



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA
INSTANCIA SOBRE DESALOJO POR OCUPACIÓN
PRECARIA - EXPEDIENTE N° 2010-0318-JMY-JX-01-C.
DEL DISTRITO JUDICIAL DE YARINACocha – 2017**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Autor:

Chávez Guarniz Mario

Asesor:

Abg. José Luis Samillán Carrasco

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2018

TÍTULO:

“CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA SOBRE
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA - EXPEDIENTE N° 2010-0318-JMY-JX-
01-C. DEL DISTRITO JUDICIAL DE YARINACocha – 2017”

ÍNDICE

TÍTULO.....	2
RESUMEN.....	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: LA POSESIÓN	13
1.1. TEORÍAS EN TORNO A LA POSESIÓN	13
1.2. NUESTRA POSICIÓN: LA POSESIÓN EN EL PERÚ ESTA REGULADA COMO UNA VARIEDAD DE LA TEORÍA OBJETIVA	18
1.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN	20
1.4. LA POSESIÓN EN EL PERÚ ES UN DERECHO SUBJETIVO	21
1.5. LA DETENTACIÓN Y LA POSESIÓN	22
1.6. NUESTRA POSICIÓN FRENTE A LA DETENTACIÓN	24
1.7. POSESIÓN INMEDIATA Y POSESIÓN MEDIATA	25
1.8. LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN Y SU LEGITIMIDAD	26
CAPITULO II: EL PRECARIO.....	28
2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ROMA	28
2.2. EVOLUCIÓN DEL PRECARIUM EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.....	30
2.3. EVOLUCIÓN EN EL PERÚ	
31 CAPITULO III: LA POSESIÓN ILEGÍTIMA Y LA POSESIÓN PRECARIA. ..	32

3.1. LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO.....	32
3.2. ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN OTROS PAÍSES	33
3.3. ANÁLISIS DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN EL PERÚ	36
3.3.1. Posesión de buena y mala fe	36
3.4. LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO	37
3.4.1. DIVERSOS PUNTOS DE VISTA SOBRE EL PRECARIO, EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA	39
3.4.2. POSESIÓN PRECARIA EN NUESTRO PAÍS Y SU VÍNCULO CON LA POSESIÓN ILEGÍTIMA	40
3.4.3. ¿ES LA POSESIÓN PRECARIA UNA VARIEDAD DE POSESIÓN ILEGÍTIMA?	41
3.5. MARCO CONCEPTUAL	42
CAPITULO IV: MATERIAL Y MÉTODOS	46
4.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	46
4.1.1. Tipo de investigación	46
4.1.2. Nivel de investigación	46
4.2. Diseño de investigación	46
4.3. Población y Muestra.....	47
4.4. Hipótesis de Investigación	47
4.5. Definición y operacionalización de la variable e indicadores	48
4.5.1. Definición de variables	48
4.5.2. Operacionalización de las variables	50

V.	RESULTADOS	51
VI.	CONCLUSIONES.....	57
VII.	RECOMENDACIONES.....	58
VIII.	REFERENCIASBIBLIOGRÁFICAS.....	59
IX.	ANEXOS.....	.. 61

RESUMEN

La presente investigación cuyo objeto de estudio estuvo conformado por las sentencias de primera y segunda instancia, sobre desalojo por ocupante precario, en el expediente N° 2010-0318-JMY-JX-01-C, perteneciente al Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Ucayali y cuya variable en estudio es, la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre actos contra el pudor en menores., es un tipo de estudio no experimental, transversal, retrospectivo. La fuente de recolección de datos fue el expediente judicial N° 2010-0318-JMYJX-01-Cen primera y segunda instancia Juzgado Mixto de Yarinacocha; de la ciudad de Pucallpa, del Distrito Judicial de Ucayali, seleccionado de acuerdo a la técnica por conveniencia, que es un muestreo no probabilístico. Los procedimientos de recolección y plan de análisis de datos. Se ejecuta por etapas o fases, conforme sostienen Do Prado, De Souza y Carraro y consiste en: la primera etapa es abierta y exploratoria, la segunda etapa es más sistematizada, la tercera etapa consiste en un análisis sistemático. Respecto a la sentencia de Primera Instancia. Que se ubicó en el rango de muy alta calidad, proviene de los resultados de calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive, que se ubicaron en el rango de muy alta calidad, Respecto a la sentencia de Segunda Instancia. Que se ubicó en el rango de muy alta calidad; proviene de los resultados de calidad de su parte expositiva, considerativa y resolutive, que se ubicaron en el rango de: alta, muy alta y muy alta respectivamente. Finalmente la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre desalojo por ocupación precario; se ubicaron en el rango de muy alta y muy alta calidad, respectivamente, según los parámetros normativos, doctrinarios y

jurisprudenciales pertinentes. Destacando, más, en ambas sentencias la parte considerativa y resolutive, y menos la parte expositiva.

Palabras claves: *ocupante precario, sentencia de Primera Instancia, sentencia de Segunda Instancia)*

ABSTRACT

The present investigation whose object of study was conformed by the judgments of first and second instance, on eviction by precarious occupant, in file N ° 2010-0318-JMYJX- 01-C, pertaining to the Supraprovincial Criminal Court of Ucayali and whose variable under study is, the quality of first and second instance judgments on acts against modesty in minors., is a type of non-experimental, transversal, retrospective study. The source of data collection was judicial file No. 2010-0318-JMY-JX-01-C in first and second instance Yarinacocha Joint Court; from the city of Pucallpa, from the Judicial District of Ucayali, selected according to the convenience technique, which is a non-probabilistic sampling. The collection procedures and data analysis plan. It is executed in stages or phases, as held by Do Prado, De Souza and Carraro and consists of: The first stage is open and exploratory, the second stage is more systematized, the third stage consists of a systematic analysis. Regarding the sentence of First Instance. Which was placed in the range of very high quality, comes from the quality results of its expository, considerative and resolutive part, which were located in the range of very high, very high and very high quality, Regarding the sentence of Second Instance . Which was placed in the very high quality range; comes from the quality results of its expository, considerative and resolutive part, which were placed in the range of: high, very high and very high respectively. Finally, the quality of first and second instance sentences on eviction due to precarious occupation; they were located in the range of very high and very high quality, respectively, according to the relevant normative, doctrinal and jurisprudential parameters. Highlighting, more, in both judgments the consideration and resolution, and less the expository part. (keywords:

precarious occupant, sentence of First Instance, sentence of Second Instance)

INTRODUCCIÓN

La administración de justicia en el ámbito nacional e internacional, es una función esencial que los estados cumplen a través del Poder Judicial con aspiraciones a consolidar una convivencia democrática con justicia, paz, y bienestar común en la sociedad.

Existe en nuestro país, desde hace ya algunos años, un intenso e interesante debate respecto del tema de la posesión precaria en el Derecho Civil peruano. La controversia es el resultado de la existencia de diversos conceptos que se sostienen, en el Foro, respecto de esta variedad en la forma de poseer bienes, expresamente regulada en nuestra norma sustantiva civil; algunos sostienen, como analizaremos más adelante, que la definición que el actual Código Civil establece sobre el precario, es una en el sentido “vulgar”, pues según se indica, el verdadero concepto de este tipo de posesión es el que se fijó en el derecho romano de la época de Justiniano, es decir la ejerce quien a ruego, recibe un bien de manos de su propietario, a título gratuito y revocable en cualquier momento. Este punto de vista llega a sostener que el concepto “científico” o “jurídico” -no vulgar- del precario se encuentra en la llamada “posesión temporal” producida entre la posesión mediata y la posesión inmediata; ésta posición pretende reivindicar la definición del “precario” por su etimología o por el uso que se le dio hace cerca de 1,600 años, sin atender al nuevo significado atribuido por el uso del que ha sido objeto por las personas a lo largo de todo ese periodo, en especial por la jurisprudencia interna en los últimos 50 años. Otros sostienen que la regulación de la posesión precaria en el Código Civil resulta innecesaria, es decir que no debió ser incluida en dicha norma sustantiva, y que por tal razón debería ser expulsada del mismo, máxime si no constituye un nuevo tipo de posesión pues, refieren sería una variedad de posesión ilegítima.

Por su parte hay quienes señalan, junto con la jurisprudencia producida por las Sala Civil de la Corte Suprema, que la posesión precaria es distinta de la posesión ilegítima, en razón de que en la primera el poseedor carece de título –sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció- y en la segunda, el poseedor, según se indica, tendría título -aunque ilegítimo-; ésta posición no advierte, como relataremos en detalle más adelante, que nuestra norma sustantiva civil ha vinculado la existencia de título posesorio sólo al supuesto de la posesión ilegítima de buena fe, conforme se aprecia del texto del artículo 906 del Código Civil, mas no así con la posesión ilegítima de mala fe, respecto del cual

no se aprecia referencia a la necesaria existencia de algún título; es éste último caso, la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, han señalado que la posesión ilegítima de mala fe es aquella que se ejerce sin título alguno o con pleno conocimiento de la invalidez de su título posesorio.

No obstante, es oportuno referir que en nuestro medio no existe mayor debate o discusión respecto de la afirmación de que, en la actualidad, el precario es siempre un poseedor y no un detentador u ocupante –como sostiene hasta ahora un sector de la doctrina contemporánea, en especial europea-; en todo caso no se ha expresado, en nuestro medio, de modo público una opinión contraria a la referida afirmación.

Hasta hace poco en nuestro país se sostenía -lo que hasta ahora se sostiene en muchas legislaciones contemporáneas, en especial aquellas con influencia de la teoría savigniana de la posesión- que el precario no era poseedor en razón de que “reconocía en otro la propiedad” –para Savigny sólo es poseedor quien tiene un bien con *animus domini*, es decir, sin reconocer en otro la propiedad-, pues en virtud del concepto clásico, es precario aquel que recibe –a ruego- el bien a título gratuito de su propietario, quien., como se ha indicado, podía revocar su decisión en cualquier momento.

Actualmente la Corte Superior de Justicia de Ucayali, con el capital humano que la conforma sin distinción de rangos, jerarquías, regímenes laborales y contractuales que la integran, viene avanzando con paso decidido y librando muchas batallas, mudas e imperceptibles, para mejorar el sistema de administración de justicia local, desde la tarea personal y subjetiva de prepararse teóricamente en los nuevos conceptos e instituciones jurídicas, como en la práctica constante de un actuar con ética tanto en el ejercicio de la

función como en el ámbito privado, buscando de ganarle la partida a la corrupción, que desanima tanto a la población peruana, cuando se refiere al Poder Judicial, donde no se distingue al magistrado probo del que no lo es, dañando a todos los que de una u otra manera pertenecen a este Poder del Estado. Y es por ello la desconfianza que existe actualmente con respecto a las decisiones emitidas por el Poder Judicial en la provincia de Coronel Portillo.

Como se advierte, el tema de administración de justicia es un fenómeno de interés, abordado en distintos contextos de espacio y tiempo, es por eso que al observar el proceso judicial contenido en el expediente N° 2010-0318-JMY-JX-01-C, y al examinar la sentencia de Desalojo por Ocupante Precario, emitida en Corte Superior de Justicia de Ucayali, que declaró fundada la demanda; interpuesto el recurso de apelación ante el – Juzgado Mixto del Distrito de Yarinacocha – Área Civil de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, la Sala Civil confirmó la sentencia apelada. Elevado el recurso de Casación a la Corte Suprema de Justicia de Ucayali, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República declaró Improcedente el recurso de casación; hecho, que despertó interés por estudiar las decisiones adoptadas en el caso concreto, sobre todo por lo que se dice del Perú en cuestiones de administración de justicia, marcando el inicio de la presente investigación, con el siguiente enunciado:

En atención a la exposición precedente y la decisión emitida en el caso concreto se formuló la siguiente interrogante:

¿Ha sido correcta la incorporación de la definición de precario en la norma sustantiva civil?

Conforme se puede observar, se trata de una interrogante que merece ser entendida, es por eso que para darle una respuesta apropiada la hemos dividido en sub preguntas, tal como sigue:

¿Es válida la definición de precario que se consigna en el artículo 911 del Código Civil?

¿Es la posesión precaria –en el Código Civil- un tipo de posesión diferente de la posesión ilegítima? ¿Es precario quien posee un predio con título manifiestamente ilegítimo?
¿Puede el arrendatario devenir en precario respecto de quien fue su arrendador?

¿Es precario quien ocupa un predio, sujeto a régimen de copropiedad, a mérito de un arrendamiento celebrado solo con uno de los copropietarios sin que los otros hayan prestado su consentimiento?

¿Es precario el arrendatario de quien enajenó el predio que ocupa, respecto del adquiriente, si el arrendamiento no se encontraba inscrito y éste no se comprometió a respetarlo?

¿Es precario el comprador, que ocupa el predio a raíz de la compra-venta, cuando se ha resuelto dicho contrato?

¿Es precario el vendedor que ocupa el predio objeto de compra-venta y que no entregó físicamente al comprador?

Como se puede observar son preguntas extraídas de un contexto específico. El proceso judicial contenido en el expediente asignado. Entonces, para responder a la pregunta central o problema de investigación; nos hemos trazado un Objetivo general:

Determinar de qué manera el propietario de un bien inmueble, puede demandar desalojo por ocupación precaria en el Perú.

Proponiendo los siguientes objetivos fundamentales:

Establecer qué acción debe interponer el arrendador, para demandar por desalojo al arrendatario, continua en la posesión del bien. Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano.

Ésta propuesta de investigación se justifica, porque parte de la observación profunda aplicada en la realidad nacional y local en el cual se evidencian que la sociedad reclama “justicia”, expresión que se puede traducir en una solicitud de intervención inmediata de parte de las autoridades frente a hechos que día a día trastocan el orden jurídico y social, generando zozobra y desaliento no sólo en las víctimas de actos, que cada vez adoptan diversas e impensadas modalidades, sino también en la sociedad en su conjunto, generando probablemente una corriente de opinión no necesariamente favorable en relación al tema confianza en el manejo de la administración de justicia.

El presente trabajo aspira contribuir al debate sobre este interesante tema, que por ser de palpante actualidad requiere de un momento de seria reflexión. Trataremos en las siguientes líneas de abordar el tema, analizando los diversos conceptos atribuidos a la

posesión en general como derecho real, así como al precario en particular; expresando, por supuesto, los conceptos que, a nuestro juicio, son los acertados. Abordaremos algunos de los casos que en la actualidad son objeto de controversia en el foro, pretendiendo con ello contribuir al esclarecimiento de este importante tema del derecho civil peruano.

CAPITULO I: LA POSESIÓN

1.1. TEORÍAS EN TORNO A LA POSESIÓN

La controversia entre la teoría objetiva de la posesión y la subjetiva -que la concibe como la concurrencia de dos elementos: *corpus* y *ánimus*-, se han mantenido durante la era de la codificación y con posterioridad a ella. No existe discusión cuando el que detenta el bien es el titular del derecho, esto es, su propietario, pues, en este caso, el poder del que esta investido éste le otorga, de por sí, el derecho correspondiente, para usar, disfrutar, enajenar, e incluso para ejercer no solo acciones defensivas (interdictales) de la posesión, sino además las acciones restitutorias, así como, de ser el caso, las acciones ofensivas, como es el caso de las reivindicatorias. En realidad la discusión se abre cuando quien se encuentra en contacto directo con el bien es persona distinta a su titular; en este caso se dice que el nudo propietario, tiene el derecho a la posesión del bien que le pertenece y que se encuentra en poder de otro. Ortolan¹ -con gran dosis de la teoría savigniana de la posesión- expresaba, ya en el siglo XIX, su convencimiento que en esta materia, las controversias suscitadas -así como los errores que ella se han cometido- proceden de que se comúnmente se han confundido los dos tipos de posesiones, a saber: la posesión puramente física, independiente de todo derecho y la posesión tal como la ley la considera; refiere que es preciso distinguir entre ambas, y que el error ha consistido -en su opinión- trasladando a una lo que le pertenecía a la otra.

En esto Savigny es más directo que Ortolan y llama las cosas por su nombre; a lo que éste denomina “posesión física” aquel le llama detentación o tenencia y a lo que el profesor Ortolan llama “posesión legal”, el primero la define como simplemente posesión en el sentido estricto; así también a lo que Ortolan denomina “hecho e intención” que configuran los elementos de la posesión que él denomina posesión ante la ley o legal, Savigny denomina

“*corpus y animus domini*”. Por ello cabe precisar que, al igual que Savigny, Ortolan

¹¹ ORTOLAN M... “Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano”. Quinta edición revisada y aumentada. Tomo I, Libros I y II de la Instituta. Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor. 1884. En la Pág. 302. Distinguiendo las dos posesiones, precisa: “La posesión física, hecha abstracción de todo derecho, no es más que un hecho, cual es la detentación u ocupación real de una cosa. La intención del detentador y la de los demás para nada entra en ella: basta el hecho para que haya posesión física..(..). Este hecho no deja sin embargo de tener influjo en el derecho. Pero no es esto lo que se entiende ordinariamente en la ley por posesión propiamente dicha (*possessio*). La posesión ante la ley – precisa el profesor Ortolan- es no solo un hecho, sino también un derecho, y en la que entra por mucho la intención de las partes. La detentación corporal de una cosa puede no tener lugar: “*possessio non tantum corporis possidere; sed juris est*”. Se expresa por estas palabras (..) simplemente *possidere*. Dos elementos componen esta posesión legal: el hecho y la intención” sostiene que el arrendatario, el que recibe a préstamo, y el mandatrio, aunque tengan las cosas corporalmente, no adquiere la posesión de ella, pues sus intenciones son de tenerla para el dueño.

Ihering, en el ataque frontal a la teoría –reinante en esa época- que expuso Savigny, señaló de modo didáctico en su obra “La voluntad en la Posesión, con la crítica del método jurídico reinante”², la diferencia entre su teoría y la de Savigny, tomando como referencia la relación de la tenencia y de la posesión, según ambas teorías; se formula la siguiente pregunta: ¿Qué le falta a la simple tenencia para constituir la posesión?. Refiere que según la teoría reinante -la de Savigny-, el *animus rem sibi habendi* o *animus domini*; la voluntad del tenedor no tiende a poseer la cosa para sí, sino para el señor o dueño de la posesión; según esta teoría la diferencia entre la posesión y la tenencia descansa en una calificación de la voluntad de poseer; según la teoría del profesor de Goettinga, la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión, estriba por entero entre la distinción hecha entre la relación posesoria en su sentido lato, y la simple relación de lugar. Explica que la distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, pues en uno y otro caso existe el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene, no la posesión sino la simple tenencia, el fundamento de ésta está, según la teoría objetiva, en el hecho que, por motivos prácticos, el derecho –la ley- en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión; Ihering, para exponer de modo gráfico la diferencia entre su teoría y la teoría reinante en su época, simuló una famosa expresión algebraica; la expuso de la siguiente manera: - para la teoría subjetiva la fórmula sería:

$$x = a + \alpha + c y$$

$$= a + c$$

- y para la teoría objetiva será:

$$x = a + c$$

$$y = a + c - n$$

Donde x es posesión, y es tenencia, c es el corpus, a es el animus, α es el elemento *domini*,

²² IHERING, Rodolfo von... "La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante". Versión española de Adolfo Posada. Segunda parte de la teoría de la posesión. Madrid Imprenta de la Revista de Legislación. 1910. Pág. 59 y 60.

y n que sería la disposición legal que niega la posesión en ciertas relaciones. Como se puede apreciar, comparativamente, lo que para Savigny es simple tenencia, para la teoría objetiva es posesión. Para Ihering la tenencia cuenta con los mismos elementos que la posesión, tanto en el *corpus* como en el *animus*, pero no es posesión en razón de que una disposición del derecho -de la ley- así lo dispone para determinadas relaciones.

En este debate, refieren los tratadistas españoles Díez-Picazo y Gullon¹, Savigny ha considerado a la posesión como el resultado de la concurrencia de dos elementos: el *animus* y el *corpus*, precisando que el *corpus* no es solo la mera tenencia material de la cosa, sino la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata en ella así como la de excluir la influencia de terceros; respecto del *animus*, al que considera como el elemento espiritual, señala que es la voluntad de tener la cosa para sí y como dueño (*animus domini*). Dentro de esta teoría, refieren dichos autores, Savigny considera que el animus es la condición precisa de la posesión, de lo contrario solo habría detentación. Así, dentro de esta teoría, el inquilino, que no cuenta con *ánimus domini*, no es poseedor.

Por otro lado, distinguiéndose de la opinión glosada, Rudolf von Ihering sostiene que para que nazca la posesión y se aparte de la mera tenencia, no es necesario la yuxtaposición del *corpus* y el *animus*, como lo indica Savigny, toda vez que éste se encuentra encerrado en aquel, como lo son entre sí la palabra y el pensamiento, esto es, en el *corpus* toma cuerpo la voluntad de poseer (*animus*). En este histórico debate, Ihering ha señalado que no puede ni debe hacerse ninguna distinción entre poseedores y detentadores fundándose sobre el "*animus*", pues, según refería, unos y otros están

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. "SISTEMA DE DERECHO CIVIL". Volumen III, Quinta edición. Editorial Tecnos S.A..1995. España, Pag. 103.

movidos por la misma intención: el *animus tenendi*. Los Mazeaud², explicando la teoría objetiva sostenida por Ihering, señalan que la distinción entre ambas categorías de ocupantes: poseedores y no poseedores, debe hacerse objetivamente; en principio, el derecho le concede a todo ocupante los efectos de la posesión, no cabe negarlos sino a título excepcional, por razón de una *causa detentionis*, es decir, por una razón derivada del contrato que una al detentador con el propietario⁵.

En el fondo, la teoría objetiva de la posesión, sostenida por Ihering, busca la protección de la propiedad, pues considera que la posesión, en su noción originaria, no es otra cosa que "la propiedad en la defensiva". Ihering, citado por Jorge Avendaño en su obra "Derechos Reales"⁶, sostiene que para asegurar la protección de la propiedad, es absolutamente necesario que la sola "exterioridad" de la propiedad, es decir, la posesión, esté respetada y protegida; las acciones posesorias, refiere Ihering, representan medios defensivos de la propiedad; la *rei vindictio* es el medio ofensivo; agrega que, si esta protección defensiva de la propiedad, no menos absoluta en su esfera que la protección ofensiva, en el sentido que ella es acordada contra cualquiera que turbe la propiedad en su relación, es independiente de la "prueba" de la propiedad, resulta necesariamente que el no propietario que posee goza igualmente del beneficio de esta protección; concluye precisando que para proteger al propietario como poseedor se debe proteger al poseedor de una manera absoluta.

¿Por qué se protege la posesión?⁷, se pregunta Ihering cuando expone los fundamentos de la protección posesoria; nadie formula tal pregunta para la propiedad, insiste; intentando dar una respuesta el autor de la teoría objetiva de la posesión, detecta que en esta materia no existe uniformidad de criterios, no obstante procede a realizar una clasificación de las diferentes teorías que justifican tal protección; identifica dos grupos, un sector de juristas que consideran que tal defensa no tiene

² Los hermanos Mazeaud: Henri Mazeaud (1900-1993) es un personaje legendario en el mundo del derecho privado, tanto por el lugar que conquistó gracias a su aura y sus escritos, pero también, debido a su carrera extra-académica y el linaje Mazeaud. que todavía deja hoy una gran huella en la doctrina francesa. Nieto de magistrado, hijo de un presidente de cámara en el Tribunal de Casación, Henri Mazeaud es doctor en derecho muy temprano, y tiene como mayor éxito, el concurso de agregación [Agregación, en el sistema educativo francés, es una forma de acceso a la condición de profesor de la enseñanza pública del Estado (la República francesa), por oposición; junto con otras como el CAPES, el CAPET o el CAPLP. La denominación del profesor que obtiene la agregación es la de agrégé ("agregado")] en 1926. Él tiene un hermano gemelo, su alias, Leon. Uno puede imaginarse lo que este parecido podría producir como bromas en dos mentes particularmente

fundamento en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones o preceptos jurídicos extraños a ella, al que le denominó “teorías relativas”; en éstas se ubicó él,

brillantes. Así que se dijo, una vez, y es obviamente falso, que Henri repasó el concurso de agregación para su hermano Leo, en 1928. León, se enfrentó a la resistencia como él y también profesor en la Universidad de París, había sido deportado a Buchenwald y, cuando regresó, fundó el movimiento de la Unión de deportados que él se convirtió en presidente y participó en la creación del FPR, el Rally del pueblo francés, de Gaulle (Henry, León, Juan y Pedro Mazeaud Caras en crisis, 1939-1945, 1946) . Jean, el hermano menor de los dos primeros (y padre de Pierre), fue consejero en el Tribunal de Casación. Las lecciones fueron publicadas por Henri, León y Jean, quienes más tarde se asociaron con varios autores, entre ellos Michel de Juglard y François Chabas ,

junto con Savigny, Rudorff, Thibaut, entre otros; el otro grupo le denominó “teorías absolutas” en razón de que éstas sostenían que la

alumno favorito de Henri, un libro que ha guiado a generaciones de juristas.

⁵ MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean. "Lecciones de Derecho Civil", Parte Segunda, Volumen Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960. Pag. 140. ⁶ AVENDAÑO V. Jorge. "Derechos Reales" Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. PUCP. Segunda Edición. 1990. Pág. 114

⁷ IHERING, Rodolfo von..”Teoría de la Posesión –Fundamento de la protección posesoria”. Obra presentada por Adolfo Posada. Madrid Imprenta de la revista de Legislación. 1982. Pág 1. Refiere que la protección a la posesión resulta a primera vista un poco extraña y contradictoria, pues, en algunos casos implica además la protección de los bandidos y ladrones.

posesión era protegida por sí misma y por ella misma, dentro de las cuales ubicó a Gans, Puchta, Bruns y Stahl. Es famosa la teoría de Jhering que da sustento a la respuesta de la pregunta formulada líneas arriba; señala que “la protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba a favor del propietario, la cual aprovecha también el no propietario”.

Tal fundamento de la protección posesoria fue criticado en su momento por diversos juristas; para ello, refiere Galiano, citaron a Ulpianus, uno de los más grandes jurisconsultos romanos, quien sostuvo que “nada hay de común entre la propiedad y la posesión” – *nihil commune habet proprietatis cum possessione*-; y exponiendo los motivos de una de las acciones posesorias dijo que “nada tiene que ver la posesión con la propiedad, siempre está separadas una de otra”. El jurisconsulto alemán responde que ésta opinión de Ulpianus, debe explicarse de la siguiente manera: que al decir que nada tiene en común la posesión con la propiedad, solo se quiere establecer una independencia práctica entre el juicio posesorio y el petitorio para facilitar la prueba de la propiedad; señala que la posesión, así considerada, adquiere frente a la propiedad, una completa independencia; agrega, lo que se alega incluso en

nuestros días, que no se puede discutir la propiedad en el juicio posesorio; concluye estableciendo que esa es la razón, el motivo de la creación de la protección posesoria; es decir, se protege la propiedad sin entrar a demostrar el derecho de propiedad.

Además de las teorías expuestas por Savigny y Jhering, autores de las teorías subjetiva y objetiva de la posesión, respectivamente; que constituyen referentes básicos en la evolución del derecho posesorio contemporáneo, la doctrina ha identificado otras teorías; entre ellas tenemos la denominada Teoría de los glosadores³; refiere Russomanno que ésta teoría sostenía que para adquirir la posesión era necesario entablar contacto físico con la cosa; es decir, asir con la mano la cosa mueble o poner los pies en el inmueble. A ésta conclusión se llega de la definición etimológica de *possessio* que Paulo (D. 41.2.1 pr.) atribuye a Labeón, y que indica “naturalmente es tenuta por el que está en ella” (*naturaliter tenetur ab eo qui el insistit*). Es posible que de esa frase los glosadores –y con ellos los tratadistas anteriores a Savigny-, hicieran un principio general y elaboraran la teoría citada líneas arriba. Sin embargo, en la época clásica, al parecer, el citado principio fue abandonado, pues Paulo señala (D. 41.2.1.21) que “no es necesario tomar la posesión corporalmente y con la mano, sino que también se toma con la vista y la intención”.

1.2. NUESTRA POSICIÓN: LA POSESIÓN EN EL PERÚ ESTA REGULADA COMO UNA VARIEDAD DE LA TEORÍA OBJETIVA.

De las teorías expuestas se advierte que la de Jhering es la que más se aproxima a la necesidad de priorizar la seguridad jurídica y con ello impedir que quienes conduzcan bienes –legítima o ilegítimamente- con interés propio y satisfaciendo su propia necesidad dando al bien una finalidad económica para su propio beneficio –de vivienda, alojamiento, negocio, etc.- no sean privados –o amenazados de privación- del bien, sino hasta que el órgano jurisdiccional decida a quien le corresponde legítimamente dicha conducción. Cualquier alteración fáctica, de origen privado, de ese estado de cosas, puede ser rechazada extrajudicialmente por el poseedor; o a través de los interdictos o acciones posesorias, según sea el caso. Por ello, en nuestro sistema patrimonial, será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad, como

³ RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 18. Refiere este autor que es posible que en la época primitiva la teoría de los glosadores, fuese la aplicable, sin embargo, numerosos textos del Digesto demuestran que ese excesivo rigorismo, había sido ya morigerado en la época clásica.

es el caso de arrendatario, el comodatario, el usufructuario, etc., sino además quien no reconozca en otro la propiedad, como lo es el actual precario -Art. 911 del C.C., el usurpador, el ladrón, quien se considere propietario del bien, sin serlo realmente, entre otros. Todos ellos conducen el bien ejerciendo de hecho atributos que le corresponden al propietario.

En realidad de lo que se trata es de mantener el estado de cosas posesorio, en tanto no exista pronunciamiento judicial sobre la validez de tal ejercicio fáctico, sin considerar para ello si subyace o no algún derecho que justifique dicho ejercicio. Creo que la posesión debe ser protegida *per se*, es decir, por sí misma, desligada de otras determinaciones; dentro de ésta idea Hernández Gil⁴ sostiene que la factibilidad de la posesión estriba, tanto como en consistir en un hecho, en ser suficiente el hecho para tener ingreso en la significación jurídica; refiere el jurista español que la posesión se muestra así en su pureza; no requiere inquirir un porqué más allá del mostrado por ella misma.

Quien conduzca un bien en interés de otro, o siguiendo instrucciones suyas, no es poseedor; será un detentador. Sin embargo ello solo será posible determinar cuándo siendo intimado como poseedor proporcione información que quien posee es persona distinta; ello es así pues en realidad el detentador aparece fácticamente como un poseedor. Si es emplazado judicialmente un tenedor a efecto de que restituya o entregue el bien que conduce, éste deberá proceder haciendo uso de lo que se conoce como llamamiento posesorio, indicando al juez que él no es el poseedor y proporcionando información del verdadero poseedor –nombre completo y dirección- a efecto de que sea éste el emplazado con la demanda.

Sobre este tema, sigo la teoría sostenida por Raymundo Saleilles, precisada líneas arriba, es la que de mejor manera aborda el problema posesorio, esbozando una idea más completa sobre esta figura del derecho real; en realidad para ser poseedor no se requiere obrar en interés propio –no en interés ajeno-, utilizar el bien para satisfacer sus propias necesidades, sea de uso o de disfrute, asignando al bien una utilidad económica; para ello no se requiere contar con título posesorios justificativo, es suficiente que esto se verifique de modo objetivo, es decir fáctico; no cuenta el

⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio.. Op Cit. Pág. 34-35. Refiriéndose a la independencia de la posesión como institución jurídica, el autor español indica, ésta consiste en lo opuesto, en afirmarse por sí; la situación, en cuanto dada, es objeto de tutela dirigida a mantenerla.

poseedor con un *animus* de detentación –como lo sostiene Jhering-, sino un *animus possidendi*, como refiere Saleilles.

1.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN.

Ha formado parte del histórico debate sobre la posesión si ésta es un simple hecho o en realidad constituye un derecho. Aun cuando pareciera que ésta discusión ha sido superada, es bueno comentarla en ésta oportunidad, en razón de que existen en la actualidad algunos Códigos Civiles que no la incluyen dentro de los derechos reales; y otros como el español, usan la palabra posesión para asignarla incluso al detentador, bajo la denominación “posesión natural”; es decir, una “posesión” sin efecto jurídico.

Savigny, autor de la teoría subjetiva de la posesión, sostuvo de modo reiterado que “la posesión no pertenece a la categoría de los derechos reales”⁵; refiere, sin embargo, la cuestión de saber el derecho local que le es aplicable, se coloca aquí más convenientemente que en ningún otro lugar; establece que la posesión es por su naturaleza una relación puramente de hecho.

No obstante, el promotor de la Escuela Histórica del Derecho, ha admitido en diversas oportunidades que la posesión si bien por sí misma es un hecho; por sus consecuencias se asemeja a un derecho. Sostuvo Savigny que en efecto, la posesión no es en principio más que un simple hecho, su existencia es por ella misma, independiente de todas las reglas que el derecho civil ha establecido para la adquisición o pérdida de derechos; dentro de éste concepto, la posesión no puede ser objeto de una transmisión propiamente dicha; dicho en otras palabras, un poseedor no puede jamás como tal, ser llamado el sucesor del poseedor anterior.

Messineo refiere que en la posesión se prescinde de la titularidad del derecho que se ejercita, puesto que la posesión como tal puede carecer del título justificativo; sostiene además, que aún sin título la posesión tiene relevancia para el derecho, sin embargo ello no excluye tampoco que, además del hecho de la posesión, exista un

⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl de... “Sistema del Derecho Romano Actual”. Segunda edición. Madrid. Centro Editorial de Góngora. Tomo Sexto. Pág. 323

título como fundamento de la posesión misma, en este caso la posesión es manifestación derivada de otro poder, esto es, la que emana del título.

En este caso, precisa el citado jurista, debe tenerse presente que si el título de posesión deriva del título del derecho subjetivo, no forma un todo único con él, de tal manera que si, por ejemplo, alguien posee como arrendatario, el título de posesión está en el arrendamiento; otra cosa es, sin embargo, que éste sea arrendatario, lo cual puede suceder antes que empiece la posesión.

Comentando la histórica controversia doctrinaria antes indicada, Messineo ha señalado que la antigua disputa de que si la posesión es un hecho o derecho subjetivo, se resuelve que la misma nace como una relación de hecho (aprehensión, o entrega, o uso), pero apenas nacida, se convierte en una relación de derecho (aunque sea tendencialmente temporal), en cuanto es inmediatamente productora de efectos jurídicos; concluyendo en definitiva que la posesión es un derecho subjetivo, o sea una potestad, como cualquier otro derecho subjetivo.

1.4. LA POSESIÓN EN EL PERÚ ES UN DERECHO SUBJETIVO.-

Podemos concluir, según lo expuesto, que en nuestro país, según el Art. 896 del C.C., predomina el concepto de la posesión como un derecho subjetivo, pues si bien establece que "la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad", sin embargo, de un estudio sistemático de la Ley sustantiva peruana, se aprecia la influencia de la teoría objetiva de Ihering, al establecer la existencia de la llamada posesión mediata y la inmediata de origen germánico, en virtud del cual se reconoce la calidad de poseedor a quien tenga un bien para sí, aun cuando no cuente con *animus domini* (arrendatario, comodatario, etc.) reduciendo la figura de la detentación o mera tenencia (noposesión) solo al caso de quien posea en relación de dependencia de otro (servidor de la posesión).

Dentro de ésta idea, a nadie se le ocurriría, en nuestro país, pensar o sostener que quien tiene una "casa de playa" que ocupa solo los meses de verano (Enero a Marzo de cada año), pierde la posesión por el hecho de no tener contacto con ella durante los otros nueve meses del año; en este caso, resulta válido establecer que aquel sólo perderá la posesión cuando otro individuo con interés propio, y para satisfacer su propia necesidad acceda físicamente al bien sin su autorización,

produciéndose un despojo de la posesión, en cuyo caso le corresponderá ejercitar el derecho subjetivo que le asiste, a través de la defensa posesoria, en la forma de acción interdictal, u otra de naturaleza posesoria.

Es evidente que ésta última forma de apreciar la posesión, esto es, la de considerarla como un derecho subjetivo, es la más idónea, razón por la cual es la que ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina y los sistemas legales existentes. Sin embargo, considero que es válido rescatar, del concepto de la teoría subjetiva de la posesión sostenida por Savigny, los elementos *corpus* y *animus*, solo en cuanto sea la expresión de la titularidad de un derecho reconocido en la ley, es decir: tener el bien (*corpus*), esto es detentarlo por si o a través de otro, y el ánimo (*ánimus*) de tenerlo para sí, sea como dueño o en virtud de cualquier otro título entregado por otra persona o por voluntad propia (Ejm.: el arrendatario, el usufructuario, etc). De ello se puede concluir fácilmente que quien tiene un bien, no para sí, sino por encargo o por instrucciones de otro, no es poseedor.

1.5. LA DETENTACIÓN Y LA POSESIÓN

Dentro de la evolución antes indicada, la doctrina ha reconocido de modo uniforme la distinción entre la detentación de un bien y la posesión propiamente dicha. En el primer caso se ejercita un mero poder de hecho sobre un bien determinado, sin que exista, acompañado el *animus possidendi*, esto es, sin la intención de afirmarse o atribuirse para si el derecho real que él ejercita. En este caso, el detentador es portador de un título que se encuentra subordinado a otro de mayor poder.

Inicialmente los glosadores identificaron la "posesión natural" con la simple detentación, y la diferenciaron de la llamada "posesión civil" a quien la consideraban la verdadera posesión; sin embargo, refiere Diez-Picazo, posteriormente el glosador Bartolo, distingue la posesión (natural y civil) de la simple detentación, precisando que la posesión será civil cuando es idónea para producir efectos civiles respecto del verdadero dueño, y será natural cuando es idónea para producir un efecto civil de algún derecho separado del dominio (Ejm. El usufructuario o feudatario). Esta distinción subsiste en el Derecho positivo español (Art. 340 del C.C. español).

Por otro lado, siguiendo la teoría subjetiva de la posesión, sostenida en Francia por Domat y Pothier, los redactores del CODE (1804), coincidiendo con la sostenida por Savigny en sus trabajos publicados en 1803, establecieron, refieren los Mazeaud, que para que exista posesión es necesario el *animus domini*. Por ello el Derecho positivo francés, le niega los efectos de la posesión a la simple detentación, estableciendo que el poseedor se comporta como dueño de la cosa, sin embargo los detentadores ejercen esa dominación sin ser propietarios ni titulares de otro derecho real; así, dentro de este concepto, en el derecho francés, el inquilino, el arrendatario rural, que tienen dominación de la cosa arrendada, no son poseedores⁶.

Creo necesario establecer, para los efectos del presente trabajo, que corresponde considerar que existe posesión (civil o natural, como dirían los españoles) cuando existe voluntad de poseer para sí -*ius possidendi*-, sea con voluntad dominial, esto es, como dueño, o sin serlo, desconociendo su derecho (Ejm. el precario) o con simple voluntad posesoria, vale decir con *animus possessionis*, que Messineo le denomina "el derecho de poseer", como es el caso del arrendatario, usufructuario, comodatario, entre otros. Ello significa reconocer a la posesión como un interés jurídicamente protegido (derecho subjetivo) que permite el ejercicio de las acciones de defensa posesoria, aun cuando el poseedor no sea propietario del bien. Por otro lado, consideraremos que existirá simple detentación o tenencia cuando se ejerce un poder de hecho sobre un bien, pero éste no se ejerce para sí, sino para otro, siguiendo sus instrucciones u órdenes; en este último caso, es evidente que no existe posesión, en consecuencia el detentador no puede ejercitar la defensa posesoria interdictal.

Siguiendo a Messineo diremos, que será detentador, por ejemplo, quien tiene el poder sobre el bien en interés de otro o por razones de servicio, como es el caso del guardián, el empleado doméstico, el contratista, artesano u operario que detenta los materiales que se han entregado para incorporados o elaborarlos en interés del contratante. Así mismo, es detentador, por definición: el depositario, el gerente del Almacén general de depósito, el porteador terrestre o marítimo, en razón de que la detentación constituye un medio para dar cumplimiento a una obligación frente a otra persona;

⁶ MAZEAUD Henri y Leon, MAZEAUD Jean., obra citada. Pag. 130. Los autores, siguiendo la teoría subjetiva de la posesión, precisan en la obra glosada, que los elementos constitutivos de la posesión son el *corpus* y el *animus*. Respecto de éste último, señalan que el mismo obedece, en el derecho francés, a las siguientes reglas: 1°. El *animus*

sin embargo en estos casos solo por ley se les puede otorgar facultades que le son propias del dueño, a efecto de defender el bien que tienen a su cargo, frente a quienes –terceros o el propio deudor, generalmente dueño- que pretendan el despojo arbitrario, confiriéndole la potestad de ejercer las acciones posesorias, interdictales e incluso las reivindicatorias.

1.6. NUESTRA POSICIÓN FRENTE A LA DETENTACIÓN

domini, se presume que existe siempre, por lo tanto, se presume que todo ocupante, hasta la prueba en contrario, es poseedor y no detentador. 2°. El animus se aprecia in abstracto, por referencia a un ocupante típico que se encontrara en la misma situación que el ocupante efectivo. 3°. Se presume que se conserva, en el curso de la ocupación, el animus que tenía en un principio. 4°. Esa presunción se destruye ante la prueba de una modificación de título proveniente de un tercero o resultante de una contradicción manifiesta con los derechos del propietario. Los autores concluyen precisando lo siguiente: mientras que el corpus puede ser adquirido y ejercido por medio de otro, el animus debe existir en la persona del poseedor, no se admite excepción salvo para el infans y el loco (Pag. 128).

En nuestro país se ha definido con precisión el concepto de detentación y ha quebrado en definitiva cualquier discusión sobre el tema, reduciendo esta figura solo al "servidor de la posesión", pues se ha establecido de modo expreso en el Art. 897 del actual Código Civil que "no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas".

Y siguiendo la lógica de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo civil, se puede decir que la posesión es un derecho por sí mismo, pues el poseedor ejerce señorío directo sobre la cosa, sea en razón de que nos fue entregada, o simplemente porque la tomamos; se distingue de la detentación o simple tenencia, en razón de que en ésta no se posee para sí, sino para otro.

Apreciaremos con mayor claridad la posesión como un derecho real –a diferencia de la detentación o tenencia- cuando, no existiendo el poder efectivo y directo sobre la cosa, se adquiere en virtud de un acto jurídico que la Ley la habilita, como el caso del propietario que adquiere un bien que es ocupado por un tercero, o con la entrega del documento que contiene el derecho de recoger los bienes que han sido objeto de transporte, viaje o se encuentran en Almacenes Generales. Creo que resulta válido afirmar que, en nuestro país, también existe posesión como derecho, respecto del comprador de un bien, cuando el vendedor que tiene el bien vendido no lo entrega, en

virtud de lo establecido en el Inc. 2 del Art. 902 del C.C. vigente. Manuel Albaladejo⁷ refiere que la posesión mediata es uno de los casos de adquisición de la posesión como derecho.

1.7. POSESIÓN INMEDIATA Y POSESIÓN MEDIATA.

Otra distinción, importante que permite abordar cómodamente el tema objeto de este trabajo, es la posesión mediata y la inmediata, recogida del Derecho Alemán en el que Ihering ejerció gran influencia.

Se entiende que una persona ejerce posesión inmediata respecto de un bien, cuando lo detenta físicamente para sí, en virtud de un título otorgado por otra persona, éste último ejerce la posesión mediata. Es preciso anotar en este caso que el poseedor mediato no tiene que ser necesariamente el propietario, puede no serlo, sin embargo es necesario que ejerza sobre el bien *animus possessionis*. Es el caso del propietario que entrega el predio a su arrendatario, y éste a su vez se lo entrega, con anuencia del dueño, a un subarrendatario; en tal caso, éste último será poseedor inmediato, mientras que el propietario y su arrendatario serán poseedores mediatos.

Se ha sostenido por Vallet de Goytisolo, que la distinción de la llamada posesión mediata y la inmediata solo se justifica en el derecho alemán, más no en el Derecho español u otros de similar estructura. Refiere el mencionado jurista, citado por Díez-Picazo en la obra glosada, que la anotada distinción resulta imprescindible en el Derecho alemán, dada la naturaleza horizontalmente unitaria de la posesión germánica, pues el propietario que no detenta el bien que él pertenece no lo poseería. En nuestro Derecho, insiste el citado autor, no se requiere de la distinción de la posesión mediata para que el propietario que no detenta el bien, no lo posea o no pueda ejercer sobre él derechos posesorios, por ello es más sencillo distinguir entre el poseedor de dominio de una cosa y el poseedor material de la misma, que en definitiva solo posee efectivamente ciertas facultades de ésta; precisa que ésta es la tradicional distinción que se ha hecho siempre entre nosotros: la *possessio iuris* y la *possessio facti*.

⁷ ALBALADEJO Manuel. "Derecho Civil" Tomo III, Derecho de Bienes, Volumen Primero. Octava Edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona 1994. Pag. 82

En esta materia, es necesario señalar que la relación jurídica existente entre el poseedor mediato y el inmediato no tiene que, necesariamente, haber nacido entre ambos, pues a través de la transmisión de los derechos reales, de propiedad o posesión, la posesión mediata puede ser adquirida por persona distinta a la que originalmente tenía la condición de poseedor superior; es el caso de quien adquirió la propiedad de un predio ocupado por un tercero, inquilino del enajenante: aquí el nuevo dueño resulta ser el poseedor mediato desde que se le comunica al tercero de la enajenación.

Es el caso, también, del que recibió el predio de su propietario y sin autorización lo arrendó a un tercero: éste último resulta ser mediador de la posesión -poseedor inmediato-, no-solo respecto de quien recibió el bien, sino incluso del propietario, quien es en realidad un poseedor superior -poseedor mediato-, asistiéndole a éste, evidentemente, la pretensión de entrega -restitución- del bien de su propiedad.

No está demás insistir que el título en virtud del cual el poseedor inmediato tiene el bien, deba ser necesariamente un título legítimo; para que exista éste tipo de posesión temporal posesión mediata e inmediata- no es indispensable que el vínculo jurídico existente entre ambos poseedores este arreglada a derecho, es decir, que quien entregó la posesión del bien se encuentre autorizado por su titular para ello; es suficiente que entre ellos exista un nexo obligacional, aun cuando éste no resulte válido para el verdadero titular del derecho. Creo que éste nexo obligacional puede surgir como consecuencia de una manifestación de voluntad expresa entre las partes, como de una tácita.

1.8. LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN Y SU LEGITIMIDAD

Atención especial corresponde dar al modo adquirir la posesión. Ello en razón de que nuestra norma sustantiva civil solo regula la forma como se adquiere la posesión cuando ésta se encuentra arreglada a derecho, esto es, cuando estamos frente a la posesión legítima

—o posesión regular como se indica en el Código de Andrés Bello; sin embargo resulta importante tener presente que existen también diversas maneras de adquirir la posesión en general, incluida en ella a la posesión ilegítima o contraria a derecho, entre la que se ubica —en nuestro derecho civil actual-, entre otras, la posesión precaria.

Efectivamente, en nuestro sistema jurídico, además del caso de quien adquiere originariamente la posesión conforme a ley, la posesión legítima es la que ejerce el propietario del bien, o la que ejerce quien de él la recibió válidamente -la tradición, sea en forma directa o por interpósita persona. También es legítima la posesión que se ejerce por disposición emanada de la Ley y siguiendo la forma prescrita en ésta. Esta es la posesión arreglada a derecho. Es preciso distinguir, sin embargo, que en este caso se adquiere válidamente la posesión por la vía de los hechos, esto es, proveniente, por ejemplo, de la tradición fáctica de quien cuenta con título -es el caso de la posesión inmediata-, adquisición originaria, entre otros; o como derecho o espiritualizada, proveniente, entre otros, de la tradición tácita, que constituye en realidad una variante de la posesión mediata.

CAPITULO II: EL PRECARIO

2.1.ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ROMA.

Abordaremos ahora la figura del precario. Empezaremos analizando su evolución histórica.

La palabra precario, refieren Colin y Capitant⁸, es una expresión romana que en sus primeros momentos designaba un vínculo jurídico, al parecer, nacida de lo que se conocía como clientela. Un gran propietario concedía fundos a sus clientes, a petición de ellos mismos; quienes cultivaban la tierra y vivían de ella, debiendo restituirla a voluntad del concedente.

El origen de ésta es oscuro, aparece en la Roma antigua; se ha especulado que se estableció a propósito de la explotación del *ager publicus*; refiere Petit que los Patricios romanos hacían a sus clientes concesiones esencialmente revocables.

En la Roma antigua, cada familia está colocada bajo la autoridad de un jefe, al que se le denominó paterfamilias. Estos padres y sus descendientes -que integran las

⁸ COLIN, Ambrosio y CAPITANT H.... "Curso elemental de Derecho Civil – De los bienes y de los derechos reales principales". Tomo Segundo. Volumen II. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1942. Pág. 898. Refieren los citados profesores de la Universidad de París, que precario viene de la palabra preces. (Ver Ulpiano I pr. D. de precario, XLIII, 26).

gentes de las treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios, *patricii*; ellos solos participaban del gobierno del Estado y gozaban de todos los privilegios del ciudadano romano.

Señala Eugene Petit que al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de clientes, bajo la protección del jefe, que viene a ser su patrón. Se cree que los clientes formaban parte de la gens; en todo caso, se conoce que la clientela crea derechos y deberes; el patrón debe a sus clientes socorro y asistencia, toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, a efecto de que vivan de ellas; por su parte el cliente debe al patrono respeto y abnegación; asistían a su jefe, siguiéndole a la guerra; entre otras.

La existencia de los clientes dada de antes de la fundación de Roma, de hecho dicha institución se encontraba ya, en esa época, en la mayor parte de las ciudades de Italia.

Eran *ager publicus* los territorios de las poblaciones vencidas por Roma, que pasaban a ser propiedad del Estado romano; se conoce que una parte de éstas tierras pasaban a incrementar la propiedad privada, apareciendo el *ager privatus*. Una parte de éstas tierras eran cultivadas, las que eran enajenadas en beneficio de los particulares; otras, no cultivadas, eran entregadas para su cultivo a cambio de pagar un censo al Estado; ello no los hacía propietarios, solo mantenían la *possessio*, por lo que dichas extensiones de territorio permanecía como *ager publicus*. Éste derecho de ocupación solo era ejercido por los patricios; eran considerables los territorios que eran cultivados por los esclavos o los clientes, a quienes hacían concesiones a título esencialmente revocable (*precarium*).

Como se puede apreciar el precario tuvo su origen en el primitivo derecho de gentes –derecho común a todos los hombres, ciudadanos y extranjeros-, existiendo mucho antes que el “*ius civile*”–derecho propio de la ciudad, aplicable sólo a los ciudadanos- ya que el *ius gentium* tuvo principio al mismo tiempo que los hombres⁹, idea en la que todos los historiadores coinciden.

El origen (del precario) no fue algo exclusivo del Derecho de Roma. Diversos investigadores coinciden en afirmar que se desenvuelve primero en el seno de la

⁹ MORENO MOCHOLI, Miguel... “El precario”. BOSCH, Casa Editorial- Barcelona. España 1951. Pag. 24.

clientela, institución prerromana que se refiere no a las “civitas” sino a los núcleos que le precedieron, es decir a las “gentes”, organismo primitivo no exclusivo de las razas itálicas, latinas, sabinas y celtas, sino también procedente de los etruscos, helenos y eslavos”.

La economía más antigua se basa preferentemente en el “ager públicus” (propiedad pública); se dice incluso que tuvo mayor importancia que el ager privatus; grandes extensiones de territorio eran entregados a los señores ricos en el *ager publicus*; refiere Moreno Mocholi que consecuencia de todo esto es, que frente a la idea de lo público y sus pertenencias, solo surge ese denominador común de todos los disfrutes de cosa ajena:

el “*precarium*”, única forma de goce por otro en los tiempos primitivos.

El precario pasó a ser desde su nacimiento un importante eje y centro de desplazamientos posesorios, supliendo con un alcance virtualmente exhaustivo, todas las cesiones que en formas y condiciones van dando lugar a lo que por fin llegan a denominarse derechos reales limitativos de dominio. Se puede afirmar así que la figura del precario se centra en la concesión, sin pago de renta alguna, pero con el pago de un canon o prestación de análogo tipo que constituye tributo de sujeción y reconocimiento.

2.2. EVOLUCIÓN DEL PRECARIUM EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Los juristas franceses Planiol y Ripert, siguiendo la lógica de la teoría subjetiva de la posesión, sostenida por Savigny y asumida por el Derecho francés, señalan que quien posee un bien a título de precario no ejerce, en realidad, la verdadera posesión, pues en tal caso, refieren, el derecho no le concede las acciones posesorias y no produce la usucapión. Ello en razón de que el precario no cuenta con uno de los elementos esenciales de la posesión, que es la intención de poseer para sí mismo (*animus*). Esto se explica en razón de que, según los citados juristas, en el Derecho francés, el concepto de precario está referido, como en el antiguo Derecho romano, a un contrato celebrado con el propietario, en virtud del cual conduce el bien a título gratuito, sin *animus domini* y reconociendo el derecho de propiedad de quien le entregó el bien.

En nuestro derecho actual, indican Colin y Capitant¹⁰, la significación originaria del precario ha cambiado, poseer a título de precario es detentar más bien que poseer, si se toma ésta palabra en su acepción técnica. Refiere que son detentadores precarios el colono, el depositario, el usufructuario, etc.; en efecto éstos últimos poseen por cuenta del arrendador, el depositante y el nudo propietario; agregan, que es posible citar otros muchos detentadores precarios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, ha establecido, según Roca Sastre y Moreno, citados por Diez-Picazo¹¹ en la obra glosada, tres tipos de situaciones posesorias dentro del precario: 1º) La posesión concedida, 2º) la posesión tolerada, y 3º) la posesión sin título. En los dos primeros casos, existe la voluntad, expresa o tácita, de una persona de conceder a otra la posesión de una cosa, a título gratuito y revocable; existe en este caso, refieren los citados autores, una relación contractual que podría calificarse como una modalidad del contrato de comodato.

Respecto al tercer tipo de posesión precaria, refieren, se da la acción de desahucio por precario (desalojo en el Perú), contra quien carece de todo título para poseer o posee en virtud de un título nulo. Es evidente que en este último caso no existe vínculo obligacional entre el propietario del bien y el poseedor precario, en todo caso si éste existió devino en ineficaz.

2.3. EVOLUCIÓN EN EL PERÚ.

Similar evolución, respecto de la que tuvo en la jurisprudencia española, se produjo en nuestro país, así tenemos que los tribunales peruanos establecieron en los últimos 60 años, que precario es aquel que ocupa un bien sin título alguno y sin pagar renta o merced conductiva¹¹.

Finalmente el legislador tomó la propuesta variando sólo el término “caducado” por un término mucho más amplio: “fenecido”; así consagró en el artículo 911 del actual Código Civil peruano, la definición de la posesión precaria, bajo el siguiente

¹⁰ COLIN, Ambrosio y CAPITANT H....Op. Cit. Pag. 898. ¹¹

DIEZ-PICAZO Luis. Obra citada. Pag. 489

¹¹ En Revista de Tribunales (R. de T.) de 1940, página. 336, se publicó la siguiente jurisprudencia: “El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles, es de ocupante sin título alguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar merced conductiva...”.

texto: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”.

Como se puede apreciar tal regulación normativa –única en el derecho comparado sustantivo- es el resultado de la evolución histórica del concepto de precario, y se puede decir, sin lugar a dudas, que dicha regulación normativa ha recogido la experiencia judicial peruana, así como la española, entre otras.

CAPITULO III: LA POSESIÓN ILEGITIMA Y LA POSESIÓN PRECARIA.

3.1. LA POSESIÓN ILEGITIMA EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO

Una de las clasificaciones, basadas en el origen de la posesión, reconocida en la doctrina y en el derecho positivo, es la referida a la posesión legítima y la posesión ilegítima.

En términos generales, como se ha indicado, podemos establecer que la posesión legítima, conocida por algunos autores españoles como posesión justa, y –con sus particulares diferencias- en los países bajo la influencia del Código de Andrés Bello como posesión regular¹², debe entenderse como aquella que se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico¹³, o como lo precisa Avendaño¹⁴, aquella que se ejerce con arreglo a Derecho, resultando ser ilegítima, aquella que es ejercida contrario a Derecho. Peña Guzmán¹⁵, citando a Vélez Sarsfield, sostiene que la posesión es legítima si ella proviene de una relación legalmente constituida y que será

¹² AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Posesión ilegítima o precaria”. THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima, 1986. Sobre el tema de la posesión legítima y la ilegítima, el citado Prof. Universitario sostiene: “Una primera aproximación sugiere que la posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es la contrarios al derecho.”

¹³ PESCIO V. Victorio. Obra citada Pág. 165. Refiere el citado Profesor Chileno que la posesión regular es la adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe. Tal definición no es coincidente respecto de lo que nosotros concebimos como posesión legítima, dada la distinta connotación que en nuestro medio se le atribuye al “justo Título” y a la “buena fe” posesorias.

¹⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Posesión ilegítima o precaria”. THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima, 1986. Sobre el tema de la posesión legítima y la ilegítima, el citado Prof. Universitario sostiene: “Una primera aproximación sugiere que la posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es la contrarios al derecho”

¹⁵ PEÑA GUZMAN, Luís Alberto. Op. Cit.. Pág. 261. Este autor argentino, profesor de la Universidad de Tucumán, para definir la posesión legítima y la ilegítima, cita al autor del Código Civil argentino, precisando que éste sigue el mismo concepto establecido por Freitas, autor del Código Civil Brasileño.

ilegítima si la posesión padece de vicio o defecto desde su origen o causa que le diera nacimiento.

Así, podremos afirmar que se encuentran dentro de los alcances de la posesión legítima la que ejerce el propietario del bien, o no ejerciéndola éste, aquella que fue recibida de quien se encontraba legalmente apto o legitimado para entregarla, e incluso, podremos agregar a este rubro aquella posesión que es ejercida en forma pública y con tolerancia o aquiescencia del titular del derecho, en tanto éste no le pida o reclame la entrega del bien. Por el contrario, se ubicarán dentro de la posesión ilegítima, aquella que es ejercida por quien adquiere la posesión de quien no se encuentra apto legalmente para entregarla, esto es, de quien no se encuentra legitimado para transmitir tal derecho, o aquella que se accede en forma directa sin contar con la autorización del titular del derecho. Puede suceder que el poseedor crea en la legitimidad de su adquisición, lo que evidenciará que estaremos frente a un poseedor de buena fe; tenemos, por ejemplo, el caso de quien adquiere la posesión en virtud de un contrato (compra-venta, arrendamiento, comodato, etc.) de quien no tiene la titularidad del derecho o que no se encuentra facultado por éste para realizar tal contrato, pero con la particularidad de que el adquirente de la posesión desconocía tal hecho; se dice que el poseedor, en tal caso, porta un título que contiene un derecho que emana de un acto o negocio jurídico nulo o anulable o ineficaz. Es preciso anotar que tratándose de un acto nulo, la presunción de buena fe acompañará al poseedor en tanto la causal de invalidez no resulten manifiestas o razonablemente evidentes, caso contrario el acto jurídico podría incluso ser declarado inválido por el Juez de oficio, esto es, sin que medie solicitud o demanda alguna, en razón de que en tal caso el agravio al interés público emana por sí mismo del título, sin necesidad de otro elemento adicional, que tenga que ser probado; en cuanto al título anulable, éste continuará surtiendo todos sus efectos en tanto no se declare judicialmente su invalidez.

3.2. ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN OTROS PAÍSES.

Salvo Argentina, no se advierte en la mayoría de los países latinoamericanos una regulación normativa referida a la clasificación de la posesión por su origen, esto

es, la referida a la posesión legítima o ilegítima. Analizaremos algunos Códigos Civiles de nuestro continente americano.

A diferencia de los Códigos Civiles promulgados en nuestro país, en Argentina, Dalmacio Vélez Sársfield incluyó de modo expreso en el Art. 2355 del Código Civil de ese país, los conceptos de la posesión legítima y de la ilegítima. Salvat comentando dicho artículo, se refiere a la posesión ilegítima como aquella que se tiene sin título. Señala además el insigne jurista argentino, que al caso de la falta de título la Ley (léase Código Civil. argentino) equipara al del título nulo.

Refiriéndose a la palabra título, sostiene que éste debe entenderse para designar al acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, concluyendo que la posesión será ilegítima por falta de título, cuando ella no responde a algunas de las causas que legalmente pueden darle nacimiento, como es el caso de una posesión adquirida en virtud de un acto de usurpación.

Por su parte, Borda, refiere que en materia posesoria, Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino, recibió influencia de Savigny y su famosa teoría subjetiva del *animus domini* en la posesión, al establecer en su Art. 2352 que, el que tiene efectivamente una cosa reconociendo en otro la propiedad, es un simple tenedor. En ello el Código Civil argentino se aparta del nuestro. Es respecto a la clasificación de la posesión por su origen, en donde existe coincidencia con el nuestro, esto es, el referido a la posesión legítima e ilegítima. El mismo autor, comentando el artículo 2355 del Código Civil de su país, ha resaltado la importancia en el sistema legal de su país, de di

El Código Civil Chileno de 1855, conocido como el Código de Andrés Bello, que se afilia claramente a la teoría subjetiva del *animus domini* de Savigny, al igual que su réplica, el Código Civil Ecuatoriano¹⁴¹, no regula la posesión legítima o ilegítima, sin embargo establece una clasificación parecida, al referirse a la llamada posesión regular o posesión irregular. Así el Art. 702 del dicho Código (Art. 736 del actual Código Civil. ecuatoriano), establece que la posesión puede ser regular o irregular. Refiere la citada norma sustantiva que la posesión regular es la que se ejerce con justo título y ha sido adquirida de buena fe; se precisa que continuará

siendo regular la posesión aun cuando la buena fe no subsista después de adquirida la posesión.

Ello significa que, en el Derecho civil chileno, así como en el ecuatoriano, según la norma en comento, la buena o mala fe no constituye un requisito para la existencia de la posesión regular o irregular, pues la propia norma civil reconoce que la posesión puede ser regular y de mala fe, como también puede ser de buena fe pero irregular. Lo importante en la posesión regular es el justo título. Para ello el propio legislador establece en el Art. 703 del mismo Código (Art. 737 del actual Código Civil ecuatoriano), los requisitos para que un título posesorio se considere justo título. Por si existiera alguna duda, fija de modo claro, en el Art. 704 del mismo cuerpo legal (Art. 738 del actual Código Civil ecuatoriano), cuando no hay justo título. Por ejemplo, señala dicho Código Civil, que no es justo título: el falsificado, el conferido de quien no cuenta con facultades para otorgarlo, el que adolece de vicio de nulidad o el meramente putativo, entre otros.

El Código Civil Colombiano de 1887¹⁶, recoge exactamente los mismos criterios comentados en los dos párrafos anteriores, esto es, reproduce los mismos conceptos fijados en los Códigos Civiles de Chile y Ecuador, referidos a la posesión regular e irregular.

Por su parte, el Código Civil Venezolano de 1942, apartado de la influencia del Savigny, establece la posesión de las cosas sin el requisito del animus domini.

Así quedó fijado en su Art. 771 al señalar que la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos o por medio de otras personas. Con este criterio, el derecho civil venezolano se fue al otro extremo y estableció protección legal a la tenencia de una cosa atribuyéndole la calidad de posesión.

Por su parte el Código Civil Brasileiro vigente, respecto de la naturaleza de la posesión y su definición, tiene una regulación normativa similar a nuestro actual Código Civil, al establecer en su Art. 485 que se “considera poseedor a todo aquel tiene de hecho el ejercicio, pleno o no, de algunos poderes inherentes al dominio o

¹⁶ Código Civil compilado por Jorge Ortega Torres. Décima Edición actualizada . Editorial Temis. Librería

propiedad". Con ello se puede decir que dicho Código, al igual que el nuestro, se afilia a teoría objetiva de la posesión expuesta por Rodolfo von Ihering a fines del Siglo XIX. Este Código introduce en su Art. 486 la regulación sobre posesión temporal de bienes, similar a la que nuestro Código conoce como posesión inmediata y mediata, pero le denomina posesión directa, que es la ejercida por el usufructuario, el acreedor pignoraticio, el locatario, y la posesión indirecta que tiene el que la entregó.

3.3. ANÁLISIS DE LA POSESIÓN ILEGÍTIMA EN EL PERÚ.

Siguiendo en el análisis de la posesión en el Derecho Civil peruano vigente, podremos decir que la posesión ilegítima precaria no se encuentra apartada u a respecto de la otra, por el contrario, como veremos se encuentra estrechamente vinculada en su propia esencia.

3.3.1. Posesión de buena y mala fe.

En la posesión ilegítima, es preciso distinguir, como se ha hecho, entre la posesión de buena fe y la de mala fe. Será de buena fe aquella posesión que se ejerce en virtud de un título que el poseedor considera legítimo, pero que en realidad se encuentra afectado de un vicio que lo invalida. Debemos concluir que nos encontramos, respecto del poseedor,

Bogotá-Colombia. 1985 con un título adquirido con error o ignorancia de hecho o de derecho respecto de la existencia de un vicio que lo invalida, conforme se deduce del texto del Art. 906 del Código Civil. Existe, en este caso, el llamado "justo título" o, en su caso, el "título putativo"; en el primer caso entendido como aquel que reúne todas las formalidades que exige la ley, pero su único defecto es que quien lo practica no es el titular del derecho y no se encuentra autorizado para extender el título; y en el segundo caso, se trataría de título inválido –nulo o anulable- adquirido de buena fe por el poseedor. Puede ser el caso de aquel que adquirió un bien de quién él creía propietario, o del arrendatario que adquirió la posesión pensando que el arrendador era el propietario o persona autorizada por éste o por la ley, pero que, sin embargo, se acreditó después que no lo era. La doctrina ha reconocido de modo uniforme que, en general, se mantendrá la buena fe del poseedor hasta que éste no

tome conocimiento, según las circunstancias, de que, quien le transmitió el título no tenía capacidad jurídica para hacerlo. Nuestro Código ha establecido además, en su Art. 907, que, en todo caso, la buena fe dura que el poseedor es emplazado en juicio y la demanda resulta fundada.

Por otro lado, existirá mala fe en la posesión cuando el poseedor del bien conoce perfectamente que no le asiste derecho alguno, que conoce de la ilegitimidad de su título –en caso éste existiera- o que ejerce la posesión sin título alguno, y es consiente que ejerce un poder de hecho sobre dicho bien, en claro perjuicio de su titular.

En este punto se puede formular la siguiente pregunta ¿Quién no tiene título para poseer es necesariamente un poseedor ilegítimo?. El señor Magistrado –Vocal Supremo- Dr. Sanchez-Palacios Paiva refiere que no; para ello pone el ejemplo de quien se establece para vivir en un paraje de la Amazonía, en una zona desértica, o en la Laponía, que no cuentan con título pero no por ello se le puede considerar –poseedor- ilegítimo. En este punto creo –con todo respeto- que nuestro querido Magistrado incurre en error, pues cualquier paraje de la Amazonía o cualquier zona desértica que no sea de particulares es del Estado. Para que el ejercicio de tal posesión resulte legítima tendría que ser considerada como una forma originaria de adquisición de la posesión, lo que no es posible dado que tales bienes –inmuebles son propiedad ajena, esto es, no son *res nullius*. El hecho que posteriormente la propiedad de tales bienes pueda adquirirse por prescripción -si cumplen con los requisitos previstos en el artículo 950 del C.C.-, no significa que la posesión que ejercen sobre dichos inmuebles antes del cumplimiento de tales requisitos, sea válida o legítima; en estricto estamos en ese caso siempre frente a una posesión contraria a derecho. Por ello es válido afirmar que quien posee sin título siempre posee de modo ilegítimo. Cosa distinta es que el Estado, llegado el momento, invocando el interés público y social confiera a tales “invasores” el derecho a poseer dichos bienes y en su oportunidad les confiera título posesorio o de propiedad; ello no quiere decir que en su origen la posesión haya sido legítima.

3.4. LA POSESIÓN PRECARIA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO.

El actual Código Civil peruano, como se ha indicado, a diferencia de los otros Códigos Civiles del continente americano, y probablemente del mundo, ha incorporado una

precisa definición de la posesión precaria, apartándose de modo claro y concluyente de la tradicional concepción que de él se ha tenido y se tiene en la historia del derecho privado.

Al establecer nuestro Código Civil que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido, no existe más en nuestro país, desde el 14 de noviembre de 1984 -fecha en que entró en vigencia-, la clásica definición expuesta en la doctrina y el derecho comparado, que reconocía como precario a quien tenía un bien a título gratuito, que lo había recibido a ruego de su propietario, con la característica de que dicha entrega podía ser revocada en cualquier momento.

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

Dos elementos básicos hacen que la posesión precaria en el Perú, se distancie ampliamente, en el mismo tema, de la Doctrina civil contemporánea.

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

El segundo es que en el Perú de hoy –desde 1984-, la posesión precaria de un bien no la ejerce quien tenga algún vínculo contractual u obligacional vigente con el propietario o quien haga sus veces, en virtud del cual tiene el bien a título gratuito y revocable por éste en cualquier momento, como se ha conocido en el derecho

romano o en la doctrina reciente. La posesión precaria en nuestro país es, como se ha indicado, es la que se ejerce sin título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció.

Ello significa, dentro de esta línea, que en nuestro país será poseedor precario, por ejemplo:

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

3.4.1. DIVERSOS PUNTOS DE VISTA SOBRE EL PRECARIO, EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA.

Muchos autores, entre ellos quienes coinciden con la teoría subjetiva de la posesión expuesta por Savigny en los primeros años del siglo XIX, y que además mantienen del derecho romano el concepto clásico del *precarium*, sostienen que el precario es un mero detentador, es decir, no ejerce la posesión, en razón de que carecen de *ánimus domini*, al reconocer en otro la propiedad del bien que ocupan o tienen físicamente. Así, Planiol y Ripert, dentro de esta lógica, asumida por el Derecho francés, señalan que quien posee un bien a título de precario no ejerce, en realidad, la verdadera posesión, pues en tal caso, refieren, el derecho no le concede las acciones posesorias y no produce la usucapión¹⁷. Estos juristas –y otros con influencia savigniana– sostienen que la posesión en precario nunca es un hecho irregular, contrario al derecho, lo que no sucede con la verdadera posesión, que a menudo no lo es, como por ejemplo, en caso de robo o usurpación. Las personas

¹⁷ PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo III. Los Bienes Cultural S.A. Habana. 1946. Pag. 160-162.

que poseen una cosa en precario la detentan en virtud de un título regular; han celebrado un contrato con el propietario o han sido entregados por la ley o la Justicia.

3.4.2. POSESIÓN PRECARIA EN NUESTRO PAÍS Y SU VÍNCULO CON LA POSESIÓN ILEGÍTIMA.

De lo expuesto en el numeral 5 precedente, se puede concluir que no existe dispositivo alguno, en nuestro Código Civil, que establezca una restricción al concepto de posesión ilegítima limitándola solo a la que se ejerce con un título inválido. Por ello no resulta ser un criterio razonable el que sostiene que la presencia, en el actual Código Civil peruano, del Art. 911 es para diferenciar la posesión ilegítima de la posesión precaria. Una razonable interpretación permitiría establecer que: la posesión sin título –posesión precaria- es siempre una posesión ilegítima.

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

Avendaño¹⁸, comentando precisamente el Art. 911 del actual C.C. peruano, que regula la posesión precaria, señala que éste se refiere tan solo a la falta de título y a la extinción del mismo. Dentro del primer concepto (falta de título) puede comprenderse no solo la ausencia total del mismo sino también a la

¹⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Derechos Reales”. Materiales de enseñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Segunda Edición, corregida y aumentada. Pontificia Universidad Católica, 1990. Pag. 137.

existencia de un título nulo. Agrega este autor peruano, con singular precisión, que se trata evidentemente de casos que dan origen a una posesión ilegítima. Comentando el segundo supuesto del citado artículo (extinción del título), el profesor universitario señala como ejemplo el caso del arrendatario cuyo contrato ha vencido y sin embargo se mantiene en la posesión del bien, tal caso, precisa, sería el de un poseedor ilegítimo porque su título ha fenecido.

3.4.3. ¿ES LA POSESIÓN PRECARIA UNA VARIEDAD DE POSESIÓN ILEGÍTIMA?

Creo que sí. No obstante reiterada jurisprudencia casatoria ha establecido que la posesión precaria es distinta que la posesión ilegítima. En la Casación N° 1437-99Lima, de fecha 16 de noviembre de 1999, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido; y siendo que –refiere la ejecutoria en su cuarto fundamento- el legislador ha hecho una diferenciación entre posesión ilegítima y posesión precaria, en razón de que en la primera existe título, pero que adolece de un defecto formal o de fondo y en la segunda no existe título alguno, se concluye que la posesión ilegítima no puede equipararse con la posesión precaria.

Grave error, pues como hemos indicado líneas arriba, lo que ha hecho el legislador es identificar –en el artículo 906 del Código Civil- a la posesión ilegítima de buena fe con la existencia de un título que el poseedor cree en su legitimidad; sin embargo no se ha previsto nada con relación a la existencia de título cuando regula la posesión ilegítima de mala fe; resulta evidente, como se reconoce en la doctrina y legislación comparada, hay posesión ilegítima no solo cuando se posee con título inválido -que por error el interesado cree en su legitimidad-, sino además cuando se posee sin título alguno o cuando el poseedor conoce, de acuerdo a las circunstancias de la invalidez de su título; éstos últimos son los supuestos de posesión precaria; Similar apreciación expone la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la CAS. N. 1521-02 Lima160; en dicha ejecutoria queda establecido que

“(…) en la posesión ilegítima existe un título pero que adolece de un defecto formal o de fondo y en la posesión precaria no existe título alguno, hecho que conduce a determinar que la posesión ilegítima no puede ser equiparada a la posesión precaria”. Del texto de la ejecutoria se advierte que la parte demandada adjuntó un documento con el que pretendía justificar la posesión; la Sala Superior consideró que tal documento era “meridianamente ineficaz”.

3.5. MARCO CONCEPTUAL

Acción. Derecho abstracto a la tutela jurídica. Facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado, a efecto de tutelar una pretensión jurídica material.

Calidad. Atributo compuesto por un conjunto de condiciones o características que presenta un elemento de tal forma que se distingue entre otros.

Contrato de compra venta de bien futuro.-corte superior de justicia. Órgano Jurisdiccional conformado por otros órganos jurisdiccionales con competencia en un determinado ámbito territorial.

Corte Superior de Justicia.- Órgano Jurisdiccional conformado por otros órganos jurisdiccionales con competencia en un determinado ámbito territorial

Criterio.- Es la que realizan los órganos jurisdiccionales a través de las sentencias, en las que resuelve las contiendas que le son planteados, y en tal sentido el juez constituye el órgano de interpretación de la ley. Esta forma de interpretación carece del poder de obligar, pues como señala Pascual Fiore, las sentencias que pronuncian los tribunales no tiene fuerza de ley, ni se pueden hacer extensivas a otras personas, En nuestro país tiene fuerza obligatoria la jurisprudencia que establece la Suprema Corte de la Nación, funcionando en pleno, y esa obligatoriedad alcanza a las Salas que lo componen, a los tribunales unitarios y colegiados de Circuito, a los Juzgados de Distrito, a los Tribunales Militares y Judiciales del fuero Común de los Estados, Distrito Federal, tribunales administrativos y de trabajo, locales y federales, siempre que lo resuelto se sustente en cinco sentencias (ejecutorias) no interrumpidas por otra en contrario, y que han

sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se trata de la jurisprudencia de Pleno o por cuatro ministros en los casos de las jurisprudencias de las salas, aunque igualmente constituyan jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados. De igual manera, es obligatoria la jurisprudencia establecida por las salas, en las materias de su competencia, cuando lo resuelto se sustente en cinco ejecutorias, no solo para las mismas salas sino también para todos los tribunales señalados anteriormente.

Criterio Razonado. Punto de vista, opinión coherente, que resiste el análisis.

Decisión Judicial. Determinación, resolución firme que se asume en un asunto judicializado, proveniente de un órgano jurisdiccional competente.

Derechos Reales. Derecho que una persona tiene de obtener directamente de una cosa, todas o parte de las ventajas que ésta susceptible de producir.

Derechos Personales. Derecho que permite establecer relaciones entre personas determinadas, en razón de las cuales el respectivo titular puede exigir de alguien la prestación debida.

Expediente. Documento judicial que contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Escritura Pública. Documento público en el que se hace constar ante un notario público un determinado hecho o un derecho autorizado por dicho fedatario público, que firma con el otorgante u otorgantes, dando fe sobre la capacidad jurídica del contenido y de la fecha en que se realizó. La escritura pública es un instrumento notarial que contiene una o más declaraciones de las personas que intervienen en un acto o contrato, emitidas ante el notario que lo complementa con los requisitos legales propios y específicos de cada acto, para su incorporación al protocolo del propio notario y, en su caso, para que pueda inscribirse en los registros públicos correspondientes.

Evidenciar. Probar o mostrar que una cosa es tan clara y manifiesta que no admite duda. "quería evidenciar la inoperancia del equipo; su posible egoísmo evidencia el acuerdo tácito que se ha establecido en esa relación"

Fallo.- Sentencia de un Juez o de un tribunal, y en ella, especialmente, el pronunciamiento decisivo o imperativo.

Infracción normativa.- Instancia. Nivel de organización de los órganos jurisdiccionales.

Instancia.- Nivel de organización de los órganos jurisdiccionales.

Juzgado civil. Es aquel órgano investido de poder jurisdiccional con competencia establecida para resolver casos penales (Lex Jurídica, 2012)

Medios probatorios. Son las actuaciones que, dentro de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio (Lex Jurídica, 2012).

Oponibilidad *erga omnes*. Es una locución latina, que significa "respecto de todos" o "frente a todos", utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato. Significa que aquél se aplica a todos los sujetos, en contraposición con las normas inter partes (entre las partes) que sólo aplican a aquellas personas que concurrieron a su celebración. Normalmente, para que un contrato tenga efectos más allá de inter partes y sea oponible a terceros, es necesario que cumpla ciertas formalidades que normalmente tienen fines probatorios, como haber sido inscritos en un registro público.

Partes.- En derecho procesal, es la persona o conjunto de personas que actúa en el proceso judicial defendiendo su derecho o interés frente a un conflicto actual sometido a la decisión de un tribunal de justicia.

Partida registral. La partida registral es la unidad de registro, conformada por los asientos de inscripción organizados sobre la base de la determinación del bien o de la persona susceptible de inscripción; y, excepcionalmente, en función de otro elemento previsto en disposiciones especiales.

Pertinencia. Relación de correspondencia lógica, de pertenencia.

Posesión. A la hora de dar un concepto definiremos la posesión siguiendo a PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS como el «derecho real que consiste en una potestad de

inmediata tenencia o goce conferida por el derecho con carácter provisionalmente prevalente, con independencia de que exista o no derecho real firme que justifique la atribución definitiva de esa potestad». JORDANO BAREA destaca el aspecto externo de la «apariencia o visibilidad exterior de un derecho real, con independencia de si se tiene o no».

Posesión Precaria. Precario en el Código Civil y en la jurisprudencia En virtud del Artículo. 911º, será precario quien carece de título o quien tenga uno fenecido. Esto permite a los titulares de los bienes el mejor ejercicio de sus derechos frente a la presencia de personas que conducen dichos bienes sin derecho alguno.

Pretensión. Exigencia de una persona a otra para que cumpla con una obligación.

Principio. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia. **Puntos controvertidos.**-Probar. Acto de demostrar, de evidenciar una afirmación.

Referentes. Referentes Teóricos.-Referentes Normativos.-Segunda Instancia.-Sala Civil. Es aquel órgano que ejerce las funciones de juzgamiento de los procesos ordinarios y de apelación en los procesos sumarios (Lex Jurídica, 2012)

Sustento Normativo. Base, conjunto de fundamentos tomados de un sistema jurídico.

Sustento Teórico. Base, conjunto de fundamentos tomados de la teoría.

Valoración Conjunta. Apreciación global y coherente de un conjunto de elementos.

CAPITULO IV: MATERIAL Y MÉTODOS

4.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

4.1.1. Tipo de investigación

Tipo de investigación: **Cualitativo**

Cualitativo: las actividades de recolección, análisis y organización de los datos se realizarán simultáneamente. (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

4.1.2. Nivel de investigación

Exploratorio descriptivo. Exploratorio, porque el objetivo ha sido examinar una variable poco estudiada; no se han hallado estudios similares realizados, con una propuesta metodológica similar. Se orienta a familiarizarse con la variable y tiene como base la revisión de la literatura que contribuye a resolver el problema de investigación. **Descriptivo**, porque el procedimiento aplicado ha permitido recoger información de manera independiente y conjunta, su propósito ha sido identificar las propiedades o características de la variable en estudio (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Ha sido un examen intenso del fenómeno, bajo la luz de la revisión permanente de la literatura (Mejía, 2004).

4.2. Diseño de investigación

No Experimental, Transversal, Retrospectivo

No experimental: porque no habrá manipulación de la variable; sino observación y análisis del contenido. El fenómeno será estudiado conforme se manifestó en su contexto natural, en consecuencia los datos reflejarán la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador. (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Retrospectivo: porque la planificación y recolección de datos se realizó de registros, de documentos (sentencias) donde no hubo participación del investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010). En el texto de los documentos se evidencia el fenómeno perteneciente a una realidad pasada. Transversal o

transeccional: porque los datos se extrajeron de un fenómeno, que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Batista, 2010). Este fenómeno, quedó plasmado en registros o documentos, que viene a ser las sentencias; por esta razón, aunque los datos se recolectaron por etapas, siempre fue de un mismo texto.

4.3. Población y Muestra

La población y la muestra están constituidas por el expediente judicial culminado que tiene las siguientes características:

a) Expediente N° 2010-0318-JMY-JX-01-C

Materia : Desalojo por ocupante precario.

Demandante : JAVIER VARCALCEL VIENA

Demandado : WILDER VELA SAMPAYO Y OTROS

b) A nivel del Poder Judicial.

Juzgado mixto del módulo básico de justicia del Distrito Judicial

Proceso Sumarísimo. Sala Especializada en lo Civil y Afines de

Ucayali.

4.4. Hipótesis de Investigación

Hipótesis central.

El propietario de un bien inmueble, puede demandar desalojo por ocupación precaria en el Perú.

Hipótesis específicos. Lograr un desalojo por ocupante precario en el Perú de acuerdo al código civil.

Determinar el sustento legal para la defensa de un arrendador cuyo arrendatario es ocupante precario.

4.5. Definición y operacionalización de la variable e indicadores 4.5.1. Definición de variables

Respecto a la variable, en opinión de Centty (2006, p. 64): “Las variables son características, atributos que permiten distinguir un hecho o fenómeno de otro (Persona, objeto, población, en general de un Objeto de Investigación o análisis), con la finalidad de poder ser analizados y cuantificados, las variables son un Recurso Metodológico, que el investigador utiliza para separar o aislar los partes del todo y tener la comodidad para poder manejarlas e implementarlas de manera adecuada”.

En el presente trabajo la variable fue: la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia.

La calidad, según la Sociedad Americana para el Control de Calidad (A.S.Q.C.) es un conjunto características de un producto, servicio o proceso que le confieren su aptitud para satisfacer las necesidades del usuario o cliente (Universidad Nacional Abierta y a Distancia, s.f).

En términos judiciales, una sentencia de calidad es aquella que evidencia poseer un conjunto de características o indicadores establecidos en fuentes que desarrollan su contenido. En el ámbito del derecho, las fuentes que desarrollan el contenido de una sentencia son fuentes de tipo normativo, doctrinario y jurisprudencial.

Respecto a los indicadores de la variable, Centty (2006, p. 66) expone: Son unidades empíricas de análisis más elementales por cuanto se deducen de las variables y ayudan a que estas empiecen a ser demostradas primero empíricamente y después como reflexión teórica; los indicadores facilitan la recolección de información, pero también demuestran la objetividad y veracidad de la información obtenida, de tal manera significan el eslabón principal entre las hipótesis, sus variables y su demostración.

Por su parte, Ñaupas, Mejía, Novoa y Vil agómez, (2013) refieren: “los indicadores son manifestaciones visibles u observables del fenómeno” (p. 162). En el presente trabajo, los indicadores son aspectos reconocibles en el

contenido de las sentencias; específicamente exigencias o condiciones establecidas en la ley y la Constitución; los cuales son aspectos puntuales en los cuales las fuentes de tipo normativo, doctrinario y jurisprudencial, consultados; coincidieron o tienen una estrecha aproximación. En la literatura existen indicadores de nivel más abstracto y complejo; pero, en el presente trabajo la selección de los indicadores, se realizó tomando en cuenta el nivel pre grado de los estudiantes.

Asimismo; el número de indicadores para cada una de las sub dimensiones de la variable solo fueron cinco, esto fue, para facilitar el manejo de la metodología diseñada para el presente estudio; además, dicha condición contribuyó a delimitar en cinco niveles o rangos la calidad prevista, estos fueron: muy alta, alta, mediana, baja y muy baja.

En términos conceptuales la calidad de rango muy alta, es equivalente a calidad total; es decir, cuando se cumplan todos los indicadores establecidos en el presente estudio. Éste nivel de calidad total, se constituye en un referente para delimitar los otros niveles. La definición de cada una de ellas, se encuentra establecida en el marco conceptual.

4.5.2. Operacionalización de las variables

Variable	Dimensiones	Indicadores
Proceso de Desalojo	LA FALTA DE PAGO DE ARRIENDOS	- Causal de Proceso de Desalojo C.P.C. art. 585 - Código Civil art. 1698 causal de resolución de contrato.
	EL VENCIMIENTO DEL PLAZO DEL	- Código Civil art. 1704 exigibilidad de devolver el bien bajo penalidad. - Código Civil art. 1678 Obligación de

	CONTRATO	entregar el bien.
	OCUPACIÓN PRECARIA DEL BIEN	- Código Civil art. 911 Posesión Precaria - Código Civil art. 806 Definición de Poseedor de hecho

IV. RESULTADOS

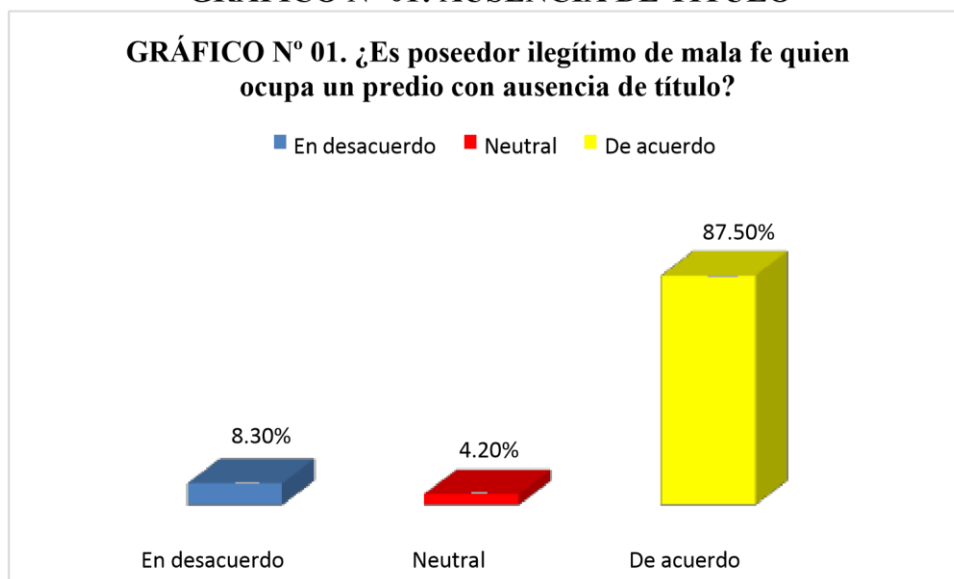
CUADRO N° 01: AUSENCIA DE TÍTULO

1. ¿Es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un predio con ausencia de título?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	2	8.3	8.3	8.3
Neutral	1	4.2	4.2	12.5
De acuerdo	21	87.5	87.5	100.00
Total	24	100.00	100.00	

Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

GRÁFICO N° 01: AUSENCIA DE TÍTULO



Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

Descripción: El 8.30% de abogados encuestados no están de acuerdo que es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un predio con ausencia de título. El

4.2% se muestra neutral. Mientras que un 87.5% si está de acuerdo.

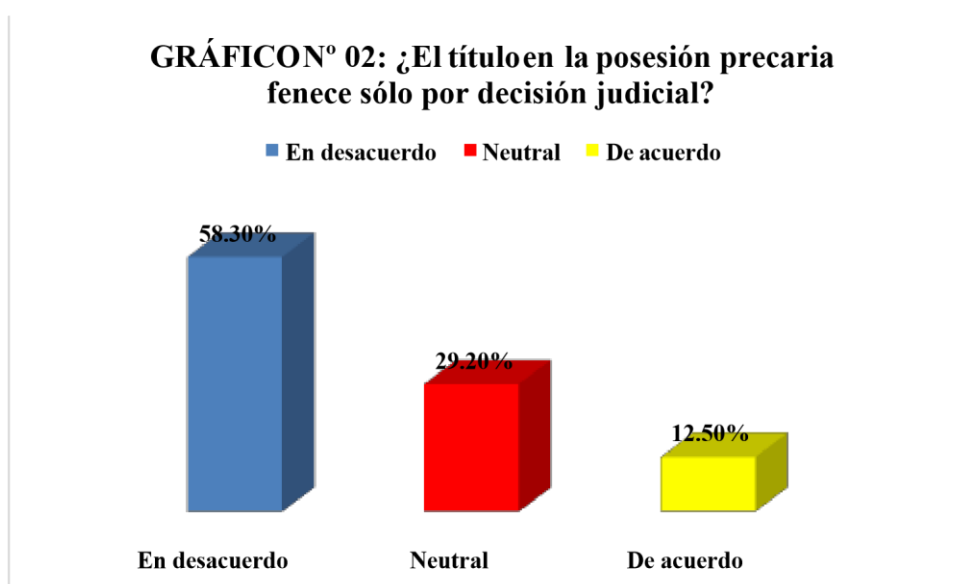
CUADRO N° 02: TÍTULO FENECIDO

2. ¿El título en la posesión precaria fenece sólo por decisión judicial?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	14	58.3	58.3	58.3
Neutral	7	29.2	29.2	87.3
De acuerdo	3	12.5	12.5	100.00
Total	24	100.00	100.00	

Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

GRAFICO N° 02: TÍTULO FENECIDO



Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

Descripción: El 58.3% de abogados encuestados no están de acuerdo en que el título en la posesión precaria fenece sólo por decisión judicial. El 29.2% se muestra neutral. Mientras que solo un 12.5% si están de acuerdo.

CUADRO N° 03: MALA FE

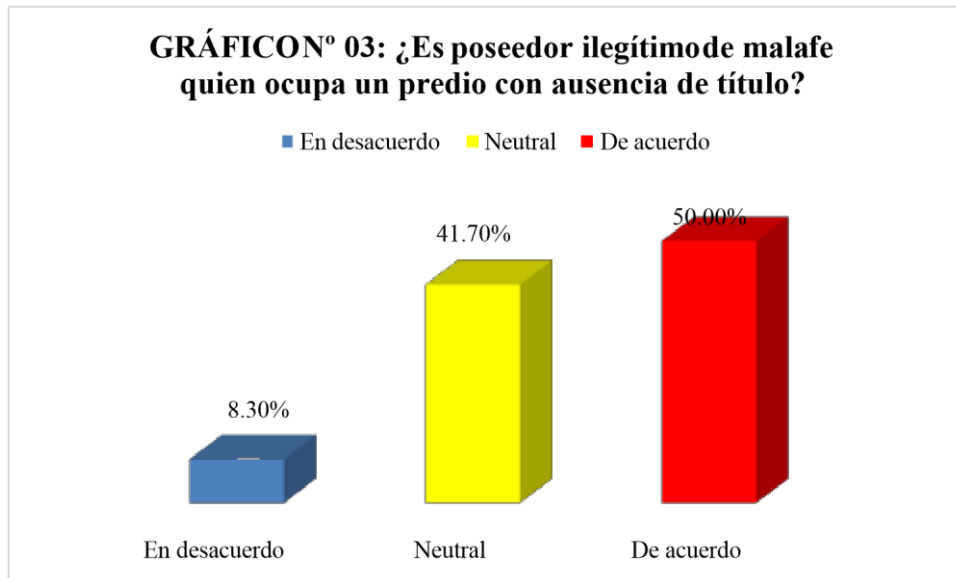
3. ¿Es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un predio con ausencia de título?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
-----------	------------	------------	-------------------	----------------------

En desacuerdo	2	8.3	8.3	8.3
Neutral	10	41.7	41.7	50.0
De acuerdo	12	50.00	50.00	100.00
Total	24	100.00	100.00	

Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

GRÁFICO N° 03: Mala fe



Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

Descripción:

El 8.3% de abogados encuestados no están de acuerdo en que es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un predio con ausencia de título. Un 41.7 se muestra neutral. Mientras que el 50% de abogados encuestados si está de acuerdo.

CUADRO N° 04: VACÍO NORMATIVO

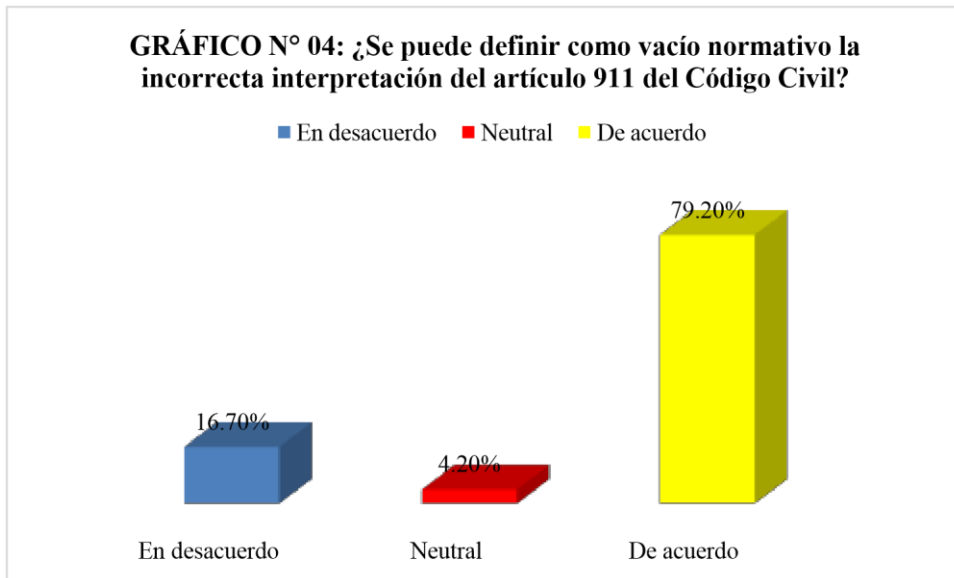
4. ¿Se puede definir como vacío normativo la incorrecta interpretación del artículo 911 del Código Civil?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	4	16.7	16.7	16.7
Neutral	1	4.2	4.2	20.8
De acuerdo	19	79.2	79.2	100.00

Total	24	100.00	100.00	
--------------	-----------	---------------	---------------	--

Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

GRÁFICO N° 04: Vacío normativo



Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

Descripción:

El 16.7% de abogados encuestados señala que no se puede definir como vacío normativo la incorrecta interpretación del artículo 911 del Código Civil. Mientras que un 4.2% se muestra neutral y el 79.2% dice que si se puede considerar como vacío normativo la incorrecta interpretación del artículo 911 del Código Civil.

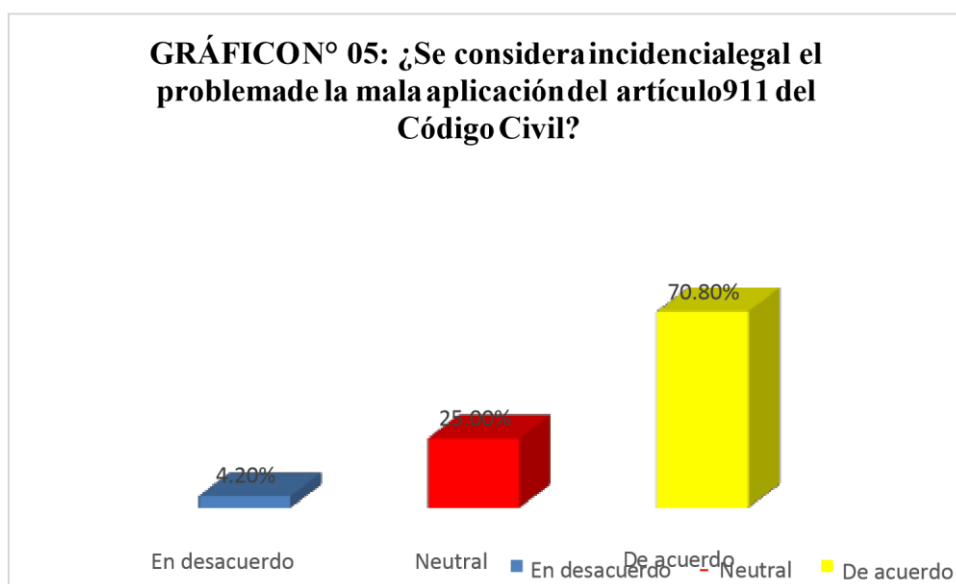
CUADRO N° 05: INCIDENCIA LEGAL

5. ¿Se considera incidencia legal el problema de la mala aplicación del artículo 911 del Código Civil?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	1	4.2	4.2	4.2
Neutral	6	25.0	25.0	29.2
De acuerdo	17	70.8	70.8	100.00
Total	24	100.00	100.00	

Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

GRÁFICO N° 05: INCIDENCIA LEGAL



Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

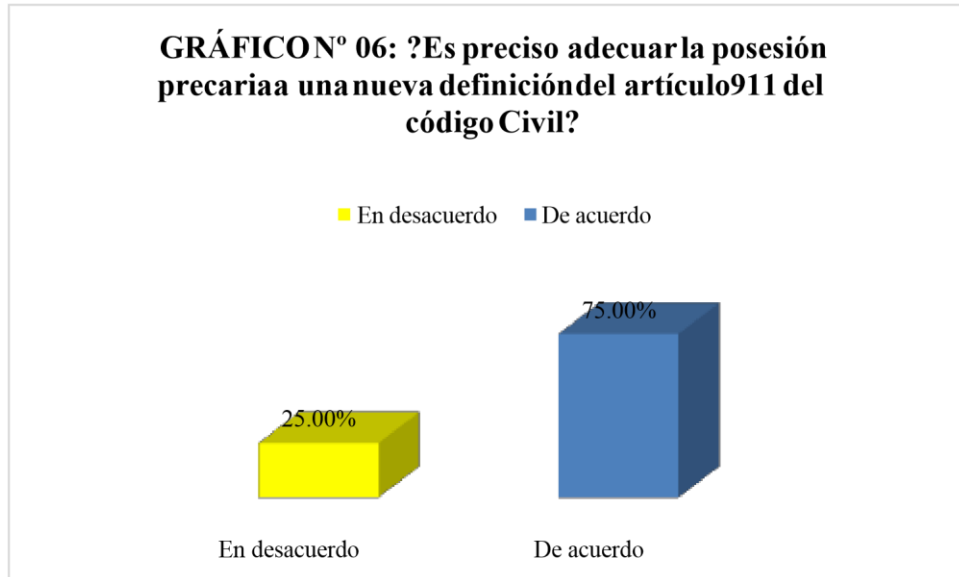
Descripción: El 4.2% de abogados encuestados no están de acuerdo con que se considere incidencia legal el problema de la mala aplicación del artículo 911 del Código Civil. Mientras que el 25% de abogados se muestra neutral y un 70% si está de acuerdo.

CUADRO N° 06: ADECUACIÓN NORMATIVA

6. ¿Es preciso adecuar la posesión precaria a una nueva definición del artículo 911 del código Civil?

Categoría	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	6	25.00	25.00	25.00
De acuerdo	18	75.00	75.00	100.00
Total	24	100.00	100.00	

Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.



Fuente: Cuestionario de Encuesta Realizada a la población Ucayalina 2017.

Descripción: El 25% de abogados encuestados señala que no es preciso adecuar la posesión precaria a una nueva definición del artículo 911 del código Civil y mientras que el 75% dice que se debería adecuar la posesión precaria a una nueva definición.

V. CONCLUSIONES:

De lo expuesto en el presente trabajo, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- a) La posesión precaria es una variedad de posesión ilegítima, y se encuentra vinculada, especialmente, con la posesión ilegítima de mala fe.
- b) Es precario quien posee un bien en virtud de un título manifiestamente ilegítimo o cuya invalidez sea evidente o manifiesta.
- c) No es precario quien posee un bien en virtud de un título legítimo, o con título oponible al que porta el demandante.
- d) No es precario quien posee un bien con título formalmente válido, pero afectado con vicios de anulabilidad, en tanto no se invalide con sentencia declarativa;
- e) Tampoco será precario, cuando la invalidez del título, que porta el poseedor, no sea evidente y existan elementos que permitan apreciar que el poseedor, en virtud de su título, pueda discutir el mejor derecho de

propiedad o de posesión. En ese caso el mejor derecho, invocado por el poseedor, corresponderá ser dilucidado en otro proceso.

VI. RECOMENDACIONES:

Los nuevos conceptos incorporados en nuestra legislación, respecto de la posesión precaria, deben ser interpretados en forma idónea, de tal manera que permita una convivencia justa y civilizada entre las personas. Creo que la propiedad particular debe ser garantizada plenamente por el Derecho y respetada por las personas. Corresponde, en todo caso, al Estado, la creación de los mecanismos necesarios para que todas las personas accedan a la propiedad inmobiliaria, sea en forma particular o colectiva, de tal manera que permita la satisfacción plena de la necesidad de vivienda. La interpretación que debe hacerse a la regulación normativa del Derecho positivo peruano, respecto a la posesión precaria, debe tener ese parámetro.

Las propuestas hechas en este trabajo, no constituyen ideas fijas o inmutables. La vida misma es muy rica e infinita, ello impide que adoptemos fórmulas rígidas o sacramentales en el patrocinio de las causas, si somos abogados defensores, o en la solución de los conflictos, si somos jueces. Creo sin embargo, que ello no debe llevarnos a una posición ecléctica o amorfa; por el contrario, el Derecho y la realidad misma, exige adoptar posiciones claras y definidas en determinados temas, como el que es objeto del presente trabajo, a efecto de someterlas a la crítica de la realidad y de agudo análisis de los colegas.

En este contraste con la realidad y en esa cotidiana confrontación con otras formas de pensamiento, se produce el desarrollo dialéctico del conocimiento, y se contribuye a una sana convivencia humana.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBALADEJO, Manuel. (1994) "Derecho Civil" Tomo III, Derecho de Bienes, Volumen

Primero. Octava Edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. Pag. 82

AVENDAÑO, V. Jorge. (1990) "Derechos Reales" Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. PUCP. Segunda Edición. Pág. 114

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (1990). "Derechos Reales". Materiales de enseñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Segunda Edición, corregida y aumentada. Pontificia Universidad Católica,. Pag. 137.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. (1986) "Posesión ilegítima o precaria". THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. (1986) "Posesión ilegítima o precaria". THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Época, No. 4, Pág. 59 a 63. Lima.

Código Civil compilado por Jorge Ortega Torres. Décima Edición actualizada. Editorial Temis. Librería Bogotá-Colombia. 1985

COLIN, Ambrosio y CAPITANT H. (1942) "Curso elemental de Derecho Civil – De los bienes y de los derechos reales principales". Tomo Segundo. Volumen II. Madrid. Instituto Editorial Reus. Pág. 898.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. (1995) "SISTEMA DE DERECHO CIVIL". Volumen III, Quinta edición. Editorial Tecnos S.A. España, Pág. 103.

IHERING, Rodolfo von.."Teoría de la Posesión –Fundamento de la protección posesoria".

Obra presentada por Adolfo Posada. Madrid Imprenta de la revista de Legislación. 1982. Pág 1.

IHERING, Rodolfo (1990) "La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante". Versión española de Adolfo Posada. Segunda parte de la teoría de la posesión. Madrid Imprenta de la Revista de Legislación. Pág. 59 y 60.

MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean. (196) "Lecciones de Derecho Civil", Parte Segunda, Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pag. 140.

MORENO MOCHOLI, Miguel... (1951) "El precario". BOSCH, Casa Editorial-Barcelona.

España. Pág. 24.

ORTOLAN M. (1884) “Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano”.

Quinta edición revisada y aumentada. Tomo I, Libros I y II de la Instituta. Madrid, Librería de D. Leocadio López, Editor. Pág. 302.

PESCIO V. Victorio. Obra citada Pág. 165. Refiere el citado Profesor Chileno que la posesión regular es la adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe. Tal definición no es coincidente respecto de lo que nosotros concebimos como posesión legítima, dada la distinta connotación que en nuestro medio se le atribuye al “justo Título” y a la “buena fe” posesorias.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge. (1946) "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo III. Los Bienes Cultural S.A. Habana. Pág. 160-162.

RUSSOMANNO, Mario C. Op. Cit. Pág. 18. Refiere este autor que es posible que en la época primitiva la teoría de los glosadores, fuese la aplicable, sin embargo, numerosos textos del Digesto demuestran que ese excesivo rigorismo, había sido ya morigerado en la época clásica.

SAVIGNY, Friedrich Carl de... “Sistema del Derecho Romano Actual”. Segunda edición.

Madrid. Centro Editorial de Góngora. Tomo Sexto. Pág. 323.

ANEXOS

**MATRIZ DE CONSISTENCIA TÍTULO: CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA
SOBRE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA - EXPEDIENTE N° 2010-0318-JMY-JX-01-C. DEL DISTRITO
JUDICIAL DE YARINACOCHA – 2017**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>General ¿Por qué el propietario de un bien inmueble, puede demandar desalojo por ocupación precaria en el Perú?</p> <p>Específicas: ¿Cuál debe ser la acción que debe interponer el arrendador, para demandar desalojo al arrendatario?</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano?</p> <p>¿Es precario quien ocupa un predio, sujeto a régimen de copropiedad, a mérito de un arrendamiento celebrado solo con uno de los copropietarios sin que los otros hayan prestado su consentimiento?</p>	<p>General: Determinar de qué manera el propietario de un bien inmueble, puede demandar desalojo por ocupación precaria en el Perú.</p> <p>Específicas: Establecer que acción debe interponer el arrendador, para demandar por desalojo al arrendatario, continua en la posesión del bien.</p> <p>Analizar los fundamentos de la posesión precaria en el derecho civil peruano.</p> <p>Determinar si es precario quien ocupa un predio, sujeto a régimen de copropiedad, a mérito de un arrendamiento celebrado solo con uno de los copropietarios sin que los otros hayan prestado su consentimiento.</p>	<p>General: El propietario de un bien inmueble, puede demandar desalojo por ocupación precaria en el Perú.</p> <p>Específicas. Lograr un desalojo por ocupante precario en el Perú de acuerdo al código civil.</p> <p>Determinar el sustento legal para la defensa de un arrendador cuyo arrendatario es ocupante precario.</p>		



INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

Solicito tu colaboración para desarrollando el siguiente Cuestionario, el cual busca conocer sobre desalojo de posesión precaria en el Distrito Judicial de Yarinacocha.

Los datos que brindes, serán totalmente anónimos y confidenciales, por lo que pido SINCERIDAD en tus respuestas.

AUSENCIA DE TITULO

- 1 ¿Con la ausencia de título se define claramente la figura del poseedor precario?
- 2 ¿La ausencia de título también se refiere a uno simulado o falsificado? 3 ¿Se considera precario a quien tiene la posesión antes de la usucapión?
- 4 ¿Es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un predio con ausencia de título?

TITULO FENECIDO

- 5 ¿El título en la posesión precaria fenecce sólo por decisión judicial?
- 6 ¿Obra de mala fe quien tiene conocimiento que su título ha caducado mediante resolución judicial pero aun así se mantiene en el bien que ocupa?
- 7 ¿Es precario quien ocupa un predio, sujeto a régimen de copropiedad, a mérito de un arrendamiento celebrado sólo con uno de los copropietarios sin que los otros hayan prestado su consentimiento?
- 8 ¿Es precario el poseedor ilegítimo de buena fe si conoce el vicio que invalida su título?
- 9 ¿Mediante una carta notarial se puede dar fin al título en un contrato de alquiler luego de vencido el plazo de éste?

MALA FE

63

10 ¿Es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un predio con ausencia de título?

11 ¿Existe estrecha relación entre la regulación del artículo 911 del Código Civil y la mala fe? 12 ¿Existe la mala fe en la posesión precaria? 13 ¿Es poseedor ilegítimo de mala fe quien ocupa un bien clandestinamente?

14 ¿La mala fe se aleja de la figura del precario definido en el artículo 911 del Código Civil?

