras características como por ejemplo la validez y eficacia del mismo. Si un joven de 15 años es propietario de un bien inmueble (el cual adquirió como herencia) y firma un contrato de compraventa, el comprador del bien no pasará a ser un poseedor legítimo, pues aun cuando cuenta con un título negocial, el contrato de compraventa, el mismo no cuenta con validez.

Como precisa el auto Torres (2012) “la ineficacia estructural determina la invalidez con arreglo al ordenamiento jurídico al que este pertenece. Conforme lo detalla el ordenamiento civil peruano, las manifestaciones de invalidez son la nulidad y la

anulabilidad. La ineficacia estructural puede ser originada por la ausencia de los requisitos ad substantiam (o requisitos de validez del acto) en el momento de la celebración del contrato. Estos requisitos sustanciales son: a) los comunes de todo acto jurídico, los que se encuentran señalados en el artículo 140 del CC () manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la causa fin y la forma prescrita bajo sanción de nulidad” (pp. 1008 y 1009).

Por su parte el autor Rómulo (2019) señala que “el contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. En tal sentido la eficacia supone la validez del contrato, pero no solamente la validez, sino, además, idoneidad de producir consecuencias jurídicas. Debiendo señalar además que la validez no implica necesariamente la eficacia del negocio” (p. 183).

En este supuesto pensemos en la venta de un bien inmueble que se ha celebrado por una persona que es absolutamente capaz, pero que en el contrato de compraventa se ha incluido una clausula suspensiva. Si el comprador en tal sentido decide tomar posesión del bien, el mismo será un poseedor ilegítimo, ya que aunque su título negocial sea válido, el mismo por la condición carece de eficacia legal. Mientras no se cumpla la condición el comprador no adquiere plenamente el derecho de uso sobre el bien. El autor precitado señala “la eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). La eficacia por tanto indica la producción de consecuencias jurídicas.” (Rómulo, 2019, p.183).

Entonces poseer con título negocial, no siempre es sinónimo de estar en posesión con arreglo a derecho. Por ello estaremos ante un poseedor ilegítimo en 3 supuestos: a) poseedor sin ningún título que respalde dicha posesión (ejemplo clásico de un invasor), b) poseedor con un título invalido (ejemplo en el que calza el supuesto de venta por menor de edad, que no tenía la capacidad para celebrar tal acto), y el poseedor con un título valido pero ineficaz (por ejemplo persona que adquirió su

derecho de quien no era propietario, si bien si era capaz para celebrar el negocio no tiene el derecho a vender; o contrato con condición suspensiva).

Es así, que en los tres supuestos antes planteados, nos encontramos ante poseedores que son ilegítimos, que la ley no trata por igual. Así señala Pasco (2017) que “no se da el mismo hecho cuando un usurpador, que conociendo que el bien no es suyo invade esa propiedad ajena; que, aquella persona que adquiere un bien inmueble, de quien, sin serlo aparentaba ser el propietario original y verdadero (una compraventa ineficaz)” (p. 255).

Siendo ellos así la ley ha previsto tratos distintos para el poseedor que actúa sabiendo que lo que hace está mal (posesión de mala fe), que aquel que cree subjetivamente que no vulnera ningún derecho (poseedor de buena fe), por lo que a cada uno se le asignan diferentes consecuencias. Estas consecuencias en efecto se verán concretizadas en cuatro dimensiones: i) apropiación de los frutos, ii) responsabilidad por una eventual pérdida del bien, iii) plazos para adquirir por prescripción adquisitiva y iv) posibilidad de concretar una adquisición a non domino. Siendo ello así, el poseedor de buena fe es aquel sujeto que posee un bien creyendo que lo hace de una manera justa, es decir está equivocado en su legitimidad; en tanto que el ilegítimo de mala fe, es consiente en su ámbito subjetivo que no cuenta con ningún derecho que respalde su posesión.

Debemos precisar en este punto que dentro de la posesión legítima no cabría distinguir entre el poseedor de buena o mala fe, la pregunta ¿cómo sería un poseedor legítimo de mala fe?, ¿aquel, que erróneamente, cree que posee en forma ilegítima, cuando en realidad si cuenta con un derecho que respalde su posesión? Cuando estamos ante una posesión legítima el ámbito subjetivo de la persona es irrelevante, si el poseedor tiene un derecho que respalda su posesión basta con ello y ninguna consecuencia tendrá el que crea que no tenía tal derecho. Es así, que la buena o mala fe en la posesión son figuras creadas en cuanto a la posesión ilegítima, en donde si resulta de vital importancia poder determinar si alguien estaba poseyendo sabiendo

que no tenía el derecho o si existían motivos razonables para creer que si tenía derecho.

En ese orden de ideas para poder ser calificado como un poseedor con buena fe, no es suficiente con que aquella persona que tiene en su poder la posesión mencione “yo creí en todo momento que tenía el derecho a estar aquí (en el bien)”, es obvio y muy lógico que esta creencia para al menos tener un cierto grado de certeza debe estar respaldada en algo, pongámonos en el ejemplo de aquella persona que se ha metido a invadir un bien ajeno y que pretende sustentar su posesión diciendo que él estaba convencido que a estar y permanecer en el bien. Esta creencia no tiene ningún tipo de sustento y por lo tanto no es atendible por nadie. La supuesta creencia que el poseedor invoca (es decir el error en el que se decide haber incurrido) debe tener como sustento algo y ese algo es precisamente un título.

Desde ese punto de vista el supuesto error del poseedor tiene como base que él cree, que aquel título en base al cual está en posesión del bien es eficaz y por lo tanto válido, sin la existencia de título es muy lógico y coherente pensar en que no existe nada en lo que tenga sustento el error, por lo que la buena fe queda en todos sus parámetros descartada. Entonces, que la ilegitimidad derive de la ausencia de un título, la posesión, además de tener la característica de ilegítima será de mala fe.

Desde la otra cara de la moneda para que una posesión ilegítima sea de buena fe el poseedor deberá acreditar, por lo menos: i) que cuenta con un título, ii) que creyó absolutamente y sin apariencias en la legitimidad de su título, señalando para tal motivo en que consistió el error respecto de la validez y/o eficacia de dicho título, y iii) que el error en que incurrió es excusable, lo cual debe ser evaluado por el juzgador teniendo en cuenta las circunstancias y características de cada caso concreto. En efecto si el error que invoca el poseedor con título para justificar y fundar su buena fe no es excusable (entendido por excusable aquel error en el que caería cualquier persona promedio) entonces esta queda descartada, pensemos como ejemplo algo ilógico pero que sirve para los fines a un sujeto que toma posesión de parte de la playa en base a una compraventa y pretende sostener su buena fe en base

a que el creyó que quien le vendía la playa era propietario legítimo de esta. Otro ejemplo que es muy común es sería el de aquel que toma posesión de un inmueble porque se lo vendió “X” pese a que registralmente el inmueble está inscrito a nombre de “C”, una vez que este último “C” lo demande por desalojo o reivindicación el poseedor no podrá invocar contra este propietario registral su “buena fe”.

1.3.1.3.3 Posesión Precaria como variante de la Posesión Ilegítima: “Posición Amplia y Restrictiva del Precario”

Si analizamos de una manera somera el art. 911 del Código Civil podemos entender a la posesión precaria como aquella posesión que se ejerce sin ningún título o cuando aquel que se tenía ya feneció, entendamos entonces que el segundo supuesto es una variante del primero, ya que “título fenecido” no es otra cosa que “título no vigente”, es decir el poseedor ya carecía del mismo.

Como se ha dicho en líneas precedentes la ausencia de título va determinar dos cosas: primero estamos ante una posesión ilegítima, si el poseedor no cuenta con título entonces no existe una causa o razón justificante de la posesión, con lo que estamos ante una posesión sin ningún sustento jurídico y como segundo punto que estamos ante una posesión que se viene ejerciendo de mala fe. La ausencia de título impide en tal sentido invocar error o creencia en la legitimidad, pues este error debe caer indubitablemente en la tenencia de un título (sin ningún título en su posesión el sujeto poseedor no puede sostener una creencia en su legitimidad, puesto que esta creencia no recaería sobre nada en específico).

Entonces como lo detalla Arauco (2017) si la posesión precaria es aquella posesión que se está ejerciendo sin ningún título, el poseedor precario es un poseedor ilegítimo de mala fe (p.257): en ese sentido tanto aquel sujeto que ingresa de manera ilegítima a un bien, sin tener el permiso de su dueño o alguien más (usurpador, con ausencia de algún tipo de título), como de aquel sujeto que en determinado

momento por la celebración de un contrato tuvo en su posesión un título que justificaba su posesión (Consideremos como tales un contrato de usufructo, arrendamiento, comodato, uso, habitación, entre otros) pero dicha razón ya no existe, es decir ya desapareció, un ejemplo claro puede ser un vencimiento del título en caso de un arrendamiento, nos encontraremos ante poseedores que calzan en el supuesto de precarios.

Frente a la posesión amplia de lo que se debe entender por posesión precaria. Una minoritaria de la doctrina, dentro de la cual se encuentra el autor Gunter (2011), según la cual la posesión precaria solo se presenta en los casos de mediación posesoria, es decir cuando un sujeto (quien es el poseedor mediato) otorga a otra (poseedor inmediato), por un tiempo limitado y de forma voluntaria, el uso y disfrute del bien, estando este último en la obligación de devolver o restituir la posesión al poseedor mediato al vencimiento del plazo pactado. De acuerdo con esta doctrina el poseedor inmediato viene a ser el poseedor precario (p.54).

Para arribar a la conclusión precitada, la doctrina que sostiene esta teoría usa la siguiente hipótesis:

- 1) De acuerdo con lo establecido en el artículo 586 del CPC el desalojo no tiene otra finalidad que la restitución del bien del poseedor precario a favor del demandante.
- 2) El termino restitución debe ser entendido como la entrega de algo a quien antes nos lo había entregado de forma voluntaria.
- 3) De acuerdo con lo señalado el desalojo solo va a servir para los casos de mediación posesoria, ya que es solo en estos casos en que alguien está en la obligación de restituir, lo que previamente había recibido de parte de quien hoy exige la devolución. Señalemos el siguiente ejemplo: “A” quien es propietario de un determinado bien, se lo da en usufructo a “B” por un plazo pactado en un año. Al vencimiento del plazo “B” está en la obligación de restituir la posesión a “A”, lo cual lo configura desde esa fecha como un poseedor precario.

En palabras más simples de los que sostienen esta teoría. En un proceso de desalojo, un demandante, con derecho a pedir la devolución de la cosa, que se enfrenta a un poseedor precario, con el deber de restituirla, solo puede significar que estamos en presencia de la Hipótesis que vincula al poseedor mediato con el inmediato, pues efectivamente el desalojo sirve para hacer efectivo ese tipo de posesión, el termino restitución tiene un significado jurídico muy preciso: consistente en devolver algo que anteriormente se había recibido. La única categoría posesoria en la cual existe entrega temporal de un bien por medio de un título, y luego derecho de exigir la restitución, es la posesión mediata (art. 905 de CC) (Gunter. 2011, pp.55 y ss.).

El autor Pasco (2017) antes citado menciona que suele denominar a esta posición doctrinaria como “posición restrictiva” del poseedor precario, opinión que comparto debido a que reducir su ámbito de aplicación a solo los casos donde exista una mediación posesoria, excluye como poseedores precarios a los usurpadores, personas que falsifiquen títulos de transferencia a su favor, etc. Todos ellos son poseedores que al no tener un vínculo de mediación posesoria con el propietario, quedarían fuera de las condiciones de precarios y por lo tanto la demanda por desalojo no encausaría. En tal sentido esta posición no solo trae consecuencias negativas en cuanto a calificar a alguien como precario se refiere (pues reduce considerablemente el ámbito de aplicación del desalojo), sino que tampoco tiene sustento en una base conceptual concreta.

En cuanto al nivel jurisprudencial, este ha reconocido la prevalencia de la tesis amplia del precario. Es decir tanto en su aspecto activo (quien puede plantear el desalojo por precario) como pasivo (quien puede ser desalojado).

En tal sentido en la sentencia del cuarto pleno casatorio concluyo:

- i) La denominación “restitución”, como la entrega efectiva que se haga de la posesión, la cual está protegida por el artículo 911 de nuestra normativa civil, para poder garantizar el derecho real a quien verdaderamente

corresponde, para que el mismo disfrute del ejercicio pleno de sus derechos, siendo que no es de mucha relevancia si es propietario o no.

- ii) La persona que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también un administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución (entrega) de un predio independiente de si en algún momento se ejerció la posesión.
- iii) En lo que se refiere a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar de manera efectiva su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía ya venció.

Entonces de acuerdo con el pleno: i) la obligación de restitución debe tomarse, como obligación de entregar; ii) para exigir esta entrega no es necesario haber estado previamente en posesión del bien; y iii) puede demandarse por el desalojo (y por ende exigir la entrega del bien) a cualquier persona que ostente un título, independientemente de si previamente se tuvo con esta una relación de mediación posesoria (con el cual un usurpador sí podría ser demandado por desalojo)

1.3.1.3.4 El Título en la Posesión Precaria

Antes de que se realice el cuarto pleno casatorio civil, la corte suprema de justicia de la República venía considerando lo siguiente:

La precariedad a la que hace referencia el artículo 911 del código civil, no solamente se determina por la ausencia o falta de título que sustente la propiedad o posesión de quien se encuentra en ocupación del bien, sino que para que se considere como tal debe darse la ausencia en toda medida de cualquier circunstancia que justifique de algún modo el uso y disfrute (entendamos de la posesión) del inmueble (Casación N° 1147-2001- La Libertad, Lima 1 de Octubre del 2002, p. 8883; Casación N° 2016-97, Lima, 1 de Marzo del 2001, p. 7009).

Para entender en mayor este supuesto vamos a plantear dos casos, que surgen como consecuencia de la jurisprudencia:

- 1) En el caso que se tramita con el Numero de Exp. 2446-2008, la Sala Superior, considero debidamente justificada la posesión ejercida por la conviviente del causante (por lo tanto declaro infundada la demanda de desalojo que fue interpuesta por los hijos de la causante), no obstante que a la fecha en la que se interpuso la demanda no existía ninguna sentencia con carácter firme que reconozca la unión de hecho entre la demandante y el causante fallecido. Según lo decretado por la Corte, no se había acreditado fehacientemente “la ausencia absoluta de circunstancia alguna que justifique la posesión” a favor de la demandante.
- 2) Por otro lado en la Casación N° 1643-2003, Tumbes una pareja de esposos interpuso una demanda de desalojo contra el comisario de la policía de aguas verdes. El sujeto demandado logró acreditar que estaba en posesión del bien hace varios años, lo que hizo que la corte resolviera la controversia, señalando que existía una circunstancia que justificaba su posesión, en tal sentido la demanda fue desestimada.

En los casos planteados debemos hacer notar una cosa que la corte había venido reiterando, estamos hablando de la “circunstancia que justifique la posesión”, que no es otra cosa que lo que se ha venido denominado como un título legal para poder ejercer la posesión.

Así analizando el primer supuesto, es decir lo recaído en el Exp. N° 2446-2008, el desalojo se desestimó porque la corte considero que la parte demandada resultaba beneficiada por el régimen de carácter patrimonial de la sociedad de gananciales, que se generó como una consecuencia de la unión de hecho que esta mantenía con el causante (estos eran padres de los sujetos demandantes); es decir su título legal por el cual tenía legitimidad a estar en la propiedad, era pues su condición de “cónyuge” (esto para los efectos patrimoniales).

En cuanto al segundo caso nos referimos, la casación N° 1643-2003, Tumbes si bien la corte no lo considero expresamente, si se puede inferir de lo que los mismos establecen que el tiempo durante el cual el demandado había estado en posesión del inmueble en litigio, lo había convertido en propietario por prescripción, y precisamente era este el título legal que lo autorizaba a estar en posesión del bien.

Entonces si ya se ha considera al título como aquella causa o circunstancia justificante de la posesión, la pregunta recaería en lo siguiente ¿Por qué motivo la corte los diferenciaba señalando que para ser poseedor precario no basta con no tener título, sino que no deberá contarse con circunstancias que justifiquen la posesión? Lo que sucede aquí es que la corte le ha dado a la palabra “título” el significado de documento formal, si actuamos bajo esta lógica si se justifica la distinción; esto aun cuando el demandado no tenga en su poder un documento formal en donde quede constancia del derecho que ostenta para poseer, podría acreditar que existen ciertas circunstancias (que se pueden derivar de la ley) que se justifiquen o muten a un título no documentario, pero surtan los mismos efectos de este. Que según el autor Pasco (2017) a denominado como “título legal”, que justifica su posesión (p. 262).

Citando unos ejemplos, podemos tener lo siguiente: ser el conviviente del padre de los demandantes, ser un poseedor prescribiente, ser un heredero no reconocido con derecho sobre el bien respecto del bien sobre el cual se le quiere lanzar, ser conviviente del titular de un derecho de uso, etc.

En otro sentido si le damos el termino de Título, como debería de ser, en su significado amplio, esto es cualquier causa justificante, sea un título legal o negocial, que legitima a alguien a estar en el bien, entonces no sería correcto diferenciar el “título” de la “causa o circunstancia justificante de la posesión”. Pero más allá del término que se habrá empleado, lo importante era el reconocimiento que había adoptado la corte en cuanto a la existencia de ciertas

circunstancias que derivadas de la ley, permiten justificar la posesión e impedir un desalojo.

Pero la decisión que se tomó en el IV pleno casatorio fue lamentable, ya que en su segundo punto señala que el “título” del demandado solo puede provenir de una fuente negocial:

Cuando se habla sobre la carencia de un título o que el mismo haya fenecido, no se refieren al documento en concreto que haga alusión a dicha propiedad, sino a cualquier tipo de acto en el cual tenga un sustento legal la posesión o que autoriza a la parte a ejercer su derecho a poseer el bien inmueble, esto debido a que el derecho en disputa no es la propiedad sino tan solo el derecho a poseer.

Lo que hizo la corte siguiendo la lógica establecida en el artículo 225 de nuestra normativa civil, es hacer una diferencia entre el acto jurídico con el documento que contiene el mismo, se sostiene en ese sentido que el demandado podrá sustentar su posesión no solo en el documento formal, un papel firmado donde pueda constar el arrendamiento o compraventa, sino en cualquier ato jurídico, aun cuando este no haya logrado su materialización en un documento (pensemos en este supuesto en un derecho de habitación o uso que se ha otorgado en forma verbal por un familiar). El problema que surge con esto es que esta definición de “título” excluye aquellas razones, causas o circunstancias que derivan de la ley y que por ende si permiten justificar la posesión el en el bien. Entonces como una consecuencia del cuarto pleno, hemos pasado de un reconocimiento implícito de la suficiencia del título legal (esto bajo la denominación de la “circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien”), con la finalidad de evitar un desalojo, a la negación absoluta de su valor, esto al haberse reconocido bajo el concepto de “título” únicamente a aquellos que deriven de una fuente negocial, es decir, actos jurídicos.

1.3.1.4. Argumentos en Defensa del Desalojo (Algunas Aclaraciones)

Debido a que hasta antes del cuarto pleno casatorio civil, la corte había señalado que “cualquier circunstancia que justifique el disfrute o uso de la posesión del bien” excluía la condición de poseedor precario, los demandados por desalojo se valían de una serie de argumentos (no siempre validos) para frustrar las demandas de desalojo.

Con la sentencia que emitió el cuarto pleno, se ha dejado muy claro que, independientemente de aquella causa o razón que pudiese invocar el demandado, ello en ese punto no era suficiente para tener un fallo por parte del juez donde se declaraba la improcedencia de la demanda. Por el contrario, se impuso la obligación de resolver la controversia pero en su fondo, en este sentido, en la mayoría de los casos en un sentido desfavorable para el sujeto demandado.

Entonces, en los precedentes numero 5.1 al 5.6 del IV pleno de la Corte, esta planteó soluciones para diversos casos que, hasta ese tiempo, tenían un carácter controvertido:

- 1) Cuando el demandado se considere propietario por prescripción adquisitiva de dominio no solo será suficiente con que el mismo invoque tal situación, sino que tiene que presentar las pruebas que generen en el juez la suficiente convicción de que, se trata de un prescribiente. Si esto es logrado, dicha convicción causada en el juez, el desalojo será estimado, de lo contrario el desalojo será desestimado y se dispondrá el lanzamiento. Sin embargo debemos tener en cuenta que en ninguno de los dos supuestos, el juez decide sobre la prescripción, en tal sentido que sobre la misma no recae cosa juzgada, en ese sentido el poseedor tendrá todo el derecho para poder demandar la prescripción, entendiéndose en un proceso autónomo (esto lo encontramos en el fundamento 5.6 del precedente).

- 2) Ahora en los casos en donde el contrato de compraventa que se ha otorgado a favor del demandado se haya resuelto de una manera extrajudicial, debemos entender que el título se encuentra fenecido, por lo que el poseedor automáticamente va a pasar a ser un precario. El hecho de que dicha resolución no haya sido “validada” por un juez de la materia, bajo ningún supuesto desvirtúa el “fenecimiento del título” y por ende la condición de precario del demandado. Es así, que el juez del desalojo solo debe verificar, limitándose a ello, que la resolución extrajudicial se ha hecho cumpliendo con las formalidades que se han establecido en el contrato primigenio o en la norma. En la misma medida, solo si de una manera excepcional el juez advierte que los hechos resisten mayor complejidad, podrá resolver declarando infundada, más no improcedente la demanda, para que los hechos sean discutidos en un proceso más amplio (precedente número 5.1).
- 3) En caso de que el demandado sustente su posesión en el bien, mediante un título manifiestamente nulo, el juzgador de acuerdo con la prerrogativa que le reconoce y faculta el artículo 220 del CC, valora dicha situación en la parte considerativa de su sentencia, más no en su parte resolutive con lo cual no se declara nulo el título del demandado y por tanto optará por amparar la demanda de desalojo, esta prerrogativa también le permite al juez valorar, de ser el caso concreto, la nulidad del título mediante la cual el demandante pretende desalojar al poseedor (en caso de que esto se acredite, la demanda de desalojo será desestimada) (esto se encuentra señalado en el precedente 5.3)
- 4) En el supuesto en el que el demandado manifieste haber realizado sobre el bien inmueble edificaciones o algún tipo de modificación sobre el predio materia de desalojo (sea esta construcción hecha de buena o mala fe) ello no justifica que se declare la improcedencia de la demanda bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso.

Por el contrario, lo único que debe verificar el juez es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente (precedente 5.5).

- 5) Con relación al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento, este solo hecho no genere que el título del demandado fenezca, pues, de acuerdo con el artículo 1700 del CC, una vez transcurrido el plazo el arrendamiento se prorroga, en los mismos términos en que venía operando. En tal sentido, el título, solo fenecerá, y por lo tanto el arrendamiento devendrá en precario, cuando (conforme lo detalla el artículo 1704 del CC) el arrendador requiera la devolución del bien (precedente 5.2.)
- 6) En el caso de la enajenación del bien material de arrendamiento, si el contrato no estaba inscrito en el registro, la venta convierte automáticamente al poseedor en un precario frente al nuevo propietario, independientemente de si el plazo del arrendamiento aún no ha vencido. Sin embargo, esto no aplica si, pese a que el arrendamiento no se inscribió, el nuevo propietario (comprador) se comprometió a respetarlo hasta su vencimiento (precedente 5.4)

1.3.1.5. Algunas precisiones sobre el IV Pleno Casatorio civil

1.3.1.5.1. Situaciones de desalojo previas al IV Pleno Casatorio

Antes de la emisión del IV Pleno Casatorio, todos aquellos casos que estaban inmersamente vinculados a la posesión precaria, estaban en una situación de incerteza absoluta, esto no solo debido a que ni siquiera se tenía una definición conceptual clara acerca de la figura del precario (pues en la doctrina se tenía una disputa entre la tesis amplia y restrictiva del precario), sino que incluso los jueces habían llegado a considerar que cualquier circunstancia que el

demandado tuviese ara justificar su posesión, hacía inútil a la aplicación del desalojo y se le obligaba al demandante a que reclame su derecho mediante la acción reivindicatoria. Es tal sentido como precisa Ronquillo (2014) el criterio que se había consolidado a nivel jurisprudencial, que precisaba “cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien” descartaba la condición de ocupante precario, por lo que era suficiente para que el juez de la acusa emita una sentencia inhibitoria.

En base a ello el escenario que se presentaba en la realidad era muy preocupante, pues cualquier tipo de contrato que el ocupante presentara para justificar su posesión, eliminaba de manera automática su condición de precario, y si el demandante quiera cuestionar dicho título, las puertas del desalojo se le cerraban, por lo que ante controversias de este tipo la vía ideal era la del conocimiento.

Algo similar era lo que ocurría con aquellas construcción realizadas por el demandado en el bien del cual se le buscaba desalojar. El argumento que se esgrimía era que las construcciones les daban una suerte de título para estar en posesión del bien, como si el hecho de realizar una edificación en terreno ajeno te otorgará la propiedad, por lo que antes de que se discuta si se debía dar el desalojo o no, tenía que verse quién era el dueño de la construcción. En estos casos los jueces tenían argumentos donde se precisaban que la discusión de quien era la propiedad de lo edificado (o si correspondía que al poseedor se le pague el valor de la construcción edificada) no podía ser visto en la vía del desalojo, por lo que el demandante debía recurrir a la demanda de reivindicación, para poder recuperar el bien, vía en la cual si era posible poder debatir un juicio de la titularidad tanto del bien, como de la construcción.

Es así que los precarios, comenzaron a fraguarse títulos falsos para evitar ser desalojados, pues lo único que necesitaba era un sustento (contrato) que justifique su posesión, o en todo caso que realice edificación sobre el bien en

el que estaba en posesión, en tal sentido como precisa Arauco (2019) ni la validez o invalidez de los primeros (títulos posesorios), ni la determinación de propiedad de los segundos podría ser visto en un desalojo. Esta situación obviamente le favorecía al precario, pues en la vía del conocimiento los procesos siempre tardan en ser resueltos por encima de los cuatro años, y en todo ese tiempo el propietario tendría no solo un desgaste de tiempo, dinero, sino también energías. En tal sentido el propietario acababa perdiendo su derecho por cansancio, y los precarios acababan consolidando su derecho.

En tal sentido el IV Pleno Casatorio ha sido útil, pues mediante el mismo se ha podido precisar en qué casos se debe considerar a un poseedor como precario (antes del Pleno existía indecisión y falta de uniformidad) y por lo tanto ordenar un lanzamiento por medio de un proceso de desalojo. De igual manera, el mandato que se dirige a los jueces contribuye a que todo aquello que pueda ser resuelto en un desalojo, sea visto en el mismo y no sea dejado para procesos posteriores, es decir, el juez debe pronunciarse sobre el fondo del proceso, debiendo valorar las pruebas presentadas por las partes.

1.3.1.6. Casos en los que se está ante un precario según la Corte Suprema

En el IV Pleno Casatorio Civil la corte precisó que estamos ante supuestos de poseedor precario, en los siguientes casos:

1.3.1.6.1. Enajenación de inmueble arrendado (nuevo arrendador versus arrendatario anterior)

Como lo ha precisado precedente en su fundamento 5.4. del IV Pleno Casatorio “cuando se dé la enajenación del bien arrendado, cuyo contrato no se ha inscrito en los registros públicos, convierte al arrendatario en precario, respecto del nuevo dueño del bien, salvo que el adquirente se comprometa a respetarlo, tal y como lo precisa el artículo 1708° de la normativa civil”.

Con este precedente, la corte ha generado un cierto grado de incentivo, para aquellos arrendatarios que inscriban sus contratos, pues si no lo hacen, pueden quedar expuestos a que ante una posible venta del bien, el propietario actual desaloje al arrendatario. Ahora considero que debemos realizar una precisión en lo dicho por la Corte, y para ello debemos tomar en cuenta lo establecido por el artículo 1708° del C.C. “en caso de que exista enajenación del bien arrendado se procede del siguiente modo: (...), 2) si el arrendamiento no ha sido escrito, el adquiriente puede darlo por concluido (...)”. La norma en tal sentido es clara, pues la misma precisa que en el sentido de transferencia del inmueble sobre el cual existe un arrendamiento que no se ha inscrito, se le habilita al nuevo propietario para que este pueda darlo por concluido.

En tal sentido el fenecimiento del título del arrendamiento no es de carácter inmediato, como lo ha precisado y establecido la corte en el precedente 5.4 de sus fundamentos, cuando precisa que el arrendatario queda convertido en precario; es decir, la Corte ha precisado que la conversión a precario sería automática. Y esto no es así, lo que pasa es que esto responde a una decisión del nuevo propietario, quien deberá, si así lo desea comunicar al arrendatario la devolución del bien.

Por otro lado el precedente ha señalado, de manera acertada, que si el arrendamiento no llega a ser inscrito, el nuevo propietario no podrá desalojarlo, si es que este se hubiera obligado a respetarlo (esto debió suceder o ser estipulado en el contrato de adquisición). Debido a que en muchos casos en la realidad el antiguo arrendador no pone en manifiesto del nuevo propietario y arrendador de la existencia de un contrato de arrendamiento, y en tales supuestos el inquilino no puede activar ningún mecanismo de defensa para no ser desalojado, quedándole como única medida la de accionar contra el antiguo arrendador una demanda por los daños causados. En tal sentido considero que es importante que en los contratos de arrendamiento se convenga una penalidad en caso de que el arrendador venda su bien, sin dar a conocer al nuevo dueño

la existencia de un arrendamiento. O en todo caso se deben obligar al arrendador (en el contrato del arrendamiento) que si vende el bien pues debe celebrar de manera simultánea con el nuevo adquiriente un contrato de cesión de la posesión contractual.

Ahora debemos tener en cuenta que cuando el arrendamiento no ha sido inscrito, el nuevo propietario y arrendador del bien no está en la obligación de repletar el contrato de alquiler de manera íntegra, pues este en cualquier momento lo puede dar por concluido; pues, si el arrendamiento no está inscrito, es potestad del nuevo arrendador respetar el mismo o no. En tal sentido el desalojo solo procederá después del tiempo que el arrendador haya decidió seguir dando en alquiler el bien.

1.3.1.6.2. Propietario versus poseedor que invoca prescripción

Tal y como lo ha precisado el precedente 5.6 del IV Pleno Casatorio Civil, en cuanto a la prescripción invocada en los procesos de desalojo “la mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por prescripción, no es suficiente para desestimar la pretensión de desalojo, ni tampoco declarar la improcedencia de la demanda, por lo que corresponde al juez que conoce el desalojo valorar las pruebas en las cuales el demandado está sustentando su derecho invocado, sin que lo mismo signifique que está facultado para poder decidir en el proceso de usucapión. Por lo tanto, solo se limita a establecer si ha surgido en el la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. Si se declara fundada la demanda de desalojo por ocupante precario, en nada afecta a lo que se vaya a decir en otro proceso en donde se tramite la pretensión de usucapión, pues el usucapiente y tendrá expedito su derecho para poder demandar la inejecución del desalojo o también para solicitar la devolución del bien”.

En principio debemos precisar que es importante que la Corte haya dejado establecido que cuando el sujeto demandado por desalojo se considere propietario del bien por usucapión, no es suficiente que invoque tal derecho; es decir, no basta con que el sujeto diga: “yo tengo el derecho de propietario, pues cumplo los requisitos para ello”, sino que los mismos deben tener su base en pruebas fehacientes y que las mismas sean corroboradas por el juez, con el fin de generar una convicción en el juez, de que efectivamente se trata de un prescribiente.

Por otro lado también es importante, que se haya precisado que en ningún caso el juez puede decidir sobre la prescripción, por lo que no se generará cosa juzgada sobre la misma, por lo que el poseedor mantiene su derecho expedito para discutir, en un proceso autónomo, la prescripción adquisitiva. Es decir, si en el proceso de desalojo el demandado logra convencer al juez sobre su condición de prescribiente, la demanda será desestimada y el demandado podrá seguir en posesión del bien, pero lo mismo no es impedimento para que el demandante pueda iniciar una demanda de acción reivindicatoria, en donde sí se puede discutir en forma amplia la usucapión planteada por el poseedor. Es más puede suceder que en dicha acción al demandante se le del derecho, pese a haber resultado perdedor en el desalojo.

Pero lo mismo puede ocurrir a la inversa; es decir, que si dentro del desalojo, el demandado no logró generar convicción en el juez sobre su derecho de prescripción y este ordene su lanzamiento. El demandado que hoy perdió en el desalojo, mañana puede interponer una demanda de prescripción adquisitiva, para que con el material probatorio adecuado, corrobore y logre la convicción en el juez de su derecho (probando que su posesión ha sido pacífica, pública y continua). No se presentará inconveniente alguno si perdiendo primero en el desalojo, luego resulta ganador en un proceso de prescripción, donde se le reconozca como propietario.

Finalmente lo que dispuso la Corte en este precedente (5.6) ha dejado sentado que los procesos si se pueden acumular y para ello el juez solo debe i) fundamentar por que se da tal acumulación y ii) ello no debe afectar el derecho de defensa de las partes. Además cuando el poseedor cuente con una sentencia firme de prescripción, que genere el carácter de cosa juzgada el precedente en mención no aplica. Pues de estar en este escenario sería irrelevante que el demandado aporte material probatorio para mostrar su derecho, sino que será suficiente con la sentencia. Entonces el precedente por deducción aplicará para aquellos casos en los que el demandado alegue su condición de prescribiente no reconocida aún mediante un fallo con calidad de cosa juzgada.

Tener en cuenta lo antes precisado es muy importante, pues con ello la Corte está precisando que una usucapión que aún no se ha declarado judicialmente, surge efectos jurídicos, en tanto que se puede emplear para poder hacerle frente a una demanda de desalojo. Me explico, la sentencia que se pronuncia sobre la prescripción, no es la que determina que el derecho se gane, sino solo la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 950° del C.C., además con ello se está precisando que la sentencia de prescripción es declarativa y no constitutiva.

En tal sentido, el mensaje que nos ha dejado el precedente 5.6 es de mucha importancia: “la prescripción sin sentencia sirve para frenar una demanda de desalojo, en cuanto se puedan demostrar los requisitos para cumplir la prescripción”. Es decir, la prescripción adquisitiva se gana solo con la comprobación de los requisitos, por lo que la sentencia que se pronuncie sobre ello será solo declarativa, y no constitutiva. Pero, es lamentable que como se analizará más adelante la misma corte desconociera su precedente, en un fallo emitido posteriormente al IV Pleno Casatorio.

1.3.1.6.3. Caso de la Resolución extrajudicial de contrato y obligación de restitución de la posesión

Como lo ha establecido el precedente 5.1 del IV Pleno Casatorio “estaremos ante un supuesto de posesión precaria, en los casos de resolución de manera extrajudicial de un contrato, tal y como se establece en los artículos 1429° () y 1430° del C.C. en estos supuestos se da el caso de posesión precaria por haber fenecido el título por el cual se le habilitaba al demandado para seguir en posesión del bien. Para ello es suficiente que el juez que está conociendo del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o la voluntad de las partes mediante un contrato, sin tener que decidir la validez de las condiciones que han llevado a esta resolución. De manera excepcional si el juez advierte la complejidad del caso, puede resolver declarando la infundabilidad de la demanda, más no así la improcedencia”.

Para poder entender cómo es que se dan este tipo de supuestos se va a plantear un ejemplo: supongamos que “A”, propietario de un bien inmueble, se lo vende a “B”. Habiendo las partes acordado que la posesión le será entregada de manera inmediata a “B”, este debería cancelar el precio total dentro de los 15 días próximos y, el incumplimiento de tal paga facultaba a “A” para optar por la resolución del contrato de manera extrajudicial y de pleno derecho, tal y como lo precisa el artículo 1430° del código civil. Imaginemos ahora que “B” no cumplió con el pago de la obligación, por lo que “A” ejerce la cláusula resolutoria del contrato, pero “B” se niega a la devolución de la posesión.

Hasta antes de la emisión del Pleno Casatorio se discutía si este tipo de pretensiones deberían ser vistas en el desalojo, en donde la pretensión principal era la devolución del bien, o a través de un proceso de reconocimiento de resolución judicial, en donde la pretensión consiste en que el juez valide la resolución extrajudicial. La corte dejó sentado entonces que ello se puede ver en un proceso de desalojo, desalojo por ocupación precaria.

En tal sentido y con base en lo antes precitado. Si estamos ante una resolución por intimidación (art. 1429° C.C.), el juez que conoce del desalojo deberá verificar que se le dio a la contraparte un plazo no menor de 15 días, para que el mismo regularice el cumplimiento de su obligación, teniendo en consideración que si la condición de resolución ha sido establecida de manera diferente en el contrato el juez debe acreditar que la misma se haya realizado de la forma pactada. El juez además debe verificar el cumplimiento del plazo legal, en tal sentido si en el contrato se ha fijado un plazo resolutorio menor, por ejemplo de 10 días, el mismo no será válido y se aplicará los 15 días que precisa el artículo 1429° del C.C. pues este es el plazo mínimo legal.

Y si la resolución se ha producido a consecuencia de la aplicación de una cláusula resolutoria (art. 1330° C.C.), el juez debe solo velar por el cumplimiento de los requisitos formales de dicha resolución, es decir: i) en el contrato resuelto debe existir una cláusula resolutoria expresa; ii) redacción adecuada de la cláusula, estableciendo de manera debida que incumplimiento genera la resolución del contrato; y, iii) el juez deberá confirmar, que en la carta resolutoria, la obligación cuyo incumplimiento fue invocado para resolver el contrato coincida con la obligación que, según la cláusula resolutoria, activaba el mecanismo resolutorio (Pasco, 2019, p. 156).

La Corte en su fallo detallo que el juez no podrá decidir sobre la validez de las condiciones por las que operó la resolución. En tal sentido si la parte a quien se le ha resuelto el contrato se opusiera a ello, precisando que no ha incumplido el contrato, por lo que la resolución no se puede justificar, esta situación no puede ser apreciada por el juez (y si los hechos son muy complejos puede declarar infundada la demanda para que los mismos sean conocidos en otro proceso).

Considero en tal sentido que lo precisado por la corte, en el sentido de que el juez no pude decidir sobre la validez de las condiciones resolutorias, es incorrecto. Pues si aplicamos lo precisado por la Corte, en cada ocasión que la resolución extrajudicial sea cuestionada por una de las partes, el juez no deberá tomar ello en cuenta, por lo que el mismo solo tendrá desde mi parecer dos opciones: dar por cierto que la resolución se ha realizado de manera correcta y por lo tanto declarar fundada la demanda de desalojo; o, considerar que los hechos revisten de complejidad y por lo tanto desestimar la demanda de desalojo.

¿Es que acaso no puede existir un punto neutral o medio entre ambas opciones en donde el juez si puede entrar a análisis de fondo sobre la validez por la que fue invocada la resolución (es decir, indagar y corroborar si hubo o no incumplimiento), sin que ello implique declarar complejo en caso y obligar al juez a desestimar la demanda de desalojo?

Soy de la opinión de que esto si es posible, y para poder precisar lo mismo daré un ejemplo: “A” es el propietario de un determinado bien, y se lo arrienda a “C”, las partes acuerdan que las rentas deben ser pagada por medio de transferencias bancarias a la cuenta de “A”, y además se pacta como clausula resolutoria, que si se dan tres incumplimientos mensuales consecutivos del pago de la renta, se le autoriza a “A” para que el mismo resuelva el contrato de pleno derecho. Pasado algún tiempo “A” presenta una demanda de desalojo contra “C”, donde adjunta la carta resolutoria que en su momento hizo llegar a “C”, donde se le informa que por su incumplimiento en el pago de tres meses de renta el contrato queda resuelto, solicitando también la restitución de la posesión. “C” contesta la demanda, sustentando que él nunca ha incumplido con el pago de las rentas, y para comprobar ello adjunta los originales de depósitos bancarios, el número de cuenta al cual fueron hechos los depósitos y por ende el monto de cada transferencia. De donde se aprecia que no existió incumplimiento.

Ahora debemos preguntarnos: ¿el caso reviste de complejidad?, pues no, ya que es clarísimo que C si cumplió de manera debida con sus obligaciones, por lo que la pretensión de A carece de eficacia. Ahora si solo nos ceñimos a lo precisado por la corte, el juez está impedido de analizar la validez de las resoluciones efectuadas por A, con lo cual estaría obligado a darla por cierto y por ende amparar la demanda de desalojo. Sin duda alguna ello sería un grave error, pues implica una resolución del caso a espaldas de la realidad. En tal sentido opino que el juez siempre debe analizar la validez de las resoluciones, pues de lo contrario se estaría dando por cierto lo mencionado solo por una de las partes, sin importar lo que la otra haya precisado y sustentado.

1.3.1.6.4. Propietario del suelo versus poseedor que realizo edificaciones

Lo que sostuvo la Corte, en el IV Pleno Casatorio Civil fue que “cuando el sujeto demandado afirme haber realizado construcciones, edificaciones o modificaciones, sobre el predio materia del desalojo, sea esta de buena o mala fe, no es justificable la declaración de improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente estos derechos deben ser discutidos en otro proceso. Por el contrario, el juez de la causa lo que debe hacer es verificar si el demandante tiene derecho o no a estar en posesión del bien, dejando a salvo el derecho del demandado de reclamar en otro proceso lo que crea pertinente”. Esto lo preciso en el precedente 5.5 del Pleno.

Lo que hace este precedente no es negar que la persona que realizo una construcción en terreno ajeno, no tenga derecho al pago de las mismas. En tal medida todo poseedor que construye en un terreno que no es de su propiedad, tiene derecho a que se le pague por las mismas si actuó de buena fe y siempre que el dueño del terreno quiera quedárselas (otra posibilidad es que el dueño del terreno opte por venderle al poseedor constructor la totalidad del bien; es decir,

el suelo, pues la edificación él no la realizó y no generó gastos en ella, por lo que en ese caso el constructor solo pagará el valor del suelo).

En tal sentido lo primero que debemos tener presente es que, tratándose de un poseedor a quien se pretende desalojar del bien, estamos frente a alguien que ha construido sobre un bien que no es de su pertenencia, por lo que las normas que se deben aplicar en la relación propietario/ poseedor- constructor, son las de adhesión. Frente a un supuesto en el que se construyó en terreno ajeno, el legislador ha optado por asignarle la propiedad de la totalidad del predio resultante (suelo más edificación) a algunas de las partes en conflicto.

Frente ante estas opciones (y por no haberse considerado otras, por ser demasiado engorrosas, como por ejemplo aplicar un derecho de superficie para el poseedor, o una copropiedad), el legislador optó por una vía diferente “debe haber un único propietario para el bien resultante”, en tal sentido no queda una decisión más lógica y accesible que la impuesta por la lógica del *accessorium sequitur principale*, de tal modo que cuando dos cosas pertenecientes a diferentes dueños se unen, o se incorporan una a la otra, la accesoria seguirá la suerte de lo principal; es decir, el que ostenta la propiedad de la cosa principal, se convertirá en dueño de lo accesorio también.

Y además se ha optado por darle una cierta relevancia a la buena o mala fe de las partes: así para los casos de construcción en terreno ajeno, la regla que se aplica no siempre es la establecida en el artículo 938° del C.C. (el dueño del suelo se queda con el bien resultante). Todo en tal sentido depende del ámbito subjetivo con el que las partes actuaron:

- a) Mala fe del edificante. Buena fe del propietario. Es el propietario quien decide si se queda con lo edificado sin pagar nada a cambio, o si ordena al constructor la destrucción de lo edificado.

- b) Buena fe del edificante. Buena fe del propietario. El propietario decide si se queda con todo o si vende el suelo al constructor.
- c) Buena fe del edificante. Mala fe del propietario. El constructor decide si se queda con todo o si le vende lo construido al propietario

Entonces lo establecido en el IV Pleno, específicamente en su precedente 5.5. No niega la posibilidad de quien hoy es lanzado del bien, por medio de un proceso de desalojo, haya realizado en su momento las construcciones actuando de buena fe y que tenga derecho al pago de las mismas. Lo que la Corte precisa es que tal discusión no puede hacerse dentro del proceso del desalojo, pues esta vía no es para ello, y se estarían extendiendo sus límites, sino que puede realizar ello en otro proceso.

1.3.1.6.5. Arrendador contra arrendatario con contrato vencido

La Corte en el IV Pleno Casatorio civil sobre este punto en particular precisa que “se está ante un supuesto de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto en el artículo 1704° del CC, puesto que con el requerimiento que se haga para la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador, para poner fin al contrato. No estamos ante un caso de título fenecido en el supuesto previsto en el artículo 1700° de la normativa civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato, sino que, por imperio de la ley se está asumiendo la continuación del mismo, hasta que el arrendador requiera la devolución del bien. Dada esta situación recién se puede pasar a asumir que el arrendatario se ha convertido en poseedor precario por fenecimiento del título”.

Hasta antes de la emisión del Pleno uno de los dolores de cabeza para el operador jurídico era poder definir el momento a partir del cual un contrato de arrendamiento a plazo indeterminado llega a su fin, y por ende desde que

momento y como consecuencia de ese fin el poseedor queda convertido en un precario.

Y lo que pasaba era que por un lado el artículo 1699° del C.C. es muy claro cuando establece la figura del contrato de duración determinada; es decir aquellos contratos en donde las partes desde un inicio han establecido el tiempo de vigencia de la relación contractual, en ese plazo concluye el vencimiento del mismo.

La coherencia de esta regla la encontramos en el artículo 178° del C.C. donde se regula cual es la manera en la que impacta el plazo resolutorio en los efectos generados por un contrato (cuando el plazo establecido es resolutorio los efectos del acto cesan a su vencimiento); así como lo previsto en el inciso 10 de artículo 1681°, donde se establece la obligación del arrendador de realizar la devolución del bien, una vez que se haya concluido el plazo contractual, con lo que está afirmando que el contrato llega a su fin una vez que se concluyó el plazo. Además, para que no quede ningún tipo de dudas sobre ello, es el mismo artículo 1699° en su parte in fine, el cual establece que una vez concluido el plazo pactado por las partes no es necesario ningún aviso previo de ninguna de las partes para que el arrendamiento deje de producir efectos.

Hasta este momento entonces no se presentaba ningún inconveniente, pues si por ejemplo si: “A” arrendador y “B” arrendatario firmaban un contrato de alquiler, que tenía como fecha de fin el 31 de diciembre del 2020, una vez llegado ese plazo resolutorio (para usar la terminología establecida por el artículo 178°) el contrato queda resuelto y por lo tanto “B” si se mantenía en posesión del bien, se convertía en un poseedor precario, sin que para ello sea necesario dar aviso formal mediante un aviso judicial o extrajudicial; pues el título que lo habilitaba a estar en el bien, contrato, había fenecido.

Pero esta supuesta claridad, comenzó a desvanecerse con lo estipulado en el artículo 1700° del C.C., el cual precisa que “vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que haya renovación tacita, sino solo la continuación del arrendamiento, bajo sus misma estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento”

Si aplicamos este artículo al caso antes planteado, la solución sería totalmente opuesta: el arrendatario “B” no se habrá convertido en precario el 1 de enero del 2021, sino que su condición de arrendatario será la misma, pues no es que el contrato haya vencido automáticamente con el vencimiento del plazo (como lo precisaba el artículo 1699° del C.C.), sino que al no haberse solicitado la devolución del inmueble, el arrendamiento mantiene su vigencia y por ende “A” mantiene su posición de arrendador. En tal sentido solo una vez que “A” solicite la devolución del bien mediante cualquier conducto solicite la devolución del bien, desde ese momento “B” quedará convertido en precario, y por lo tanto, a la devolución del bien.

Nótese cómo es que las soluciones que nos brindan los artículos 1699° y 1700° de la normativa civil, diera la impresión de que son antagónicas, y ello se ve graficado con claridad cuando respondemos la pregunta: ¿en qué momento “B” se convirtió en precario?. Según lo establecido por el artículo 1699° del C.C. desde el 01 de enero del 2021; y, según el artículo 1700° del C.C. desde el día siguiente en que “A” le solicito la devolución del bien.

En tal sentido, para solucionar este impase, es muy necesario, hacer una lectura e interpretación de las normas, sin que ello impida dar una respuesta equivocada a la pregunta antes planteada.

El artículo 1699° del C.C. precisa que “el contrato de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas”, de una primera lectura se puede

concluir que al vencimiento del plazo del arrendamiento este concluye, sin ser necesario para ello el aviso al arrendatario. Sin embargo es de notarse que la norma no precisa que al vencimiento del plazo “concluye el contrato de arrendamiento”, sino que lo que pasa es que “concluye en contrato de arrendamiento de duración determinada”, es decir, una vez que concluyo el plazo el arrendamiento de duración determinada termino, pero lo que subsiste es el arrendamiento en sí, solo que esta vez ya no tendrá una duración o un plazo establecido, y será indeterminada. Ahora la pregunta es: ¿hasta cuándo el nuevo arrendamiento será determinado? Pues hasta que el arrendador de aviso al arrendatario del termino del mismo. Y esto quedaría corroborado con lo establecido por el artículo 1700° del C.C. que habla sobre la continuación del arrendamiento en sus mismos términos una vez vencido el plazo fijado por las partes.

En tal sentido si A y B celebran un contrato de arrendamiento el 01 de enero del 2015 por un plazo de 2 años, este contrato, de duración determinada, estará vigente hasta el 31 de diciembre del 2017. Si durante los meses de enero y febrero del año 2018, las partes siguen realizando sus contraprestaciones (el arrendador de brindar el bien y el arrendatario de pagar la renta) entonces el arrendamiento se mantendrá vigente y las partes deberán respetar todos los términos originalmente pactados en el contrato primigenio, salvo en lo que se refiere al plazo, pues no es necesario que el mismo se mantenga por dos años más, pues no existe renovación tacita del plazo, pudiendo el arrendador solicitar en cualquier momento la devolución.

Esta es precisamente la interpretación que ha dado la corte en su considerando 5.2 del IV Pleno Casa torio civil. El arrendatario con plazo vencido no es precario, sino hasta que el arrendador le solicite la devolución del bien. En tal sentido si lo que se quiere es desalojar al inquilino invocando su condición de precario; primero debe solicitarse la devolución del bien, de lo contrario una demanda de desalojo por ocupación precaria dirigida al inquilino con contrato

vencido, pero quien aún no se solicita la devolución del bien, estará condenado al fracaso.

1.3.1.6.6. Propietario versus poseedor que ostenta título manifiestamente nulo

El cuarto Pleno Casatorio en su precedente 5.3 precisa que “si en el trámite de un proceso de desalojo, el juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme se encuentra previsto en el artículo 220° del código civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia (sobre nulidad manifiesta del negocio jurídico) y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”.

El autor Pasco (2019) precisa que era muy usual que en los procesos de desalojo el demandado se defendiera presentando un título contractual que, en apariencia, le otorgaba el supuesto el derecho a estar en posesión del bien, por ejemplo considérese un arrendamiento, una compraventa, una donación, pero este era un documento adulterado, que por lo tanto contenía un acto jurídico nulo. Si el demandante hacía notar ello (nulidad del título), el demandado alegaba que ello debería ser visto en otro proceso, en uno de conocimiento y no dentro del desalojo. Usualmente los jueces admitían este argumento, por lo que desestimaban la demanda, y el demandante estaba en la obligación de iniciar otro proceso (uno de conocimiento) con el fin de discutir la nulidad del título del demandado.

Un ejemplo de lo antes precisado lo podemos encontrar en la casación 1437-99, en donde la corte preciso que: “no puede existir ocupación precaria cuando la parte demandad ostenta un título vigente que justifica su posesión, no siendo objeto de discusión la validez o no de dicho instrumento a través del presente proceso, ya que lo único que debe configurarse en la posesión precaria es que la

parte demandada careza de título o el que tenía ha fenecido, más no que el mismo sea nulo”.

Es así que tal como lo precisa un sector de la doctrina: “el poseedor precario carece de título, contrario a ello, el poseedor ilegítimo cuenta con un título, aun cuando este es inválido. Son causales de la posesión precaria: primero, la falta de título porque este nunca existió; y, segundo el título que generó esta posesión a fenecido, es por ello que el código civil diferencia entre posesión ilegítima y posesión precaria de modo que no se puede confundir ambas instituciones. La posesión cuando es ilegítima requiere de un título que adolece de un vicio, de forma o de fondo, que tiene como consecuencia la nulidad o anulabilidad, en cambio, en la posesión precaria no existe título alguno o cuando el que se tenía ya feneció; es decir, si se está frente a una posesión sustentada en un título nulo o anulable la posesión es ilegítima; en cambio si la posesión no tiene título que lo sustente, estamos ante una posesión precaria” (Torres, 2005, p. 10).

En tal caso la preocupación que surgía en los operadores jurídicos ante este tipo de interpretaciones, era la inutilidad de un proceso de desalojo, pues solo era suficiente que los demandados fragüen un título, para que los mismos sean catalogados como poseedores ilegítimos, en el peor de los casos (y no como poseedores precarios), con lo que un proceso de desalojo no podría ser utilizado para su lanzamiento, debiendo plantear el demandante del desalojo una acción reivindicatoria, o también una demanda de nulidad del acto jurídico y como pretensión accesoria la restitución de la posesión. Entonces en palabras más sencillas la sola existencia del título, por más de que este resultará nulo, descartaba su posesión de precario y tornaba inútil al desalojo.

Con el fin de evitar esta dilatación en el proceso, la Corte ha autorizado, mediante el IV Pleno, que se puede hacer un análisis de validez del título dentro del proceso de desalojo, como parte del pedido para la restitución de la posesión. No debemos confundir este punto, pues la Corte no ha permitido que

el demandante este autorizado para plantear una reconvencción solicitando la nulidad del título con el que se defiende el demandado (la reconvencción, en un proceso sumarísimo como lo es el desalojo, esta proscrita), sino que como parte de su pedido de devolución solicite que dicha cuestión entre en análisis con el Juez. Y ello es algo que resulta, como precisa Pasco (2019) totalmente coherente, pues para que el desalojo sean amparado, primero debe establecerse si el demandado tiene o no derecho a ejercer la posesión, y ello solo es posible si se analiza el título con el que este se defiende, o alega que su posesión es válida.

Sin embargo, como el desalojo no es un proceso que se tramite en la vía de conocimiento, y el tema de discusión no es si el título del demandado es válido o nulo, la Corte ha realizado una limitación a este análisis de validez que se realiza sobre el título, y esa limitación es solo un análisis de validez a aquellos casos en los que el título sea “manifiestamente nulo”; es decir, el análisis de nulidad que la Corte ha precisado que se debe realizar sobre el título de posesión del demandado es uno de nulidad manifiesta.

Y lo que la Corte preciso en este Pleno, no es sino lo que ya un sector de la Doctrina venia manifestando hace algún tiempo atrás, así tenemos al autor Lama (2001), quien precisaba que: “siendo la posesión precaria la que en nuestro país se ejerce sin título, siendo porque nunca se tuvo o el que se tenía feneció, ella constituye en realidad una posesión contraria a derecho, lo que nos lleva a afirmar que estamos frente a una posesión ilegítima de mala fe. En esta clasificación se incluyen los que ejercen la posesión de un bien en virtud de un título que emana de un acto jurídico manifiestamente nulo, pues estamos ante un título manifiestamente ilegítimo; es decir, un título que por sí mismo, evidencia ilegitimidad, sin que se requiera para ello de otro elemento adicional para arribar a tal apreciación (...). La posesión ilegítima es la que se ejerce contrario a derecho de buena o mala fe, sea porque la misma se ejerce en virtud de un título inválido, nulo o anulable, o porque se ejerce sin título algún, o con

un título manifiestamente ilegítimo. La posesión precaria, que es la que se ejerce sin título o el que se tenía feneció, es una posesión contraria a derecho por ello es siempre una posesión ilegítima de mala fe. Es también posesión precaria la que se ejerce en virtud de un título que emana de un acto jurídico cuya nulidad absoluta sea manifiesta o evidente. Esta posición debe considerarse como la que se ejerce sin título. El poseedor precario, en consecuencia, es un poseedor ilegítimo de mala fe”.

Este sector de la doctrina entonces reconocía que la figura de la “nulidad manifiesta” regulada en el artículo 220º, era el camino adecuado para evitar que los demandados por desalojo obtuvieran fallos favorables valiéndose de título fabricados.

En conclusión el IV Pleno casatorio civil abrió la puerta para que la nulidad manifiesta del título del demandado sea analizada en la vía del desalojo, pero, sin perjuicio a ello quedo abierta una serie de puntos vinculados con esta “nulidad manifiesta”, es así que la Corte omitió puntos como: 1) dar una decisión clara de lo que debe entenderse por nulidad manifiesta, o al menor establecer determinados parámetros para poder concluir que un título padece tal clase de nulidad; 2) establecer ciertas precisiones o pautas procedimentales sobre cómo es que se debe aplicar la nulidad manifiesta, por ejemplo: ¿la nulidad manifiesta debe ser invocada por el interesado, o ante un silencio el tema puede ser puesto en debate por el Juez de oficio?, ¿si el tema no fue planteado en primera instancia, puede ser invocado en el recurso de apelación, en caso al demanda haya sido desestimada por el ad quo?.

Estas cuestiones no fueron definidas en el IV Pleno, lo cual generó en su momento un grado de incerteza, pero luego el IX Pleno Casatorio, el cual estableció ciertas pautas para la aplicación de la nulidad manifiesta en los procesos de escritura pública, los cuales son perfectamente aplicables al

proceso de desalojo ya que ambas pretensiones tienen la misma vía procedimental

1.3.2. Ley

1.3.2.1. Modificaciones Legislativas para Lograr la Simplificación y Mejora del Desalojo

Entre los casos más frecuentes de posesión precaria tenemos a los contratos de arrendamiento, donde es muy usual que el inquilino se niegue a devolver el bien pese a que el plazo de su contratación ya venció, y a los reiterados requerimientos por parte del arrendador para conseguir la posesión de su inmueble. Es así que dada la constante frecuencia con la que se presentan este tipo de casos, la regulación legal que se tiene sobre el particular debe ser lo más clara y lógica posible, pues como lo precisa el autor Pasco (2019) si tenemos una normativa enmarañada y confusa lo que único que se hace es generar incertidumbre, posicionamientos divididos, criterios disímiles, y a consecuencia de ello, los procesos judiciales se vuelven interminables (p. 349).

Lamentablemente y en sentido totalmente opuesto a lo que debiera ocurrir, la regulación del desalojo por posesión precaria cuando la misma está vinculada a contratos de arrendamiento vencidos es sumamente confusa y hasta se puede decir que contradictoria, esto solo puede generar dos cosas, primero, que el operador jurídico deba realizar malabares interpretativos con la finalidad de poder encontrar una aplicación práctica; y, segundo, el absoluto estado de incerteza para el justiciable.

Es por ello que la regulación de la denominada posesión precaria por fenecimiento del título, cuando el mismo deviene de un contrato de arrendamiento, requiere de una urgente modificación legislativa, la cual nos va a permitir obtener mayor claridad, con lo cual se va a dejar definido con la mayor claridad posible: cuando finaliza un contrato de arrendamiento a plazo determinado, cuando estamos ante un arrendamiento a plazo indeterminado y

como se le puede poner fin, cuando el arrendatario se convierte en precario, a partir de qué fecha el arrendatario está obligado a la restitución del bien, cuales son las causas para demandar el desalojo, quien es el juez competente para conocer estos procesos, entre otras cuestiones que van a ayudar mucho a la claridad de este tema.

1.3.2.1.1. Eliminar la Continuación del Arrendamiento establecido en el artículo 1700° del Código Civil

Como lo detalla la normativa civil, uno de los mayores dolores de cabeza para el operador jurídico es poder identificar a partir de cuándo un contrato de arrendamiento a plazo determinado llega a su fin, y por ende como consecuencia de ello a partir de cuándo el arrendatario queda convertido en un precario y por ende a la devolución del bien.

Es así, que si revisamos la normativa civil, por un lado tenemos el artículo N° 1699° del C.C. el cual establece que el arrendamiento de duración determinada, es decir aquel en el que las partes han establecido su inicio y su fin, termina al vencimiento del mismo. Y esta regla guarda perfecta coherencia y coherencia con lo establecido en el artículo N° 178° de la normativa civil, donde se regula la forma en la que impacta el plazo resolutorio en los efectos generados por un contrato, precisándose que cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento; así como lo preceptuado en el artículo 1681°, inciso 10° del C.C. donde se establece la obligación del arrendatario de devolver el bien inmediatamente luego de vencido el plazo, con lo cual se está estableciendo que el arrendamiento llega a su fin una vez que se haya cumplido el plazo.

Y para cerrar todo tipo de dudas sobre el particular el artículo 1699° de la normativa civil, que en su parte final precisa que una vez que se ha concluido el plazo que se ha pactado por las partes contratantes, no es necesario ningún aviso previo de ninguna de ellas para que el arrendamiento deje de producir

efectos. *“el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas”*.

Si aplicamos lo precisado hasta aquí, entonces el artículo 1699° del C.C. no deja lugar a dudas de la forma como es que el mismo debe ser aplicado a un caso práctico: si “X” (arrendador) y “Z” (arrendatario) suscriben un arrendamiento a plazo determinado hasta el 31 de diciembre del 2020 (plazo resolutorio si se utiliza la terminología del artículo 178° del C.C.), una vez que llega esa fecha el contrato debe quedar automáticamente sin ningún efecto legal, por lo que si “Z” se mantiene aún en el bien pasará a ser un poseedor precario, pues el título que lo habilitaba o daba derecho a estar en el bien a fenecido, sin la necesidad de cursar aviso judicial o extrajudicial para lograr tal fin.

Pero, esta claridad, se ve desvanecida o truncada, con lo estipulado en el artículo 1700° del C.C., cuando el mismo precisa: *“vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que haya renovación tacita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento”*.

Si aplicamos este artículo al caso planteado, la solución será muy distinta, “Z” no se habría convertido en precario el 01 de Enero del 2021, sino que mantendría aún su condición de arrendatario, pues no es el caso de que haya fenecido automáticamente (como lo estipula el artículo 1699° del C.C.), sino que como no se solicitó la devolución del inmueble, se entiende que el mismo se mantiene vigente, y por ende Z mantiene su estatus de arrendatario. Para poder finalizar el contrato de arrendamiento en tal sentido el arrendador debe cursar aviso, no necesariamente por escrito ni por conducto notarial, exigiendo la devolución del bien, con lo cual se convierte al arrendatario en precario, y se le obliga a la devolución del bien.

En ese sentido, podemos notar que las soluciones que nos brindan los artículos 1699° y 1700° del C.C. son totalmente antagónicas, lo cual se grafica perfectamente con claridad, cuando tratamos de responder a la pregunta ¿en qué momento “Z” se convierte en poseedor precario?, según lo establecido en el artículo 1699° del C.C. ello se dará el 01 de Enero del 2022; y, según el artículo 1700° del C.C., la precariedad se genera al día siguiente en que “X” solicita la devolución del bien.

La única forma de solucionar ese impase es realizando una interpretación particular del artículo 1699° del C.C. en la medida que como lo señala el autor Pasco (2019) esta norma no dice que al vencimiento del plazo “concluye el contrato de arrendamiento”, sino más bien el “contrato de arrendamiento de duración determinada”, eso significa que transcurrido dicho plazo finaliza el arrendamiento de duración determinada, pero la relación jurídica de arrendamiento subsiste, solo que la misma ya no tendrá una relación determinada, sino que pasará a ser un contrato a plazo indeterminado. Por ello cuando el artículo 1699° del C.C. habla sobre el vencimiento del plazo, no se está refiriendo a la extinción total y definitiva de la relación jurídica de arrendamiento, sino únicamente de la relación jurídica del arrendamiento a plazo determinado (p. 352).

Solo si realizamos esta interpretación es posible mantener la vigencia de ambos artículos normativos, sin tener que modificar ni derogar ninguno de ellos. Ahora pese a esta interpretación creativa, la situación antagónica no deja de ser problemática, pues de una primera lectura de ambas normas da la impresión de que son normas cuya compatibilización no es posible. Es por ello que lo ideal, en aras de conseguir normas coherentes y que sigan una única idea, con el fin de beneficiar a los ciudadanos de a pie, y evitar que los operadores caigan en contradicciones o vacíos normativos sin salida, se debe realizar una modificación legislativa; pero, antes de realizar ello, es preciso indagar cuales

fueron las razones que llevaron al legislador a consignar un dispositivo tan confuso y que ha traído tantas problemas, como lo es el artículo 1700° del C.C.

¿Cuál ha sido la intención del legislador al introducir un artículo, como el denominado 1700° del C.C.?; en principio la norma se preocupa por dejar en claro que no estamos ante una renovación del contrato. En el ejemplo antes planteado entonces, no es que el contrato de arrendamiento celebrado entre “X” y “Z” se mantenga vigente por dos años más. El legislador se ha preocupado de no generar esta situación, pues de lo contrario le habría dado solo a una de las partes la potestad de dar por renovado el contrato con su sola conducta (el arrendatario), aún si es que su contraparte en ningún momento manifestó su voluntad de seguir con el contrato (el arrendador). Ello ha sido un acierto por parte del legislador, pues se ha descartado que la sola posesión del arrendatario genere la renovación automática del arrendamiento.

Pero, el desacierto normativo se presenta al haber derivado, de la sola conservación de la posesión por parte del arrendatario, la “continuación del arrendamiento en sus mismas estipulaciones”, entonces debemos preguntarnos ¿a razón de que se produce esta continuación del contrato?, ¿qué es lo que, según el legislador, habrá ocurrido entre las partes para que el contrato se entienda continuado en sus mismas estipulaciones? Si revisamos la exposición de motivos sobre el particular, no encontramos la respuesta, en tal sentido, para las posibles justificaciones debemos indagar las el resto de las normas contenidas en el C.C.

Una primera idea surgida de ello, es que se habría producido la continuación del contrato, como consecuencia de la voluntad de las parte, la cual se ha materializado a través de su comportamiento, que en el artículo 144° del C.C. se conoce como una manifestación de voluntad tácita: *“la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita (...), es tácita, cuando la voluntad se infiere*

indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia”

Según el artículo antes precisado, la conducta que se ha desplegado por alguien puede servir como manifestación de voluntad que va a generar que va a generar efectos jurídicos; ahora, si llevamos ello al ámbito de los arrendamientos, el legislador al momento de redactar el artículo 1700° del C.C. habría tenido en cuenta la conducta de ambas partes, tanto arrendador como arrendatario, para arribar a la conclusión de que existió una intención encaminada a la continuación de la relación jurídica, pese al vencimiento del plazo que originalmente se pactó.

La pregunta a plantear en este supuesto sería ¿realmente el artículo 1700° del C.C. ha tomado en cuenta la conducta de ambas partes para generar la continuación del arrendamiento? En realidad, ello NO es así, pues lo único a lo que la norma hace referencia es a la conducta desplegada por el arrendatario, consistente en mantenerse en posesión del bien pese a ver finalizado el plazo; contrario a ello la conducta del arrendador no es tomada en cuenta, siendo ello así la verdad es que el artículo 1700° está muy lejos de regular la continuación del arrendamiento como la consecuencia de un acuerdo contractual que se forme con manifestaciones de voluntad tácitas graves de conductas desplegadas por arrendador y arrendatario.

Frente a ello, se podría sostener por algunos que al redactar el artículo 1700° del C.C. el legislador si tomo en cuenta la manifestación de la voluntad del arrendador, que viene a ser su silencio, esto es su inacción (solicitar la devolución del bien) ante la posesión por parte de su arrendatario. A quienes sostengan ello, se les debe recordar que el silencio no califica como una manifestación de voluntad, ni expresa ni tácita, por lo que en el ámbito de los negocios jurídicos no aplica el dicho “el que calla otorga”.

Para poder notar la diferencia, debemos precisar un ejemplo en donde la continuación del arrendamiento si se produce como una consecuencia de acuerdo tácito, (es decir producto de la conducta desplegada por ambas partes): una vez que ha culminado el plazo de arrendamiento, el arrendatario deposita en la cuenta del arrendador lo referente a cuatro meses de arriendo, y el arrendador por su parte retira ese dinero y lo usa, sin lugar a dudas aquí si estamos ante dos conductas despegadas (el pago por parte del arrendatario, y el retiro y uso por parte del arrendador) de lo cual es posible concluir la existencia de un acuerdo encaminado a mantener vigente la relación contractual pese al vencimiento del plazo que se ha pactado en un inicio.

Nada de ello ocurre cuando quien actúa es solo el arrendatario, quien se mantiene en posesión del bien, mientras que el arrendador ha guardado absoluto silencio; ahora este silencio sí puede calificar como una manifestación de voluntad cuando la ley o el propio acuerdo entre las partes le otorga algún significado (artículo 142° del C.C.): *“el silencio importa manifestación de voluntad cuando al ley o el convenido le atribuyen ese significado”*.

Es así que lo que en realidad habría hecho el legislador en el artículo 1700° del C.C. es darle al silencio del arrendador el significado de una expresión de la manifestación de voluntad, que se encamina a aceptar la continuación del arrendamiento, pese a que el plazo originalmente pactado ya haya llegado a su fin. Siendo ello así, entonces, lo que tendríamos en el artículo 1700° del C.C. es un acuerdo contractual para la continuación del arrendamiento que se forma, por un lado, con la conducta típica desarrollada por el arrendatario, consistente en mantenerse en posesión del bien, y, por otro lado con el silencio del arrendador, que mal se ha elevado a la categoría de manifestación de voluntad.

Ahora, lo que sucede es que pese a la aparente pulcritud de interpretar el artículo 1700° del C.C. queda pendiente de responder la pregunta de fondo ¿a partir de qué momento el inquilino queda obligado a devolver el bien? O lo que

es lo mismo ¿a partir de qué momento el arrendatario queda convertido en un poseedor precario?, y en esto no existe pues un punto medio entre los artículos 1699° y 1700° del C.C., pues según el primero de ellos el inquilino queda convertido en precario al día siguiente de finalizado el contrato; mientras que según el segundo apartado normativo esta conversión en precario se da recién con la notificación o aviso que realiza el arrendador solicitando la devolución del bien.

Creo que sería muy beneficioso derogar una de estas dos normas, y las opciones que tenemos son solo dos:

- a) Derogar el artículo 1699° del C.C. de tal forma que en el código civil se deje de decir: 1) que el contrato de arrendamiento a plazo determinado finaliza al vencimiento de este; y, 2) que la obligación del arrendatario de devolver el bien se genera una vez concluido este plazo. De esta forma solo quedaría vigente el artículo 1700°, con lo cual quedaría claro que en todos los contrato de arrendamiento que tengan un plazo determinado, una vez que el mismo haya vencido: i) el contrato queda vigente, ii) no se genera con el vencimiento la obligación de devolver el bien, iii) este vencimiento solo va a generar un derecho facultativo de cualquiera de los dos partes de comunicar a la otra su decisión de dejar sin efecto el contrato, iv) solo a partir de tal comunicación el arrendatario queda convertido en precario y por ende obligado a la devolución del bien, y en caso de que no se restituya el arrendador tiene su derecho para poder interponer una demanda de desalojo por posesión precaria.
- b) Derogar el artículo 1700° del código civil, eliminando de tal manera toda referencia para la continuación del contrato de arrendamiento de duración determinada una vez que el plazo se haya vencido, de tal manera que cada vez que se celebre un contrato de arrendamiento a plazo determinado las partes, las partes tendrán plena convicción que al vencimiento del mismo y

sin la necesidad del envío de ningún tipo de comunicación, se generarán las consecuencias siguientes: primero, el contrato celebrado fenecerá; segundo, el arrendatario queda obligado a restituir la posesión del bien; tercero, de no restituir la posesión pasará de manera inmediata a ser un poseedor precario; y cuarto, el arrendador queda facultado para solicitar ante un juez, mediante demanda de desalojo por precario, la restitución de la posesión.

Considero que la idea más conveniente sería optar por el segundo camino; es decir derogar el artículo 1700° del código civil, y quedarnos solo con el artículo 1699° del mismo cuerpo normativo, para que de este modo los contratos de arrendamiento sigan la misma suerte que todos los demás contratos en los que exista una mediación posesoria. En efecto pensemos en tal sentido en el contrato de comodato, contrato de constitución de usufructo, contrato de constitución de superficie, etc. En todos estos casos las personas que reciben la posesión del bien con ocasión del contrato están obligados a devolver el bien ni bien ha finalizado el plazo resolutorio, salvo que por voluntad de las partes se haya dado una renovación o prórroga. Si es que no se da esta situación y el poseedor conserva el bien a su favor, no se entiende en ningún caso que se dé la ampliación o que los contratos (comodato, usufructo, superficie) en sus mismos términos; sino que por el contrario el solo vencimiento del plazo convierte al poseedor en precario y por ende queda obligado a devolver el bien, si no lo hace y se mantiene en posesión queda el poseedor inmediatamente convertido en precario, sin tener que cursar aviso, y por lo tanto el propietario tiene expedito su derecho para demandar desalojo por posesión precaria.

Entonces si para todos aquellos contratos donde exista una mediación posesoria, no existe norma confusa, la cual hable sobre la continuación del comodato, usufructo, o superficie, la pregunta es ¿Por qué mantener una norma

así solo para el caso de los arrendamientos?, ¿acaso esta continuidad tiene una racionalidad que la subyace?

Es así que como lo hemos precisado el código civil no da respuesta alguna, y la exposición de motivos tampoco, pues la misma guarda silencio sobre el particular. Es así que se debe considerar la idea sostenida por el autor Arauco (2019) de que el legislador busco no dejar desprotegido al arrendador durante todo el tiempo en el que el arrendatario se mantenga en posesión del bien, pese a que el contrato ya había vencido, es decir la lógica que habría inspirado al legislador sería la siguiente: si el arrendatario queda convertido automáticamente en precario producto del vencimiento del plazo, entonces el contrato fenece y se extingue el concepto de “renta mensual” que se pactó originalmente por las partes, con lo cual si un inquilino se queda en posesión del bien una vez que su contrato haya finalizado, tiene la ventaja de no seguir obligado al pago de la “renta mensual” pues la misma ya no existe más (p. 335). Es así que para no desproteger al arrendador, el legislador habría considerado necesario establecer la continuación del arrendamiento, con la finalidad de que el denominado concepto de “renta mensual” no desaparezca y el arrendador tenga derecho a continuar recibiendo el pago por todo el tiempo que el inquilino (sin el permiso del arrendador) este en el bien.

Pero debemos considerar que si esta fue la razón o el motivo que llevo al legislador a considerar la continuación del arrendamiento, lo mismo ha sido un error, y es que existía una forma mucho más sencilla y puntual para proteger al arrendador, en los casos en que el inquilino se negase a devolver el bien, sin la necesidad de generar contradicción e inconsistencias dentro del código civil. Así hubiera bastado un artículo en donde se consignara que una vez finalizado el plazo del arrendamiento, de mantenerse el arrendatario en posesión del bien, estará obligado en adelante y por todo el tiempo que dure su permanencia sin autorización, al pago de un monto igual al de la renta precedente. Es así que son el solo vencimiento del plazo el arrendatario pasaría a tener la condición

de precario sin que lo mismo signifique una liberación de la obligación de pago de contraprestación en favor del arrendador.

Pero lo más llamativo de todo es que esto ha sido regulado por nuestra normativa civil, pero no para los casos de vencimiento del plazo, sino para aquí supuesto en el que se solicita al inquilino la devolución del bien, este continua en posesión del bien, es así que tenemos el artículo 1704° del C.C., el cual señala:

“vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien el arrendador tiene derecho a exigir una devolución y a cobrar las penalidad que se hayan convenido, o en su defecto una prestación igual a la renta del periodo precedente”.

Más allá de la pésima redacción de la norma (pues aún sigue haciendo referencia al “vencimiento del plazo” como hecho generador de la obligación de devolver el bien, cuando ya quedo claro que de acuerdo con el artículo 1700° del C.C. que el solo vencimiento del plazo no genera ninguna obligación de restitución en tanto que se entiende que el contrato continua en sus mismos términos), lo importante es que deja en claro que la conclusión del arrendamiento no significa que el arrendatario deja de pagar una contraprestación por todo el tiempo que se mantenga en posesión del bien. Si bien con el fenecimiento del arrendamiento el concepto de renta también desaparece, lo que debe seguir pagando el poseedor será una prestación igual a la renta precedente.

Es así que si analizamos bien el legislador si ha previsto la forma para tutelar al arrendador en los casos en que el arrendatario, habiendo quedado convertido en precario, se mantenga en posesión del bien. Siendo ello así, no habría necesidad de consagrar, ni ahora de mantener, un artículo como lo es el 1700° del C.C. que nos habla de la continuación del arrendamiento.

Para concluir preciso que el artículo 1700° no tiene ninguna justificación, por lo que es idóneo que el arrendamiento siga la misma lógica que se aplica a los demás contratos de mediación posesoria; es decir, cada vez que las partes pacte un plazo de vigencia para la relación contractual, al vencimiento del mismo es que el contrato, indefectiblemente, debe quedar sin efecto legal, por lo que si el poseedor inmediato se mantiene poseyendo el bien pasa a tener la condición de precario por fenecimiento de su título quedando de tal manera obligado a la devolución del bien y quedando expuesto además a ser demandado por desalojo.

Es más si se deroga el artículo 170° del C.C., la redacción establecida para el artículo 1704° cobraría sentido, pues ahora si regularía, de forma clara el momento en el que el poseedor queda obligado a devolver el bien, dependiendo del tipo de arrendamiento frente al cual nos encontremos:

- 1) En los contratos de arrendamiento a plazo determinad, el poseedor inmediato queda obligado a devolver el bien desde el instante en el que vence el plazo, y si se mantiene en posesión deberá pagar, por todo el tiempo que dure esta situación, una prestación igual a la renta del periodo precedente (salvo penalidades pactadas).
- 2) En los contratos de arrendamiento en el que las partes no hayan fijado un plazo de duración, el arrendatario quedará obligado a devolver el bien una vez que el arrendador haya hecho valer su derecho de desistimiento, comunicándole su intención de poder fin al contrato, y en caso de no cumplir con la devolución queda obligado a pagar por todo el tiempo que se mantenga en posesión, una prestación igual a la renta del periodo precedente.

Es así que, con la derogación del artículo 1700°, el inciso 10 del artículo 1681° adquiriría sentido, que establece como una obligación del arrendatario la

devolución del inmueble al arrendador, una vez que se haya cumplido el plazo del contrato. Esta disposición normativa no guarda ninguna relación con el artículo 1700° del C.C.

1.3.3. Jurisprudencia

1.3.3.1. Análisis y comentario a la Casación N° 2156-2014- Arequipa

Como se detalla a lo largo de la investigación, el desalojo al principio no busca discutir quién tiene el derecho de permanecer permanentemente en el bien, sino simplemente determinar, de la manera más adecuada y práctica posible, si el acusado a quien se sustente justifica su posesión. Si el acusado ni siquiera tiene un documento contractual para respaldar su posesión, se decretará una liberación. Como señala More (2017), el desalojo no debe usarse para analizar el fondo de la disputa; es decir, si el título que tiene el demandado, que en el caso ordinario es un contrato, cumple o no con los requisitos de efectividad o validez (p. 219), porque en este caso, como señala Arauco (2017), se confronta con una persona precario (que sería ilegítimo debido a la ausencia de un título), pero con otra clase de titular ilegítimo, ese sujeto que tiene una medida inválida o ineficaz (p.271).

Sin embargo, como también se especificó, junto con la regla establecida en la cuarta sesión plenaria, según la cual se lleva a cabo el desalojo contra el portador precario, que es el portador ilegítimo que no tiene título en su poder para apoyarlo. , se ha establecido que, excepcionalmente, el desalojo también ocurre contra el titular ilegítimo de un título que tiene un evidente vicio de nulidad.

Pero desde la publicación de la casación No. 2156-2014, Arequipa (que ahora llamaremos casación), se ha llegado a la conclusión de que si el acusado se defiende con un título, esto no debe ser, en ningún caso, un impedimento para el proceso de desalojo, siempre que la posesión de la que hablamos sea ilegal y el

tribunal concluya que se presenta en los siguientes casos: (a) que el título con el que se defiende la posesión es nulo, ha sido resuelto o ha fallecido;) cuando se adquiere de alguien que no tenía derecho a poseer la propiedad; y c) se adquiere la propiedad de un sujeto que, aunque tiene derecho a la posesión, no puede transmitirlo (esto se detalla en el noveno considerando de la sentencia). Con esta apelación, todo lo que se estableció en la cuarta sesión plenaria cambia totalmente de lo que puede y no puede discutirse en un desalojo, porque con él pasamos de "desalojo por posesión precaria" a "desalojo por posesión ilegítima". En este sentido, actualmente la presentación de un título por parte del acusado ya no será un impedimento para la remoción, por el contrario, dentro de un proceso de remoción, el juez debe determinar si este título justifica efectivamente la posesión del acusado, lo que implica que su validez o se analiza la ineficiencia, lo que ocurrirá en el proceso de desalojo; es decir, el tribunal con esta sentencia declara que el desalojo procede contra todo, lo cual sería absurdo, ya que en un caso tan pequeño, cosas como la validez o efectividad de los títulos presentados por el acusado no pueden determinarse por esa razón, tiene que justificar la acción, que al ser una instancia más larga permite aclarar la controversia.

También debemos especificar que, en esta sentencia, el tribunal no estableció un límite cuando se refiere el análisis de validez del título, como si estuviera sentado en la sesión plenaria IV, donde se indicó que solo se podía evaluar cuando se analizaba manifiestamente visible o evidente (por ejemplo, una donación otorgada por un documento privado, cuando dicho acto de validez debe hacerse por un documento público). Así, se abrió la puerta para que, dentro de la expulsión, se declarara la nulidad del título del acusado por cualquier motivo, incluso si no es manifiesto.

Las preguntas que surgen como resultado de esto son: ¿Es el proceso de desalojo una forma apropiada y apropiada de analizar y determinar la validez del título con el cual el acusado se defiende?, ¿En el desalojo es posible

determinar si el título es efectivo o ineficaz?, ¿En el desalojo, se puede determinar si la persona que otorgó los poderes de posesión tenía derecho a hacerlo?, ¿El desalojo también debe considerarse si el acusado está de alguna manera protegido por la fe del registro público, como sería el caso si el ¿El demandante sostiene que el título del acusado fue otorgado por alguien que no tenía derecho a disponer del bien?.

En este sentido, las respuestas a estas preguntas son una verdadera incertidumbre, lo único de lo que podemos estar seguros en este momento es lo siguiente: 1) el tribunal continúa contradiciendo las sesiones plenarias desestimadas que emiten; 2) el desalojo ahora no solo procede contra el poseedor precario sino contra todo tipo de poseedor ilegítimo 3) el proceso de desalojo está ganando cada vez más terreno en lo que respecta al proceso de reclamo

1.3.3.2. Comentarios a la Casación N° 3417-2015, Santa

En esta casación se resolvió la demanda de desalojo por ocupación precaria planteada por Hugo Wilmer Purizaga Olivo (demandante) contra el señor Moisés Nephtali Osorio Santos (demandado) con el fin de que este último restituya la posesión del inmueble ubicado en la urbanización Popular Bellamar, sector IV- II etapa, manzana 2, lote 6 , distrito de Nuevo Chimbote, provincia de Santa departamento de Ancash, inscrito en la partida registral N° PO9078707 del registro de la propiedad inmueble de Chimbote.

El demandante acreditó que tenía el derecho de propiedad mediante la partida registral del inmueble, en donde figuraba que él era el único propietario del bien, el demandado por su parte sustentó como defensa que ingreso al inmueble en el año 1994 con base en un certificado de adjudicación, otorgado por la comisión mixta de vivienda del programa Bellamar, que en ese tiempo era la entidad encargada de administrar una serie de terrenos, entre ellos, el inmueble.

Sumado a ello, el demandado sostuvo haber estado en posesión del inmueble por más de diez años.

En primera instancia el juez que conoció el caso, amparo la demanda pues consideró que el certificado de adjudicación mostrado por el demandado, el cual como se precisó no había sido otorgado por el propietario del inmueble, no constituía un título suficiente para poder legitimar su posesión.

La Sala Superior confirmó el fallo de primera instancia, pues al carecer de fecha cierta, el certificado de adjudicación no pudo producir efectos jurídicos válidos para poder ser considerado como un título y poder acreditar el derecho de posesión del emplazado, conforme a lo precisado en la quinta regla de la casación N° 2195-2011-Ucayali.

Si bien la Sala Superior hace referencia a la quinta regla del IV Pleno Casatorio (en donde se establecen los supuestos de posesión precaria, que ya fueron abordados en líneas anteriores), parece que en realidad quisieron referirse a la cuarta regla de este Pleno, donde se precisó que: “(...) en lo que hace referencia 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”.

Finalmente el recurso de casación planteado por el demandado, fue declarado fundado por la Corte Suprema, y este anuló la sentencia de la Sala Superior, por considerar que este había inobservado el precedente fijado en el IV Pleno Casatorio, ordenando así, que se emita nueva resolución con arreglo a ley, en ese sentido la Corte Suprema precisó:

“(...) la decisión a la que arriba la Sala Superior se contrapone a los criterios señalados por el IV Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaído en la casación N° 2195-2011, Ucayali, para verificar el derecho del demandado sobre el inmueble, puesto que no solo se puede justificar con la exhibición de documentos que tengan la calidad de fecha cierta,

siendo con cualquier acto jurídico que lo autorice a ejercer la posesión del bien, lo cual constituye doctrina jurisprudencial establecida como vinculante para los jueces de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del CPP”.

Nótese entonces como es que mientras la Sala Superior resolvió el caso aplicando supuestamente una de las reglas fijadas en el IV Pleno Casatorio, la Corte Suprema le enmendó el error, y le dijo que su fallo más que aplicar el IV Pleno, lo contradecía. Entonces cabe preguntarnos, ¿cuál de las dos salas (Superior o Suprema) tuvo la razón?, ¿Cuál de ellas realmente aplicó el IV Pleno y cuál de ellas lo contradujo?

Primero precisemos lo que señaló la Corte en el precedente 2 del IV Pleno: “cuando se hace alusión a la carencia del 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., ya que el derecho en disputa no será la propiedad, sino el derecho a poseer”. Pongamos atención cuando la Corte precisa: *“a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien”*. Si tomamos en cuenta esto, cualquier acto de transferencia de posesión, incluso el otorgado por quien no es el propietario, podría servirle al poseedor para justificar su permanencia en el bien y así impedir el desalojo.

En el caso que se ha planteado, el demandado contaba con un “certificado de adjudicación”. La pregunta es: ¿qué es lo que se le adjudicaba al demandado con dicho certificado?, ¿se le adjuntaba la propiedad o tan solo el uso y disfrute del bien?, ¿o acaso se trataba simplemente de un documento mediante el cual solo se otorgaba la posesión del inmueble sin ningún derecho que sirviera de respaldo?

Si solo nos ceñimos a la parte resaltada del fallo del IV Pleno, estas preguntas no serían muy relevantes, pues lo único que importaría es la autorización a favor del demandado para ejercer la posesión, sin importar de modo alguno quien otorga dicha autorización, o si existe un derecho que respalde esa posesión. Es decir, independientemente de que dicha autorización haya provenido del mismo propietario o de un usurpador, aquella le bastaría al demandado para poder justificar su posesión y de esta manera poder evitar un desalojo.

Y este parece haber sido el criterio de la Corte Suprema en la casación que se está comentando, pues consideró que el certificado de adjudicación bastaba para justificar la posesión del demandado, sin que fuera necesario poder analizar su contenido. Sin embargo si uno termina de leer la cuarta regla vinculante que se estableció en el IV Pleno, se da con la sorpresa de la existencia de un dato muy importante que no puede pasar desapercibido: se indica que en un desalojo se está en disputa si el demandado tiene “derecho a poseer”, expresamente el precedente 2 precisa “puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer”.

El derecho a poseer, no es sino una posesión que se ejerce en base a un derecho; en tanto que es una posesión que se sustenta en un título (que puede ser de carácter legal o negocial) que le otorga al poseedor un fundamento a su situación fáctica. Esto es, no es suficiente con decir “yo soy el poseedor”, sino que se debe acreditar en base en que derecho se está ejerciendo dicha posesión. Es por ello que si una persona que no tiene derechos sobre un bien (usurpador) cede su posesión a otro, este último no adquiere un derecho a poseer. El nuevo usurpador mantendrá una situación fáctica que no se sustenta en ningún derecho, y por ello es que el desalojo contra él debe tener éxito.

Y todo ello como lo precisa Pasco (2016) es una exigencia del precedente 2 del IV Pleno, que vale la pena precisar, establece como una finalidad del desalojo dilucidar si el demandado cuenta con el derecho a poseer.

Por tales razones, estimo que si bien la decisión de la Corte Suprema de anular la sentencia de vista resulto adecuada el argumento que se sostuvo para tal fin no fue el correcto. La anulación debió darse con el fin de que la Sala Superior revise el contenido del “certificado de adjudicación”, y ya con base en el ello analice si es que el demandado tenía derecho o no a estar en posesión del inmueble. Si en el certificado solo se hace alusión a una “transferencia de posesión”, entonces no estaremos ante un título suficientemente para poder impedir un desalojo, pues con el mismo solo se está acreditando la posesión del demandado, más no el derecho con base en el que la posesión se ejerce.

Es una situación muy similar a aquella donde, en donde el demandado alega su defensa mostrando un certificado de posesión, expedido por una Municipalidad. Dicho certificado solo acredita que la posesión la ejerce el demandado, algo que no se discute úes de lo contrario no se estaría planteando contra él un desalojo, pero no se le está otorgando ningún derecho para poder respaldar su posesión (como por ejemplo un contrato de compraventa, un alquiler, derecho de uso, etc.).

Desde otra perspectiva, una mención particular es la que merece la equivocada decisión de la Sala Superior, según el cual el hecho de que el certificado de adjudicación no tenga o carezca de fecha cierta lo hace inútil o inservible como un título justificante de la posesión. En tal sentido se puede apreciar, que la Sala Suprema confunde el IV Pleno Casatorio con el VII, ya que en el cuarto pleno la fecha cierta del título carece de relevancia, ya que en ninguna parte del fallo del cuarto Pleno se hace referencia a tal circunstancia.

Es así que, de acuerdo al IV Pleno, independientemente de la certeza de su fecha, el título del demandado gozará de una presunción de validez y eficacia, la cual solo puede ser desvirtuada por el juez que está conociendo del desalojo en dos casos:

i). porque el título con el que se defiende el poseedor, adolece de una nulidad manifiesta; es decir, una nulidad que resulta evidente, inmediatamente perceptible, patente, en palabras sencillas aquella que resulta fácil de detectar, sea porque la misma se desprende del acto mismo, o del examen de otros elementos de prueba que se han incorporado al proceso, supuesto en el cual el juez está facultado para declarar la nulidad del contrato en la parte resolutive del fallo (precedente que está contenido en el considerando 5.3. del IV Pleno, y fue modificado por el IX Pleno).

ii). Porque el título del demandado a quedado resuelto extrajudicialmente, ya sea por intimación, artículo 1429° del código civil, o en aplicación de la cláusula resolutoria expresa, artículo 1430° del mismo cuerpo normativo; supuesto en donde el juez debe verificar solo el cumplimiento de la formalidad de resolución que se ha previsto por la ley o el contrato, sin poder decidir la validez por las que se dio dicha resolución.

Fuera de estos dos supuestos antes planteados, el título del demandado se presumirá válido y eficaz, produciendo plenos efectos en beneficio del demandado. Aparentemente la Corte Suprema realizó una confusión en cuento a los Pleno, aplicando al caso en concreto lo dispuesto en el VII Pleno Casatorio, en donde la Corte si preciso de manera concreta que la compraventa debía tener fecha cierta para poder ser empleada por el propietario, para que el mismo pueda plantear de forma exitosa una tercería de propiedad contra el embargo inscrito, es así que la Corte preciso:

“en aquellos proceso de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del

artículo 2022° del código civil, en concordancia con el artículo 949° y 1219° inciso 1 del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo”.

Es así, que en la medida de que el IV Pleno, a diferencia del VII Pleno, no ha precisado la “fecha cierta” como un requisito para la eficacia del título con el que el poseedor se defiende frente a una demanda de desalojo, muy mal hizo la Corte Suprema en pasar por agua tibia el “certificado de adjudicación” que había presentado el demandado para justificar su posesión.

Debe tenerse en cuenta además que el demandado se pudo haber sustentado su derecho sobre el inmueble en la posesión prolongada, que el mismo había venido ejerciendo por un periodo mayor a 10 años (esta circunstancia fue invocada por el demandante en su recurso de casación, más no en su contestación de demanda). Ahora bien, si el demandado tenía como pretensión evitar el desalojo basándose en dicha posesión, no habría sido suficiente con invocarla, sino que habría tenido que aportar el material probatorio suficiente para poder generar en el juez la suficiente convicción de que en esencia se trataba de un prescribiente, esto se precisó en el punto 5.6 del IV Pleno Casatorio.

Para concluir con el análisis de esta casación, podemos precisar que, estamos ante dos fallos, el de la Sala Superior y el de la Corte Suprema, que dicen ambos aplicar el IV Pleno, cuando en realidad lo contradicen: i) el fallo de la Sala Superior exige que el título de posesión del demandado cuente con fecha cierta, algo que jamás se dijo en el IV Pleno; y, ii) el fallo emitido por la Corte Suprema, en donde se considera que cualquier título mediante el cual se haya hecho entrega de la posesión a alguien es suficiente para poder impedir el

desalojo, cuando en realidad el IV Pleno exige que dicho título otorgue el derecho a poseer.

1.3.3.3. Comentarios a la Casación N° 1784- 2012- Ica

En la casación en comentario se ha resuelto una demanda de desalojo por ocupación precaria que interpuso de una parte la señora Dora Isabel Huarcaya (a quien denominaremos la demandante), contra Jessica Yanina Saravia (quien en adelante será la demandada), con relación al bien inmueble que está ubicado en la calle San Clemente N° 709, en la provincia de Pisco- Ica, el cual está debidamente inscrito a favor de la parte demandante mediante partida registral N° 02006765 del registro de la propiedad inmueble de la provincia de Pisco.

Es así que la parte demandante sustentó su pretensión señalando ser propietaria registral del bien materia de Litis, la parte demandada por su parte sustentó su defensa precisando que vicia en el inmueble en su condición de conviviente y madre de los hijos del señor Ribin Fausto Huarcaya, es decir, era esposa del hijo de la demandante. Siendo que la demandante le había otorgado un derecho de uso y habitación sobre el inmueble. En la medida pertinente de que los derechos de uso y habitación se extienden a favor de la familia del titular del derecho, por lo tanto la demandada en su condición de conviviente considera tener un justo título para estar en posesión del bien.

La corte suprema basó la resolución del caso en los siguientes hechos: primero, que la demandante en efecto había cedido en favor de su hijo un derecho de uso y habitación sobre el predio; segundo, que la demandada y el hijo de la demandante mantenían una relación de convivencia, para lo cual usaban el bien. En tal sentido la corte aplicó para la resolución de este caso el artículo 1028 del código civil: en tanto que el derecho de uso que se había otorgado al hijo de la demandada y por ende a la familia de ambos, debía prevalecer sobre el derecho de propiedad, siendo que la corte desestimó la demanda de desalojo. ¿Qué tipo de título constituye esta extensión del derecho de uso?, sin duda alguna como lo detallan los autores no es un título negocial y la demandada

nunca celebrar ningún tipo de acuerdo en tal sentido. Por el contrario con la interposición de la demanda la parte actora dejaba muy en claro que su intención nunca fue que la parte demandada este en posesión del inmueble, sin embargo es la normativa peruana la que brindo un auxilio a la demandada, otorgándole un derecho de uso, para el cual no solo se requería el asentimiento de la demandante, sino que incluso y no le permitía a esta dejarla sin efecto (salvo claro está que previamente haya dejado sin efecto el derecho a favor de su hijo).

Al haberle reconocido suficiencia en este título legal, la corte suprema aun cuando no lo haya precisado expresamente, se antepuso al concepto de título que se había dejado muy claro en el cuarto pleno casatorio, en donde esta figura se limita los casos de posesión sustentada en un acto jurídico.

El problema fue que para no contradecir lo que se había precisado en el cuarto pleno, la corte incurrió en una equivocación manifiesta, cuando preciso que el título solo puede emanar de la celebración de un acto jurídico, tal y como lo precisa en su séptimo considerando:

“El título al que hace referencia el artículo 911, es aquel que emanan de la celebración de un acto jurídico, mediante el cual se va a otorgar al poseedor la propiedad, arrendamiento, uso, comodato, entre otros derechos de uso del bien y bajo ningún motivo va a nacer por el estado o la condición familiar del ocupante como por ejemplo, el hecho de ser hermano, primo, padre, cónyuge, entro otros, del propietario actual del bien o inclusive del anterior”.

Por el contrario a su propio pronunciamiento sostiene que la demandante tenía derecho, concedido por la ley, a estar en posesión del bien, debido a que la ley le haga extensivo el uso otorgado a favor de su conviviente, esto lo encontramos en el fundamento décimo primero;

“En cuanto al carácter personal del derecho de uso; la ley permite una excepción el derecho de uso puede ser extendido a la familia del usuario, salvo disposición distinta, con fundamento en lo señalado en el articulado 1028 de la normativa civil (...). De lo expuesto se puede advertir que el derecho de uso y habitación que fue otorgado por la demandante a su hijo se extiende por excepción a los familiares de este, es decir a quien es su conviviente y su hijos, en caso estos sean menores”.

Si es la ley quien hace extensible el derecho de uso y habitación entonces debe entenderse que no nos encontramos ante un título derivado de un acto jurídico, sino ante un título de carácter legal, el problema entonces es que la Corte para no contradecir el cuarto pleno, parte de una premisa “solo califican como título aquellos derecho que se sustentan en la celebración de un acto jurídico”, lo cual se contradice con la conclusión “el título que legitima la posesión de la demanda deriva de la ley”.

Es así que la Corte aun enredándose en sus fundamentos tiene una conclusión bastante clara: el título de un demandado por desalojo puede derivar ya sea de un acto jurídico o de la ley, y en el caso puntual del derecho de uso, siempre que se pueda acreditar su otorgamiento a favor de alguien, tal derecho beneficia a la familia de este (entre ellos uso conviviente), salvo que el demandante pueda acreditar que el título considerado como habilitante (un derecho de uso) ya no es vigente. Sería un ejemplo concreto si el derecho de uso se ha cedido por un periodo determinado, el cual ya se ha cumplido y esto se puede acreditar en el proceso, por lo que el desalojo procederá tanto contra el original titular como contra su familia.

Lo mismo va a suceder en caso de que el derecho de uso se ha concedido de una manera unilateral por la duración de un plazo indeterminado y se estableció que el título fenecía por el tan solo hecho de solicitar el bien por parte del concedente, en este caso el desalojo solo procede en caso de que previamente se haya procedido a

revocar el título de acuerdo con lo precisado en su acto de constitución (entiéndase que este requerimiento debe hacerse de forma legal, podría ser mediante una carta notarial).

Lo que no puede suceder es que los padres mantengan vigente el derecho en favor de su hijo y simultanea pretendan revocarlo solo contra la conviviente, con el fin de despojarla de la posesión. En el caso bajo comentario la carta notarial de desalojo fue dirigida solo contra la conviviente, de lo cual se desprende que la intención con la que obro la demandante era la de dejar activo el derecho de uso a favor de su hijo, pero desconociéndolo frente a la conviviente, algo que como señale, no será posible.

La regla general entonces es que el derecho de uso está vigente para todos los poseedores del bien o se extingue para todos. Estando está vigente beneficiará (y puede ser invocado como un mecanismo de defensa frente a un desalojo) por igual tanto al hijo quien es el directamente favorecido como a su conviviente. Una vez que el título ha fenecido el desalojo debería proceder sin problemas tanto contra el hijo como contra la conviviente del mismo. Es así que no se puede considerar vigente el título a favor de uno, pero extinguiéndolo en perjuicio o menoscabo de otro (salvo como ya se mencionó que en el acto de constitución se haya establecido que el derecho de uso no se extiende a la familia del beneficiario directo).

Es así, que ha modo de conclusión la Corte ha modificado lo preceptuado en el cuarto pleno casatorio, al reconocer que tanto el título negocial, como el legal son útiles para que un demandado se defienda en un desalojo.

1.3.3.4. Comentario y análisis de la Sentencia N° 785/2019, Audiencia Provisional de Barcelona

En esta sentencia emitida por la Sala de lo Civil de la Corte de Barcelona España, esta sala preciso algunas cosas sobre el desahucio (que es como se le conoce al desalojo en España) por precario. El caso nació a raíz de que la Actora doña Cora

insta una demanda de desahucio por precario respecto de la señora Claudia, pues esta estaba en posesión de un bien de manera ilegítima; la señora Cora alegaba ser propietaria del bien, y tener todos sus derechos para demostrar tal condición. Por su parte la demandada en su contestación precisó que la actora tenía falta de legitimidad activa para obrar, pues estaba en posesión del bien con el consentimiento de la actora.

En la sentencia de primera instancia se estimó la demanda, pues se precisó que la documentación presentada por actora si acreditaba la condición de propietaria, pues la misma hacía referencia a una nota simple informativa registral, con lo cual se probaba la inscripción del bien a su nombre; y, una copia del título de propiedad. Y que más bien la demandada no disponía de ningún título que justifique su posesión, ni siquiera satisface alguna prestación por tal ocupación.

Esta sentencia de primera instancia es apelada por la demandada, y es la Sala de lo civil de la Corte de España quien resuelve que un precario es aquel que no tiene título alguno para poder justificar su posesión, ya sea porque nunca lo tuvo (casos de los invasores en Perú), o porque lo perdió (en la normativa peruana el fenecimiento del título). De igual manera precisó que los requisitos de la acción de desahucio son: 1) legitimidad activa por parte del demandante el cual debe ser propietario o tener algún derecho sobre el bien que pretende recuperar; 2) identificación de la fina, es decir que la misma debe estar plenamente identificada; y, 3) legitimación pasiva de la poseedora, la cual hace referencia a que la misma disfrute del bien del demandante sin ningún tipo de título.

1.3.4. Análisis del Pleno Nacional Civil de Lima 2017

Este pleno se llevó a cabo en la ciudad de Chiclayo, los días 03 y 04 de Noviembre del año 2017 (en adelante El Pleno). En el mismo se analizaron entre otros temas el del desalojo y sobre el particular se adoptaron medidas que fueron innecesarias, contradictorios y se respondieron preguntas que ni siquiera se habían planteado. Lo que se planteó en El Pleno de manera ejemplificada es lo siguiente:

Imaginemos que “A” es el arrendador, y “B” el arrendatario, el plazo que se pactó para el contrato fue de un año y el mismo ya cumplió, por lo que “A” decide cursar una carta notarial, para que “B” desocupe el bien, pero este se niega a realizar tal acto, por lo que la opción de “A” es interponer una demanda de desalojo.

En El Pleno se plantearon como preguntas: ¿“A” “está impedido de demandar el desalojo por vencimiento del contrato?, ¿“A” puede optar de manera facultativa por demandar desalojo por vencimiento de contrato o por ocupación precaria?

Entonces básicamente la pregunta que se planteó El Pleno fue: “tras la emisión del IV Pleno Casatorio Civil, ¿A quedado impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato, cuando el requerimiento de devolución ya se realizó (carta notarial) o es facultativo y lo puede hacer por desalojo por posesión precaria?”.

1.3.4.1. Incorrecta Solución que asume El Pleno Nacional

Tras la pregunta que se planteó en El Pleno y que hemos precisado en líneas anteriores, los magistrados adoptaron una decisión respecto a algo que ni siquiera se había planteado.

Luego de realizado el IV Pleno Casatorio, los Jueces de Paz Letrados han quedado impedidos de conocer los procesos de desalojo en los supuestos en donde se presente el requerimiento formal mediante carta notarial de parte del arrendador hacia el inquilino, ya que en todos estos casos el poseedor ha quedado constituido en poseedor precario, en tal sentido el juez competente para conocer estos procesos son los Jueces Especializados, quedando impedido el arrendador de demandar desalojo por vencimiento de contrato, sino de manera única por ocupación precaria (Pasco, 2019, p. 256).

En síntesis lo que los magistrados quisieron precisar fue que en los procesos de desalojo, en donde previamente ya se ha cursado carta notarial al inquilino, los procesos deben ser iniciados ante Jueces Especializados y en ningún supuesto estos procesos podrán iniciar ante los Jueces de Paz Letrado y esto porque cuando se le curse la carta notarial al arrendatario ya no existe una renta y por lo tanto la cuantía es incierta.

El autor More (2017) sobre el particular precisa que los jueces superiores, por mayoría decidieron, que en tales supuestos los jueces de Paz Letrados no eran competentes, en razón de que en los supuestos indicados el arrendamiento había fenecido y que por ende el arrendatario había devenido en precario; entonces no existiendo cuantía por inexistencia de renta, correspondía que el proceso sea conocido por un juez Especializado y no por uno de Paz Letrado (p. 23).

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

El mismo autor antes precitado señala que si se cursa el aviso para solicitar la devolución del bien, luego de que el plazo hay vencido, el arrendador solo tiene derecho al cobro de una penalidad, siempre y cuando la misma se haya pactado, o también tiene derecho a una suma de dinero por el uso del bien

(uso que se realizó desde que el contrato culminó) y que la norma señala que dicho monto será igual a la renta precedente. Entonces el autor sostiene al igual que lo hizo el pleno que si no existe renta, no hay arrendamiento.

En base a ello se sostiene que una vez cursada la carta notarial, el arrendatario se ha convertido en precario, y como consecuencia de ello el arrendamiento fijado en el contrato, y que se venía pagando, quedó ya extinguido también, con lo cual las opciones procesales cambian; por lo tanto al no existir cuantía, por ausencia de renta, el proceso debe ser iniciado ante un Juez Especializado y no ante un Juez de Paz Letrado.

En ese sentido precisa el autor que resulta totalmente incoherente que, aun reconociendo que el arrendatario devino en precario pueda ser competente para conocer el caso el Juez de Paz Letrado, en razón de que el Pleno Casatorio no precisa expresa prohibición en contrario. La postura de que el proceso debería de iniciar ante un Juez de Paz Letrado es notoriamente incorrecta, pues una vez que feneció el arrendamiento desaparece por ende la renta; por lo tanto, la presentación de desalojo va a carecer de cuantía, por lo que el competente para conocer el proceso es el Juez Especializado en lo civil. (More, 2017, p. 24).

Esta propuesta, como lo voy a sustentar, es un tiro al vacío, y no solo porque en la pregunta planteada por El Pleno no se discutía como problemática la competencia de los jueces para conocer los desalojos, sino que como precisa Pasco (2019) se parte de una premisa totalmente equivocada: “considerar que el desalojo contra el precario debería iniciar ante un Juez Especializado, mientras que el desalojo por vencimiento del contrato iniciar ante un Juez de Paz Letrado” (p. 257).

Si revisamos y analizamos el artículo 547° del código civil, podemos verificar que la idea del legislador nunca fue de este modo la competencia, sino que, se entiende que la competencia va a depender: a) si existió o no renta durante

el periodo de ocupación del bien (entendamos si entre demandante y demandado existió una relación de mediación posesoria); b) cual ha sido el monto de dicha renta si es que la misma existió. Aquí la norma hace una distinción o división de la renta en dos supuestos. Primero si la renta mensual pagada por el inquilino es mayor de 50 URP o la misma no existía, el competente es el Juez Especializado. Segundo si la renta pagada era menor a 50 URP la competencia en ese caso le corresponde al juez de Paz Letrado.

Lo que debeos preguntarnos entonces es: ¿en qué casos no existe cuantía?, la respuesta en obvia, en todos aquellos casos en donde el poseedor es un precario sin ningún título que justifique su posesión (invasor). ¿Y en qué caso existe cuantía?, en todos aquellos supuestos en los que entre demandante y demandado existe una mediación posesoria, una relación de poseedor mediato y poseedor inmediato. Incluso si es que tal arrendamiento hubiera queda sin efectos producto de su resolución por incumplimiento o por aviso cursado para la devolución del inmueble. Es entonces que si existió en estos casos una renta y es en función a esta renta que se debe fijar la competencia del Juez.

Ahora bien, el supuesto en el que el arrendador haya exigido mediante una carta notarial a su inquilino la devolución del predio, convierte a este en un poseedor precario, no lo imposibilita a plantear la demanda de desalojo por ocupación precaria ante un Juez de Paz Letrado, ya que la renta si existió, y si la misma no supera las 50 URP como señala la norma el proceso debería ser visto por este Juez y no por un Juez Especializado.

Es así que los magistrados al resolver el pleno cayeron en error, pues creyeron que convirtiendo al inquilino en precario, el arrendador estaba en la obligación de plantear su demanda ante un Juez Especializado, la pregunta entonces es ¿en alguna norma del código el legislador preciso que si convierto a mi inquilino en precario debe iniciar la demanda frente a un Juez Especializado y si lo demando por vencimiento del contrato debo iniciar la

demanda ante un Juez de Paz Letrado?, la respuesta es ¡No!, pues la norma tiene como bases para la determinación del Juez la cuantía de las prestaciones, es decir si la misma es mayor a 50 URP, menor a este monto, o si no existió la misma.

Ante esta problemática suscitada a partir del Pleno, la pregunta que cabe plantearse es: ¿cuál es la problemática de que el proceso de desalojo inicie ante un Juez Especializado y no ante uno de Paz Letrado?, la respuesta tiene que ver con la “tutela jurisdiccional efectiva”, pues en ambas instancias el tiempo es mayor. Me explico; en primera medida una demanda de desalojo que inicie ante un Juez Especializado, tiene como última instancia la Corte Suprema, esto es dos instancias (juez especializado, apelable a la Corte Suprema) y además la casación. En cambio si la demanda se inicia ante un Juez de Paz Letrado solo existe la apelación, la cual es resuelta por el Juez especializado como última instancia.

Si es así, entonces debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿a quién afecta El Pleno Nacional civil del 2017, cuando establece que el arrendador que ya solicito la devolución del bien, debe iniciar su proceso de desalojo ante un Juez Especializado?, la respuesta sin mayor duda, y en base a lo analizado, es obvia, este pleno perjudica al ciudadano de a pie, a aquel arrendador que por su bien arrendado recibe una renta mensual de 300 o 400 soles, pues este deberá estar en un proceso de desalojo, en caso de que el arrendatario no quiera salir del bien, por un periodo de unos 4 o 5 años y puede ser que hasta más, con esto sin duda alguna, la tutela jurisdiccional efectiva se ve seriamente dañada. Son aspectos que pueden y deben cambiar.

1.3.4.2.Dilema en el que nos deja el Pleno Nacional civil del 2017

Como ya vimos a partir de lo que resolvió el Pleno Nacional nos encontramos ante una problemática latente; pero, esto no es lo único, si no que la Corte

Suprema agravo la situación con la expedición de la Casación N° 4628-2013, Arequipa. En esta casación, se arribó a la siguiente conclusión: “(...) constituyendo la conciliación un acto de requerimiento de devolución del inmueble arrendado, desde la referida fecha del contrato de arrendamiento se constituye en un título fenecido, y por lo tanto, el poseedor deviene en precario”.

Entonces el dilema en el que nos deja El Pleno y la casación, es que cada vez que el arrendador pretenda recupera su bien de manos del arrendatario, este deberá iniciar el proceso ante un Juez Especializado. Sobre el particular el autor Arauco (2019), nos da un ejemplo muy gráfico:

Imaginemos que “A” está arrendando un bien a “B”, el plazo del contrato ya venció. “A”, no le envía una carta notarial, porque si lo hace aplica lo precisado en el Pleno y por lo tanto debe demandar ante un Juez Especializado. Entonces “A” decide demandar a “B”, no por ocupación precaria, sino por vencimiento del contrato, con esto la competencia si estaría ante un Juez de Paz Letrado. Sin embargo, antes de que “A” platee su demanda debe invitar a conciliar a “B”, ahora: ¿qué efectos produce la invitación a conciliar?, si se aplica lo precisado en la casación antes citada, con la invitación a conciliar “B” queda convertido en un precario, por tanto si sucede así, es de aplicación de nuevo lo precisado por El Pleno, con lo que el desalojo ya no podrá iniciar ante un Juez de Paz Letrado, sino ante uno Especializado.

Vamos a desglosar esto en términos más entendibles. En primer lugar en aquellos casos en donde el arrendatario se niegue a la devolución del bien, las demandas de desalojo se tendrán que plantear ante los Jueces Especializados. Esto debido a que si lo convierto en precario, mediante la carta notarial para la devolución del bien, como lo preciso El Pleno, el proceso si o si debe iniciar ante el Juez especializado. La única solución aparente era plantear el desalojo

con la causal de vencimiento del contrato; pero ahora, cuando esto sucede debo invitar a conciliar a mi contraparte, y la casación N° 4628-2013, Arequipa preciso que la sola invitación a conciliar convierte a mi inquilino en precario, entonces entra a tallar lo dicho por El Pleno de nuevo, pues si ya lo convertí en precario, debo iniciar las acciones legales ante el Juez Especializado. En ese sentido, se les han cerrado todas puertas a los arrendadores para poder plantear demandas de desalojo ante los jueces de Paz Letrados, pues siempre se convertirá al arrendatario en precario (ya sea mediante carta notarial de desalojo, o por medio de una invitación a conciliar) por lo que la acción de iniciar ante un Juez Especializado siempre.

En tal sentido se debe considerar o rechazar esta forma de interpretación que se ha sentado con El Pleno Nacional, pues se tendría como consecuencia la extinción de la competencia para conocer desalojos de los Jueces de Paz Letrados, esto resulta ilegal, pues se está contraviniendo lo precisado en el artículo 6° CPC, artículo que prevé que la competencia solo puede ser establecida mediante ley y no puede ser suprimida ni modificada, salvos casos que se hayan previsto en la misma ley o convenios internacionales. De igual manera como ya se precisó se estaría vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, esto debido a la demora en los procesos que en algunos casos son simples.

En base a ello, las decisiones a las que se arriben en un Pleno Nacional no pueden dejar o suprimir de manera implícita las competencias de los jueces, en este caso de los jueces de Paz Letrados para conocer los procesos de desalojo.

Entonces, lo correcto sería que los procesos de desalojo, como se planteó en líneas precedentes, si se puedan interponer ante los jueces de Paz Letrados; para lo cual lo relevante solo sería si es que ha existido renta, pues se debe considerar la renta histórica por ejemplo. Y es en base a ello: la existencia de

renta, la cuantía de la misma, o la inexistencia que se va a determinar la competencia del Juez. Los supuestos entonces serían los siguientes:

- i) Si nunca existió renta, entonces el proceso debe iniciar ante los Jueces Especializados (caso de invasores).
- ii) Si existió renta. Se debe determinar la cuantía de la misma: si es mayor a 50 URP, los procesos los debe conocer los jueces especializados. Si la renta es menor de 50 URP los procesos deben ser conocidos por los Jueces de Paz Letrados.
- iii) En los casos en donde la renta sea igual o menor a 50 URP, pero el proceso se vea complejo, por ejemplo porque en el bien se hayan realizado mejoras, el proceso debe ser conocido por los Jueces Especializados.

1.3.4.3.Respuestas a las que se debió Arribar en el Pleno Nacional Civil del 2017

Con relación a lo que ya se ha venido mencionando, las respuestas que debió dar el Pleno Nacional debieron ser las siguientes:

- Si el arrendador “X”, mediante el envío de la carta notarial al arrendatario “Z” para que este desocupe el bien; lo ha convertido en precario, la demanda de desalojo debe sustentarse en dicha causal.

- “X” ya no puede sustentar su demanda en un supuesto vencimiento del plazo en el contrato de arrendamiento (si este ha sido de duración determinada), pues esta causal solo se invoca contra aquella persona que aún es arrendatario, en este supuesto “Z” ya ha dejado de ser arrendatario pues ya se lo convirtió en precario mediante el envío de la carta notarial, lo cual genera, como ha quedado sentado en el IV Pleno Casatorio, el fenecimiento del título.

- “X” no puede optar en demandar desalojo por precario o desalojo por vencimiento del contrato, pues estas causales son distintas y además excluyentes: en el primer caso “Z” ya devino en precario, por lo que ya no estamos frente a un arrendamiento con plazo vencido, sino simplemente se está frente a alguien que ya no ostenta ningún derecho de posesión y por ende ya no tiene esa facultad o derecho de arrendatario. En el segundo caso el arrendamiento aún se encuentra vigente y por lo tanto “Z” aún no es precario.

Este contrato tiene mucha similitud a aquel acreedor, que debido a que existió un incumplimiento de una obligación de carácter esencial por parte de su deudor, ha decidido resolver el contrato. Como ejemplo podemos pensar en un comprador a quien no se le ha dado el bien comprado en la fecha acordada, y por lo tanto ha tomado como medida la resolución del contrato. El comprador entonces puede ¿demandar a su contraparte para el cumplimiento forzoso del contrato o la restitución de la prestación que ya ha sido otorgada? La respuesta que se tiene en este supuesto es negativa, pues estamos ante dos pretensiones que son excluyentes, por lo que si resolvió el contrato no existe marcha atrás y lo que debe realizar es la devolución de la prestación que se ha pagado por el bien.

Hecho exactamente similar es lo que ocurre con el arrendador que ya ha cursado a su inquilino la carta notarial, con la que lo convirtió en precario, pues así ya extinguió el título de arrendamiento, por lo que la demanda no puede ser invocada en vencimiento del contrato, pues para ello el contrato tendría que seguir vigente, y estar en aras de vencer; ello no sería así pues el contrato ya venció y no hay marcha atrás.

1.3.4.4. ¿El arrendador tiene la facultad de elegir la causa de desalojo que mejor le convenga?

Con relación a la pregunta que se planteó en el Pleno Nacional. Se tuvieron dos posiciones, la primera es que se adoptó en el Pleno y que ha venido siendo comentada. Y por otro lado algunos doctrinarios reconocidos sostuvieron otra posición, esta doctrina ha recibido la adhesión de algunos autores como el profesor Pozo Sánchez, Julio. En esta ponencia se sostuvieron las siguientes ideas.

“lo precisado en el IV Pleno Casatorio, fue que el mismo no estableció que cuando el arrendador envía la carta notarial al arrendatario para que este proceda con la devolución del bien, queda impedido de poder establecer una demanda por vencimiento del contrato, sino que puede demandar de manera facultativa por esa causa o por la de ocupación precaria, es por ello que el Juez ante quien se interponga la demanda debe calificar el la misma y continuar el proceso” (Pozo, s/f).

Si analizamos esta propuesta vemos que la misma es algo ilógica y por tanto no es la adecuada debido a que, si el arrendador ya convirtió a su inquilino en precario, mediante él envió de la carta notarial, ya no puede retroceder la situación e invocar en su demanda el vencimiento del plazo, pues si así fuera esta causal tiene como presupuesta la vigencia del contrato de arrendamiento, y como se puede ver, ello ya no es así.

Es casi lo mismo a lo que sucede en el caso del acreedor que resolvió el contrato de compraventa, por lo que el ya no puede regresar las cosas y demandar el cumplimiento forzoso de la obligación, pues este vínculo como precisa Torres (2012) ya se extinguió.

Lo mismo es lo que sucede en los contratos de arrendamiento, en donde el arrendador ya curso la carta notarial donde se exige la devolución del bien, y por ende extinguiendo el título del arrendatario. Por lo tanto no corresponde demandarlo por la causal de vencimiento del contrato, pues si fuere así se

supone que el contrato seguirá vigente, y ello no es así pues el contrato y el vínculo contractual ya venció.

Ahora como precisa el autor Pasco (2019) en donde el arrendador si tiene elección, es el aquel periodo de tiempo que media entre el vencimiento del plazo de arrendamiento y antes del envío de la comunicación donde se solicita la devolución del inmueble: en este supuesto o lapso de tiempo el arrendador tiene la elección de enviar la carta notarial al inquilino y por ende convertirlo en precario, o puede no hacer ello y mantener vigente el vínculo contractual esta vez a plazo indeterminado (lo mismo que sucede con el acreedor, que puede o solicitar el cumplimiento forzoso de la obligación o la resolución del contrato), pero si es que la comunicación para la desocupación del bien ya se cursó no habría marcha atrás y por tanto ya no existiría el derecho de elección, el arrendatario ahora tiene la condición de precario y es en esa causal que debe sustentarse el desalojo.

Con mención a ello, aquellos autores que sostienen que pese al envío de la carta notarial, se puede demandar por vencimiento del contrato, tienen como argumento de sustento el siguiente:

¿Acaso contra el poseedor precario, no se puede demandar también la reivindicación? Sí, es totalmente posible demandar al poseedor precario por reivindicación. En ese sentido afirmar que el arrendador, que en la mayoría de casos es propietario, estaría limitando su derecho imprescriptible a demandar también la reivindicación. (Pretel, 2018, p. 23).

Sobre esto se deben realizar algunas apreciaciones críticas. Primero en el Pleno Nacional nunca estuvo en debate si es que el arrendador puede demandar por desalojo por precario o la acción reivindicatoria, ya que está en todo su derecho, y este no es un tema debatible. Sin duda alguna es facultad del propietario decidir si desea recuperar su bien mediante una acción

reivindicatoria o una demanda de desalojo por precario. Como segunda acepción lo que está en discusión es si puede depender del demandante calificar a su arrendatario como un precario o como arrendatario. Lo que defiende es que estas categorías son intrínsecas a la situación del poseedor; es decir, o se es un poseedor precario o se es arrendatario, pero ello no puede depender de la voluntad del demandante. En tercer lugar entiendo que lo que los que defienden esta postura lo que quieren es precisar que así como el propietario tiene dos vías para la restitución su bien (demanda de reivindicación o demanda de desalojo por posesión precaria); este también tiene dos vías para que recupere la posesión (o demanda de desalojo por precario o demanda de desalojo por vencimiento del contrato).

1.4. Formulación del Problema.

¿Cuál sería la consecuencia de una desnaturalización del proceso de desalojo por precario en la jurisprudencia peruana?;

¿Qué impacto ha generado esta desnaturalización en los juzgados y salas civiles del distrito judicial de Chiclayo en el periodo 2018?

1.5. Justificación e importancia del estudio.

El presente trabajo de investigación se realiza porque en los últimos tiempos ha sido muy común que la figura del desalojo por ocupante precario está perdiendo su razón de ser y a consecuencia de casaciones como la 2156-2014, Arequipa, el pleno Nacional Civil del 2017, u otras sentencias de la corte Suprema la figura del desalojo que en un primer momento fue creada para sacar rápido de un poseedor, sin título o con título fenecido, de un bien; se ha modificado tanto su esencia que se la viene convirtiendo con la jurisprudencia nacional en una figura de reivindicación. Es así, que el trabajo de investigación es realizado para realizar un análisis de las sentencias de la Corte Suprema y lograr establecer una demarcación entre ambas figuras, haciendo que cada una respete la esencia para la cual fueron creadas, con el ánimo de conseguir una interpretación y aplicación correcta de las normas civiles

que regulan estas figuras, que son muy importantes en una realidad donde las demandas por desalojo son muy comunes.

1.6. Hipótesis

Si se logra identificar la desnaturalización que ha sufrido el desalojo tanto en su esencia, su proceso y su competencia a través de las casaciones, jurisprudencias o plenos nacionales en materia civil y principalmente a partir de la casación N° 2156-2014-Arequipa, y el Pleno Nacional Civil del 2017, se podrá definir nuevamente la esencia para la que fue creada esta figura del desalojo por precario, y en que vía debe conocerse el mismo.

1.7. Objetivos

General:

1.- Determinar de qué manera se ha desnaturalizado la figura del desalojo por ocupante precario en la jurisprudencia peruana

Específicos:

2.- Analizar la normativa civil y procesal civil referente al desalojo por ocupante precario

3.- Estudiar la doctrina nacional y comparada sobre el desalojo por ocupante precario y la reivindicación.

4.- Derogar el artículo 1700° del Código Civil para eliminar la continuación del arrendamiento

5.- Proponer la inaplicación del Pleno Nacional jurisdiccional civil 2017 para variar la competencia del desalojo por precario, e inaplicación de las casaciones N° 2156-2014- Arequipa y N° 3417-2015- Santa; para redefinir la esencia del desalojo por precario.

1.8. Limitaciones

Tiempo

Las limitaciones de tiempo para el desarrollo de la presente investigación, se han visto limitadas por los horarios académicos y trabajos virtuales realizados, los cuales se deben llevar así por la pandemia suscitada en estos tiempos. Tratando en la medida de lo posible de abocar el mayor tiempo posible diario al desarrollo pleno de esta actividad, para lograr su culminación exitosa.

Estudio

Debido a la pandemia suscitada, para el investigador, es muy difícil el desplazamiento a bibliotecas, o a la búsqueda de libros, por lo que se debe usar páginas virtuales, las cuales en ocasiones no cuentan con información verídica; además por el aislamiento social no se ha podido realizar el desplazamiento hacia los juzgados o salas civiles. A ello se suma la falta de internet para poder trabajar, ya que en ocasiones este se congestiona, por el excesivo uso.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de Investigación.

2.1.1. Tipo de Estudio

Como lo ha precisado el reconocido autor metodólogo Hernández (2014), en su libro *Metodología de la Investigación* (sexta edición), se está ante una investigación descriptiva, como lo es la presente, cuando los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, características y los perfiles, de procesos o cualquier fenómeno que se somete a un análisis. Es decir, únicamente se pretende medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es su objetivo, no es indicar como se relacionan estas. En este caso la investigación será descriptiva correlativa pues se verá cual es la unión que se da entre las dos variables en análisis y como es que ambas variables se relacionan (p. 92).

Es así que, como lo ha precisado Hernández (2018) los estudios exploratorios sirven fundamentalmente para descubrir y prefigurar, los estudios de tipo descriptivo son de utilidad para mostrar con precisión cuales son los ángulos o dimensiones de un determinado fenómeno, suceso, contexto o situación, con el fin de que los mismos sean descritos de manera efectiva por el investigador. En tal sentido los estudios descriptivos pretenden especificar las propiedades, características, y perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos, o cualquier otro fenómeno que se somete a un análisis; es decir, se miden o recolectan datos y se reporta información sobre diversos conceptos, variables, aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o problema. En un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y después se recaba información sobre cada una de ellas, para así poder representar lo que se investiga (p. 108).

En tal sentido en la presente investigación solo se va primero a describir cual es la problemática que se suscita en base a los desalojos por posesión precaria, de qué manera se ve afectada esta figura con las emisiones de la casaciones contradictorias, doctrina que no aporta mucho al particular, Plenos Civiles Nacionales incoherentes; y, luego se propondrá un medio de solución a tal problemática. Pero no se va a realizar un trabajo de campo, por lo que solo se trabajará en base a documentación bibliográfica, análisis de expedientes, sentencias, casos prácticos, con el único fin de conseguir un trabajo sólido y que aporte a la sociedad jurídica.

2.1.2. Diseño de la Investigación

Esta investigación presenta un diseño propositivo, debido a que, por el hecho que las variables no están siendo manipuladas, basándonos solo en la observación de determinados fenómenos o problemáticas de la manera en como estos se están presentando en la realidad socio jurídica referente a la desnaturalización en la figura del desalojo por ocupante precario a raíz de la jurisprudencia peruana. De igual manera solo se analizaran expedientes, se hará una revisión bibliográfica, documental, doctrinal. La característica primordial de una investigación propositiva es que no se harán pruebas, encuestas o entrevistas, sino que solo

se trabajará en base a datos pre establecidos o revisión de documentación. Siendo este un diseño apropiado y aprobado para la línea de investigación de ciencias jurídicas.

Wentz (2014), precisa que el diseño de la investigación hace referencia al plan o estrategia concebida para poder obtener la información que se desea con el fin de poder responder al planteamiento del problema. Es así que las variables en estudio no se han manipulado, sino que las mismas solo han sido observadas, para ver cómo es que las mismas se presentan en la realidad, en este caso una realidad socio jurídica. La información que se analice y critique debe tener referencia con los desalojos por ocupante precario y cómo es que los mismos se han ido desnaturalizando a través de diversos pronunciamientos jurisdiccionales, logrando un cambio no solo en su esencia, sino también en su proceso.

2.1.3. Población

El autor Lepkowski (2008) precisa que una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones; esta definición se colige con lo que afirman Hernández, Fernández y Baptista (2014) sobre la población, pues los mismos refieren que en una investigación se deben describir lo suficiente las características de la población, en tanto que la misma no debe ser entendida como el universo de individuos, hechos, fenómenos, etc., sino que debe estar especificada o delimitada bajo características específicas (p.174).

Por la coyuntura social que se está viviendo, la población que se ha tomado en consideración para el desarrollo de la presente investigación está referida al análisis de la casuística, que está referida a la desnaturalización que ha sufrido la figura del desalojo por ocupante precario, para ello se analizaran expedientes de procesos de desalojo, así como jurisprudencia no solo nacional, sino también internacional. Como refiere el autor Hernández (2018) la población debe situarse de manera concreta por sus características de contenido, lugar y tiempo, así como accesibilidad (p. 199)

2.1.4. Muestra

Hernández (2018) precisa que toda investigación debe ser transparente, así como estar sujeta a crítica y replica, y este ejercicio solo es posible si el investigador delimita con claridad la población estudiada y hace explícito el proceso de selección de muestra. Detalla además que la muestra implica un pequeño esfuerzo de cálculo, pero significa un gran ahorro de tiempo y recursos (p. 194).

En la presente investigación la muestra es una parte de la población, y para ello se ha considerado conveniente el análisis de 3 sentencias Nacionales y 1 sentencia Internacional. Las cuales van a estar relacionadas con la figura del desalojo, y en las que se deben precisar alcances sobre su naturaleza o proceso, de tal manera que ayuden al desarrollo de la investigación; es así que para realizar ello, se han considerado las siguientes sentencias:

Sentencias	País
Casación N° 2195-2011, Ucayali (Cuarto Pleno Casatorio Civil)	Nacional- Perú
Casación N° 2156- 2014, Arequipa	Nacional- Perú
Casación N° 3417-2015, Santa	Nacional- Perú
Sentencia N°	Internacional-
TOTAL	4

2.3 Variables, operacionalización.

2.3.1 Variable Independiente

Desalojo por Precario en la jurisprudencia peruana

2.3.2 Variable Dependiente

Impacto en los Juzgados y Salas Civiles.

2.3.3 Operacionalización

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
<p>V. Independiente</p> <p>Desalojo por Precario en la jurisprudencia peruana</p>	<p>Pasco (2017), señala que “calificar a alguien como precario sirve esencialmente para poder botarlo rápido de un inmueble en el que se encuentra en posesión ilegítimamente, debido que no tiene una causa justificante que sustente tal posesión”</p>	<p>Título Fenecido o inexistente</p> <p>Posesión ilegítima</p> <p>Causa Justificante de posesión</p>	<p>Carencia de Título</p> <p>Buena o mala fe</p> <p>Título u otro medio</p>	

<p>V. Dependiente</p> <p>Impacto en los Juzgados y Salas Civiles</p>	<p>Las consecuencias que puede generar esta desnaturalización del desalojo por precario, convirtiéndolo en una reivindicación, son nefastas, puesto que se estaría perdido la esencia para la que fueron creadas ambas figuras. (Gunter, 2015)</p>	<p>Desnaturalización</p> <p>Desalojo</p> <p>Reivindicación</p>	<p>Perdida de su esencia</p> <p>Proceso simple</p> <p>Casos Complejidad</p>	<p>Técnica de gabinete</p>
---	--	--	---	----------------------------

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

Las técnicas de recolección de datos son los instrumentos que han permitido al investigador ir recogiendo información de diferentes medios, con el que se ha podido llevar el trabajo documental que se ha realizado al campo de la práctica, para ver cómo es que ello produce efectos en la realidad socio jurídico. En tal sentido ha servido para crear en el investigador un grado de certeza, de que el tema propuesto es relevante. (Hernández, 2014).

Al mismo autor Hernández (2018) precisa que la recolección de datos en una investigación resulta fundamental, pues lo que se busca en un estudio cualitativo de tipo descriptivo es la obtención de datos, que se convertirán en información. La recolección de datos debe ocurrir en los ambientes naturales o cotidianos de los participantes o unidades de muestreo (p. 443). Los instrumentos de recolección de datos, que se consideraron pertinentes y útiles son:

Técnica de Observación:

Como lo precisa el autor Baptista (2006) la técnica de la observación consiste en registrar el comportamiento en el entorno habitual de la variable. Este método observacional puede ser: con intervención, o sin intervención (como lo será la presente investigación), pues se tiene como finalidad observar cómo es que ocurre el comportamiento en forma natural, por lo tanto en la misma el observador solo se limita a registrar lo que observa, sin realizar ningún tipo de manipulación, ni control. Para el adecuado desarrollo de la investigación se observarán audiencias virtuales, videos, ponencias, los cuales deben estar relacionados con las variables propuestas.

Hernández (2018) precisa que la observación es una cuestión de grado, y la observación investigativa no se limita solo al sentido de la vista, sino a todos los sentidos (p. 444). El mismo autor precisa que los propósitos esenciales de la observación son: i) explorar y describir ambientes, comunidades, subculturas, analizando su significado y los actores que

lo generan; ii) comprender procesos; iii) identificar problemas sociales; y, iv) generar hipótesis para futuros estudios (p. 445).

Técnica de Gabinete:

Esta técnica nos ha permitido revisar de manera precisa los documentos relacionados al tema en cuestión (casaciones de la corte suprema, el Pleno Nacional civil del 2017, doctrina y jurisprudencia en general), para poder realizar de los mismos un análisis documentario que aporte a la investigación.

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Por la naturaleza de la situación que se está viviendo (pandemia generada por el cov-19), ha sido prácticamente imposible la aplicación de técnicas e instrumentos para la recolección de datos, como las: encuestas, las entrevistas, para que las mismas sean tabuladas en cuadros estadísticos y posteriormente analizadas en la discusión de resultados. Es por ello que en la investigación se ha optado (por bien propio del investigador y de los colaboradores) realizar una investigación de tipo descriptiva, en tal sentido solo se procederá a realizar un análisis de sentencias, las cuales deben estar relacionadas con el caso en particular, desalojo por ocupación precaria, para poder identificar como es que el mismo se ha venido desnaturalizando a través de casaciones y plenos jurisdiccionales, desnaturalización que se ha dado tanto en su figura misma como en su proceso.

Las sentencias que se analizarán son tanto de talle nacional, como internacional y las mismas deben ser sometidas a un minucioso análisis. Para ello en la investigación también se ha creído conveniente el uso de técnicas como la observación y la de gabinete, pues las mismas ayudaron a un mejor desarrollo de la tesis.

2.6. Criterios éticos. Según el autor Tamayo (2013), refiere como criterios éticos a los siguientes:

a. Valor Social:

Una investigación para que sea ética, debe tener valor, esto va a representar de cierta manera un juicio sobre la importancia social, si la investigación se llega a realizar correctamente; en este sentido la investigación debe servir para solucionar un problema y mejorar las condiciones de vida de una población o también (como en el caso concreto lo serían) abrir oportunidades de superación o solución de problemas, aunque no sean de forma inmediata. Entonces el valor social o científico, debe ser un requisito ético, esto debido al uso razonable de los recursos como, sociales, dinerarios, de espacio, tiempo, entre otros.

b. Validez Científica

En este sentido la investigación debe ser valiosa para la comunidad jurídica, por lo que debe estar basada en información confiable; ya que los métodos utilizados son muy fiables y se brinda una información sobre el desalojo por precario de una rigurosidad crítica, por lo que genera un conocimiento válido, es por lo tanto que la validez científica debe tener como parámetros: un método de investigación que se coherente, por lo que debe existir un problema (la desnaturalización del desalojo por ocupante precario) y una necesidad social de que ese problema sea resuelto de una manera acertada; y, debe existir además un marco teórico suficiente, adecuado y actualizado.

c. Proporción de Trabajo Riesgo- Beneficio

La presente investigación así como tiene beneficios para la comunidad jurídica, si la misma es mal planteada o no se toma la seriedad del caso por parte de los colaboradores, y el investigador puede presentar un riesgo eminente. En tal sentido la investigación que se realice sobre la desnaturalización del desalojo en la jurisprudencia peruana, se justificarla cuando los riesgos potenciales se minimicen en la medida que la investigación vaya dando resultados positivos, teniendo inmerso en si el criterio de beneficencia que se quiere obtener.

2.7. Criterios de Rigor Científicos

a. Aplicabilidad

Esta investigación será aplicada para poder resolver y señalar directrices en cuento a los problemas que se vienen dando debido a la desnaturalización del desalojo por precario a consecuencia de la jurisprudencia nacional, en tal sentido la misma debe ser aplicada en el campo jurídico, para poder tener clara esta disyuntiva.

b. Consistencia

En cuanto a este criterio está referido plenamente al grado de confiabilidad que tiene esta investigación, lo cual se deriva de criterios internos como veracidad de las fuentes doctrinarias, análisis riguroso de los casos, uso de informantes idóneos.

c. Neutralidad

Con la aplicación de este criterio se deslinda el interés personal que el investigador tiende para enfatizar la investigación desde su punto de vista personal y detallarlo a su conveniencia, lo cual es erróneo ya que para eso se debe tener en cuenta tanto la problemática, como la doctrina, jurisprudencia en materia civil y principalmente de desalojo, con el apoyo intrínseco de los colaboradores que resolverán las encuestas. En tal sentido las investigaciones realizadas sobre el desalojo por precario y la problemática que se presenta con esta figura en la jurisprudencia deben ser de un carácter neutral.

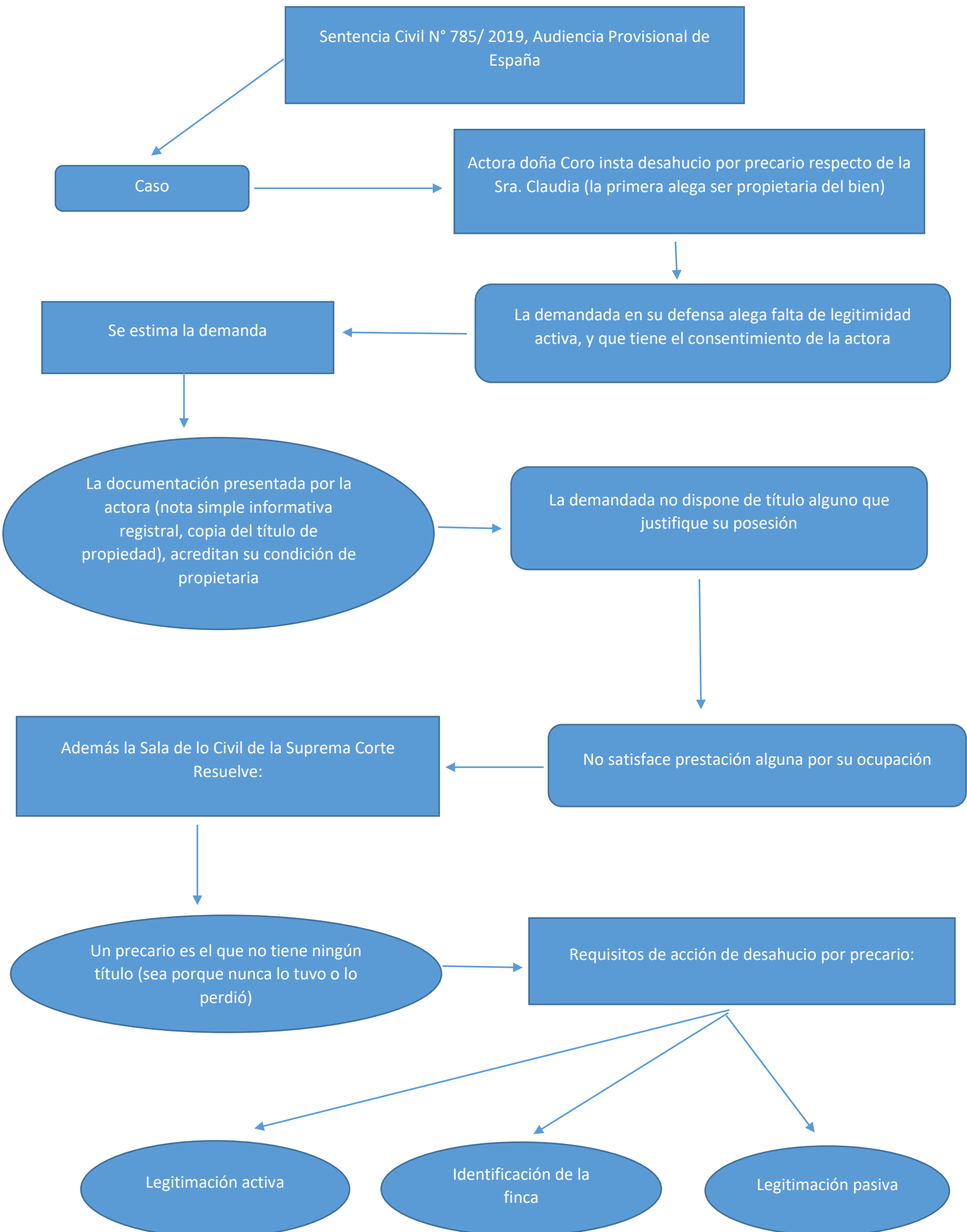
III. RESULTADOS

3.1. Resultado en Tablas y Figuras

- 1) Análisis de la Sentencia Civil N° 785/ 2019 audiencia provisional de España; referente a

Sentencia	Instancia	Proceso	Pais	Ha Resuelto
785/ 2019	Sala de lo Civil de la Suprema Corte	Desahucio por precario	España	Se estima la demanda

Nota: Proceso perteneciente al Expediente N° 785/2019



- 2) Análisis sobre la Casación N° 2195- 2011, Ucayali; referente al Cuarto Pleno Casatorio Civil. En donde se dieron precedentes sobre supuestos de posesión precaria

Casación	Instancia	Proceso	Región	Ha Resuelto
2195- 2011	Corte Suprema	Desalojo por Posesión Precaria	Ucayali	Infundado

Nota: Proceso perteneciente al Expediente N° 2195-2011

IV Pleno Casatorio Civil (Cas. 2195- 2011, Ucayali)

Caso

Miguel, Jorge y Cesar panduro demandan desalojo por precario contra Lisbeth Panduro.

Demandantes: alegan tener su derecho inscrito

Demandados: precisaban ser prescribientes

Sentencia de Primera Instancia

Fundada la demanda

Demandados apelan. Sustentan:

Juez aplico normas de arrendamiento, que no venían al caso; y, no considero proceso de desalojo

Sala especializada en lo civil y afines de Ucayali

Confirma el fallo de primera instancia

Recurso de casación

Corte Suprema

Se declara infundado el recurso: se dilucido si se tenía derecho a poseer.

No se puede dar la acumulación de pretensiones por ser vías procedimentales diferentes.

Precedentes Vinculantes

1). Enajenación de inmueble arrendado: nuevo propietario versus arrendatario

2). Propietario contra poseedor que invoca prescripción adquisitiva

3). Resolución extrajudicial de contrato y obligación de restitución de la posesión

4). Propietario del suelo versus poseedor que realizo edificaciones

5). Arrendador contra arrendatario con plazo vencido

6). Propietario versus poseedor con título manifiestamente nulo

- 3) Análisis a la Casación N° 2156- 2014, Arequipa; referente a la desnaturalización del desalojo por posesión precaria, en cuanto a su naturaleza y esencia; el desalojo por posesión precaria procede contra cualquier tipo de ilegítimo; dejando de lado la división entre desalojo y reivindicación.

Casación	Instancia	Proceso	Región	Ha Resuelto
2156- 2014	Corte Suprema	Desalojo por Posesión Precaria	Arequipa	Infundado recurso

Nota: Proceso perteneciente al Expediente N° 2156-2014

Casación N° 2156- 2014, Arequipa



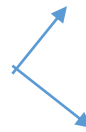
Hechos



Eulalia Cabrera (propietaria del bien con su derecho inscrito) interpone desalojo por precario contra Leonor Coto Taca



Contestación de la demanda



Poseedor sustenta su derecho en un contrato de arrendamiento celebrado con el hermano de la demandante

El hermano de la demandante precisa que su derecho emana de la herencia



Juez de Primera Instancia



Fundada la demanda: en la partida registral la demandante es la dueña

Segunda Instancia. Sala Superior



Confirma la sentencia de primera instancia: el heredero solo otorgo ese derecho en base a un proceso de petición de herencia



Casación



Fallo de la Corte Suprema de Justicia



En un proceso de desalojo por precario se debe establecer



Demandante tiene derecho a la restitución

Demandado derecho a poseer el bien



El desalojo por precario debe entenderse contra el que tiene título nulo, invalido, valido pero ineficaz, resuelto, anulable.



Se declara infundado el recurso

- 4) Análisis a la Casación N° 3417- 2015, Santa; en esta casación se dejó la encrucijada si ¿para evitar el desalojo el demandado debe acreditar su posesión o su derecho a poseer?, siendo que hubo una contradicción al Cuarto Pleno tanto por la Sala Superior, como por la Corte Suprema

Casación	Instancia	Proceso	Región	Ha Resuelto
3417- 2015	Corte Suprema	Desalojo por Posesión Precaria	Santa	Fundado el Recurso

Nota: Proceso perteneciente al Expediente N° 3417-2015

Casación N° 3417- 2015, Santa

¿Para evitar el desalojo el demandado debe acreditar su posesión o su derecho a poseer?

Caso

Hugo Wilmer plantea demanda de desalojo por precario contra Moisés Nephtali, sobre el bien ubicado en Bellamar- Chimbote

Demandante: inscrito su derecho en RP

Demandado: poseía el bien desde 1994, en base a un certificado de adjudicación (CMVB)

Sentencia de Primera Instancia

Se amparó la demanda, el certificado no era título suficiente

Sala Superior

La posesión se puede justificar en base a cualquier acto jurídico, que autorice a ejercer la posesión del bien

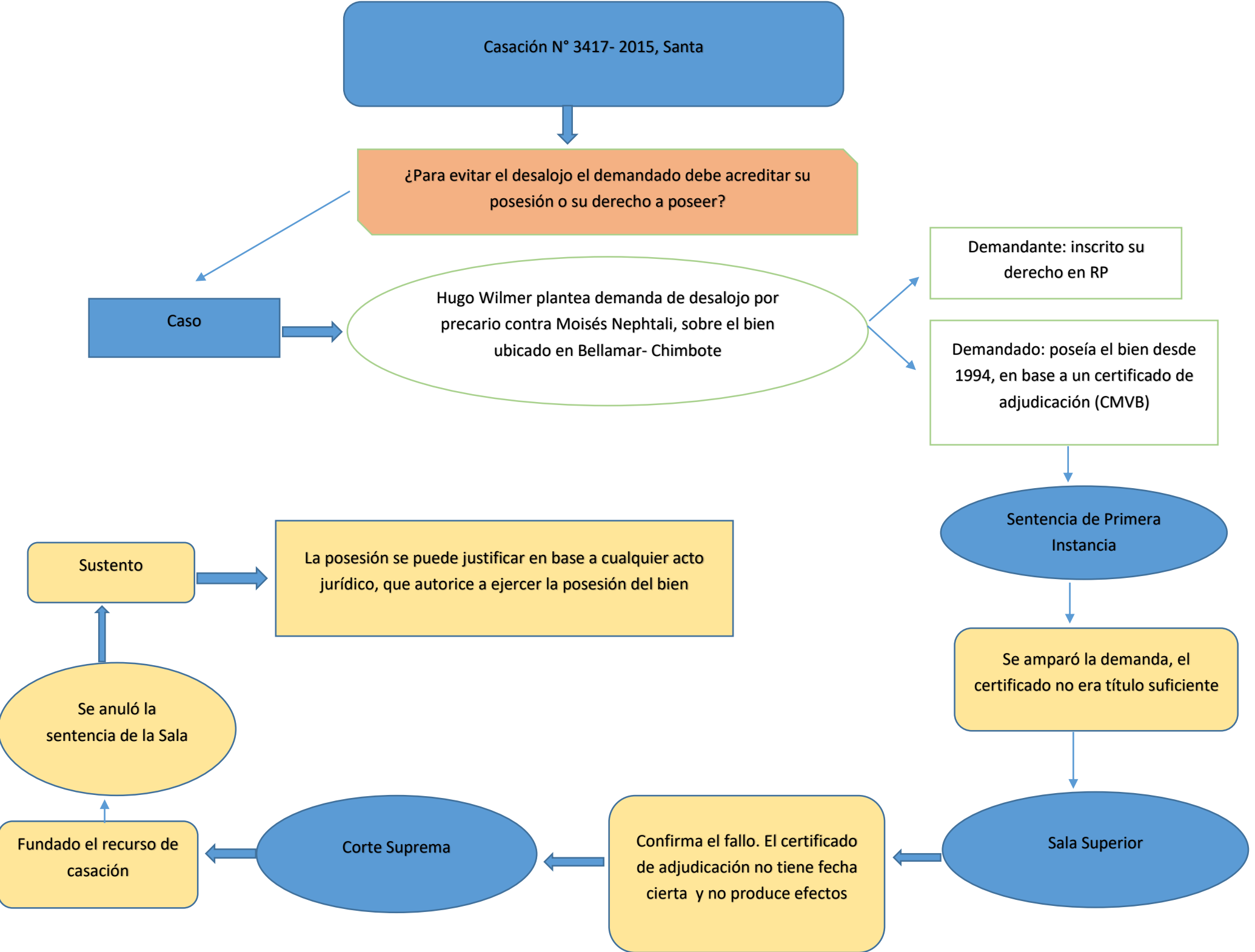
Sustento

Se anuló la sentencia de la Sala

Confirma el fallo. El certificado de adjudicación no tiene fecha cierta y no produce efectos

Corte Suprema

Fundado el recurso de casación



3.2. Discusión de Resultados

3.2.1 Sentencia Civil N° 785/ 2019 audiencia provisional de España

Del análisis jurisprudencial realizado en la investigación, principalmente, en este punto, de jurisprudencia internacional, como lo es la Sentencia Civil N° 785/ 2019 audiencia provisional de España, dictada por la Sala de lo Civil de la Suprema Corte de España, donde se precisaron lineamientos sobre el desahucio (desalojo en Perú) por precario, y el supremo Tribunal de este país preciso sobre el precario que es: “aquel que nunca ha tenido ningún título”, y esto se puede deber a dos variantes o porque nunca lo tuvo, o porque perdió el que tenía; es decir, dejó de producir efectos. Si hacemos referencia al primero, es decir aquella persona que nunca ha tenido un título, nos estamos refiriendo a un invasor, donde nunca existió una mediación posesoria; mientras que en el segundo supuesto, será una persona que en su momento ostento un justo título, pero que el mismo ya quedo sin efecto y es por ello que se le pide la desocupación del bien. De igual manera la Suprema Corte preciso requisitos para interponer una acción de desahucio como son: la legitimación activa, identificación de la finca, y legitimación pasiva.

La distinción que realiza la jurisprudencia internacional sobre el desahucio por precario, es muy clara, y la misma se ha mantenido en el tiempo, precisando que precario es aquel que no tiene título para justificar su posesión, lo mismo, lo mismo tiene mucha concordancia con lo precisado por el autor Alessio (2009) en su artículo titulado “Posesión” publicado en la revista Jurídica de La Universidad Nacional Autónoma de México, arriba sobre el tema en cuestión a que la tesis relativa, que defiende o blinda a la ocupación posesoria, en elementos que son colaterales a los de la posesión, tiene como referencia la defensa de valores jurídicos que son indiscutidos en un estado de derecho y que se aplican en todas las medidas. En el caso de la posesión esta tiene como fin impedirle al poseedor anterior y dueño del bien, quien tiene mejor derecho frente al poseedor actual del mismo bien, de que haga justicia con sus propias manos y por lo tanto bote al poseedor ilegítimo, que es aquel que no tiene ningún título para sustentar su posesión.

Lo mismo guarda relevancia con lo precisado por el autor Combariza (2014), quien en su tesis titulada “el desalojo en el contrato de arrendamiento: un estudio

comparado entre Colombia y los Estados Unidos, por la Universidad Católica de Colombia, sobre el tema en cuestión precisa que el arrendador está facultado para la utilización de la acción de desalojo una vez se haya terminado el contrato de arrendamiento y el arrendatario no cumpla con la obligación de entrega o restituir el bien inmueble, y de manera general cuando este último no haya cumplido con sus obligaciones (ya sea las precisadas en el contrato o las señaladas en la ley). Las normas colombianas sobre el no pago precisan además que, el no pago, es un hecho negativo e indefinido, que no exige demostración de quien lo alega. Si el arrendatario quiere exonerarse de tal imputación, debe acompañar la prueba que corrobore ello. Mientras que si se invoca la restitución del bien, porque el poseedor no tiene título, ello es perfectamente amparable, ya que el desalojo también se puede interponer ante este ilegítimo.

En ese orden de ideas si realizamos un análisis de lo precisado por la Suprema Corte de lo Civil de España, y lo detallado por los autores Combariza y Alessio, en cuanto al precario se refiere, el mismo debe ser entendido en su variante de ilegitimidad, como aquel que ejerce la posesión sin tener ningún derecho que respalde esa posesión, y esa falta de derecho, no es más que la ausencia de un título con el cual alegue derecho a poseer; es así que en la doctrina y jurisprudencia comparada esta posición es uniforme y coherente, y el desalojo por precario, o desahucio por precario como se le conoce en España, servirá simplemente por dos casos: i) aquellos en donde haya existido una mediación posesoria, entendamos por ejemplo arrendador y arrendatario; y, ii) en los supuestos en donde no se tenga ningún derecho a poseer; es decir se sea un ilegítimo sin título, solo ante esta ilegitimidad en la posesión es que procede la acción de desalojo. En tal sentido aquí la distinción está muy clara, pues se ha precisado correctamente el uso de esta figura jurídica.

3.2.2 Casación N° 2195- 2011, Ucayali (Cuarto Pleno Casatorio Civil)

Del análisis de la jurisprudencia nacional, se ha podido analizar la sentencia recaída en la casación N° 2195- 2011, Ucayali en donde la Corte preciso algunos puntos

vinculantes sobre supuestos de posesión precaria, teniendo entre ellos ha: a) los casos de enajenación de inmueble arrendado, conflicto entre nuevo propietario y arrendatario; b) propietario contra el poseedor que invoca prescripción adquisitiva; c) en los supuestos de resolución extrajudicial del contrato y obligación de restitución de la posesión; d) aquellos caso en donde entraban en conflicto el propietario del suelo contra la persona que realizo edificaciones; e) arrendador contra arrendatario con plazo vencido; y, f) propietario contra poseedor con título manifiestamente nulo. Es así que la emisión del cuarto pleno fue favorable en la medida que se sentaron algunas pautas o casos puntuales en los que se entendería que estamos ante un precario. Principalmente porque todas aquellas personas que no tenían ningún título que sustente su posesión, constituían precarios, y por tanto podían ser desalojados.

Esta posición tiene respaldo en lo precisado por el autor Montalvo (2017), en su tesis titulada “el título posesorio como factor determinante para la declaración de la legitimidad de la posesión en el análisis de resoluciones casatorias en el periodo de 1998 al 2010”, quien precisa sobre el tema en debate que del análisis de las casación en mención se ha podido determinar de manera concisa que la posesión siempre debe estar fundada en un título valido; es decir el mismo debe haber sido otorgado por quien tenía facultades sobre el bien, si no fuese así se debe analizar el ámbito subjetivo del poseedor, pues si se determina la buena fe del mismo, la posesión será legitima.

El IV Pleno Casatorio ha sido importante en la medida que ha puesto punto final (al menos por ahora, pues el derecho cambia con sus circunstancias y nadie garantiza que para mañana la realidad exija otras respuestas) a una serie de interrogantes y casos conflictivos que eran resueltos de forma totalmente. No obstante, el hecho de que el Pleno Casatorio permita resolver de forma uniforme casos que hasta antes nadaban en un mar de contradicciones, no es mérito suficiente para reconocerle valida y hacer de él un objeto de veneración al que la crítica no puede alcanzar. Todo lo contrario, los Plenos Casatorios son importantes en la medida que logren

uniformizar los criterios aplicando soluciones adecuadas, que respondan a una correcta ponderación de los intereses de las partes en conflicto.

Lo mismo se colige con lo que precisa por los autores Acevedo y Alva (2016), en su tesis “posesión precaria y título, bajo el análisis de la casación 1784-12, Ica y el cuarto pleno casatorio civil”, quienes sobre el tema bajo análisis detallan que el título es la herramienta idónea para justificar la posesión, el mismo debe ser veras, en tal sentido que si esta otorgado por una persona sin las facultades, no va a producir efectos y si en caso los produjera, los mismos no serán válidos, por lo que es muy idónea que en la jurisprudencia se mantenga posición uniforme sobre el poseedor precario.

3.2.3 Casación N° 2156- 2014, Arequipa (desnaturalización del desalojo por ocupante precario)

Del análisis de la jurisprudencia nacional hemos podido rescatar, como pilar fundamental del trabajo la casación N° 2156, 2014, Arequipa, pues esta casación, emitida luego del IV Pleno casatorio civil, ha traído consigo una desnaturalización del desalojo por ocupante precario y se ha hecho que el mismo tenga inmerso elementos de la figura jurídica de reivindicación, lo cual es totalmente errado por parte de la Corte Suprema de Justicia pues en un primer momento el desalojo por precario ha sido pensado para sacar de manera rápida a una persona, que sin ningún título que respalde su posesión, está ocupando un bien de manera ilegítima, y es aquí donde se debe dejar claro que en la normativa civil peruana existen tres tipos de ilegitimidad: i) ilegitimidad por no tener ningún título (invasor); ii) ilegitimidad por tener un título invalido (poseer un bien por un contrato de compraventa celebrado con un menor de edad); y, iii) ilegitimidad por tener un título valido pero ineficaz (compro un bien de quien ya no era dueño).

Para el primer tipo de ilegitimidad en la posesión la normativa civil ha dado una herramienta sencilla, pues la controversia no es muy complicada, es una persona que tiene todos los papeles para justificar su propiedad, contra alguien que no

ostenta derecho alguno, hablamos del desalojo por ocupante precario, en un proceso sumarísimo; para los otros dos tipos de ilegitimidad, donde la controversia es un poco más complicada, pues se debe analizar la validez del título del poseedor, su buena o mala fe, etc., la normativa ha precisado que la herramienta jurídica útil es la reivindicación, pues esta es la vía idónea que tiene los mecanismos necesarios para ello, esto en un proceso de conocimiento. Esta distinción era correcta hasta antes de la emisión de la casación bajo comentario, pero lo que paso con esta casación es que la Corte preciso que: “el desalojo por precario se entiende contra el ilegitimo, y un ilegitimo es el que tiene un título nulo, invalido, valido, pero ineficaz, resuelto, anulable”; es decir el desalojo, a partir de esta casación, va a proceder contra todo, y si el desalojo procede contra todo entonces la pregunta sería ¿para qué sirve la reivindicación?

Esta posición está respaldada por el autor Pasco (2018), en su artículo jurídico “Desalojo contra el ex propietario con venta simulada ¿qué aspectos puede analizarse con relación al título del demandante en un desalojo?”, donde precisa que en la Casación N° 2156- 2014, Arequipa lo novedoso de la Corte Suprema es que no solo se abrió el listado de temas que pueden ser vistos en un desalojo, lo cual es muy malo para la figura del desalojo (ya no solo nulidad, sino también resolución inoponibilidad por haber adquirido de quien no tenía el derecho a la posesión, ineficacia por haber adquirido de quien estaba imposibilitado para transferir derechos sobre el bien, entro otros), sino que incluso para el tema de nulidad omitió señalar expresamente que dicho análisis era factible únicamente en el caso de que ella resulte manifiesta , como si fue bien precisado en el IV Pleno Casatorio.

De igual manera, y en la misma línea de ideas el autor García (2018) en su tesis titulada “Análisis de las normas que regulan los procesos de Desalojo en el Perú y propuesta legislativa que establece la defensa posesoria Extrajudicial en materia de Arrendamiento”, para optar por el grado académico de bachiller en derecho por la universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, detalla que si apreciamos el proceso de desalojo desde una vista teórica, esta permite que estos procesos sean

resueltos en un menor tiempo, ya que la controversia de fondo no es muy complicada; pero, en la realidad social se puede observar que este proceso en efecto no responde pues a la finalidad para la cual fue creada, es decir, a que se le restituya el bien al propietario original. Esto a consecuencia de la mala interpretación que se le da a las normas sobre el desalojo, creación de jurisprudencia contradictoria, o por el tratamiento de carácter sustantivo del régimen de arrendamiento o por la gran carga procesal que tienen los órganos jurisdiccionales, o por la conducta con la que actúan las partes en el proceso (actuar de mala fe) de los arrendatarios.

3.2.4 Casación N° 3417- 2015, Santa (contradicción entre la Sala Superior y la Corte Suprema sobre el precario; ¿para evitar el desalojo el demandado debe acreditar su posesión o su derecho a poseer?)

En el análisis de la jurisprudencia, con la cual creemos que se está desnaturalizando la figura del precario, no podía faltar la casación N° 3417-2015, Santa, en donde se dio una contradicción tanto de la Sala Suprema como de la Sala de la Corte Superior de justicia precisando ambas que hacían mención al cuarto pleno casatorio, cuando la verdad es que ambas instancias lo contradecían. En este caso la parte demandada se defendía y alegaba que su posesión era legítima pues la ejercía en base a un certificado de adjudicación, y la pregunta en concreto es ¿qué es lo que se le adjudicaba con tal certificado al poseedor?, pero ello no fue tomado en cuenta ni por la Sala Superior, ni la Corte Suprema, pues lo idóneo hubiera sido analizar si se le adjudicaba la propiedad o tan solo el uso o disfrute del bien, o acaso es que solo se trataba de un documento mediante el cual se le otorgaba la posesión del inmueble sin ningún derecho que sirva de respaldo.

Una mención aparte merece la equivocada de la Sala Superior, según la cual el hecho de que el certificado de adjudicación carezca de fecha cierta lo hace inútil o inservible como título justificante de la posesión, por lo visto la Sala Superior confundió el IV Pleno con el VII Pleno; en el IV Pleno la fecha cierta carece totalmente de relevancia.

En ese sentido como lo precisa el autor Lama (2011) en su Tesis de Maestría titulada “la Posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano”, para optar por el grado de Magister en derecho con mención en derecho civil, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, que las nuevas definiciones incorporadas en nuestra legislación, en cuanto a la posesión precaria, deben ser interpretadas de forma idónea y razonable, de tal manera que permita una convivencia justa y civilizada entre los sujetos. Son de la idea que la propiedad privada tiene que ser blindada y por ende garantizada por el derecho positivo y respetado por las demás personas; además, estoy plenamente convencido que nuestro sistema legal debe brindar al propietario todos los mecanismos que aseguren de una manera eficaz la protección de sus derechos. En todo caso esta es una tarea que debe desempeñar el estado, mediante la creación de los mecanismos adecuados para que todos los sujetos accedan de manera idónea a la posesión perdida de sus propiedades

En conclusión, estamos ante dos fallos, por un lado el de la Sala Superior, y por otro el de la Corte Suprema, que dicen ambos aplicar el IV Pleno, cuando lo que sucede es que los dos lo contradicen: i) el fallo de la Sala Superior exige que el título de posesión del demandado cuente con fecha cierta, algo que jamás se dijo en el IV Pleno Casatorio; y, ii) el fallo de la Corte Suprema considera que cualquier título mediante el cual se haya hecho entrega de la posesión a alguien es suficiente para impedir el desalojo, cuando en realidad lo que se precisó en el IV Pleno es que se exigía que dicho título otorgue el derecho a poseer.

Lo antes precisado guarda relevancia con lo que sostiene el autor Gonzales (2013) En su artículo jurídico denominado “Acción Reivindicatoria y Desalojo por Precario”, el cual fue publicado en la revista *Derecho y Cambio Social*, cuando *detalla* que la figura de la reivindicación es una figura de carácter rea; en tanto que será dirigida por el propietario del bien, contra cualquier tercero que se encuentre en la posesión, ya sea que este tenga un vínculo (contrato) o no (invasor) con el propietario. Esta es la diferencia radical con los interdictos o el desalojo, que vienen

a ser remedios de carácter posesorio. Por lo que el autor debe comprobar el dominio como presupuesto para determinar su acción. Por otro lado la figura del ocupante precario, presenta en la actualidad una diatriba desalentadora, pues nadie sabe a ciencia cierta, que es un ocupante precario, ya que ello no se encuentra delineado en la doctrina, ni en los tribunales, es más ni siquiera en el sentido común de los particulares, a quienes finalmente se dirige el ordenamiento civil.

3.3. Aporte Practico (Propuesta)

PROYECTO DE LEY S/N-2020

PROYECTO DE LEY que deroga el artículo 1700° del código civil, referente a la continuación del arrendamiento, con la finalidad de mejorar y simplificar el desalojo por ocupante precario.

El bachiller Collantes Irigoin Juan David, de la Escuela Profesional de Derecho, Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipan, Chiclayo, presenta el siguiente proyecto de ley: “LEY QUE DEROGA DEL ARTÍCULO 1700° DEL CÓDIGO CIVIL, PARA MEJORAR Y SIMPLIFICAR EL DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO”, ejercicio realizado en base a la iniciativa ciudadana reconocido en la ley N° 26300, inciso 2°, literal B, ley referente a los derechos de participación y control ciudadano; de conformidad también con el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, sobre los proyectos de ley; en concordancia y armonía con el artículo 75° y 76° del reglamento del Congreso de la República; en base a ello, se debe tomar en cuenta:

Antecedentes

Que, si realizamos una lectura del artículo 1669° del código civil, el mismo precisa: “el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas”; mientras que el artículo siguiente 1700° detalla: “vencido el plazo del contrato, si

el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que haya renovación tacita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento”.

Que, sobre el desalojo por ocupante precario, en su variante de arrendador contra arrendatario, observamos una contradicción entre las normas antes precitadas, pues si bien la primera detalla la culminación del arrendamiento a plazo determinado, cuando concluya el plazo establecido por las partes; la segunda norma lo que hace es contradecirla, y de la exposición de motivos de esta segunda norma se ha podido detallar que la misma no guarda ningún tipo de relación con las demás disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, y además que el legislador no le puede dar el sentido de manifestación de voluntad al silencio del arrendador, pues ello sería contradecir el artículo 142° del código civil.

Que, es ilógica la interpretación que se viene realizando, en el sentido de que en los contratos de arrendamiento de duración determinada, al concluir el mismo se entienda la continuación de este en los mismos términos y condiciones, hasta que el arrendador curse aviso exigiendo la devolución de la posesión del bien, pues en todos los contratos de mediación posesoria, téngase en cuenta usufructo, comodato, superficie, no se da esta interpretación y se entiende que los mismos finalizan al término del plazo; realizar ello para los arrendamientos únicamente, es algo que no tienen ningún sustento jurídico.

Exposición de Motivos

Que, las normas sustantivas del código civil deben mantener un orden lógico y además ser coherentes y complementarse entre sí; en base a ello se debe tener cuenta que no se tiene una respuesta clara o se sabe a ciencia cierta ¿desde cuándo el arrendatario se convierte en precario?, pues las normas antes precitadas son antagónicas, pues el artículo 1699° precisa que esto se daría al término del plazo pactado, mientras que el artículo 1700° del mismo cuerpo normativo precisa que

ello se dará cuando el arrendador curse un aviso al arrendatario para que el mismo desocupe el bien, por lo que no puede existir un punto medio entre ambos.

Es por ello que, derogar el artículo 1700° del código civil, eliminando de tal manera toda referencia para la continuación del contrato de arrendamiento de duración determinada una vez que el plazo se haya vencido, de tal manera que cada vez que se celebre un contrato de arrendamiento a plazo determinado, las partes tendrán plena convicción que al vencimiento del mismo y sin la necesidad del envío de ningún tipo de comunicación, se generarán las consecuencias siguientes: primero, el contrato celebrado fenecerá; segundo, el arrendatario queda obligado a restituir la posesión del bien; tercero, de no restituir la posesión pasará de manera inmediata a ser un poseedor precario; y cuarto, el arrendador queda facultado para solicitar ante un juez, mediante demanda de desalojo por precario, la restitución de la posesión.

Que, con la derogación del artículo 1700°, el inciso 10 del artículo 1681° adquiriría sentido, que establece como una obligación del arrendatario la devolución del inmueble al arrendador, una vez que se haya cumplido el plazo del contrato. Esta disposición normativa no guarda ninguna relación con el artículo 1700° del C.C.

Análisis Costo Beneficio

Sobre el particular se precisa que la norma no tiene un impacto económico significativo, pero sí un impacto positivo en la comunidad jurídica y lograr una verdadera armonización entre las normas pertinentes, pues los operadores jurídicos ya no tendrán que hacer malabares interpretativos para poder resolver cuestiones problemáticas de la manera adecuada, en el sentido de que al derogarse el artículo 1700° del código civil las demás normas tendrán sentido y se evitará la contradicción entre las mismas; de igual manera el beneficio será de manera indirecta para los justiciables quienes van a tener la certeza de que su proceso se resolverá de manera adecuada.

Debe precisarse además que esta norma no generará ningún costo adicional para el estado, pues lo único que se busca es derogar un artículo del código civil, que va a beneficiar a la sociedad en su conjunto, y particularmente a todas aquellas personas que tengan problemas con sus arrendatarios.

Efectos de Vigencia de la Norma en la Legislación Nacional

De aprobarse la propuesta legislativa la misma será publicada en el diario oficial el peruano y entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

La misma tendrá una aplicación ultractiva, es decir será aplicable para todos aquellos procesos de desalojo que se conozcan en las judicaturas a nivel nacional a partir de la fecha de aprobación de la misma.

Parte Resolutiva:

Se propone a consideración del Congreso de la República, el siguiente proyecto de Ley;

“LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 1700° DEL CÓDIGO CIVIL, PARA MEJORAR Y SIMPLIFICAR EL DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO”

Artículo 1°: el objeto de la presente ley es derogar el artículo 1700° del código civil, con la finalidad de poder mejorar y simplificar el desalojo por ocupante precario.

Artículo 2°: Derogar el artículo 1700° del código civil.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

1.- En la investigación se logró determinar de qué manera es que el desalojo por ocupante precario se ha visto desnaturalizado; desnaturalización que se ha dado tanto en su esencia, como en su proceso. Es partir de normas incoherentes y

contradictoras consignadas por el legislador como lo son los artículo 1699° y 1700° del código civil que la figura del precario ha sufrido una primera desnaturalización, la cual se ha visto aún más complicada con la emisión de jurisprudencia errónea por parte de la Corte Suprema, principalmente por las Casaciones N° 2156-2014, Arequipa, y la Casación N° 3417-2015, Santa, las cuales han ido causando una desnaturalización en su esencia, pues han ido haciendo que la misma se parezca más a la figura de la acción reivindicatoria; y por último la emisión del Pleno Jurisdiccional Civil del 2017 y de la Casación N° 4628-2013, Arequipa, las cuales han hecho variar la competencia para conocer de los desalojos, pues ahora estas demandas deben iniciar ante un Juez Especializado, es así que ello también ha contribuido a la desnaturalización de esta figura.

2.- Del estudio de la doctrina Nacional y Comparada, se ha encontrado que a nivel nacional la misma no es uniforme en cuanto a los conceptos precisados del desalojo por posesión precaria, pero un gran sector de la doctrina, a la cual me apego, precisa que en los últimos tiempos, esta figura se ha venido viendo modificada, y se ha sobrepasado la línea divisoria entre la figura de reivindicación y el desalojo, que hasta hace algún tiempo atrás se tenía clara; en cuanto a la doctrina comparada, en el sistema Español se tiene muy bien precisado que el desahucio por precario, solo procede contra aquel que nunca tuvo título, o perdió el que tenía, solo en ese caso se puede usar esta figura, lo cual es correcto.

3.- Del análisis realizado a la normativa civil, se han encontrado diversos vacíos legales, artículos que se contradicen entre sí, los cuales deben ser subsanados con el fin de poder coadyuvar para poder tener una conceptualización más clara y precisa acerca de la posesión precaria, con el fin no solo de ayudar a los operadores jurídicos, para la debida interpretación de la norma y que los mismos no se vean obligados a realizar malabares interpretativos para poder arribar a un fin idóneo; sino también ayudar, a los justiciables pues los mismos tendrán certeza en la resolución de sus controversias.

4.- El desalojo por precario, en su variante de arrendador contra arrendatario, se ve afectado por normas civiles que son antagónicas; tal es el caso del artículo 1699° del código civil, que se contradice con lo establecido en el artículo 1700° del mismo cuerpo normativo, pues según la primera norma, el arrendatario deviene en precario desde el día siguiente del vencimiento del contrato; en tanto que según el artículo 1700° del código civil precisa que esta precariedad, se daría recién cuando el arrendador comunique, mediante carta notaria al arrendatario para que el mismo desocupe y devuelva el bien. Este tipo de normas hacen que el desalojo por precario no tenga una conceptualización clara, pues a ciencia cierta nadie sabe desde cuándo es que el arrendatario se convierte en precario, y por ende si se le puede demandar por esa causal; es así que se propone en la investigación la derogación del artículo 1700° del código civil, pues el mismo no guarda relación con las demás normas del código adjetivo.

5.- Como se ha visto, y criticado, a lo largo de trabajo existe jurisprudencia que no aporta a mejorar la figura del desalojo por ocupante precario, y más bien lo que ha hecho es desnaturalizar la misma, jurisprudencia que debe ser inaplicada por parte de los órganos jurisdiccionales, para poder mejorar esta figura; es así que según la casación N° 2156-2014, Arequipa ahora el desalojo (en su variante invasor contra propietario) no solo procede contra aquel que no tiene ningún título para justificar su posesión, sino que procede contra cualquier tipo de ilegítimo, entendiéndose, según la Corte por ilegítimo, a aquel que tiene un título nulo, anulable, una compraventa resuelta, quien adquirió el derecho por quien no tenía facultades para otorgarlo, etc.; con ello se está convirtiendo al desalojo en una acción reivindicatoria, lo cual no puede pasar, pues las líneas divisorias entre ambas figuras deben estar bien demarcadas. Por otro lado tenemos la casación N° 3417-2015, Santa, mediante la cual la Corte Suprema considera que cualquier título mediante el cual se haya hecho entrega de la posesión a alguien es suficiente para impedir el desalojo, cuando en realidad lo que se precisó en el IV Pleno es que se exigía que dicho título otorgue el derecho a poseer; mientras que la Sala Superior exige que el título de posesión del demandado cuente con fecha cierta, algo que jamás se dijo en

el IV Pleno Casatorio; es decir ambas instancias antes que aplicar lo dicho en el IV Pleno, lo contradicen. De igual manera con la emisión del Pleno Nacional Civil del 2017 lo que se hizo es variar la competencia de los jueces para conocer el desalojo por precario, precisando que los indicados para tal fin son los jueces especializados, lo cual es algo totalmente erróneo, y lo mismo se complicó con la emisión de la Casación N° 4628-2013, Arequipa, mediante la cual el acto de invitación a conciliar al demandante lo convierte en precario, por lo que las acciones deben iniciar ante un juez especializado, con ello se está vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y además se está infringiendo el artículo 6° del código procesal civil; es por ello que las casaciones antes mencionadas y el Pleno civil deben ser inaplicados.

4.2. Recomendaciones

1.- Calificar a alguien como precario sirve para sacarlo rápido de un inmueble, pues este ocupante está en el bien de manera ilegítima; es decir, sin ningún título o derecho que justifique tal posesión. Es así que la figura del desalojo va a servir para dos casos puntuales: aquellos casos en los que nos encontremos con un propietario frente a un invasor, y la otra variante será la del arrendador versus el arrendatario; pero, lo que ha pasado de un tiempo hasta ahora es que con la emisión de casaciones por parte de la Corte Suprema, plenos jurisdiccionales e incluso con la misma normativa civil se han venido sufriendo una serie de modificaciones, modificaciones que han alterado tanto la esencia del desalojo por ocupante precario, haciendo que esta figura se vaya transformando o teniendo los presupuestos de la reivindicación; y, una modificación en su procedimiento, las cuales han hecho variar la competencia para conocer de estos procesos, lo cual se ha visto aún más complicado con la muy complicada regulación que esta figura presenta, es por ello que sería muy beneficiosos y recomendable hacer que esta figura sirva para la finalidad para la cual fue creada, por lo que se deben inaplicar las casaciones cuestionadas en la investigación, inaplicar el Pleno civil del 2017, y realizar modificaciones en el código civil, lo cual va a permitir que esta figura logre su cometido en el mundo jurídico práctico.

2.- se recomienda de igual manera que las reformas legislativas que se hagan sobre el particular deben ser muy bien analizadas, pues, introducir artículos como el 1699° y 1700° en la normativa civil, lo único que hace es generar verdaderos dolores de cabeza para los operadores jurídicos, quienes con las contradicciones normativas, ni siquiera tienen certeza de si realizan o no una debida interpretación normativa, lo cual a la larga se convierte en una administración de justicia deficiente.

V. REFERENCIAS

Albaladejo, M. (1994). *Derecho Civil III, derecho de bienes*. Ediciones Bosch. Barcelona.

Alvares, J. (2017), *Derecho Inmobiliario Registral*, Granada, Comares. España.

Alessio, D. (2009). *Posesión*, México. Recuperado de: <http://oreon.dgbiblio.unam>

Castillo, E. (2015). *El vencimiento del contrato de arrendamiento y la figura del ocupante precario*. Recuperado de: <http://repositorio.upao.edu.pe>.

Ariano, E. (2018). *Las Casaciones en el Código Procesal Civil*. Primera Edición, Instituto Pacifico, Lima.

Esquivez, J. (2013). *Discrepancias teóricas, empirismos normativos sobre la posesión precaria en el distrito judicial de Chiclayo*. Recuperado de: <http://repositorio.uss.edu.pe/>.

Escobar, F. (2002). *Teoría general del derecho civil*. Ara Editores, Lima.

Fernández, J. (2010). *Derecho real de posesión*. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com>.

Gonzales, G. (2011). *El poseedor precario en su hora definitiva: una visión desde todas las perspectivas*, en Actualidad Jurídica N° 214, Lima.

García, A. (2018). *Análisis de las normas que regulan los procesos de Desalojo en el Perú y propuesta legislativa que establece la defensa posesoria Extrajudicial en materia de Arrendamiento*. Recuperado de: <http://tesis.usat.edu.pe/>.

Gonzales, E. (2019). *La afectación a la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso de desalojo por ocupación precaria: a propósito del pleno jurisdiccional nacional civil del 2017*. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe>.

Josserand, L. (1950) *derecho civil, tomo I. volumen III*. Buenos Aires.

Lama, H. (2011). *La Posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano*. Recuperado de: <http://biblioteca.pucp.edu.pe/recursos-electronicos/repositorios-pucp/>.

Lama, H. (2017). *Comentario a los plenos casatorios civiles*. Editorial: Instituto Pacifico, Lima.

Morales, R. (2019), *Patología y Remedios del Contrato*. Instituto Pacifico, Lima.

Pasco, A. (2019). *El poseedor precario: un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima.

Pasco, A. (2017). *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima.

Pasco, A. (2017). *¿Cómo ha quedado la posesión precaria luego de la sentencia del IX pleno?* Recuperado de: <https://laley.pe/>.

Pasco, A. (2017), *La Posesión Precaria antes y después del cuarto pleno casatorio: de la ansiada predictibilidad a la confusión absoluta*. Instituto Pacifico, Lima.

Pozo, J. (s/f), *Precario y desalojo por vencimiento del contrato*. Recuperado de: <http://laley.pe>.

Montalvo, V. (2017). *El título posesorio como factor determinante para la declaración de la legitimidad de la posesión en el análisis en las casaciones de resoluciones casatorias en el periodo de 1998 al 2010*. Recuperado de: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe>.

Sánchez, M. (2003). *El ocupante precario. Doctrina y jurisprudencia Casatoria*. Ediciones legales. Lima.

Simorra, M. (2002) *El precario: la complejidad de una institución aparentemente simple*. Revista Jurídica del Perú. Volumen 52.

Torres, A. (2012), *Teoría General de los Contratos*. Tomo II, Pacifico Editores, Lima.

Torres, A. (2005) *¿en qué consiste la posesión precaria?* Actualidad jurídica. Lima.

Velencoso, E. (2013). *Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?* Recuperado de: <https://docplayer.es>.

Valladoli, E. (2012). *La conciliación en los procesos civiles de desalojo en el distrito judicial de Lima: 2005-2006*. Recuperado de: <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/>.

Libros Metodológicos

Pérez, T. (2013). *¿Existe el Método Científico?* Fondo de Cultura Económica. México, DF.

Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. Sexta Edición, México. Interamericana Editores S.A.

Hernández, R.; Paulina, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cualitativas, cuantitativas y mixtas*. México. Interamericana Editores S.A.

Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Cuarta Edición, México.

Jurisprudencia

Casación N° 3417-2015, Del Santa.

Casación N° 2195-2011, Ucayali (IV Pleno Casatorio Civil).

Casación N° 2156-2014, Arequipa.

Sentencia Civil N° 785/ 2019 audiencia provisional de España.

ANEXOS

Anexo 1:

USS | UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

**FACULTAD DE DERECHO
RESOLUCIÓN N° 460-A-2019/PD-USS**

Pimentel, 18 de octubre de 2019

VISTO:

El correo electrónico institucional, remitido por el Jefe de Investigación de la Facultad de Derecho; y, contando con la autorización del Decano, a fin de que se emita resolución de aprobación de los temas del **PROYECTO DE INVESTIGACIÓN** y **PROYECTO DE TESIS** a cargo de los estudiantes registrados en el semestre académico 2019-II; así mismo la **designación de asesores** en la modalidad presencial; y,

CONSIDERANDO:

Que, el Reglamento de Investigación aprobado mediante Resolución de Directorio N° 199-2019/PD-USS, en su artículo 35° prescribe lo siguiente: "El Comité de Investigación está conformado por tres docentes de la especialidad, siendo el presidente de mayor grado académico, designado con resolución de facultad"; que en ese sentido es que se emite la **RESOLUCIÓN N° 318-2019/PD-USS**, su fecha 24 de junio del 2019, designando como **miembros del comité de Investigación** al **Dr. Barrío de Mendoza Vásquez Robinson**, **Dr. Gonzales Herrera Jesús Manuel** y al **Mg. Fernández Vásquez José Arquimedes**.

Que, el Reglamento de Investigación aprobado mediante Resolución de Directorio N° 199-2019/PD-USS, en su artículo 36° prescribe lo siguiente: "El comité de investigación de la escuela profesional aprueba el tema del proyecto de investigación y del trabajo de investigación acorde con las áreas de investigación institucional"

Que, el Reglamento de Investigación aprobado mediante Resolución de Directorio N° 199-2019/PD-USS, en su artículo 34° prescribe lo siguiente: "El asesor del proyecto de investigación y trabajo de investigación es designado mediante resolución de facultad"; en este orden de ideas se dispone **designar como asesores** a los docentes **Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis** y al **Mg. Samián Carrasco José Luis**.

Que, el Reglamento de Grados y Títulos aprobado mediante Resolución de Directorio N° 040-2019/PD-USS, en su artículo 23° prescribe lo siguiente: "La tesis, es un estudio que debe denotar rigurosidad metodológica, originalidad, relevancia social, utilidad teórica y/o práctica en el ámbito de la escuela académica profesional. Para el grado de doctor se requiere una tesis de máxima rigurosidad académica y de carácter original"

Estado a lo establecido en el artículo 62° del Estatuto de la Universidad Señor de Sipán;

ADMISIÓN E INFORMES
074 481610 - 074 481632
CAMPUS USS
Km. 5, carretera a Pimentel
Chiclayo, Perú

www.uss.edu.pe

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR los temas del **PROYECTO DE INVESTIGACION y PROYECTO DE TESIS** de los estudiantes registrados en el semestre académico 2019-II, en la modalidad **presencial**.

ARTÍCULO SEGUNDO: DESIGNAR como asesores al **DR. IDROGO PEREZ JORGE LUIS** y **MG. SAMILLAN CARRASCO JOSE LUIS**.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.



MG. DANIEL GUILLERMO CABRERA LEONARDINI
DECAÑO
FACULTAD DE DERECHO



MG. JOSÉ LUIS SAMILLÁN CARRASCO
SECRETARIO ACADEMICO
FACULTAD DE DERECHO

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	TITULO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	CONDICIÓN
1	ALARCON FERNANDEZ ATENAS NICOLLE	RECONOCIMIENTO DEL SINDROME DE ALIENACION PARENTAL COMO CAUSAL DE SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD DE MENORES	APROBADO
2	BANCES ACOSTA DAVID WILFREDO	REGULACION DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CODIGO CIVIL PARA QUE LOS RECURRENTES SEAN RECONOCIDOS COMO LEGITIMOS PADRES DEL MENOR	APROBADO
3	BANDA BALAREZO JENIFER MILAGROS DEL PILAR	LA EDUCACION TÉCNICA COMO MECANISMO DE RESOCIALIZACION DE LOS INTERNOS DEL PENAL DE CHICLAYO DURANTE EL AÑO 2018	APROBADO
4	CASTAÑEDA TORRES YACHO ESTHER	MODIFICATORIA DEL ARTICULO 179 DE LA LEY N° 30838 PARA INCORPORAR EL AUMENTO DE PENA EN EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL EN MENORES DE 14-18 AÑOS DE EDAD	APROBADO
5	CAYOTOPA CHAVEZ GRACIELA DEL PILAR	EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD COMO ELEMENTO DESNATURALIZADOR DE LOS CONTRATOS POR SERVICIOS ESPECIFICOS EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO	APROBADO
6	CHANAVE VASQUEZ RADELY JOSELYN	MODIFICACION DEL ART. 29 DE LA LEY N° 27181 PARA EVITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA EN LOS CONTRATOS DE LEASING	APROBADO
7	CHERO SAAVEDRA MIGUEL ANGEL	SANCIONES AL EMPLEADOR PARA PREVENIR LA CONDUCTA FRAUDULENTE EN LA LEY N° 728 DEL SISTEMA LABORAL PRIVADO	APROBADO
8	COGLANTES IRIGON JUAN DAVID	FIGURA DEL DESALDO POR PRECARIO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA - IMPACTO EN LOS JUZGADOS Y SALAS CIVILES DE CHICLAYO - PERIODO 2018	APROBADO
9	CRESO NIQUIEN ROBERTO	REGULACION DE LOS CONTRATOS JOINT VENTURE EN LA LEGISLACION PERUANA	APROBADO
10	CRISANTO SOPLOUCO PATRICIA MILAGRITOS	INCORPORAR VALORES CUANTITATIVOS EN EL TRANSPORTE DE PRODUCTOS FORESTALES PARA CONFIGURAR EL DELITO DE TRAFICO ILEGAL DE PRODUCTOS FORESTALES MADERABLES EN LA LEGISLACION PERUANA	APROBADO
11	CRISTO CRIVEL WILSON	REGULACION DE LAS CRIPTOMONEDAS EN LA LEGISLACION PERUANA	APROBADO
12	DE LA CRUZ PARRON JUAN CARLOS	EL DERECHO DE PARTICIPACION CIUDADANA Y SU INFLUENCIA EN EL CONTROL DE LA GESTION MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE FERRERAFE, PERU	APROBADO
13	DIAZ DIAZ MILAGROS ANIAS	INCORPORACION DEL USO DE LA FUERZA NO LETAL DEL POLICIA MUNICIPAL EN LA RESOLUCION MINISTERIAL 772-MANUAL SERENO MUNICIPAL PARA EXIMIRLO DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA CIUDAD DE CHICLAYO	APROBADO
14	DIAZ MUÑOZ ZOLA NOEMI	APLICACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FILIACION	APROBADO
15	DIAZ VEGA FRANK LENNY	MODIFICATORIA DEL ARTICULO 154 B DEL CODIGO PENAL PARA INCORPORAR COMO AGRAVANTE LA MINORIA DE EDAD EN LA LEGISLACION PERUANA	APROBADO
16	DOMINGUEZ BUSTAMANTE JUDITH FRACILA	MODIFICATORIA DEL ARTICULO 185 DEL CODIGO PROCESAL PENAL PARA TIFICAR LA PRUEBA ELECTRONICA COMO UN PROCEDIMIENTO AUTONOMO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO PENAL	APROBADO
17	DURAN DAVILA CLAUDIA JHURNELY	RECONOCIMIENTO DE LA FIJACION DE LOS HUOS NACIDOS A TRAVES DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA PARA SALVAGUARDAR EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO COMPARADO	APROBADO

Anexo 2: Casación N° 2195-2011, Ucayali (IV Pleno Casatorio Civil)



Corte Suprema de Justicia de la República
Pleno Casatorio Civil

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

CASACIÓN N° 2195-2011-UCAYALI

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

Demandados : Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco.

Materia : Desalojo por ocupación precaria

Vía procedimental : Proceso Sumarísimo

Sumario:

- I.- Introducción.
- II.- Materia del recurso.
- III.- Fundamentos del recurso.
- IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.
- V.- Consideraciones.
 - A.- De la contravención al derecho a un debido proceso.
 - a.1.- El debido proceso: Aspecto formal y sustancial.
 - a.2.- De la motivación de las resoluciones.
 - a.3.- De la causal de casación.
 - B.- De la posesión y otras figuras afines.
 - b.1.- La Posesión.
 - b.2.- Clases de posesión.
 - b.2.1.- Posesión mediata e inmediata.
 - b.2.2.- Posesión legítima e ilegítima.
 - b.2.3.- Servidor de la posesión
 - C.- Del ocupante precario.
 - c.1.- Consideraciones previas.
 - c.2.- Del ocupante precario en sede nacional.
 - c.3.- Supuestos de posesión precaria.
 - D.- Naturaleza la sentencia a dictarse.
- VI.- Conclusiones.
- VII.- Fallo.



Corte Suprema de Justicia de la República *Pleno Casatorio Civil*

Sentencia dictada por el Pleno Casatorio Civil realizado por las salas civiles de
la Corte Suprema de Justicia de la República

CASACIÓN N° 2195-2011-UCAVALI

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

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

I.- INTRODUCCIÓN:

1.- A fojas 62 corre la demanda interpuesta por Luis Arturo
Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro;
Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro,
la misma que la dirigen contra Mirna Lisbeth Panduro Abarca y
Euclides Vara Turco.

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

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

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

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

5.- Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73,
se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas
185 por Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco,
quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para



Corte Suprema de Justicia de la República Pleno Casatorio Civil

Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

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

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

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

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

9.- La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, como consta a fojas 536 y 549, respectivamente, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699°, 1700° y 1704° del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el Juez resolvió aplicando dichas normas, incluyendo el artículo 1697° del mismo Código (que no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia.

Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapión que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado, el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.

10.- La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril del 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por el *A quo*, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy

XI. RESOLUCIÓN:

Por las razones expuestas, los suscritos participantes en Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil, votamos en el siguiente sentido:

Primero.- Declaramos **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Mirra Lizbeth Panduro Abarca mediante escrito de fojas seiscientos veintitrés; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril del dos mil once.

Segundo.- Asimismo, **DECLARAMOS** que constituye precedente judicial vinculante, las siguientes reglas:

Página 81 de 84



*Corte Suprema de Justicia de la República
Pleno Casatorio Civil*

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

2. En este contexto, la posesión precaria tiene lugar en dos supuestos:

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

2.2. Precario con título fenecido: Se configura en dos casos: a) La ocupación que se ejerce con un título fenecido puede ser caracterizada como una "precariedad sobreviniente" en la medida



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

**CASACIÓN 2156-2014
AREQUIPA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

SUMILLA: Para que prospere la acción de desalojo por la causal de ocupación precaria se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: I) Que, el actor acredite su derecho a la restitución del bien al tener condición de propietario o encontrarse dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 588 del Código Procesal Civil que otorgan derecho a la restitución del predio; II) Que, no exista vínculo contractual alguno entre demandante y demandado; III) Que, haya ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien inmueble por la parte demandada; y, IV) Que, ante la existencia de título que justifique la posesión del emplazado ésta resulte ineficaz, es decir, que la posesión sea ilegítima, que no se ajuste a derecho y, concretamente, que se ejerza bajo alguno de los siguientes supuestos: a) que el título con el que se cuenta sea nulo, haya quedado resuelto o hubiese fenecido; b) que se adquiere de aquel que no tenía derecho a poseer el bien; y, c) que se adquiere de aquel que teniendo derecho a la posesión, se encontraba impedido de transmitirlo.

Lima, quince de julio
de dos mil quince.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número dos mil ciento cincuenta y seis – dos mil catorce; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: -----

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: -----

Se trata del recurso de casación interpuesto por Leonor Ccoto Tacca a fojas trescientos siete, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y nueve, de fecha dos de junio de dos mil catorce, dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirma la sentencia apelada de fojas doscientos cuarenta, de fecha veinticinco de julio de dos mil trece, que declara fundada la demanda; en los seguidos por Eulalia Cabrera Arcos contra Leonor Ccoto Tacca y otro, sobre Desalojo por Ocupación Precaria. -----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: -----

El recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha dos de octubre de dos mil catorce, de fojas veintitrés del cuadernillo formado en este



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2156-2014
AREQUIPA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

Supremo Tribunal, por las causales de: **1) Infracción normativa de los artículos 196 y 197 del Código Procesal Civil**, precisando que en la sentencia impugnada se advierte que las pruebas no han sido valoradas de forma conjunta, menos de manera razonada y con una adecuada motivación en lo concerniente al contrato de arrendamiento y los recibos de pago de renta, no habiéndose expuesto un motivo suficiente del por qué se considera que tales medios probatorios no tienen relevancia, habiéndose aludido únicamente al Pleno Jurisdiccional Civil del año dos mil, en consecuencia no resulta convincente porqué un derecho expectatio no es suficiente para enervar la precariedad invocada; además de no haberse considerado que ha cumplido con demostrar las circunstancias que justifican su posesión; y **2) Infracción normativa del artículo 911 del Código Civil**, argumentando que la Sala considera erróneamente que se configura la causal de precariedad porque el derecho de donde emana la posesión de la recurrente es un derecho expectatio en base a la interpretación efectuada del Pleno Jurisdiccional Civil del año dos mil, afectando con ello la norma denunciada en tanto existen circunstancias que acreditan razonablemente la legitimidad de la posesión. -----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Que, en autos aparece que Eulalia Cabrera Arcos interpone demanda de Desalojo por Ocupación Precaria con la finalidad de que la demandada Leonor Coto Tacca entregue la parte del inmueble de su propiedad que ocupa y que se sitúa exactamente en la esquina de la Calle América y Avenida España Alto Selva Alegre y que conforma el inmueble de la Avenida España número 401 Alto Selva Alegre y se le restituya el bien inmueble. La demanda de desalojo se sustenta en que la demandante es propietaria del predio materia de desalojo e inscrito en Registros Públicos en la Partida número P06014319, con un área de doscientos noventa y siete punto cincuenta y ocho metros cuadrados (297.58 m²), al haberlo adquirido después de regularizar una documentación. Indica que la demandada aprovechando un conflicto familiar de manera inconsulta e ilegítima paso a ocupar



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

**CASACIÓN 2156-2014
AREQUIPA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

decir, por acuerdo de todos los co-propietarios para disponer del bien en arrendamiento; por lo que, la causal denunciada deviene en infundada. -----

DECISIÓN: -----

Por estos fundamentos y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Leonor Coto Tacca a fojas trescientos siete; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y nueve, de fecha dos de junio de dos mil catorce, dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Eulalia Cabrera Arcos contra Leonor Coto Tacca y otro, sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y *los devolvieron*. Ponente Señor Mendoza Ramírez, Juez Supremo.-
S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

HUAMANÍ LLAMAS

MARTÍNEZ MARAVÍ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

Bah/Gct/Rpn

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. ALVARO CÁCERES PRADO

Anexo 4: Casación N° 3417-2015, Del Santa

superior en segunda instancia y en tercer instancia para los que dicten en única instancia en procesos de responsabilidad civil contra jueces (...); 2) en cuanto a las causales que sirven para que estas sentencias puedan ser revocadas o reformadas, que están taxativamente señaladas; y, 3) en cuanto a las facultades de la Corte en el examen y decisión del recurso, pues no puede examinar errores de la sentencia que el recurrente no acuse ni por causales que la ley no contemple.” 2. El recurso es analizado y resuelto por la Corte Casatoria, la que, a diferencia de su antecedente el Tribunal de Casación, pertenece al órgano jurisdiccional y se encuentra ubicada en la cúspide del aparato. Ella administra justicia a los particulares, bajo la salvedad de que sólo lo hace en los casos en que sirva al interés público y juzgando no el mérito de la controversia, sino la sentencia de apelación⁶ o, como dice Calamandrei, “administra justicia a los particulares sólo en los límites en que ello puede servirle para conseguir su fin de unificación de la jurisprudencia”⁷. 3. La casación impide reexaminar el íntegro de la sustancia debatida: se trata esencialmente de una jurisdicción de derecho que no permite modificar los juicios de hecho (salvo los casos que tengan que ver con la relación procesal, los errores en procedendo o el control de la logicidad) y por ello no constituye una tercera instancia judicial. 4. Entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, la casación optó por éste último. Es decir, lo que le interesa no es (fundamentalmente) subsanar el error que pudiera estar perjudicando a una de las partes, sino evitar los errores de alcance general. De ahí que Calamandrei advirtiera que sólo cuando el interés individual y el público concordaran podía accederse a la casación⁸. 5. Asimismo, cuando la norma alude a infracción normativa hace referencia a las equivocaciones que pudieran existir en la sentencia impugnada sobre la correcta aplicación del derecho objetivo, las que deben describirse con claridad y precisión⁹. 6. Finalmente, cuando indica que debe demostrarse la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, lo que hace es señalar que el impugnante tiene que establecer una relación de correspondencia entre los fundamentos de la resolución que rebate y las infracciones que menciona. Es, teniendo en cuenta estos parámetros que se emitirá el pronunciamiento respectivo. **Sexto:** Del examen de la argumentación expuesta por la recurrente se advierte que la causal denunciada no cumple con los requisitos exigidos en los numerales 2° y 3° del artículo 388 del Código referido, en tanto: 1. El argumento de la recurrente es señalar que la parte demandante no habría acreditado que el acto materia de nulidad padece de simulación, no habiendo acreditado este hecho. 2. Sin embargo, se observa de la sentencia recurrida que la Sala Superior, en su considerando cuarto, detalla las circunstancias que han acaecido para concluir la simulación del acto jurídico cuestionado, haciendo referencia en extenso y de manera detallada de cada uno de los medios probatorios e indicios que descartan la validez del acto jurídico. 3. En lo que atañe a la doctrina de los actos propios, también se advierte que, más allá de las consideraciones de la Sala Superior sobre si forma parte del ordenamiento jurídico peruano, lo relevante de la sentencia lo constituye lo expuesto en los numerales 2.3 a 2.6 de la sentencia, esto es, que en los casos de ineficacia estructural no es posible aplicar tal teoría dada la gravedad del vicio existente, lo que constituye razonamiento válido que esta Sala Suprema comparte, pues las nulidades absolutas no son susceptibles de confirmación alguna. **Sétimo:** Respecto a la exigencia prevista en el inciso 4° del referido artículo 388, si bien el recurrente cumple con indicar que su pedido casatorio es anulatorio y revocatorio, no es suficiente para atender el recurso materia de calificación; en virtud a lo dispuesto en el artículo 392 del Código adjetivo, norma que prescribe que los requisitos de procedencia de este recurso extraordinario son

esencia que en materia de nulidad no se trata de un acto que debe resolverse la cuestión suscitada”. Montero Aroca, Juan – Flors Maties, José. El Recurso de Casación Civil. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 414.

C-1485495-74

CAS. N° 3417-2015 DEL SANTA

Desalojo por Ocupación Precaria. **IV Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema (Casación N° 2195-2011/Ucayali).** - La Sala Superior debe analizar debidamente los criterios dispuestos por el mencionado Pleno, sobre desalojo por ocupación precaria, el cual constituye doctrina jurisprudencial establecida como vinculante para los jueces de la República, de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil, a fin de determinar si existe cualquier acto jurídico que autorice a su ocupante a ejercer la posesión del bien. Lima, veintiuno de abril de dos mil dieciséis. **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número tres mil cuatrocientos diecisiete - dos mil quince, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia. **I. MATERIA DE GRADO:** En el presente proceso, es objeto de examen el recurso de casación interpuesto por Moisés Nephtali Osorio Santos¹, contra la sentencia de vista de fecha 11 de mayo de 2015², expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 04 de noviembre de 2014³, que declara fundada la demanda interpuesta por Hugo Wilmer Purizaga Olivo sobre desalojo por ocupación precaria. **II. ANTECEDENTES: Demanda 2.1.** Hugo Wilmer Purizaga Olivo⁴ interpone demanda de desalojo por ocupación precaria contra Moisés Nephtali Osorio Santos, a fin que desocupe y le restituya el inmueble de su propiedad ubicado en la urbanización Popular Bellamar, sector IV - II etapa, manzana 2, lote 6, distrito de Nuevo Chimbote, provincia del Santa, departamento de Ancash, inscrito en la partida número PO9078707 del Registro de Propiedad Inmueble de Chimbote, pues según refiere se encuentra conduciéndolo ilegalmente, sin tener contrato firmado a su favor. Alega que adquirió el citado inmueble mediante escritura pública del 23 de octubre de 2012, celebrada con José Armando Sánchez Gordillo (anterior propietario), contando con derecho inscrito. Afirma que desde dicha fecha viene actuando como único propietario del bien, realizando trámites ante la Municipalidad de Nuevo Chimbote. Precisa que al retornar de sus labores cotidianas, se dio con la sorpresa que el emplazado y su esposa se encontraban en posesión del predio, negándose a desocuparlo hasta la fecha. **Contestación de la demanda 2.2.** Moisés Nephtali Osorio Santos⁵ contesta la demanda mediante escrito presentado el 28 de mayo de 2014. Argumenta que el inmueble sub litis perteneció a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, y como tal fue adjudicado a Roberto Navarro Félix, quien le cedió sus derechos posesorios, por cuanto la Caja no realizaba el saneamiento físico y legal del referido bien que formaba parte de un área de mayor extensión. Indica que ingresó al inmueble en el año 1994, otorgándole la Certificación de Adjudicación la Comisión Mixta de Vivienda del Programa Bellamar, entidad encargada de administrar los terrenos. Añade que en el año 2001, COFOPRI realizó empadronamientos, figurando como poseedor. Precisa que la Caja ha denunciado a José Armando Sánchez Gordillo (vendedor del demandante) al haber fraguado documentos para obtener la titularidad del predio, ampliándose posteriormente la denuncia contra el ahora accionante. **Puntos controvertidos 2.3.** En la audiencia única⁶ de fecha 26 de agosto de 2014, se fijaron los siguientes puntos controvertidos: a) Determinar si el demandante Hugo Wilmer Purizaga Olivo es propietario del inmueble ubicado en la

propietario del predio, menos aún desvirtúa el título de propiedad del actor. **Recurso de apelación 2.5.** Mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2014¹, Moisés Nephthali Osorio Santos interpone recurso de apelación contra la decisión de primera instancia. **Sentencia de segunda instancia 2.6.** Los Jueces de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, por sentencia de fecha 11 de mayo de 2015², confirman la sentencia apelada que resolvió declarar fundada la demanda. Determinan que el demandante es propietario del bien sub litis, con derecho inscrito en Registros Públicos, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 2013 del Código Civil. Asimismo, señalaron que el demandado presentó un documento que acreditaría su derecho de posesión sobre el citado inmueble (Certificado de Adjudicación que data del año 1994, expedido por la Comisión Mixta de Vivienda), pues señala fue expedido por la Comisión Mixta de Vivienda a quien según el ADDENDUM de páginas 114, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador le hizo entrega provisional del bien, no obstante la mencionada instrumental no ha adquirido fecha cierta, y por lo tanto no puede producir efectos jurídicos válidos para ser considerado un título y acreditar el derecho de posesión del emplazado, conforme a lo indicado en la quinta regla de la Casación N° 2195-2011-UCAYALI (Sentencia Vinculante). **Recurso de casación 2.7.** Contra la decisión adoptada por la Sala Superior, el demandado Moisés Nephthali Osorio Santos interpone recurso de casación el 25 de junio de 2015³. Esta Sala Suprema, por resolución de fecha 27 de octubre de 2015⁴, ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **Infracción normativa de los artículos 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado; 122 inciso 3), 597 y 601 del Código Procesal Civil; 896, 906 y 947 del Código Civil; y Apartamiento inmotivado del precedente judicial contenido en el Cuarto Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación 2195-2011-Ucayali.** Señala que ha ocupado el bien por más de diez años, por lo que ha operado la prescripción de la acción. Agrega, que se ha demandado desalojo violento, pero de oficio se adecuó a la de un desalojo por ocupación precaria, sin observar que la demanda debió declararse improcedente al haber transcurrido el plazo para interponer interdicto de recobrar, ello conforme a lo establecido en el precedente judicial. Añade, que no se ha tenido en cuenta que los documentos adjuntados por su parte acreditan la transmisión de propiedad y su derecho a poseer, lo cual se corrobora con la declaración del actor respecto a que el recurrente siempre ha tenido la posesión del bien. **III. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE:** La cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria consiste en determinar si los Jueces Superiores, al emitir la recurrida, han transgredido o no lo normado por los artículos 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado; 122 inciso 3, 597 y 601 del Código Procesal Civil; y 896, 906 y 947 del Código Civil; así como si se han apartado del precedente judicial vinculante establecido por el IV Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali), de fecha 13 de agosto de 2012, sobre Desalojo por Ocupación Precaria. **IV. CONSIDERANDO:** 4.1. Que, según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (finalidad *nomofiláctica* y *uniformizadora*, respectivamente); finalidad que se ha precisado en la Casación N° 4197-2007/La Libertad⁵ y la Casación N° 615-2008 /Arequipa⁶; por tanto, este Tribunal Supremo sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas precedentes. 4.2. Para tal efecto, sobre la alegada infracción procesal del artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado, concordado con los artículos 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 121 y 122 del Código Procesal Civil, debe señalarse que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que toda resolución judicial debe estar debidamente motivada, esto es, debe contener las razones que justifican la decisión dictada, las que deben estar apoyadas en el derecho aplicable y en los hechos debidamente comprobados.

presente proceso, teniendo en cuenta que la sentencia de segunda instancia, materia de casación, data del 11 de mayo de 2015. 4.5. Que, en la citada Casación número 2195-2011/Ucayali, se estableció como doctrina jurisprudencial, lo siguiente: "Y...) 2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al finecimiento 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". 4.6. En el caso concreto, el actor pretende que el demandado desocupe y le restituya el inmueble de su propiedad ubicado en la urbanización Bellamar Sector IV, segunda etapa, manzana 02, lote 06, distrito de Nuevo Chimbote, porque según refiere se encuentra conduciéndolo indebidamente, sin tener contrato firmado a su favor. De otro lado, el emplazado sostiene que el terreno materia de litis era de propiedad de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, y como tal le fue adjudicado a Roberto Navarro Félix, quien le transfirió sus derechos posesorios, ingresando al predio en el año 1994, otorgándole la Comisión Mixta de Vivienda Programa Bellamar la Certificación de Adjudicación del citado terreno. 4.7. Ahora bien, los Jueces Superiores al declarar fundada la demanda sostuvieron que el actor es propietario del bien sub litis, con derecho inscrito en Registros Públicos, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 2013 del Código Civil, y si bien el demandado presentó un documento que acreditaría su derecho de posesión sobre el citado inmueble (Certificado de Adjudicación que data del año 1994), dicho título no ha adquirido fecha cierta, y por lo tanto no puede producir efectos jurídicos válidos para ser considerado un título y acreditar el derecho de posesión del emplazado, conforme a lo indicado en la quinta regla de la Casación número 2195-2011/Ucayali (Sentencia Vinculante). 4.8. De lo antes expuesto, se advierte que la decisión a la que arriba la Sala Superior se contrapone a los criterios señalados por el IV Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaído en la Casación número 2195-2011/Ucayali, para verificar el derecho del demandado sobre el inmueble, puesto que no solo se puede justificar con la exhibición de documentos que tengan la calidad de fecha cierta, sino con cualquier acto jurídico que lo autorice a ejercer la posesión del bien, lo cual constituye doctrina jurisprudencial establecida como vinculante para los Jueces de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400 del Código Procesal Civil⁷. 4.9. Por las razones expuestas, este Supremo Tribunal estima necesario amparar el recurso de casación propuesto, resultando imprescindible que la Sala Superior se pronuncie aplicando adecuadamente el precedente vinculante precitado a fin de analizar de forma adecuada las instrumentales aportadas y determinar si justifican el derecho de posesión del emplazado sobre el acotado bien. Por consiguiente, se debe proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 396 inciso 1) del Código Procesal Civil, careciendo de objeto pronunciarse sobre las demás causales del recurso. **V. DECISIÓN:** Por tales consideraciones, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 396 inciso 1) del Código Procesal Civil: **5.1.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Moisés Nephthali Osorio Santos⁸, en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fecha 11 de mayo de 2015⁹, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa. **5.2. ORDENARON** el reenvío del expediente a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, a fin que emita nueva resolución con arreglo a ley. **5.3. DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a Ley; en los seguidos por Hugo Wilmer Purizaga Olivo contra Moisés Nephthali Osorio Santos, sobre desalojo por ocupación precaria; y los devolvieron. Integra la Sala el Juez Supremo señor Yaya Zumaeta por licencia del Juez Supremo señor De La Barra Barera. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora Tello Gilardi-SS. TELLO GILARDI, DEL CARPIO RODRIGUEZ, RODRIGUEZ CHAVEZ, CALDERÓN PUERTAS, YAYA ZUMAETA

¹ A folios 192.

² A folios 158.