

CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL: La redefinición del desalojo por precario

La posesión precaria en la visión del Cuarto Pleno Casatorio Civil Doctrina versus jurisprudencia*

Eugenio María **RAMÍREZ CRUZ****

TEMA RELEVANTE

El autor señala que se yerra al incluir al servidor de la posesión como precario, además, no puede establecerse que es precario el que no paga la renta, pues el artículo 911 del Código Civil se refiere al título y no a la falta de pago. Igualmente afirma que tampoco se debió infravalorar la alegación de usucapión, antes bien, el juez debería suspender el proceso de desalojo si hay indicios de usucapión. Si el demandante pretende la desocupación, debería recurrir no al desalojo, sino a la reivindicación, para que haya equivalencia entre esta y la usucapión, ambas, acciones reales.

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 219, 896, 911, 1429, 1430, 1699, 1700, 1704 y 1708.
- **Código Procesal Civil:** arts. 585, 586 y 601.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo buscamos cotejar los conceptos que, sobre la posesión precaria, sostienen, por un lado, la doctrina, y, por otro, la jurisprudencia nacional, especialmente desde la sentencia dictada por el Cuarto Pleno Casatorio Civil que se llevó a cabo el 29 de diciembre de 2011, publicada en el diario *El Peruano* el 14 de agosto de 2013. Nuestros comentarios están referidos básicamente a la sentencia adoptada en mayoría; los votos singulares de varios magistrados están francamente en contra de los argumentos que se impusieron. No deja de preocupar

esto por cuanto ellos administran justicia en las diferentes salas, lo cual ha de reflejarse en las sentencias que expedirán.

I. LA POSESIÓN

La ejecutoria entra a definir a la posesión en el considerando 30 de la sentencia en mayoría, y repite la definición del artículo 896 del Código sustantivo. Y cita en su apoyo la definición que, de la misma, daba el maestro y nuestro profesor de Derechos Reales, Jorge Eugenio Castañeda, entendiéndola como poder o señorío de hecho sobre los bienes. Obsérvese que, se cita la obra del maestro, que data de 1973. ¡Han transcurrido 50 años! Ha pasado medio siglo, incluida la revolución informática, el objetivismo ha reemplazado al subjetivismo, y sin embargo todavía se repiten teorías superadas.

* A mi madre, in memoriam.

** Catedrático de Derechos Reales a nivel de pregrado y posgrado.

En los considerandos números 31 y 32, entra a hablar de “detentación”, “tenencia” y de “cosas”, citando una definición de Francisco García Calderón del siglo XIX y creemos que, usando sus mismos términos, estas definiciones están bien para el “siglo decimonónico”, pero no para el siglo XXI. A nosotros lo que más nos preocupa es la formación de los estudiantes de Derecho. ¿Qué será de ellos con conceptos como los glosados? ¿Todavía no podemos superar el subjetivismo en los derechos reales y arribar al objetivismo?

Los temas los hemos desarrollado y aclarado en nuestro *Tratado de Derechos Reales*, que la misma ejecutoria tiene la amabilidad de citar, aunque parcialmente. Solo diremos, aquí y ahora, que nos remitimos a lo que ya hemos expresado allí y en otros trabajos.

La posesión confiere fáctica y jurídicamente el uso y disfrute (no la disposición) de un bien mueble o inmueble de manera temporal; esta es la noción objetiva¹. Cuadros la define y tipifica de manera similar sus atributos².

II. LA POSESIÓN: HECHO Y DERECHO

En varios pasajes, la ejecutoria se refiere al “derecho a poseer” (considerandos 50, 51, 54, etc.); esto también podría inducir a error. Diferenciamos claramente entre el “hecho posesorio” y el “derecho posesorio”; el primero es defendido con un interdicto, el segundo, con una acción posesoria. Debemos

inferir que habla del “derecho a poseer” del poseedor inmediato, pues este es derivado del título.

“Mediante triquiñuelas como estas, es decir, recurriendo a la vía sumarísima, miles de usucapientes han visto burlados sus derechos, pues fueron lanzados a la calle y perdieron la usucapición ya ganada. Sobre las espaldas del Poder Judicial pesan estas responsabilidades.”

A pesar de ello, conforme surge de la nota de pie de página N° 36, la fuente del juez, Martín Ferrer, no incurre en este yerro, pues dice apropiadamente que en este tipo de procesos, no se dilucidan “cuestiones de dominio o mejor derecho de poseer, ya que solo debe atenderse al estado posesorio”.

En efecto, hemos tocado este tema anteriormente. La posesión como hecho está tutelada por los interdictos, en tanto que la posesión como derecho resulta protegida por la acción posesoria, o mejor derecho de posesión. No cabe confusión.

III. LA ACCIÓN POSESORIA

Hay una errada conceptualización en la sentencia en cuanto a la acción posesoria.

Hemos sostenido en otra oportunidad, interpretando la norma del artículo 601 del Código Procesal, que el interdicto es la vía del poseedor para discutir el **hecho posesorio**, en tanto que la acción posesoria lo es para dilucidar cuál de ellos tiene el **derecho posesorio**; de ahí que a esta última se le llame también “acción de mejor derecho de posesión”. En el interdicto, el legitimado activo es el poseedor; en la acción posesoria lo es el poseedor y cualquier otro que se considere con mejor derecho para poseer el bien.

El propietario o el titular del derecho (administrador, usufructuario, etc.) no son legitimados

1 Véase el artículo “La nueva teoría de la posesión”. En: *Revista Bibliotecal*. 2000, pp. 63-73.

2 Cuadros: “La posesión solo existirá cuando se ejerzan de hecho, o de derecho, las facultades de usar y disfrutar las cosas, facultades que integran el derecho a la posesión que tiene el propietario, sin las cuales su propiedad quedaría vacía de contenido”. Y agrega contundente: “El poseedor no propietario, quien tenga la relación objetiva con el bien y lo utilice *no puede tampoco disponerlo*, ni reivindicarlo”. CUADROS VILLENA, C. Ob. cit., p. 160.

activos para plantear los interdictos. Por el contrario, el propietario es susceptible de ser demandado en este tipo de procesos.

Llama por eso la atención que la sentencia establezca: “En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien” (fallo, b, 7). El tiempo de un año para incoar el interdicto es para el poseedor, no para el propietario.

Si el propietario quiere recuperar la posesión de su predio, la vía idónea no es el interdicto, tiene otros dos caminos: a) la acción reivindicatoria (acción real) y el desalojo (acción personal, cuando deriva de un contrato).

IV. POSESIÓN MEDIATA Y POSESIÓN INMEDIATA

En el considerando 38, siguiendo a Hernández Gil, entra a diferenciar entre posesión **mediata** y posesión **inmediata**. Por nuestra parte, diremos que la primera es la posesión jurídica, la segunda es la fáctica o efectiva.

La diferenciación entre posesión mediata y posesión inmediata viene del Derecho germano y es un mentís para quienes, en el más puro subjetivismo savigniano, niegan que haya una posesión jurídica, y sostienen que la posesión solo es el ejercicio de hecho de las atribuciones de la propiedad, noción superada de la que hace gala el artículo 896 del Código de fondo.

Pero luego, citando a Díez-Picazo, entra en una cierta contradicción, al afirmar, por un lado, que “la posesión inmediata no puede darse por sí sola”, y por otro, dice que “para que haya un poseedor inmediato se requiere de uno mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata” (considerando 39).

Pongamos el siguiente ejemplo: A, propietario de un predio, lo entrega en arrendamiento a B. En esta relación jurídica, A es poseedor mediato y B poseedor inmediato; aquí hay una relación jerárquica, B es el mediador posesorio. Sin embargo, no es cierto que el poseedor mediato requiera necesariamente “del inmediato”, pues no sería concebible “una posesión como mediata sin otra inmediata”. Por ejemplo, dentro del mismo supuesto anterior: si A no entrega en arrendamiento el bien a B, no hay posesión inmediata, simplemente A conduce el bien, y por ende reúne en sí las calidades de poseedor mediato e inmediato, esto es, de **iure** y de **facto**.

La posesión se puede presentar de tres maneras: i) posesión inmediata o *ius possessionis* (la del arrendatario), ii) posesión mediata o *ius possidendi* (la del propietario), iii) la del propietario que conduce directamente el bien, y que por ende reúne el *ius possessionis* y el *ius possidendi*.

V. LA POSESIÓN LEGÍTIMA

La ejecutoria en mayoría afirma que la noción de posesión legítima emerge de los artículos 900 al 910, y es legítima “cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado; será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia”.

Pero a continuación agrega algo sorprendente: “Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño” (considerando 40).

En realidad la posesión es legítima o ilegítima, independientemente de que el Poder Judicial lo declare o no. Posesión legítima es la que procede de un título válido, en tanto que aquella que carece de título, o procede de un título fenecido, o de un título viciado, es ilegítima.

No solo el propietario es el que confiere el derecho, también puede ser el titular

(administrador y usufructuario). Por ejemplo, si es el usufructuario quien cede en arrendamiento su derecho a un tercero, es válido su título, pero también el del arrendatario. En cambio, si un usurpador da en arrendamiento un predio a un tercero, ese título conferido por él no es legítimo ni válido y, obviamente, tampoco el del arrendatario. El de este último es ilegítimo, pero puede ser de buena o mala fe. Si aplicamos el párrafo citado (considerando 40), la posesión del arrendatario sería legítima, hasta que no se declare la ilegitimidad del título que le confirió el usurpador. ¡Esto es absurdo! Debemos decir que se privilegia un derecho personal (nulidad de acto jurídico) sobre un derecho real (posesión precaria).

VI. LA POSESIÓN PRECARIA

Es muy relevante lo afirmado por la ejecutoria cuando dice que no hay, a nivel sustantivo, una definición “que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución” (considerando 44). Debemos concluir de esto que se busca un esclarecimiento real del tema, al margen de ejecutorias anteriores que creemos erradas y contradictorias.

Es importante también que, haciéndose eco del debate en España, a partir del artículo 1750 del Código de ese país (que no es nuevo además, la ejecutoria cita un trabajo de Daniel Ferro Martín, que data de 1952), finalmente la jurisprudencia nacional arribe a la conclusión de que la precariedad se presenta de dos formas: i) el precario derivado de un **contrato**, figura procedente del Derecho Romano, donde el comodante cede a ruego del

comodatario y le entrega un bien por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverlo cuando el comodante lo reclame; y ii) el precario que **no tiene origen contractual**, sino que es una simple situación posesoria donde hay disfrute o uso de “un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia del titular de la posesión real” (considerando 45). Siguiendo a Daniel Ferrer Martín, la primera acepción, a imagen del Derecho Romano, es restringida (la precariedad como disfrute gratuito de bien ajeno, por tolerancia de su dueño), en tanto que la segunda acepción es amplia (admite en el precario todos los supuestos de ocupación o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, ya por extinción del que se tenía, o ya porque se posee con título ineficaz frente al del propietario) (considerando 46). Parece ser que la jurisprudencia de la Corte Suprema acepta un error anterior y cambia en su postura, pues dice que estos dos casos (bien porque nunca se tuvo, bien porque se extinguió) queden resumidos en el primer supuesto (acepción restringida), ya que “la ocupación sin título y sin pago de renta equivale al disfrute por tolerancia del dueño” (considerando 46), excepto el tercer caso (título ineficaz frente al del propietario). Respecto de este último supuesto (título ineficaz), la Corte Suprema se ha mostrado vacilante; inicialmente hacía una lectura puramente positivista del artículo 911 del Código, estimando que allí solo hay dos supuestos. Esto lo estableció en la Cas. N° 4098-2007-Lima³, a pesar de que su fuente, el texto del español Ferrer, acepta la hipótesis del título ineficaz.

Y así arriba a la conclusión de que la jurisprudencia española es uniforme en considerar posesión precaria “tanto aquella ocupación

3 La Cas. N° 4098-2007-Lima (*El Peruano*, 1/10/2013), en su tercer considerando prescribe: “El documento de transferencia de posesión fue otorgado por un tercero a favor de la cooperativa, es decir, no proviene de un acto realizado por el propietario del inmueble (...)”.

Este es un caso de “título ineficaz”, donde a pesar de que el demandado es poseedor, y su título ha sido otorgado por una persona distinta del propietario, no procede el desalojo por ocupación precaria. Esto es claramente ilógico.

de un inmueble ajeno sin pago de renta y sin título para ello”, cuanto aquel título “que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico” (considerando 48).

Creemos que todavía hay vacilación, pues concluye que la posesión precaria unas veces tiene su origen en un contrato, mientras que otras es una ocupación sin título de un inmueble. Por lo tanto, se ha desplazado el eje característico de la institución de la causa originadora (el contrato, o el vicio en la posesión) al efecto (detentación o posesión) (considerando 49).

Percibimos que este es un vicio que también se ha dado en el Perú. Nosotros sostenemos que es resultado de autores de derechos reales que adhieren a la teoría obligacionista.

1. La posesión es un derecho real y no un contrato. Ergo, la posesión precaria es también un derecho real.
2. La posesión se presenta unas veces –muchas veces, mejor sería decir– en derechos personales (arrendamiento, comodato), y otras en derechos reales (usufructo, uso, habitación, anticresis, etc.).
3. La posesión se presenta así, en la base tanto de unos como de otros, como puede observarse en el siguiente cuadro.

Arrendamiento - Comodato	Usufructo - Uso - Ha- bitación - Superficie
Posesión	

4. Unas veces se origina en un contrato. Por ejemplo: A da en arrendamiento un inmueble a B, por un año. Terminado el contrato, no hay un nuevo contrato, pero continúa poseyendo, pagando, etc. ¿Es precario? Sí, porque el título que lo amparaba ya feneció (art. 911). Pero los profesores de obligaciones-contratos creen que porque se originó en un contrato, no

es precario. Asumen el viejo y superado criterio romano de que solo el que no paga y no tiene contrato, es precario. Cra-so error. El artículo 911 habla de “título” y en ningún momento se refiere a “pago” o “no pago”.

Pero otras veces no hay título, nunca lo hubo, es decir, hay ocupación del predio sin título, en otras palabras, no hay título que justifique el goce del bien. Por ejemplo: el que a sabiendas de que el propietario de una casa se va a vivir a los Estados Unidos, invade la casa. No tiene título.

VII. EL CONCEPTO DE PRECARIO

Resulta importante constatar que, por la vía deductiva (art. 911 del CC; arts. 585 y 586 del CPC) la ejecutoria arribe a un concepto del precario. La Corte Suprema “acoge un concepto amplio de precario” que engloba todas las variables que se presenten en la casuística.

Creemos que la ejecutoria, interpretando correctamente lo que contiene el artículo 911 y lo que ha señalado la doctrina nacional, contempla hasta tres supuestos (marcando distancia de la visión positivista anterior cuando interpretaba dicho artículo):

- i. Falta de título que ampare la posesión, es decir, toda aquella “situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título” (hecho o acto).
- ii. Fenecimiento del título, es decir, por “cesar la vigencia de un acto jurídico”, o “cuando sobreviene un cambio de la causa”, por ejemplo, por “variar los efectos de los actos o hechos antes existentes”, situación que –antes, y no ahora– justificaba “al demandado el ejercicio del disfrute del derecho a poseer”.
- iii. Cuando dicho título “no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante” (considerando 61).

Creemos que esta última es una tercera hipótesis y una nueva lectura del artículo 911, y que cambia la dirección señalada en la Cás. Nº 4098-2007-Lima, según la cual la hipótesis del título viciado o ineficaz no cabía aquí.

Por otro lado, la ejecutoria usa correctamente los términos de poseedor mediato (propietario, administrador y comodante), que habilitan al reclamante a pedir o recuperar la posesión inmediata.

Sin embargo, al mismo tiempo comete un error imperdonable: habla de la “falta de pago de la renta”. Con esto retrocede a la concepción que la Corte Suprema había elaborado durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles anterior, cuando no existía la definición del artículo 911 del Código de fondo. Este, en ningún momento habla de “falta de pago”. Si la sentencia dice que busca “reducir ostensiblemente los casos de improcedencia”, entonces debe corregir esto. Por ejemplo: si el poseedor mediato demanda al arrendatario con contrato vencido por la causal de precariedad, este muy fácilmente dirá que paga y que, en consecuencia, no es precario.

Este yerro se debe a que la sentencia en mayoría todavía no se libera de la concepción subjetivista-obligacionista de la posesión. ¡El arrendatario con contrato vencido aunque siga pagando es precario!

Este error lo vuelve a cometer el fallo cuando estatuye como jurisprudencia vinculante que: “Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, **sin pago de renta** y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo” (fallo, a, 1).

VIII. SUPUESTOS DE POSESIÓN PRECARIA

La ejecutoria establece varios casos en los cuales se presenta la posesión precaria, y en otros no. En algunos de ellos discrepamos.

1. Por haber fenecido el título “que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble”, en los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 (resolución de pleno derecho) y 1430 (contrato con condición resolutoria) (considerando 63, I).

El fallo de esta sentencia estatuye que en estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble” (fallo, b, 5.1).

2. El caso del fenecimiento de la posesión por conclusión del contrato.

La ejecutoria hace un distingo:

- a) El caso del artículo 1704 del Código sustantivo. Cuando hay requerimiento por la conclusión del contrato para la devolución del inmueble al arrendador, el arrendatario requerido se convierte en precario, siempre y cuando la comunicación sea **indubitabile** (de lo contrario, la demanda será infundada).

Lo mismo reitera en el fallo, pues “con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato” (fallo, b, 5.2).

- b) En cambio, no es precario el supuesto del artículo 1700, cuando hay “solo vencimiento del contrato”, a no ser que haya requerimiento. Resulta entonces que aunque se haya vencido el contrato, no hay precariedad automática, ya que “por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien” (considerando 63, II). Tras el requerimiento, “recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de

su título” (fallo, b, 5.3). Ahora resulta que, ¡un simple requerimiento convierte un derecho personal en derecho real!

Queremos que se entienda algo elemental: un derecho real y un derecho personal no son lo mismo. La posesión es un derecho real y el contrato es un derecho personal ¿Se entiende? Pongamos el caso del arrendamiento. Aquí hay dos planos: (i) el contrato de arrendamiento (derecho personal) y la posesión del arrendatario, que en la terminología llaman ocupación (derecho real). Cuando el contrato termina, el arrendatario podrá seguir pagando, y el arrendador recibéndole la renta, en cuyo caso hay continuación del arrendamiento (art. 1700), pero la posesión ha experimentado un cambio: de posesión legítima se convirtió en ilegítima, y no precisamente ilegítima de buena fe, sino de mala fe. Por consiguiente, se ha convertido en posesión precaria⁴. Es por ello que el Código dice que el arrendamiento concluye “sin que sea necesario aviso previo de ninguna” de las partes (art. 1699), continuará poseyendo el bien, pero no hay renovación tácita, sino continuación del arrendamiento, pero el arrendador podrá solicitar su devolución “en cualquier momento” (art. 1700). ¡El arrendatario se ha convertido en poseedor precario automáticamente!

- c) Los casos de invalidez absoluta y evidente del título posesorio. La sentencia en mayoría determina que en estos casos el juez “declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta” (considerando 63, III). Lo mismo repite en el fallo (fallo b, 5.3).

Creemos que aquí no se resuelve nada. Repito: la posesión es un derecho real. Si hay una demanda por ocupación precaria y el título es inválido, también está incluida en el artículo 911, pues equivale a ausencia de título⁵. Si el juez va a evaluar “cuál de los títulos presentados por las partes” presenta o “adolece de nulidad manifiesta”, es entrar a un proceso de nulidad de acto jurídico (derecho personal) y no a la solución de la posesión precaria (derecho real).

- d) La enajenación de un bien arrendado cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiera comprometido a respetarlo (art. 1708, 2). Esto es algo obvio. Se deberá requerir al arrendatario previamente a la demanda (considerando 63, IV). Lo mismo

4 En igual sentido, Cuadros considera que hay posesión precaria, “cuando el título del poseedor perdió su eficacia, por haberse extinguido sus efectos; se trata de quien entró como poseedor legítimo y se transforma en poseedor ilegítimo por haberse vencido el plazo o haberse cumplido la condición resolutoria. En este caso no puede haber buena fe. El poseedor precario por fenecimiento del título es necesariamente de mala fe, desde el momento en que se extinguió el título, pues sabe que ha expirado su título y que está poseyendo indebidamente”. CUADROS VILLENNA, Carlos F. *Derechos Reales*. Tomo I, p. 180. Para este autor, esta posesión es con abuso de autoridad, “ya que al fenecer obliga a la restitución y sin embargo no se cumple con devolver el bien”. Agrega: “Es el frecuente caso del arrendatario que sin embargo del vencimiento del plazo del contrato que fenece su título, continúa la posesión”, p. 181.

5 Cuadros considera también que es precario “quien tiene un título nulo o ineficiente para la transmisión posesoria”. Ob. cit., p. 180.

repite el fallo de la sentencia en mayoría (fallo, b, 5.4).

- e) Si el demandado alega haber realizado edificaciones o modificaciones del predio —de buena o mala fe—, ello no obsta para que sea considerado precario, si es que no prueba que tenía derecho “a disfrutar de la posesión que invoca” (considerando 63, V).

El fallo considera que ello “no justifica que se declare la improcedencia de la demanda”, pero deja a salvo el derecho del demandado “a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente” (fallo, b, 5.5).

IX. EL PROBLEMA DEL TÍTULO EN LA POSESIÓN PRECARIA

En el considerando 20, nota a pie de página 16, la ejecutoria reproduce el considerando tercero del a quo, argumento este que ensaya una conceptualización acerca de la esencia del proceso de desalojo por ocupación precaria que “no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad, sino la validez de la restitución de la posesión con base en cualquier título válido y suficiente que la justifique, frente a la ausencia o fenecimiento del que tuvo la parte ocupante”; tal ausencia o fenecimiento del título debe ser “elemento de probanza y dilucidación”.

En efecto, resolver el derecho de propiedad recaerá sobre un proceso de acción reivindicatoria, que es el proceso real por excelencia, y no sobre un desalojo. Es importante reflexionar y reiterar, aquí, que la definición que, de la posesión precaria, hace el artículo 911 del Código Civil, es la de título, pero no de título de propiedad, sino de título entendido este como causa o fuente del derecho, como causa remota o lejana del derecho, como puede ser, por ejemplo, que yo tenga la posesión del bien a título de determinado derecho real (usufructo, uso, habitación, etc.) o a título de un derecho personal (arrendamiento y comodato). No tener título

el demandado, significa no ser por ejemplo arrendatario, usufructuario y habitacionista.

Pero si esto es así, el mismo fallo del a quo no acierta, pues al enumerar los presupuestos para que prospere la acción de desalojo, requiere:

- a) “que los actores acrediten plenamente ser titulares del dominio del bien inmueble” (sic). Entonces se contradice: anteriormente dijo de manera correcta que el desalojo por ocupación precaria no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad, y ahora sostiene que los actores deben acreditar plenamente “ser titulares del dominio del bien inmueble”.

En sentido recto, el demandante debe probar el título, vale decir, ser usufructuario, o usuario, o el administrador de los bienes del propietario, pero no propiamente ser “el propietario”.

La sentencia del a quo, agrega dos presupuestos adicionales para que prospere el desalojo:

- b) Que se acredite la ausencia de una relación contractual de arrendamiento entre el demandante y demandado; y
- c) Que para ser considerado precario debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso o disfrute del bien, por parte de la demandada.

En efecto, si el demandado prueba ser usufructuario, o arrendatario, etc., no es precario, porque tendría **título**, no título de propiedad, sino título como causa del derecho.

Ahora bien: respecto a este tercer elemento, los demandados alegan poseer a título de usucapientes, pero esto es un grueso error: Primero, porque la usucapición debe hacerse valer como acción y no como excepción; y segundo, porque la posesión a título de dueño, es una posesión cualificada (art. 950 del CC), y no la posesión simple o común (art. 896 del CC).

X. FIJANDO EL CONCEPTO DE "TÍTULO"

Resulta trascendental que se establezca la "impostergable necesidad" de solucionar "en forma predecible, precisa y oportuna" los conflictos que se presentan. Al fijar el contenido y establecer "la conceptualización de la figura jurídica del precario", "de una manera clara y uniforme", prevista en el artículo 911, prescribe: "cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia del título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico [o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada] que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión (...), **entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer**" (considerando 51).

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

Creemos que aquí la Corte Suprema ha experimentado un giro copernicano en cuanto a la conceptualización del título, excepto la parte final, cuando habla del "derecho a poseer". En nuestro *Tratado de Derechos Reales* (1996), tomo I, sostuvimos esta noción de

posesión y de título, y específicamente en la parte de posesión precaria⁶.

En efecto, "título" no es en nuestro ordenamiento civil sinónimo de "título de propiedad". Título es la causa fuente del derecho, aquello de donde procede nuestro derecho. Así, para un arrendatario, su título es el contrato de arrendamiento; para un usufructuario, título es el acto por el cual el propietario le cede dicho derecho real por un tiempo.

Desde esta perspectiva, hace bien la sentencia en mayoría cuando dice que "la figura del precario se va a presentar cuando esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer". Hasta ahí todo está bien. Pero a continuación (considerando 54), yerra clamorosamente cuando incluye (...) ¡al servidor de la posesión!⁷.

El fenecimiento del título implica una variación al momento de la interposición de la demanda, lo cual es "debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute" (sic) (considerando 55). Habría que preguntarles a los autores de la sentencia, qué significa este texto inentendible.

Hay que resaltar que la ejecutoria no solo se refiere a la "no existencia de título", sino también a que el acto jurídico que originó el título "contiene algún vicio que lo invalida", como sería una nulidad manifiesta (art. 219

6 RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. Tomos I (posesión precaria) y II (título).

7 Esto no parece ser un lapsus sino algo coherente con el voto en minoría del juez Ponce de Mier y otros que cita en la nota de pie de página N° 97 la Cas. N° 2105-2004-La Libertad: "La posesión puede ser en nombre propio (*possessio pro suo*) o en nombre ajeno (*possessio alieno nomine*). La primera es la que se ejercita como propietario, *animus domini*, y conduce a la prescripción adquisitiva de dominio, también denominada usucapión. La posesión en nombre ajeno reconoce el dominio de otra persona, como es la posesión del arrendatario, del depositario, del usufructuario, del guardador o guardián, etc.". Esta ejecutoria es una barbaridad, ya que confunde la posesión en nombre propio con la posesión en nombre ajeno, y estas, a su vez, con el servicio de la posesión.

del CC), o “cuando siendo válido el negocio jurídico, este ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión”, aunque “sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc., de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación” (considerando 56).

En suma, creemos que, por un lado, la ejecutoria hace un giro radical, pues reconoce que el texto del artículo 911 también comprende al título inválido o ineficaz, pero por otro, en evidente contradicción, agrega que el juez del desalojo no está “autorizado” para declarar inválido o ineficaz el “acto jurídico”. Este es un vicio aún no superado por el Poder Judicial. En este proceso se está discutiendo la posesión (derecho real), no la validez del acto jurídico (derecho personal). Cuando el juez evalúa si el título del poseedor ya feneció, caducó o terminó, no está analizando el acto jurídico, está sopesando la posesión, y, por ende, debe establecer si hay posesión precaria o no.

XI. TÍTULO Y LEGITIMIDAD PARA OBRAR

La ejecutoria representa un giro en la jurisprudencia nacional en cuanto a lo que venía dictando. Se había establecido que en todos los procesos de desalojo —excepto uno—, se discutía la posesión, en cambio en el desalojo por ocupación precaria se debía acreditar el título de propiedad.

Ahora, correctamente, estatuye que en este proceso se discute “tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien” (considerando 57), de modo que la **legitimación activa** viene por el lado no solo del propietario, sino también del administrador y “todo aquel

que considere tener derecho a la restitución de un predio”. De suerte pues que, interpretando lo que dispone el artículo 585 del Código Procesal Civil, el término **restitución**, “se debe entender en un sentido amplio y no restringido” (considerando 59).

En cuanto a la legitimación para obrar pasiva, interpretando el artículo 911 del Código Civil en concordancia con el artículo 586 del Código adjetivo, aquí se encuentra “todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a perma-

necer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer” (considerando 60).

XII. DESALOJO Y USUCAPIÓN

Otro de los temas invocados por la demandada es el de la usucapión. Entre ambas partes (demandante y demandado) hay de por medio un proceso de usucapión, que además se sustancia en el mismo juzgado. En el considerando número 21, la ejecutoria establece que “no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar —desde un plano netamente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales —ello desde el solo aspecto formal—”.

Y, sin embargo, esto merece una reflexión profunda. Es muy común que, ante la usucapión ya ganada por un **poseedor cualificado** (art. 950 del CC), el propietario negligente, que no interrumpió el decurso prescriptorio (art. 953 del CC), recurra no al proceso pleno de la acción reivindicatoria (art. 927 del CC), sino al simple proceso de desalojo (art. 585 y ss. del CPC).

“Si el demandante pretende obtener la desocupación del predio, no debe ir al desalojo, debe ir a la acción reivindicatoria, de esta forma habría equivalencia entre la acción reivindicatoria (acción real) y la usucapión (acción real).”

Si bien es cierto, como expresa el citado considerando 21 de la sentencia, “en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cuál (sic) de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más lato”. Y ello porque, agrega, en un proceso de desalojo, “dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la forma de adquisición de la propiedad (...)”.

Este tema merece dos reflexiones:

- i. En el desalojo no se está discutiendo la propiedad, y por lo tanto se debía ir a un “proceso más lato” determina la sentencia. ¡Claro que sí! Pero ese proceso tiene que plantearlo el demandante. Pero no. Ha recurrido a una vía más corta y fácil. Y ello porque, ni el Código Civil, ni el Código Procesal Civil contienen una norma que diga lo siguiente: “En tanto se resuelva y dicte sentencia sobre el proceso de prescripción adquisitiva de dominio seguido entre las mismas partes, no procede el desalojo”. No hay una norma así de simple y contundente en el Código adjetivo.

Mediante triquiñuelas como estas, es decir, recurriendo a la vía sumarísima, miles de usucapientes han visto burlados sus derechos, pues fueron lanzados a la calle y perdieron la usucapición ya ganada. Sobre las espaldas del Poder Judicial pesan estas responsabilidades.

- ii. En cuanto a que en el desalojo, “por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer)”, “no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a las formas de adquisición de la propiedad” (considerando 21), en efecto, en el desalojo se discute la posesión u

ocupación del bien. Sin embargo, diversas ejecutorias han establecido que en el desalojo por ocupación precaria, sí es importante presentar el título de propiedad por el demandante.

Discrepamos frontalmente de la ejecutoria cuando dice que “la mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapición, no basta para destruir la pretensión de desalojo” (considerando 63, VI). Aquí no se trata de una simple alegación, sino que están frente a frente dos derechos: la usucapición (derecho real) y el desalojo (derecho personal). La Corte Suprema no se puede poner de costado y decir que “el juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapición”, sino que debe limitarse a verificar si las pruebas presentadas por el demandado constituyen “un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante”. En nuestra opinión, llegado a este punto, el juez debería suspender el proceso de desalojo, si el proceso de prescripción adquisitiva de dominio contiene indicios que el demandado en el desalojo –accionante en la usucapición– se ha convertido en propietario.

El caso del choque entre el desalojo y la usucapición no tiene la misma naturaleza de los demás. Si el demandante pretende obtener la desocupación del predio, no debe ir al desalojo, debe ir a la acción reivindicatoria, de esta forma habría equivalencia entre la acción reivindicatoria (acción real) y la usucapición (acción real).

La parte final del considerando 63, IV, es típicamente tinterillesca: “De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble”. Esto último lo reitera el fallo (fallo b, 5.6). Los magistrados saben que, para usucapir, hay que estar en la posesión

efectiva e inmediata del bien, si el usuapiente es despojado del bien por un simple desalojo, su derecho se viene abajo. De esto hay miles de procesos que prueban nuestro aserto.

XIII. EL SERVIDOR DE LA POSESIÓN

El servidor de la posesión no es poseedor, es tenedor, detentador⁸. Ya hemos dicho, siguiendo a Ihering, que es la ley la que determina cuándo estamos ante la posesión (art. 896) y cuándo hay simple tenencia o detentación, cuya manifestación más clara es el servidor de la posesión (art. 897).

Es por ello lamentable que, luego de definir acertadamente lo que es el **título**, diga la ejecutoria que dentro de la figura del precario, que es poseedor, también se incluye al servidor de la posesión, que es tenedor o detentador: “se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario” (considerando 54).

Primer error: el servidor de la posesión no sirve al poseedor de manera gratuita; por lo general, el cargo es rentado. Por ejemplo, el titular de la Corte Suprema, tiene a su cargo su automóvil oficial (poseedor), en tanto que su chofer no es poseedor (servidor de la posesión), quien no maneja gratis, tiene un sueldo. Y lo mismo podríamos decir del guardián de la casa de playa, de la empleada doméstica de la casa, todos ellos servidores de la posesión que tienen un sueldo. Eventualmente, podría haber servicio de la posesión gratuito, como serían los casos del preso

respecto a sus pertenencias en la prisión, el recluta con el armamento y pertenencias que tiene en el cuartel, entre otros.

Segundo error: si el servidor de la posesión no devuelve el bien, se convertirá o devendrá precario, dice la sentencia. Falso. El servidor de la posesión por ningún motivo se convierte en poseedor precario. Si el chofer (servidor de la posesión) no devuelve el auto ante el requerimiento del titular (poseedor), ¿se convierte en poseedor? ¡No! Si el guardián (servidor de la posesión), lejos de devolver las llaves de la casa a su dueño (poseedor), considera que es poseedor o dueño, ¿se convierte en precario? ¡No! El servidor de la posesión no es poseedor, y tampoco se convierte en poseedor precario.

CONCLUSIONES

La sentencia del Cuarto Plenario Casatorio Civil, dedicado a la posesión precaria, contiene algunos avances con relación a la sentencia del Segundo Pleno Casatorio orientado a la usucapición, pero también evidencia varias deficiencias, las cuales deben corregirse pues por ser vinculante, debe ser aplicada por los jueces inferiores.

Podemos establecer las siguientes conclusiones:

- a) Al establecer la sentencia como un principio que, es precario el que “no paga”, la decisión adoptada en mayoría constituye un claro exceso y transgresión pues va más allá del texto del artículo 911 del Código de fondo y una evidente regresión, una vuelta a la definición artesanal que la Corte Suprema había elaborado, sobre la base del artículo 970, párrafo 2 del

8 Cuadros estima en cuanto al servidor de la posesión que su “concepto aclara la diferencia entre el poseedor y el mero tenedor. Si la tenencia es la relación física con la cosa, sin utilizarla, el caso del servidor de la posesión es caso típico de tenencia. El servidor de la posesión está en relación física con la cosa, debido a la relación de dependencia con el poseedor de la cual se deriva su actitud frente al bien, actitud que no es la del poseedor sino la de quien conserva o cuida la posesión para otro”. Véase: CUADROS VILLENA, Carlos. Ob. cit., p. 163.

Código adjetivo anterior, admisible cuando no había una definición contundente como la del artículo 911 del Código sustantivo vigente, pero no ahora.

- b) No existe un artículo en el Código adjetivo que, frente a una demanda de prescripción adquisitiva en trámite, disponga que el proceso sumarísimo de desalojo en general, y de ocupación precaria, en particular, es improcedente, pues debería estarse a las resultas del proceso de usucapión.
- c) La vía idónea del propietario para recuperar el bien –y para interrumpir la usucapión– de manos de quien quiere apropiarse de este, es la acción reivindicatoria, la acción real por excelencia, de prueba plena y de sustanciación como proceso de conocimiento. No es posible que se recurra al proceso de desalojo, acción personal y de tramitación sumarísima.
- d) Aunque tardíamente –la doctrina ha señalado esto hace tiempo– la ejecutoria en mayoría fija correctamente lo que debe entenderse por legitimación activa para obrar y legitimación pasiva para obrar.

En otras palabras, demandante puede ser el propietario, el administrador del bien, o el titular de cualquier otro derecho real (el usufructuario que confirió a otro su derecho) o

personal (el comodante). En tanto que demandado puede ser el que disfrutó de la posesión del bien, pero cuyo título ya venció (arrendatario con contrato vencido), o simplemente nunca lo tuvo. En esto último cabe cualquier poseedor (art. 896), pero también cualquiera que, sin ser poseedor, resulte ser un detentador, cuya figura más visible es el servidor de la posesión (art. 897).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand (1988). *Derechos Reales*. Tomo I, Empresa Editora Latina, Lima.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2007). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I, Editorial Rhodas, Lima.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2000). “La nueva teoría de la posesión”. En: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, pp. 63-73.

Jurisprudencia

Sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil. (*El Peruano*, 14 de agosto de 2013).

Sentencia del Segundo Pleno Civil (*El Peruano*, 22 de agosto de 2009).

Sentencia en Cas. N° 4098-2007-Lima (*El Peruano*, 1 de octubre de 2009).