



**FACULTAD DE DERECHO**

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE**

**CIVIL N° 19993-2012-0-1801-JR-CI-27**

**PRESENTADO POR  
MILAGROS ROSMERY ROLDAN FLORES**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ  
2022**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

**El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.**

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE  
DERECHO

## **Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada**

**Informe Jurídico sobre Expediente Civil  
N° 19993-2012-0-1801-JR-CI-27**

**Materia** : DESALOJO POR POSESION PRECARIA

**Entidad** : PODER JUDICIAL

**Bachiller** : ROLDAN FLORES MILAGROS ROSMERY

**Código** : 2012207061

**LIMA – PERÚ**

**2022**

En el informe jurídico se analiza un proceso civil de Desalojo por Ocupante Precario seguido por J.M.T.P. en representación de M.L.D.D.V., contra C.R.D.V.O.D.D., a fin de que cumpla con desocupar y entregar el inmueble ubicado en el distrito de Magdalena del Mar – Provincia y departamento de Lima, que es de propiedad de la accionante; toda vez que la emplazada se encuentra en posesión del bien desde el año 2007, aprovechándose de la familiaridad entre las mismas. Por su parte, en la contestación de la demanda, la emplazada indica que compró el inmueble con sus ahorros, para su uso y disfrute hasta sus últimos días, y confiando en la buena fe de su hija, inscribió en los Registros Públicos el inmueble a su nombre, la misma que nunca ha vivido en el inmueble porque reside varios años en el extranjero y quien por influencia de su representante -su cónyuge- ha decidido despojarla de su casa. Asimismo, asegura haber mantenido los pagos de arbitrios e impuestos prediales de la Municipalidad de Magdalena del Mar, desde el año 2008 al 2011. En adición a ello, afirma que resulta falso que haya realizado amenazas contra la demandante y su representante, la emplazada tiene 72 años y su hija con quien vive sufre de incapacidad mental; por lo que todo lo sucedido, afecta notablemente su salud. El Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró improcedente la demanda, al considerar que la demandada es madre de la accionante, siendo que la obligación de esta última es asistir a sus padres, brindándole asistencia médica, vestido, alimentación y habitación, de donde se concluye que la posesión de la demandada se detenta a modo de habitación, siendo su título posesorio, su calidad de madre; por lo que el desalojo estaría vulnerando derechos fundamentales previstos en la Carta Magna. Sin embargo, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la sentencia de primera instancia y declara fundada la demanda, al considerar que la sentencia apelada incurre en un notorio error cuando señala que la demandante tiene “obligación alimenticia” con la demandada, por lo que esa circunstancia implicaría título posesorio; toda vez que la obligación alimentaria se otorga a pedido del acreedor en estado de necesidad, la misma que se materializa en una renta pecuniaria y no en la posesión de un bien específico; por lo que el argumento del *A quo* no tiene relación alguna con la pretensión.

## ÍNDICE

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO .....	4
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	11
III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS. ....	23
IV. CONCLUSIONES.....	29
V. BIBLIOGRAFIA.....	30
VI. ANEXOS.....	30

# **I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO**

## **1.1 SÍNTESIS DE LA DEMANDA**

Con fecha 17 de octubre de 2012 y escrito de subsanación presentado el 14 de noviembre de 2012, J.M.T.P. en representación de M.L.D.D.V., (en adelante, la “DEMANDANTE”), interpuso demanda en la vía del proceso sumarísimo, contra C.R.D.V.O.D.D. (en adelante, la “DEMANDADA”), solicitando desalojo por ocupante precario y restitución del bien inmueble que ocupa, ubicado en el distrito de Magdalena del Mar – Provincia y departamento de Lima (en adelante, “el bien inmueble materia de litis”), y de ser el caso, la correcta orden de lanzamiento de quienes ocupen el inmueble al momento del lanzamiento.

### **Fundamentos de hecho:**

La demanda está fundada en atención a lo siguiente:

- Que, su representada adquirió con fecha 07 de marzo de 2007 el inmueble materia de litigio; sin embargo, la demandada aprovechó la confianza existente al momento (madre de la propietaria) se introdujo sin autorización previa en el inmueble, ocupando la totalidad de este y obstaculizando de esa manera el libre ejercicio del derecho de propiedad de la demandante.
- Que, ante la negativa renuente de la demandada de llegar a un acuerdo que permita la desocupación pacífica del inmueble, se le otorgó poder al representante, por el cual solicitó mediante carta notarial de fecha 06 de enero de 2012, la devolución del inmueble.
- Que, con el requerimiento solo consiguió amenazas de parte de la demandada y de su hija, por lo cual pidió garantías personales para él como para su representada. Siendo por ello que se trató de solucionar la controversia mediante Conciliación, sin llegar a un acuerdo.

- Que, a efecto de no incrementar la carga psicológica para la representada demandante, se optó por intentar de vender el inmueble, lo cual no se pudo conseguir debido a la conducta agresiva de la demandada, quien se ha valido de denuncias falsas en contra de la accionante y su representante.

### **Fundamentos de derecho:**

La demanda interpuesta se ampara en los siguientes dispositivos legales:

- Artículos 911 del Código Civil.
- Artículos 546, 585, 586 y 593 del Código Procesal Civil.

### **Medios probatorios**

La demandante pretende acreditar los hechos expuestos en su demanda con el siguiente medio probatorio:

- Original del Certificado Registral Inmobiliario, que incluye la partida registral que demuestra la propiedad de la demandada sobre el inmueble en Litis.
- Copia del Testimonio N° 482 otorgado por el notario Becerra Palomino que contiene el contrato de compraventa del inmueble en controversia.
- Copia certificada de la vigencia de poder para poder realizar la demanda.
- Carta notarial de fecha 06 de enero de 2012 mediante la cual se solicitó a la demandada la devolución del inmueble.
- Acta de conciliación N° 92-2012, del Centro de Conciliación Extrajudicial A&A Salvador.

## **1.2 ADMISIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante resolución N° 02 de fecha 11 de diciembre de 2012, el Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, procedió a admitir a trámite la demanda en la vía sumarísima y corrió traslado para que la demandada se pronuncie en un plazo de cinco días.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Con fecha 07 de enero de 2013, y escrito de subsanación de fecha 04 de febrero de 2013, se apersona al proceso la demandada y presenta contestación de la demanda, negando y contradiciéndola en todos sus extremos.

#### **Fundamentos de hecho**

La demandada sustenta la contestación en base a los siguientes argumentos:

- Que, el inmueble que se pide en desalojo fue adquirido con el dinero de la emplazada para su uso y disfrute, confiando en la buena fe de su hija, la demandante, inscribió en los Registros Públicos el inmueble a su nombre, la misma que nunca ha vivido en el inmueble, toda vez que reside varios años en el extranjero y quien por influencia de su representante —quien es su esposo— ha decidido despojarla de su casa.
- Que, tomó en posesión el inmueble desde el 2007, pues compró el inmueble con sus ahorros que tenía desde el 2003 hasta marzo de 2007, en el banco Scotiabank. Asimismo, ha mantenido los pagos de arbitrios e impuestos prediales de la Municipalidad de Magdalena del Mar, desde el año 2008 al 2011.
- Que, es falso que la demandada haya realizado amenazas contra la demandante y su representante, toda vez que la emplazada tiene 72 años y su hija con quien vive sufre de incapacidad mental.
- Que, todo lo ocurrido afecta notablemente su salud, además de causarle daño emocional por tener un conflicto con su propia hija.

#### **Fundamentos de derecho**

La demandada ampara la contestación de su demanda en los siguientes dispositivos legales:

- Código procesal civil; artículos 442 y 444.

### **Medios probatorios**

La demandada pretende acreditar los hechos expuestos en su escrito de contestación de demanda con los medios probatorios siguientes:

- Originales de los recibos de servicios de luz y agua del inmueble materia de Litis.
- Estado de cuenta corriente emitido por el Banco Scotiabank.
- Recibo emitido por Movistar por el servicio telefónico, donde la demandada figura como titular.
- Recibos de pago de los impuestos prediales pagados a la Municipalidad de Magdalena del Mar, desde el año 2008 al 2011.

### **1.4 ADMISIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante Resolución N° 05, de fecha 11 de marzo del 2013, el Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, procedió admitir la contestación de la demanda y ofrecidos los medios probatorios.

### **1.5 SÍNTESIS DE RESOLUCIÓN DE AUDIENCIA ÚNICA, SANEAMIENTO FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

Mediante resolución N° 09 de fecha 16 de mayo de 2013, el Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró saneado el proceso y por válida la relación procesal.

Asimismo, procedió a fijar como punto controvertido, determinar si procede que la demandada sea desalojada por tener la condición de ocupante precaria.

Finalmente, se admitió a trámite los medios probatorios ofrecidos por ambas partes.

### **1.6 SENTENCIA EMITIDA POR EL VIGÉSIMO SÉPTIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA**

Mediante Resolución N° 10, de fecha 28 de mayo de 2013, el Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, resolvió declarar improcedente la demanda de desalojo, sin costas ni costos del proceso.

Los argumentos que motivaron la resolución fueron las siguientes:

- Que, según jurisprudencia, la precariedad no se determina únicamente por la falta de un título de propiedad o arrendamiento, sino que para ser considerado como tal debe darse la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien.
- Que, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al anciano en situación de abandono y el artículo 6 segundo párrafo de la misma carta magna señala el deber de respetar y asistir a los padres, así como el artículo 454 del Código Civil precisa que los hijos esta obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres, habiendo la ley previsto la obligación de los descendentes a prestar habitación a sus ascendentes que así lo requieran.
- Que, en el caso específico la demandada es madre de la accionante, siendo que la obligación de esta última es asistir a sus padres, brindándole asistencia médica, vestido, alimentación y habitación, de donde se concluye que la posesión de la demandada se detenta a modo de habitación, por lo que su título posesorio es su calidad de madre, por lo que el desalojo estaría vulnerando derechos fundamentales previstos en la Carta Magna.

Posteriormente, la demandante, al no encontrarse de acuerdo con lo resuelto en la Sentencia contenida en la Resolución N° 10 de fecha 28 de mayo de 2013, presentó su recurso de apelación con la finalidad de que el Superior Jerárquico la revoque y declare fundada en su totalidad la demanda.

## **1.7 RECURSO DE APELACIÓN**

Con fecha 11 de enero de 2013, la demandante interpuso recurso de apelación contra la Sentencia contenida en la Resolución N° 10 de fecha 28 de noviembre de 2013, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de desalojo, sin costas ni costos del proceso.

### **Fundamentos de hecho**

Los argumentos fácticos del recurso de apelación son los siguientes:

- Que, la demandada en ningún momento ha invocado estado de necesidad alguna o estado de abandono, como arbitrariamente le atribuye el juez, toda vez que esta no ha solicitado auxilio judicial.
- Que, llama la atención que una persona en supuesto estado de abandono no llegó a un acuerdo en la conciliación extrajudicial, no presentándose posteriormente a la conciliación judicial.
- Que, la demandada en un acto delictivo ha realizado denuncias falsas en contra la demandante y su representante, las mismas que pese a haber sido archivadas, causaron un daño moral irreparable. Asimismo, la demandada de manera maliciosa indicó que el representante es el esposo de la demandante.
- Que, se le ha vulnerado el derecho al debido proceso, toda vez que el juez ha invocado de oficio un estado de necesidad, basando su fallo en una obligación alimenticia que no es materia de discusión en el presente proceso.
- Que, el hecho de trabajar en el extranjero parece haber sido determinante para que el juez considere que la demandante deba asumir de manera exclusiva la obligación alimentaria, la misma que nunca ha negado dicha obligación para con su madre; sin embargo, no le corresponde asumir ello de manera exclusiva, teniendo en cuenta que la demandada es casada y recibe una pensión de alimentos por parte de su esposo y tiene más hijos que trabajan.

- Que, la accionante desde el principio ha tenido la voluntad de reubicar a la demandada en un inmueble y asignarle una pensión vitalicia que la demandada rechazó en todo momento.

### **Naturaleza del agravio**

Sustenta su pedido de apelación debido a que la resolución impugnada vulnera el debido proceso, restringe el derecho de propiedad, se aparta de la materia del presente proceso sin motivación alguna en función al parentesco y una obligación alimentaria que no ha sido invocada, así como un estado de necesidad que no ha sido demostrado.

Mediante Resolución N° 12 de fecha 31 de julio de 2013, se concedió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, otorgándosele con efecto suspensivo y ordenándose que se eleven los autos al superior jerárquico.

## **1.8 RESOLUCIÓN EMITIDA POR LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

Mediante sentencia de vista de fecha 19 de noviembre del 2013, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió REVOCAR la sentencia contenida en la resolución N° 10 que declaró improcedente la demanda, y reformándola, la declaró FUNDADA sin costas ni costos, en base a los argumentos siguientes:

- Que, las afirmaciones de la demandada de ser dueña de la propiedad por haberlo comprado con su dinero son meramente subjetivas, sin prueba alguna, máxime si el inmueble se adquirió con hipoteca, lo cual indica que la demandada no pudo pagar el precio y en todo caso los ahorros que exhibe no pueden ser relacionados directamente con la adquisición de este; por el contrario, la demandante sí acredita la propiedad del inmueble materia de Litis.

- Que, la sentencia apelada incurre en un notorio error cuando señala que la demandante tiene “obligación alimenticia” con la demandada por lo que esa circunstancia implicaría título posesorio, toda vez que la obligación alimentaria se otorga a pedido del acreedor en estado de necesidad, la misma que se materializa en una renta pecuniaria y no en la posesión de un bien específico; por lo que el argumento del A quo no tiene relación alguna con la pretensión materia del proceso.
- Que, la parte demandada ha tenido motivos atendibles para litigar, en atención a la zozobra existente en los tribunales respecto al concepto de precario; por tales motivos se le exonera de las costas y costos del proceso.

## **II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE**

### **• CUESTIONES MATERIALES**

#### **1. Determinar si la demandada califica como poseedora precaria sobre el inmueble materia de Litis**

##### **IDENTIFICACIÓN:**

En el presente caso, la demandante interpone demanda de desalojo por ocupante precario contra la demandada (su madre), a fin de que cumpla con desocupar y entregar el inmueble materia de Litis que es de propiedad de la accionante; toda vez que la emplazada se encuentra en posesión del bien desde el año 2007, aprovechándose de la familiaridad entre las mismas.

Por su parte, en la contestación de la demanda, la emplazada indica que esta compró el inmueble con sus ahorros que tenía desde el 2003 hasta marzo de 2007, para su uso y disfrute hasta sus últimos días, y confiando en la buena fe de su hija, inscribió en los Registros Públicos el inmueble a su nombre, la misma que nunca ha vivido en el inmueble, toda vez que reside varios años en el extranjero y quien por influencia de su

representante —quien es su cónyuge— ha decidido despojarla de su casa. Asimismo, asegura haber mantenido los pagos de arbitrios e impuestos prediales de la Municipalidad de Magdalena del Mar, desde el año 2008 al 2011.

En adición a ello, afirma que resulta falso que ella haya realizado amenazas contra la demandante y su representante, toda vez que la emplazada tiene 72 años y su hija con quien vive sufre de incapacidad mental; por lo que todo lo sucedido, afecta notablemente su salud, además de causarle daño emocional por tener un conflicto con su propia hija.

El Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró improcedente la demanda, al considerar que la demandada es madre de la accionante, siendo que la obligación de esta última es asistir a sus padres, brindándole asistencia médica, vestido, alimentación y habitación, de donde se concluye que la posesión de la demandada se detenta a modo de habitación, siendo su título posesorio, su calidad de madre; por lo que el desalojo estaría vulnerando derechos fundamentales previstos en la Carta Magna.

Sin embargo, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la sentencia de primera instancia y declara fundada la demanda, al considerar que la sentencia apelada incurre en un notorio error cuando señala que la demandante tiene “obligación alimenticia” con la demandada, por lo que esa circunstancia implicaría título posesorio; toda vez que la obligación alimentaria se otorga a pedido del acreedor en estado de necesidad, la misma que se materializa en una renta pecuniaria y no en la posesión de un bien específico; por lo que el argumento del *A quo* no tiene relación alguna con la pretensión.

### **ANÁLISIS:**

El presente caso versa sobre desalojo por ocupación precaria, figura que la doctrina reconoce como la acción por la cual la demandante persigue la restitución del bien que la demandada posee sin su autorización.

Así, reconocido jurista como es el caso de GONZALES BARRÓN, Gunther (2003) señala que:

*“Conforme a nuestro ordenamiento jurídico con el proceso de desalojo por ocupante precario la demandante persigue que le restituya el bien quien lo posee sin su autorización (el ocupante clandestino, el usurpador) o que le sea devuelto por la persona a quien él le cedió voluntariamente por haber fenecido el título. Gramaticalmente el término "restitución" significa devolver lo que se posee injustamente. Posee injustamente el que no tiene título o el que su título ha fenecido. Restituir es sinónimo devolver, con el desalojo se persigue restablecer una cosa en su primer estado, que vuelva a su primer poseedor” (Pág. 259).*

De igual manera la Casación N° 2725-2005-LIMA, nos indica que:

*“El desalojo por ocupación precaria no es una acción real ni es una acción reivindicatoria simplificada: es ciertamente una acción posesoria y de naturaleza personal no está dirigida a proteger la propiedad, sino a proteger la posesión y por eso corresponde, además del propietario, a quien considere tener derecho a la restitución. En esta acción no se discute la propiedad de un bien, tan solo el derecho a poseer”*

Por su parte, requisito necesario para que prospere la demanda de desalojo por ocupación precaria es que la persona que solicite cumpla con las siguientes características:

*“Pueden demandar el desalojo por ocupante precario todo el que considere tener derecho a la restitución de un predio, es, el propietario y todo el que tiene derecho a que se le reponga en la posesión, de modo que no solo lo puede hacer el propietario, sino también el arrendatario, el usuario, el usufructuario, el superficiario y que ostenta un derecho de habitación a su favor”. **Casación N° 2879-2010-Lima.***

Así, en el presente caso, ambas partes argumentan ser propietarias del bien inmueble materia de Litis, al respecto tenemos que el derecho de propiedad, el Código Civil define a la Propiedad, en el Art. 923 del Código Civil, como:

*"El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe; ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".*

La propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular, como señala el maestro Avendaño (2003): *"Usar es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella"* (pág. 187-188).

Respecto a la posesión, el código nos indica que es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, entendido estos como los de uso, disfrute y disposición del bien. Es el lado fáctico del derecho de propiedad y de otros, pues supone un ejercicio de hecho, pudiendo ejercer la posesión sin tener un derecho debajo del mismo, como es el caso del poseedor ilegítimo.

Diez-Picazo y Gullón (1987) define a la posesión como "un derecho que prescinde de la prueba sobre las titularidades que provienen de la propiedad. Se configura a partir de hechos o conductas, a las cuales el sistema legal otorga una serie de consecuencias jurídicas. Se trata de un derecho peculiar que tiene autonomía frente a la propiedad y sus desmembraciones" (Pág. 102), por ello la posesión se prueba a través de actos materiales.

Prosiguiendo con los requisitos necesarios para una demanda de desalojo por precario, el siguiente requisito recae en que el demandado califique como poseedor precario, el cual ha sido conceptualizado por el artículo 911 del Código Civil:

**“Artículo 911.-** La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”

De ello se desprende que, precario es quien no cuenta con un título que justifique su posesión o que, al haberlo tenido, este se encuentre fenecido, siendo que dicho título hace referencia, como lo señala Gonzáles Barrón (2012) de la manera siguiente:

*“El título es el hecho o acto jurídico (la apropiación de una res nullius, un contrato, un testamento, un anticipo de herencia, etc.) en virtud del cual se invoca una determinada calidad jurídica, por ejemplo, el poseedor hace referencia a su calidad de propietario, arrendatario, comodatario, usufructuario, usuario. Es decir, el poseedor con título es poseedor con derecho y el poseedor sin título es poseedor sin derecho, por lo que el título confiere el derecho para poseer.”* Además, el *“título es el derecho que se tiene sobre un bien, (...) debe entenderse que la expresión sin título significa sin derecho y si se tuvo se perdió definitivamente”* (Págs. 92-93.).

Es decir, el título confiere el derecho para poseer, siendo este el derecho que se tiene sobre un bien.

Por su parte, Mejora Chauca (2006) sostiene lo siguiente:

*“el precario es aquel que examinado en un proceso de desalojo (examen superficial, a la manera del preexamen pretoriano) resulta (en apariencia) que no tiene derecho a poseer”,* concluyendo que *“(...) lo dicho por el Código Civil al definir al precario es solo un ejemplo al poseedor que no puede demostrar sumariamente su derecho a poseer, en realidad el desalojo será exitoso en cualquier caso donde el preexamen no permita convencer al juez de la titularidad de la demandada. Es decir, igualmente será precario quien no tiene título, el que tiene título vencido, o quien tuvo título y termino*

*por resolución o transferencia, si ello resulta del preexamen” (Pág. 60).*

Asimismo, la jurisprudencia le ha dado esa misma lectura a la figura del precario, así en la Casación N° 1784-2012-Ica, explica que

*“(…) el artículo 911 del Código Civil exige que se prueben dos condiciones copulativas: Primero. - Que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende; y, Segundo. - Que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El “Título” a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta”.*

En ese sentido, si la demandada muestra un título que le permita poseer el bien inmueble materia de Litis, la demanda de desalojo por posesión precaria debe ser rechazada.

Es por ello que el IV Pleno Casatorio Civil se lleva a cabo para definir la concepción de precario con el cual se debe interpretar al Código Civil peruano, señalando dentro de las consideraciones previas, la existencia de un sector de la doctrina que mantiene el concepto de precario correspondiente a la idea romana que consiste en acto por el cual una persona cede a otra el uso o disfrute de un bien sin remuneración ni estipendio, solo por la tolerancia del dueño, con la facultad de que este lo de por terminado en cualquier momento y recupere su bien, siendo que esta concepción acoge un concepto restringido de precario que conlleva a la improcedencia de las demandas cuando por ejemplo existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título que la ampare o cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer.

Es por ello que la Corte Suprema acoge el concepto amplio del precario, englobando todas las variables, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame. Así establece lo siguiente:

“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”

Ahora bien, respecto al título por el cual una persona se encuentra en posesión de un bien, tenemos que el IV Pleno Casatorio establece lo siguiente:

“Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento de este, 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*”

De ello se tiene que la Corte Suprema si bien indica “cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien” ello se debe interpretar en congruencia con los considerandos 54 y 61:

*“54. (...) la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer (...) 61. (...) Esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia (...). En consecuencia, se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un*

*título (acto o hecho) o este haya fenecido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado (...)*”.

En ese sentido, no solo hace referencia a un título proveniente de un acto jurídico como un título negocial, sino también puede ser entendido como un título recaído en un hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer.

Por su parte el juzgado que emitió la sentencia de primera instancia indica que el título posesorio de la demanda recae en la obligación alimentaria que la demandante tendría con esta. Al respecto, veamos que nos indica el ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 474 del Código Civil establece que *“Los hijos están obligados por ley a ayudar a sus padres a cubrir sus necesidades básicas, cuando estos no puedan valerse por sí mismos, ya sea por limitaciones físicas, de salud o problemas económicos”*

Esto significa que existe una obligación de los padres (ascendientes) de prestar todo tipo de alimentos como vestuario, habitación, sustento, etc. a sus hijos (descendientes), pero también recíprocamente existe una obligación de los hijos de prestar dichos alimentos a sus padres en caso de necesidad.

La obligación alimenticia es un deber derivado del derecho a la vida que tiene el acreedor alimentario y gravita sobre el grupo familiar. Su fundamento jurídico, es el estado de necesidad de una persona que no puede cubrir por sí misma los gastos necesarios para su subsistencia, con la posibilidad de otro sujeto de cubrir esas necesidades determinando el nexo jurídico que une a ambas.

En el derecho peruano, el Código Civil vigente indica que debe entenderse por asistencia familiar, materializado en deberes y derechos alimentarios. Esto con el fin de establecer lo necesario para el sustento,

habitación, salud, educación, recreación, así como la capacitación para el trabajo, precisando además que debe tenerse en cuenta algunos criterios para su suministro, tales como el estado de necesidad y las posibilidades de la propia familia.

El estado de necesidad es considerado una incapacidad de autoproverseer, como indica Coca, Saul (2021) *“que si bien lo atraviesan todas las personas desde el nacimiento y cesa conforme va pasando el tiempo hasta llegar la adultez, ineludiblemente retorna cuando el ser humano llega a la vejez o sufre un accidente; en consecuencia, quienes deberán encargarse de su sustento serán justamente aquellos hijos que fueron asistidos por sus padres desde sus primeros años de vida.”*

En el derecho familiar peruano, el estado de necesidad del menor se presume existente; sin embargo, en el caso de los adultos, como indica Coca, Saul (2021) citando a Aguilar Llanos: *“El padre o la madre que pide alimentos al hijo, debe acreditar su incapacidad física o mental que le produce un estado de necesidad, aquí no se presume nada; recordemos que estamos frente a un mayor de edad; entonces debe probar que no se halla en aptitud de atender a sus propios requerimientos. (Aguilar Llanos, 2016, p. 522)”*.

De la misma forma que en el caso de los cónyuges, los hijos y otros descendientes, los alimentos debidos a los padres es una derivación del principio de solidaridad familiar.

EL artículo 472 del Código Civil indica que: *“Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia.”*

El artículo 484 del Código Civil señala que el obligado a dar alimentos puede pedir que se le permita darlos en forma diferente del pago de una

pensión, cuando motivos especiales justifiquen la adopción de tal tipo de medida.

De donde se desprende que sí se puede indicar el uso de algún bien como parte del cumplimiento de la obligación alimentaria y no únicamente mediante un pago pecuniario, sin embargo, ello dependerá del responsable y no del beneficiario.

En ese sentido, la posesión de un bien podría ser parte del cumplimiento de la obligación de alimento, y puede sustentarse ello como justo título para poseer; sin embargo, como **advierte Alan Pasco**:

*“el problema es que la obligación alimentaria entre familiares no se cumple permitiendo que el alimentista viva en la casa del obligado, sino exigiéndosele a éste el pago de una suma dineraria que le permita al alimentista satisfacer su necesidad de habitación (472 CC). Si el obligado no cumple con el pago, ¿podrá pedir el alimentista que dicho “pago” se haga efectivo permitiéndosele permanecer en el inmueble de propiedad del obligado? En principio no, pues si bien el CC permite que los alimentos sean prestados en una forma distinta al pago de una pensión, sólo otorga esta iniciativa al obligado y no al alimentista (484° CC).”*

*“(…) ¿Qué puede hacer el Juez para proteger al alimentista cuando, estando acreditado su estado de necesidad (abuelos, por ejemplo), no recibe una pensión de parte del obligado (nieta) pero sí vive u ocupa el inmueble de propiedad de este último? Aquí estamos frente a un derecho de crédito insatisfecho con la particularidad de que el acreedor (abuelo alimentista) posee el bien de propiedad de su deudor (nieta obligado a pasar alimentos). **Es posible argumentar que el alimentista está facultado para ejercer el derecho real de retención sobre el inmueble de propiedad del obligado, en tanto éste no cumpla con el pago de la pensión alimentaria. Entonces,***

***la retención sería el título legal que justifica que el familiar (abuelos) no pueda ser desalojado***". (resaltado agregado)

Por su parte, el pleno Jurisdiccional Nacional de Civil y Procesal Civil del 2019 estableció que "La sola relación familiar por sí misma no constituye título que justifique la posesión, debiendo en todo caso, el demandado en un proceso de desalojo por posesión precaria, ostentar un título de carácter negocial o legal que le permita poseer el bien"

En ese sentido, el carácter legal de poseer se puede sustentar bajo lo prescrito por el artículo 474 del Código Civil, que reconoce el deber de los hijos a ayudar a sus padres a cubrir sus necesidades básicas, cuando estos no puedan valerse por sí mismos, ya sea por limitaciones físicas, de salud o problemas económicos.

En ese sentido, no todos los parientes demandados por desalojo podrán alegar su condición de padre, hijo o hermano del demandante para impedir el desalojo, toda vez que primero se debe acreditar su incapacidad y por ende la necesidad de mantenerse en posesión del bien materia de desalojo para satisfacer su necesidad de habitación.

**Alan Pasco** concluye indicando que *“La causa justificante de la posesión no es la relación de parentesco per se, sino: (i) la existencia de un título negocial entre los familiares; o (ii) en caso el título negocial nunca haya existido o habiendo existido, haya sido revocado, un título de fuente legal, que para el caso de las relaciones entre familiares en donde el demandado no tiene los medios para subsistir, sería un derecho de retención derivado del incumplimiento de la pensión alimentaria a favor del demandado.”*

Por otro lado, se evidencia en la sentencia de primera instancia que el juez, de oficio reconoció el estado de necesidad de la demandada, sin que ella lo haya alegado, al respecto vamos a analizar el principio de *Iura Novit Curia*.

El aforismo *lura Novit Curia* reconocido por nuestro ordenamiento procesal y establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, donde indica que:

*“El Juez debe de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.*

De ello se desprende que el Juez cuenta con la libertad de poder subsumir los hechos alegados y probados por las partes dentro del tipo legal que corresponda y la restricción de no incorporar al proceso hechos no invocados (oportunamente) por las partes, ya sea por su conocimiento privado o por otras circunstancias.

En consecuencia, principio de Congruencia es el límite del *lura Novit Curia*, pues el Juez no puede ir más allá de lo requerido, pudiendo variar la calificación jurídica de los hechos siempre y cuando no varíe con ello la pretensión de la demanda.

El principio de congruencia, a decir del Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 4295-2007 PHC., indica lo siguiente:

*“obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal”*

Al respecto, la CAS N.º 288-2012 ICA señaló que:

*“(…) el principio de congruencia procesal previsto en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil se determina la emisión de sentencias incongruentes como: a) La sentencia ultra petita, cuando se resuelve más allá del petitorio o los hechos; b) La sentencia extra petita, cuando el Juez se pronuncia*

*sobre el petitorio o los hechos no alegados; c) la sentencia citra petita, en el caso que se omita total pronunciamiento sobre las pretensiones (postulatorias o impugnatorias) formuladas; d) La sentencia infra petita, cuando el Juzgador no se pronuncia sobre todos los petitorios o todos los hechos relevantes del litigio; omisiones y defectos que infringen el debido proceso.”*

### **III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.**

#### **A. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS**

##### **• CUESTIONES MATERIALES**

##### **1. Determinar si la demandada califica como poseedora precaria sobre el inmueble materia de Litis**

Como hemos podido observar en el análisis, la parte accionante interpone demanda de desalojo, amparada en el título de propiedad inscrito en Registros Públicos a su nombre, peticionando el desalojo de quien viene a ser su madre, debido a que ella se encuentra en posesión de su inmueble, sin contar su autorización, abusando de la confianza que se mantiene por ser familiares, viendo limitado el ejercicio de su derecho de propiedad.

Por su parte, la emplazada argumenta que la posesión del inmueble lo ejerce en atención a que ella es la verdadera propietaria del inmueble, toda vez que este fue pagado con sus ahorros, quien, confiando en la buena fe de su hija, inscribió en los Registros Públicos el inmueble a su nombre, la misma que nunca ha vivido en el inmueble, toda vez que reside varios años en el extranjero y quien por influencia de su representante —quien es su cónyuge— ha decidido despojarla de su casa. Asimismo, asegura haber mantenido los pagos de arbitrios e impuestos prediales de la Municipalidad de Magdalena del Mar, desde el año 2008 al 2011.

Ante esto, el Vigésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró improcedente la demanda, al considerar que la demandada es madre de la accionante, siendo que la obligación de esta última es asistir a sus padres, brindándole asistencia médica, vestido, alimentación y habitación, de donde se concluye que la posesión de la demandada se detenta a modo de habitación, por lo que su título posesorio es su calidad de madre, por lo que el desalojo estaría vulnerando derechos fundamentales previstos en la Carta Magna.

Del análisis del caso, se advierte como el juez de primera instancia, concluye que la demandada se encuentra en estado de necesidad, sin que ella lo haya indicado; mucho menos fundamenta su decisión; es decir, si bien basa su decisión amparándose artículo 4 de la Constitución Política del Perú y el artículo 6 segundo párrafo de la misma carta magna, como además del artículo 474 y el artículo 454 del Código Civil que precisa que los hijos esta obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres, habiendo la ley previsto la obligación de los descendientes a prestar habitación a sus ascendentes que así lo requieran, no sustenta su decisión señalando como se configura el estado de necesidad.

Teniendo en cuenta que, únicamente en el caso de los menores se presume el estado de necesidad, siendo que en el caso de los padres que requieren o solicitan ayuda alimenticia a sus descendientes, requieren demostrar el estado de necesidad, situación que no se ha cumplido en el presente caso.

De otro lado, observamos cómo el juez de oficio determinó el mencionado estado de necesidad, sin que la demandada lo haya alegado como parte de su defensa o como justificación de la posesión que ejerce sobre el inmueble materia de Litis.

En ese sentido, vemos como el juez ha resuelto un punto no establecido como controvertido, resultando incongruente dicha decisión. Debemos pues tener presente que el principio de *lura Novit Curia*, pues el Juez no puede ir más allá de lo requerido, pudiendo variar la calificación jurídica de los hechos siempre y cuando no varíe con ello la pretensión de la demanda.

Asimismo, la decisión del juzgado configura como una sentencia incongruente, toda vez que el Juez se ha pronunciado sobre hechos no alegados por las partes, con lo cual se ha vulnerado el principio de congruencia, el cual se sustenta en que no se modifique el debate procesal; y con ello, no se impida a las partes ejercer su derecho de defensa.

En ese sentido, no podemos considerar que la mencionada obligación alimentaria determinada por el juzgado, se puede considerar como título justificante de la posesión del inmueble, por parte de la demandada.

Ahora bien, realizando del análisis del caso para verificar que se configuren los criterios de ocupante precario por parte de la emplazada, esta no ha logrado acreditar contar con un título posesorio, sea mediante un acto jurídico o por un hecho que fundamente y sustente su posesión.

Es decir, la demandada puede mostrar algún título distinto al de derecho de propiedad para que no prospere la demanda de desalojo por ocupación precaria, toda vez que lo que debe acreditar es contar con una posesión legítima. De ese modo, la demandada podría mostrar algún contrato de arrendamiento, contrato de uso o cualquier otro que legitime su posesión del bien materia de litis.

A saber, la demandada alegó ser la propietaria real del inmueble por haber sido quien pagó el precio de la compraventa, sin embargo, de los medios de prueba presentado por las partes, se evidencia que esta

fue pagada mediante hipoteca. Asimismo, la demandada no logra acreditar que el retiro de sus ahorros haya sido destinado al pago del precio del inmueble.

Por su parte, la demandante, logró acreditar ser propietaria del bien inmueble, con lo cual se configura el derecho que ejercer en interponer demanda de desalojo.

Como lo indica que IV Pleno Casatorio: “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”

De ello se colige que la demandada se encuentra en ocupación del bien propiedad de su hija, sin pagar renta alguna y sin contar con un título para ello, tal como lo hemos demostrado líneas arriba; por lo cual se advierte que la demandada sí cumple con la condición de poseedora precaria.

## **B. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS**

### **SENTENCIA EMITIDA POR EL VIGÉSIMO SÉPTIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA**

Como ya se ha señalado, el juzgado declaró improcedente la demanda, al considerar que la demandada no es precaria, al considerar que, al ser madre de la accionante, ella detenta el inmueble a modo de habitación, por lo que su título posesorio es su calidad de madre, siendo que el desalojo estaría vulnerando derechos fundamentales previstos en la Carta Magna.

Por ello, nos encontramos en desacuerdo con la decisión del juzgado al declarar improcedente la demanda, puesto que, de las pruebas actuadas, no se ha logrado acreditar que la demandada se encuentre en estado de necesidad, mucho menos, este ha sido peticionado o argumentado como

medio de defensa o hechos que sustente la posesión que ejerce la demandada sobre el bien materia de Litis.

Estamos en contra de la decisión del juez, toda vez que su decisión, se aparta de los hechos expuestos por las partes. Como hemos podido analizar, la demandada fundamenta su posesión en base a hechos subjetivos, donde ella se considera propietaria real del bien.

Como señala la doctrina, el estado de necesidad se debe demostrar, salvo en el caso de menores de edad, donde por imperio de la Ley, este se presume. Sin embargo, de la revisión del expediente en cuestión, no se logra acreditar que la demandada se encuentre en estado de necesidad. Si bien vive con otra hija que sufre de problemas mentales, la accionante alegó que también es cierto que su madre recibe una pensión por parte de su esposo y cuenta con otros hijos que pueden asumir también el deber de alimento ante la demandada, hechos que no han sido negados por la demandada.

Resultando por ello escasa de fundamentación la decisión tomada por la primera instancia. Más aún, resulta incongruente la decisión del juez, al decidir algo que se aparta de los hechos expuestos por las partes evidenciándose una sentencia incongruente.

### **SENTENCIA EMITIDA POR LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

Debido al evidente error en el cual incurre la decisión tomada por la primera instancia, la Sala REVOCÓ la apelada y reformándola, la declaró fundada, toda vez que considera que la demandada cumple con la característica de poseedora precaria.

Es por ello que estamos a favor de la decisión tomada por la Sala, toda vez que esa advierte el error de la apelada, al haberse establecido la posesión del bien en atención a la obligación alimentaria que presenta la demandante ante su madre o demandada, toda vez que ello no ha sido

acreditado como lo pide la norma y mucho menos este ha sido pedido por la parte de la acreedora, ni mucho menos fue argumento expuesto por la demandada, por lo que no se entiende mediante qué argumentos el juez de primera instancia determinó lo mencionado.

Asimismo, estamos de acuerdo con la sala al señalar que en el presente caso nadie a petitionado la obligación alimentaria, en la vía correspondiente.

De igual manera que la Sala, consideramos que la obligación alimentaria se materializa en una renta pecuniaria y no en la posesión de un bien específico, toda vez que el artículo 484 del Código Civil si bien indica que se puede cumplir con otorgar los alimentos en forma diferente al pago de una pensión, esto lo puede pedir el obligado a dicha obligación.

Otro argumento del cual nos encontramos a favor recae en la conclusión de la sala en considerar que el argumento esbozado por el juzgado se aparta de los hechos expuestos por las partes; pues como ya lo hemos señalados en párrafos anteriores, la decisión del juez vulnera el principio de congruencia.

Ello se evidencia en lo ya advertido, en cuanto a que la demandada no ha manifestado encontrarse en estado de necesidad ni ha solicitado obligación alimentaria a favor de ella, con lo cual se evidencia que su decisión tomada de oficio, además de no tener sustento, se aleja de lo petitionado y establecido como puntos de controversia.

En ese sentido, apoyamos la decisión tomada por el colegiado al determinar que la demandada posee el inmueble sin contar con un título jurídico posesorio, siendo que posee por mera relación familiar.

#### **IV. CONCLUSIONES**

- La figura jurídica del poseedor precario ha tenido un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el Perú, habiendo generado arduo conflicto para solucionar una controversia, por lo que el IV Pleno Casatorio fue necesario llevarse a cabo y unificar la respuesta de la jurisdicción.
- No se puede restringir el concepto de precario a la idea inicial del derecho romano, toda vez que el derecho es realidad, siendo que la realidad no le corresponde, por lo que precario será todo poseedor que no cuente con título que justifique su posesión o que, de haberlo tenido, este hubiese fenecido.
- El concepto de poseedor precario refiere a aquel que no cuenta con título que justifique su posesión, de manera que no está facultado a usar y/o disfrutar el bien, concepto amplio de precario.
- Corresponde declarar fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria contra la demandada debido a que, esta se encuentra ocupando el inmueble por la sola relación de familiaridad que versa entre ambas partes, sin lograr acreditar que cuenta con título alguno que justifique su posesión.
- No me encuentro de acuerdo con la sentencia emitida por el Juzgado que declara improcedente la demanda, toda vez que considera que la demandante le debe obligación alimentaria a la demandada por ser su madre, apartándose de los hechos expuestos por las partes y sin sustentar dicha decisión.
- Me encuentro de acuerdo con la sentencia emitida por la Sala Superior, puesto que revoca la apelada y declara fundada la demanda, advirtiendo los errores cometidos por el juzgado, estableciendo que, para el colegiado, la obligación alimentaria se debe solicitar de parte y por la vía pertinente.

## V. BIBLIOGRAFIA

Avendaño, J. (2003). Código Civil Comentado- Por los Cien Mejores Especialistas - Tomo VIII, Lima: Gaceta Jurídica.

Guzmán, S. J. C. (2021, 29 junio). *Pensión de alimentos: ¿qué abarca y cómo calcularla?* LP. <https://lpderecho.pe/pension-alimentos-derecho-civil/>

Díez-Picazo, G. L. (2021). Sistema de Derecho Civil. Tecnos.

Gonzales, G. (2003). Curso de Derechos Reales. Jurista Editores, Lima.

González, G. (2012). “La posesión precaria, en síntesis (y réplica contra los positivistas radicales)”, Actualidad Jurídica. Tomo N° 223. Ed. Gaceta Jurídica, Lima,

L. (2020, 20 febrero). *Criterios para determinar la pensión de alimentos. A propósito del caso Farfán vs. Melissa Klug*. LP. <https://lpderecho.pe/criterios-fijar-pension-alimentos-proposito-caso-farfan-vs-melissa-klug/>

Mejorada, M. (2006). Actualidad jurídica. Tomo N° 151 Ed. Gaceta Jurídica, Lima.

Pasco, A. La parábola del hijo desalojado. A propósito de la posesión precaria entre familiares. <http://agnitio.pe/articulo/la-parabola-del-hijo-desalojado-a-proposito-de-la-posesion-precaria-entre-familiares/>

## VI. ANEXOS

20

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
PRIMERA SALA CIVIL**

**SENTENCIA**

**Expediente** : 1993-2012  
**Demandante** : [REDACTED]  
**Demandado** : [REDACTED]  
**Materia** : **Desalojo por precario**

**RESOLUCIÓN NÚMERO TRES**

Lima, diecinueve de noviembre de dos mil trece.-

PRIMERA SALA CIVIL

**VISTOS:**

Resolución N° 2015  
Fecha: 07/12/13

En Audiencia Pública de fecha diecinueve de noviembre de dos mil trece, viene en grado de apelación la **sentencia**<sup>1</sup> contenida en la resolución número **diez**, de fecha veintiocho de mayo de dos mil trece, que declara **improcedente** la demanda. Interviene como Ponente el Señor Juez Superior **Gonzales Barrón**; y

**CONSIDERANDO:**

**ANTECEDENTES:**

**Primero:** En el presente caso, la parte demandante [REDACTED] formula demanda de desalojo por precario contra [REDACTED] a fin que esta desocupe el bien inmueble situado en [REDACTED], Magdalena del Mar, adquirido por la actora con fecha 07 de marzo de 2007, e inscrito en la Partida N° [REDACTED], del Registro de Predios de Lima.

**Segundo:** El *a-quo* ha **declarado improcedente** la demanda, por lo que es menester determinar si tal decisión se ajusta a derecho.

<sup>1</sup> Ver fojas 182 a 186 de autos.

PODER JUDICIAL

[REDACTED]  
RAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ne

**Tercero:** La parte demandante, mediante escrito de apelación<sup>2</sup>, sustenta su impugnación alegando que el juez no ha tomado en cuenta que la demandada es una poseedora precaria, generando con ello un precedente peligroso, pues en virtud a la relación de parentesco que existe entre su representada y la poseedora, el juez ha determinado que no es precaria; adicionalmente, la demandada no ha tenido ánimo conciliador alguno en tanto inasistió a la audiencia de conciliación. Finalmente añade que la resolución apelada carece de motivación al desviarse de la materia del proceso pues declaró la improcedencia de la demanda en virtud de una prestación alimentaria que la demandada nunca invocó, y, además, le atribuye un estado de abandono solo por cuestiones subjetivas, sin tomar en consideración la conducta procesal de la demandada.

Handwritten mark resembling the number '4'.

**Cuarto:** Que, expuesto el agravio, conviene señalar que el artículo 364° del Código Procesal Civil, establece que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

**Quinto:** Por tanto, la controversia en este proceso se centra en determinar si la demandada se encuentra dentro de la categoría jurídica de "precario"; en cuyo caso, se impone ordenar la desocupación del bien discutido mediante la vía del desalojo.

**PRIMERA PARTE: POSICIÓN PERSONAL DEL PONENTE**

**MECANISMOS DE TUTELA JURÍDICA**

**Sexto:** Todos los derechos subjetivos tienen mecanismos de protección para el reconocimiento y efectividad del conjunto de facultades, poderes o prerrogativas que otorga. En el caso de la propiedad, el mecanismo típico de defensa, pero no único, es la reivindicatoria (artículo 923 CC), por cuya virtud, el propietario pretende la comprobación de su derecho y, en consecuencia, que se le ponga en posesión de la cosa. Por el contrario, la posesión tiene a los interdictos como mecanismo de tutela típico (artículo 921 CC), cuya función es la protección de la posesión actual o de la anterior que ha sido objeto de despojo dentro del año anterior.

**El desalojo por precario también es un mecanismo de protección posesoria, pero de la posesión mediata,** conforme se demostrará enseguida.

Sin un medio de protección, los derechos serían meramente ilusorios, programáticos, sin fuerza; en buena cuenta, quedarían vaciados de efectividad.

**PREMISAS PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE "POSEEDOR PRECARIO"**

**Séptimo:** El artículo 911 del Código Civil señala que es precario todo aquel que posee un bien sin título o cuando su título ha fenecido; lo que normalmente ha sido interpretado de forma literal, en el sentido que dentro de la definición se incluye a los invasores, a los poseedores *ad usucapionem*, a los compradores con título putativo, a los compradores con

<sup>2</sup> Ver de fojas 209 a 214 de autos.

PODER JUDICIAL

PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
Corte Superior de Justicia de Lima

18 DIC 2013

220

título dudosamente resuelto en sede extrajudicial, a los arrendatarios cuyo plazo de contrato ha vencido, a los constructores de buena fe, etc.; pero ello, ha generado una grave dosis de incertidumbre, pues la jurisprudencia construyó un concepto empírico, basado exclusivamente en la norma, pero sin vincularla con el resto del sistema jurídico.

En efecto, la materia ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia, pero contradictoria, en la que, a título de resumen, se dice que es precario: **el arrendatario con plazo de contrato vencido**, pues "el título ha fenecido" (Casación N° 4078-2006-Lima, de 03 de diciembre de 2007<sup>3</sup>, o la N° 2165-2009-Lima, de 12 de noviembre de 2009<sup>4</sup> (pero otras dicen lo contrario, conforme la Casación N° 918-2002-Lima<sup>5</sup>), **el contratante con título manifiestamente ilegítimo** (aunque la inmensa mayoría de las decisiones opina exactamente lo contrario, por ejemplo, que basta cualquier acto jurídico, incluso nulo, para evitar la precariedad, como la Casación N° 1074-2004-La Libertad, de 24 de mayo de 2006, publicada el 04 de diciembre de 2006; o que ni siquiera se requiere título putativo o falso, pues resulta suficiente cualquier circunstancia, de mero corte social o familiar, que otorgue una remota apariencia de legitimidad. Otro caso en el que se negó la precariedad es la del poseedor que ha entablado una demanda de nulidad del título que ostenta el demandante, pues la compraventa se habría logrado a través de la falsificación del poder en su perjuicio, según la Casación N° 2854-2010-Ucayali, de 24 de junio de 2011<sup>6</sup>), **el sujeto que exhibe un título afectado de nulidad absoluta**, como la Casación N° 2009-2002-Juliaca, de fecha 06 de julio de 2004, publicada en el diario oficial el 31 de enero de 2005<sup>7</sup> (pero otras lo niegan; tal la Casación N° 1074-2004-La Libertad, de fecha 24 de mayo de 2006, publicada en el diario oficial el 04 de diciembre de 2006), **el comprador, incluso con inscripción registral, a quien el vendedor le resolvió el contrato de forma extrajudicial y unilateral**, conforme la Casación N° 396-04-Lima, de 07 de septiembre de 2005<sup>8</sup> y la N° 2705-2010-Lima, de 31 de mayo de 2011<sup>9</sup>

<sup>3</sup> "Décimo.- Que, sin embargo, la naturaleza del proceso, como ya se ha dicho, es la del desalojo por ocupación precaria, esto es, cuando el demandado ejerce la posesión sin título alguno o cuando el poseído ha fenecido; siendo que, según las instancias, en este caso, el título del demandado ha fenecido con la resolución del contrato por incumplimiento de pago de arriendos, por parte del recurrente; por ende, en esta sede no se puede revertir los efectos de la declaración antes anotada".

<sup>4</sup> "Undécimo.- Que, de lo expuesto en el considerando precedente es de tenerse en cuenta que con la decisión adoptada por la demandante, los efectos del contrato de arrendamiento quedaron sin efecto, y de conformidad con lo señalado en el último párrafo del artículo 911 del Código Civil (Nota: es un error, pues la norma solo tiene un párrafo), la ocupación de los demandados deviene en precaria, interpretación que protege la posibilidad del pleno disfrute del derecho a la propiedad por el adquirente, reconocido y amparado por el artículo 70 de la Constitución de 1993, sin más trabas que las establecidas expresamente por la ley".

<sup>5</sup> "Una vez concluido el plazo del contrato de arrendamiento, la condición del arrendatario no es la de un ocupante precario, ya que el contrato de arrendamiento -si antes no se ha solicitado la devolución del inmueble- sigue vigente y bajo las condiciones en un inicio pactadas, siendo que en tal supuesto el arrendador puede solicitar la devolución que debe hacerse valer a través de la vía legal correspondiente, según lo prevé el artículo 1700 del Código Civil".

<sup>6</sup> "Sexto.- Que, consiguientemente en el presente caso, resulta evidente que si bien los actores han acreditado ser propietarios con derecho inscrito en los registros públicos del bien inmueble sublitis, sin embargo, tal derecho de propiedad es negado por el demandado quien incluso viene cuestionando en sede judicial la validez del título que escolta a la demanda, por lo que se incumple el tercer requisito del proceso de desalojo por causal de ocupación precaria aludido en el considerando precedente, toda vez que, al alegar el demandado derecho de propiedad y cuestionar judicialmente la validez del título del demandante se da una especial circunstancia que justifica la posesión del demandado sobre el bien inmueble materia de la demanda".

<sup>7</sup> La Corte razonó de la siguiente forma: "siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del Código Civil, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció".

<sup>8</sup> "Décimo Tercero.- Que, la demandante sustenta su demanda precisamente en el hecho de que el contrato de compraventa que suscribió con el demandado ha fenecido a consecuencia de haber operado la resolución del

18 DIC 2013

PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

(otras sostienen exactamente lo contrario, como la Casación N° 1144-2005-Lima<sup>10</sup>), el comprador no inscrito en el caso de doble venta, como la Casación N° 1352-2004, de 13 de septiembre de 2005, el demandado que ha edificado de buena fe, según la Casación N° 3741-2010-Tacna, de 14 de marzo de 2011 (que se encuentra en contradicción con la Casación N° 1311-2009-Lambayeque, de 02 de noviembre de 2009).

Es decir, hoy nadie sabe a qué atenerse en el tema del precario. Hoy, una determinada hipótesis obtiene una sentencia favorable, pero mañana, no.

**Octavo: Por tanto, tenemos dos opciones para encontrar una salida:**

La primera, se limita a mirar la norma legal de definición del precario, y sobre esa base dar una y mil vueltas para encontrar algo que nos ilumine. El positivismo imperante en nuestro país ha pretendido cerrar el debate de la posesión precaria mediante la simple lectura del artículo 911 CC. El argumento se reduce a *dura lex, sed lex*, esto es, si la ley lo dice, entonces no queda nada más que discutir<sup>11</sup>.

mismo por falta de pago de las cuotas acordadas, lo cual fue pactado expresamente en su cláusula cuarta, entonces es lógico y congruente concluir que era necesaria la cita, interpretación y análisis del artículo 1430 del Código Civil, que efectuaron las instancias de mérito, por ser pertinente dicha norma para efectos de establecer la vigencia del título que justifica la posesión”.

<sup>9</sup> “Quinto.- Que, revisados los actuados, de fojas veintisiete a treinta y nueve, se advierte el contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva, celebrado entre el demandante Lumiere Maritime Inc. a favor del demandado Fernando Zevallos Gonzales, verificándose en la cláusula cuarta, que las partes contratantes, de conformidad con el artículo 1583 del Código Civil, pactaron que en caso de incumplimiento por parte del comprador de abonar dos o más cuotas mensuales consecutivas o no, otorgará la posibilidad al vendedor, de resolver el contrato de compraventa de pleno derecho, y por ende, exigir la desocupación del inmueble, bastando para ello, la comunicación notarial al comprador conforme a lo pactado en la referida cláusula cuarta. Hecho que se produjo como consecuencia que el demandado no cumplió con pagar las últimas tres cuotas de la parte fraccionada del precio de venta, ni el saldo deudor como era su obligación contractual, lo cual se acredita con las cartas notariales cursadas al demandante obrante a fojas cuarenta y dos, sesenta y cinco, ochenta y ocho, ciento once, ciento doce y ciento trece, configurándose así la causal de resolución de contrato contenida en la cláusula cuarta del contrato en mención. Siendo así, resulta aplicable al presente caso el artículo 911 del Código Civil, al haber sido resuelto el contrato de compraventa sujeto a condición suspensiva y no habiendo objetado el demandado las comunicaciones que se le cursaron en tal sentido, por lo que tiene la condición de precario porque el título que tenía ha fenecido, de acuerdo con los artículos 1428 y 1429 del Código Civil”.

<sup>10</sup> “En cuanto a la referencia al artículo 911 del Código Civil, se sostiene que el comprador que posee un inmueble no tiene la calidad de poseedor precario, pues la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario del mismo, conforme al artículo citado, siendo que la posesión precaria debe entenderse para los poseedores temporales con título, como los casos del usufructuario, usuario, superficiario y acreedor anticrético, no alcanzando la norma al caso sub-materia en donde las partes celebraron un contrato de compraventa en donde la restitución del inmueble corresponde ser accionada en la vía de la acción reivindicatoria”.

<sup>11</sup> En tal sentido, vale recordar lo siguiente: “Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, un repaso a las concepciones del Derecho más características del siglo XX permite, en mi opinión, concluir que ninguna de ellas puede dar cuenta satisfactoriamente de la dimensión argumentativa del Derecho. Dicho en forma extremadamente concisa: El formalismo (conceptual, legal o jurisprudencial) ha adolecido de una visión extremadamente simplificada de la interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, del razonamiento jurídico. El iusnaturalismo tiende a desatenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Para el positivismo normativista (de autores como Kelsen o Hart), el Derecho –podríamos decir– es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir; y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica. El positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo, seguramente como consecuencia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como mero instrumento al servicio de fines externos y carente

Handwritten scribbles and marks on the left margin.

RODOLFO OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

18 DIC 2013

La segunda alternativa busca mirar las cosas desde una perspectiva distinta; esto es, entender el Derecho como un sistema ordenado por principios.

**Noveno:** Para avanzar hacia una solución, debemos recordar, previamente, dos cuestiones: i) las acciones de defensa de la propiedad no se confunden con las acciones posesorias; ii) el concepto de precario tiene exclusiva utilidad en el ámbito procesal, pues habilita la vía sumaria del desalojo. Ambas premisas serán tratadas en el próximo acápite

### EL DESALOJO NO PROTEGE LA PROPIEDAD, SINO LA POSESIÓN

**Décimo:** En el ámbito de los derechos reales, las normas y principios se construyen alrededor de la idea de propiedad o de la posesión. Esa es la base de la ordenación jurídica que regula la asignación, uso y circulación de los bienes que conforman la riqueza material.

La propiedad es la atribución definitiva que el ordenamiento reconoce sobre los bienes, con la finalidad de obtener su goce y disfrute; mientras tanto, la posesión es la atribución provisional o interina, que otorga protección para esa misma finalidad, pero hasta que un tercero exhiba un título mejor. Por ejemplo, el poseedor puede repeler los ataques de cualquier sujeto que pretenda despojarlo, hasta del titular, por la vía de los interdictos, sin embargo, su protección cesa cuando se enfrenta al propietario en un proceso en el cual se discute el dominio. En resumen, el poseedor es, metafóricamente, un "cuasi-propietario", pues se opone a todos los terceros, excepto contra quien pueda invocar eficazmente la regla de la propiedad.

**¿Y cómo se invoca esta regla?** La propiedad es una atribución definitiva, lo que exige que este derecho se dilucide a través de un proceso amplio, sin límites de pruebas ni de cognición, que produzca cosa juzgada entre las partes. Ese mecanismo es la reivindicación o la acción declarativa de dominio, que en nuestro país a veces se identifica con el llamado "mejor derecho de propiedad" (artículo 923 CC).

Por el contrario, la posesión se protege a través de un medio simplificado (artículo 921 CC), pues el carácter de atribución provisional soporta que la posesión se dilucide por medio de un proceso sumario y limitado, en cuanto la materia controvertida es simple y sencilla; máxime, cuando este tipo de procesos no genera cosa juzgada.

En resumen, si el demandante solo cuenta con título de propiedad, sin posesión, entonces debe acudir a la reivindicatoria o a la acción declarativa. Por su parte, si el demandante tenía la posesión, pero fue despojado, sin importar las razones del dominio, entonces puede acudir al interdicto posesorio.

**Undécimo:** Las situaciones jurídicas consolidadas y definitivas requieren de procesos plenarios; mientras que las situaciones interinas, de más fácil solución, se conforman con

de valor moral. Y las teorías críticas del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno) necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo": ATIENZA, Manuel. "Argumentación y Constitución". En VVAA. *Derecho Procesal Constitucional*, Ius et Veritas - Ediciones Legales, Lima 2011, pp. 58-59.

PODER JUDICIAL

18 DIC 2013

PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO

procesos sumarios, más breves y expeditivos; por tanto, **la estructura técnica del desalojo calza perfectamente con la protección de la posesión.**

Los artículos 921 y 923 permiten deducir que la regla de la posesión se actúa en proceso sumario (interdicto y acciones posesorias); mientras que la reivindicatoria requiere de proceso plenario. Si el desalojo es proceso sumario, entonces se trata de una acción posesoria. En tal contexto, el artículo 586 del Código Procesal Civil (CPC) señala que el precario es uno de aquellos sujetos obligados a la restitución del bien; y la palabra "restitución" significa que la persona ha recibido voluntariamente la posesión y luego de un tiempo debe proceder a la devolución. El artículo 587 CPC es todavía más enfático, pues establece que **el demandante y demandado se encuentran vinculados por una relación, en cuya virtud, el primero "cedió" la posesión al segundo.**

Pues bien, si en el proceso de desalojo una parte entregó el bien y luego la otra se encuentra obligada a la "restitución", precisamente a través de este mecanismo procesal, entonces se concluye que ambos sujetos se encuentran vinculados por una relación de posesión mediata e inmediata (artículo 905 CC). En esta condición se encuentran los arrendatarios, comodatarios, depositarios, usufructuarios, entre otros.

**DEFINICIÓN DE PRECARIO**

**Duodécimo:** En consecuencia, si el desalojo sirve para proteger a los poseedores mediatos que pretenden la restitución del bien frente a los poseedores inmediatos (artículos 585, 586 y 587 CPC), entonces la conclusión es que el precario, uno de los sujetos demandados en el desalojo, es un poseedor inmediato.

Sin embargo, el poseedor precario, además de poseedor inmediato, es aquel que no cuenta con título o el que tenía ha fenecido. Con esta definición se logra concordar el artículo 911 CC y las normas procesales citadas en el párrafo anterior.

**Analicemos cada una de las dos hipótesis del 911, esto es, la falta de título y el título fenecido.**

En primer lugar, si el precario es poseedor inmediato, entonces ha recibido el bien en forma voluntaria, pero con el deber de restitución; sin embargo, esa entrega se realiza sin un título jurídico, conforme lo exige el artículo 911, por tanto, este supuesto acontece cuando el poseedor se encuentra a extramuros (fuera) del derecho, pues posee por gracia, liberalidad, tolerancia o aquiescencia del concedente de la posesión; por tal motivo, solo cuenta con título social, es decir, con permiso para poseer, pero fundado en "pacto de caballeros" o en relaciones familiares, amicales o simplemente sociales.

En segundo lugar, si el precario es poseedor inmediato, entonces ha recibido el bien en forma voluntaria, pero con el deber de restitución; sin embargo, esa entrega se realiza por un título fenecido, conforme lo exige el artículo 911, por tanto, este supuesto acontece cuando el poseedor contaba con un negocio jurídico que ha sido anulado; y, siendo así, feneció. Por el contrario, si el título es válido, entonces el desalojo es pertinente, pero por las causales propias de la relación jurídica, tales como el vencimiento del plazo contractual, la falta de pago, la voluntad del nuevo propietario-arrendador o por cualquier otra causa legal de cesación del vínculo.

PODER JUDICIAL

PAUL OMAR RIVAS AMES

SECRETARIO

Primera Sala Civil

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

18 DIC 2013

**Décimo Tercero:** En consecuencia, es precario todo poseedor inmediato que recibió el bien en forma temporal por acto voluntario realizado por el concedente o poseedor mediato, cuya finalidad es proporcionar el goce por liberalidad, gracia o benevolencia, esto es, sin título. Sus notas distintivas son que el precario se origina por licencia social o, excepcionalmente, por título jurídico de carácter obligatorio, pero que ha fenecido por nulidad manifiesta.

4

El precario es un poseedor inmediato, temporal, gratuito y que obtuvo el disfrute por acto de voluntad del poseedor mediato, pero que no constituye un título jurídico. Esta definición tiene la ventaja de hacer compatible los artículos 911, 921 y 923 CC, así como los artículos 585, 586 y 587 CPC. A ello se suma la hipótesis específica de títulos jurídicos temporales, de finalidad obligacional, que sufren de causal de nulidad, por lo que se entenden fenecidos.

**Décimo Cuarto:** Es evidente que esta definición contempla un número de situaciones radicalmente menor de las que, normalmente, se admiten como precario. Por tanto, los procesos de desalojo por precario deben ver reducida su incidencia, a cambio de un aumento de las demandas de reivindicación. Esta simple constatación demuestra que se está produciendo un abuso del instrumento procesal del desalojo, hasta el punto de que todo conflicto de propiedad pretende llevarse a cabo mediante esta vía. **El desalojo se ha convertido en acción real, posesoria y contractual, al mismo tiempo.** Esto implica una grave desnaturalización de las instituciones, que produce soluciones injustas e inseguridad jurídica.

A veces, nuestra propuesta es criticada, precisamente, porque se dice que la reivindicatoria es un proceso lato que dificultará el ejercicio del derecho de los propietarios. Las objeciones se desvanecen de la siguiente forma:

- i) La propiedad se defiende por medio de acciones reales, y no por acciones posesorias. No queda otra opción. Lo sumario no puede obtenerse de modo forzado, en desmedro de la justicia y la seguridad jurídica.
- ii) Hoy, existe un elevado porcentaje de desalojos que son declarados improcedentes, precisamente, por la indeterminación conceptual que existe en la materia. Esto implica que, en la práctica, los procesos demoran más, pues no solo se recorre la vía del desalojo, sino, que, luego del fracaso de este, también se necesita la reivindicatoria. Por tanto, se acude a dos procesos, en lugar de uno solo.

Por tal motivo, debe quedar claramente sentado que la remisión a la acción reivindicatoria, no implica pérdida de la tutela judicial efectiva, pues siempre existe la posibilidad de recurrir a las medidas cautelares cuando se aprecie la apariencia de derecho. En buena cuenta, las providencias anteladas también proceden en los litigios dominicales, pues en la actualidad es inusual encontrar una cautelar posesoria en la reivindicatoria. ¿Cuál sería el momento preciso para el adelanto de opinión de la cautelar? Parece que ello, normalmente, debería ocurrir cuando se tenga a la mano la demanda y la contestación, pues, en ese momento, el juez puede evaluar y decidir sobre la fortaleza, debilidad o duda que le produce la pretensión del actor.

5

PODER JUDICIAL

RASIL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Fiscalía Sala Civil

En suma, dentro de la acción reivindicatoria es perfectamente posible que se dicten medidas cautelares de puesta en posesión del bien a favor del demandante, siempre que se acredite la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora, la razonabilidad de la actuación y se proponga una contracautela adecuada y equitativa.

### HIPÓTESIS DE PRECARIO

**Décimo Quinto:** El concepto de ocupante precario, como poseedor inmediato, comprende las siguientes hipótesis de la realidad sociológica:

- i) Situaciones posesorias nacidas en el contexto de relaciones sociales, amicales o familiares. El caso típico es el pariente que le presta el bien a otro, por simple gracia o liberalidad, en forma indeterminada o por un periodo de tiempo, sin ninguna obligación subyacente; por mero favor o deber moral<sup>12</sup>. Estos casos calzan perfectamente con el artículo 911, en el sentido que el "poseedor carece de título", pues tales ocupantes precarios no se fundan en título jurídico, sino en "relaciones de cortesía o amistad"<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Así, la sentencia del Tribunal Supremo Español de 30 de noviembre de 1964: "es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse los hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, y esta cesión del uso y disfrute de la misma, sin exigencia de pago de renta, constituye técnicamente un verdadero precario, que cesará cuando quiera ponerle fin el cedente": Cit. BELLO JANEIRO, Domingo. *El Precario. Estudio teórico y práctico*, Editorial Comares, Granada 1997, p. 63.

<sup>13</sup> Sin embargo, un cierto sector pretende cuestionar esta afirmación (PASCO ARAUCO, "Sobre la posesión precaria, el desalojo y los intolerantes", En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 219, febrero 2012, pp. 69-70) señalando que, en tales casos, el precario es un comodatario, por lo que sí cuenta con título jurídico, entonces no sería un precario. **Vamos a refutar tal afirmación:**

En primer lugar, es conocido que el precario no se funda en un vínculo jurídico, sino social. Así, por ejemplo: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, Tomo I, p. 511.

En segundo lugar, unos ejemplos ayudarán a entender la diferencia entre título jurídico y título social. Primero: si una persona le pide a otra, por simple favor, que la traslade en su automóvil a casa (auto-stóp), o que la recomienden para la obtención de un crédito (artículo 1904 CC), ¿acaso existe contrato de transporte o de fianza? Segundo: si un padre le dice a su hija y respectivo esposo, que residan en la casa paterna, ¿existe, acaso, contrato de comodato? En ambos casos, la respuesta es negativa. No existe contrato, ni vínculo jurídico, pues nadie quiso entrar al mundo del derecho, sino circunscribir la relación al ámbito social o familiar. La circunstancia de que existan títulos jurídicos gratuitos no autoriza a pensar que cualquier relación gratuita sea jurídica. Lo relevante es la intención de obligarse o la juridicidad, conforme el término tan caro para Michelle Giorgianni; y en los ejemplos señalados, no hay esa intención. La mejor doctrina ratifica esta conclusión: "en las relaciones de cortesía, lo que *prima facie* se presenta como una relación contractual (porque existe acuerdo sobre una materia patrimonial), no lo es porque falta la intención de vincularse jurídicamente": ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*, traducción de Nélvor Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 62. El resultado pretendido por las partes debe estar dirigido a conseguir un determinado efecto en el derecho, en caso contrario, es simple relación social o afectiva. Así, la doctrina alemana: "La experiencia de los que obran jurídico-negocialmente a menudo no son conscientes de en qué figuras jurídicas incluye el ordenamiento jurídico su reglamentación negocial, sin duda ha contribuido de forma esencial a la opinión de que en las declaraciones de voluntad negociales la voluntad solamente se dirige a un resultado económico o social, y no a uno jurídico, que solamente existe una intención "empírica", o como quiera que de otra manera se haya formulado. Para la determinación del contenido de una declaración de voluntad siempre hay que preguntarse a qué resultado material, por regla general económica, se dirige la declaración de voluntad. Pero solamente existe -aparte de los casos patológicos de error, etc.- un acto jurídico negocial, una declaración de voluntad, cuando es voluntad del declarante que el resultado material pretendido debe valer, es decir, debe valer como Derecho" (FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, traducción de José María Miquel González y otros, pp. 82-83). En consecuencia, los "Pactos de caballeros" o las "relaciones de cortesía u hospitalidad" o los "deberes morales o familiares" no constituyen un contrato, por lo que se tratan de

*[Handwritten signature and scribbles on the left margin]*

18 DIC 2013

235

- ii) Situaciones posesorias nacidas de relaciones jurídicas cuya finalidad directa no es la posesión. Es el caso de los socios que se vinculan por un negocio jurídico de sociedad, pero en el que uno de ellos le cede la posesión (precaria) al otro con la finalidad de realizar ciertas labores conexas del negocio. Es obvio que las partes comparten una relación jurídica, pero en ella la posesión solo resulta accesoria o incidental. Debe asimilarse a la "posesión carente de título", pues el contrato de sociedad no autoriza la posesión, sino que es la causa indirecta de ella, pero sí permite fundar la precariedad.
- iii) Situaciones posesorias nacidas de deberes morales de apoyo o auxilio, pero no cuando existen deberes legales, como ocurre con las obligaciones de habitación del padre con los hijos, que incluye a la ex cónyuge. Un caso así se discutió en la Casación N° 3191-2010-Cusco, en la que acertadamente se sostuvo que la poseedora no era precaria, por lo que el desalojo se declaró infundado<sup>14</sup>. Otro caso interesante, jurisprudencial, es el de un poseedor que entró en ocupación pues el propietario le prometió informalmente que le donaría el inmueble. ¿Qué relación jurídica existe en este caso? Ninguna, en cuanto nunca se otorgó la donación, por lo que la posesión se encontraba desprovista de toda juridicidad, sin embargo, no puede negarse que el poseedor actúa por cesión voluntaria del titular, por lo que se trata de un evidente precario, pues su situación se origina en la voluntad graciosa del concedente; pese a ello, no posee con *animus domini*, en consecuencia, le está vedada la usucapión, conforme reconoció con buen criterio la Corte Suprema, en la Casación N° 4675-2010-Lima, de 01 de diciembre de 2011<sup>15</sup>.

supuestos típicos de precariedad, cuando el ocupante lo hace por liberalidad, licencia o tolerancia del concedente de la posesión.

En tercer lugar, los propios alemanes reconocen que existen poseedores inmediatos de origen extracontractual (Cit. FUENTESECA, Cristina. *La posesión mediata e inmediata*, Editorial Dykinson, Madrid 2002, p. 86), esto es, los que recibieron el bien por acto voluntario del concedente, pero sin que medie contrato alguno. En tal sentido, es falso cuando dice que: "la doctrina es uniforme (sic) en considerar que la relación que da lugar a la mediación posesoria siempre es una relación jurídica" (Pasco Arauco, Op. Cit., p. 71). Hasta en los sistemas del *Common Law* se conoce a los precarios, pues se reconoce una figura por la cual el poseedor actúa por licencia o permiso del dueño: RIDALL, J.G. *Land Law*, 7ª edición, Lexis Nexis UK, Londres 2003, p. 586).

<sup>14</sup> Por lo demás, es usual que, al interior de la relación familiar, el propietario del bien, que también posee, solicite la desocupación al pariente no-titular, quien se resiste a ello. En tal circunstancia, debe entenderse que el rebelde, por efecto de su negativa a seguir las instrucciones, muta su condición jurídica, y pasa de servidor o mero alojado a poseedor. Es el caso del padre e hijo que habitan conjuntamente la misma casa; pues, si bien en principio se encuentran en relación de poseedor y servidor, sin embargo, luego el segundo se convierte en poseedor autónomo por rechazo al padre. Se produciría, entonces, una coposesión. También cabe que luego de la rebeldía, el padre manifieste su aquiescencia o mera tolerancia al hijo, y este lo acepte, con lo cual se convertiría en precario. Aquí surgiría una dificultad dogmática en cuanto padre e hijo ocupan la casa, pero uno es concedente-poseedor mediato y el otro es precario-poseedor inmediato, lo que da origen a una co-posesión anómala: el padre es mediato, en parte, y directo, en parte; mientras el hijo es inmediato, en parte.

En la jurisprudencia peruana se presentó el caso de un padre, titular exclusivo de un inmueble, que demanda a su ex-esposa (por divorcio judicial) e hijos mayores de edad, para que desocupen el inmueble a través de la vía del desalojo por precario. Los hechos denotan que el padre abandonó en su momento el hogar conyugal, produciéndose luego la crisis y rompimiento del vínculo matrimonial; a pesar de lo cual, la ex-esposa y los hijos continuaron en ocupación del bien por muchos años. El abandono prolongado del padre hace que pierda la posesión, por lo que no cabe acudir al desalojo por precario, que es acción posesoria, por lo que no está habilitado a quienes carecen de la posesión. La Corte Suprema, mediante Casación N° 1558-2011-Lima, de 05 de mayo de 2012, anuló la sentencia de vista sin resolver el tema de fondo.

<sup>15</sup> "Sexto.- En el presente caso, se tiene del propio dicho del actor, en la demanda (fs. 297-306), el inmueble le fue entregado en forma voluntaria por el propietario con fecha veintitrés de junio del año mil novecientos noventa para que lo ocupe; inmueble que manifiesta le iba a ser donado, reconociendo de esta manera la existencia del titular del inmueble cuya prescripción se pretende, y que le fue entregado en base a la confianza

Handwritten scribbles and lines on the left margin, including a large vertical line and various circular and irregular marks.

PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil

18 DIC 2013

iv) Situaciones posesorias nacidas en forma general de la aquiescencia. Desde siempre la figura del precario se ha caracterizado por la cesión graciosa, liberal y por mera tolerancia o licencia del concedente de la posesión. Un ejemplo: el invasor que ingresa a poseer en contra de la voluntad del propietario, pero, llegado un punto, este empieza a otorgarle un permiso tácito, pero sin ningún carácter vinculante o jurídico, por lo que se trata de una "posesión carente de título"<sup>16</sup>, pero consentida, precaria.

v) Situaciones posesorias nacidas de contratos **cuya finalidad es la entrega y restitución del bien, con carácter obligacional, pero que resultan notoriamente nulos**<sup>17</sup>. Estos casos se subsumen en el artículo 911, en cuanto se trata de "poseedor con título fenecido (nulo)". Vale acotar que se ha criticado nuestra afirmación en el sentido que el desalojo no puede esclarecer la nulidad de los negocios jurídicos, por cuanto se trata de una materia compleja que resulta incompatible con el sumario<sup>18</sup>. La crítica es injustificada, desde una perspectiva general, pues el artículo 220 CC permite que el juez, **en cualquier tipo de proceso**, incluso el desalojo por precario, invoque la nulidad como acto previo para resolver un litigio, siempre que la causal sea evidente y notoria. En consecuencia, el juez del desalojo podría apreciar la nulidad del contrato y, por consiguiente, declarar que el poseedor es precario por "título fenecido". El profesor Morales Hervias ya justificó plenamente que el juez puede invocar la nulidad dentro de los fundamentos de la decisión, pero sin declararla ni pronunciarse sobre ello en la parte resolutive, pues esta última circunstancia implicaría violación de las garantías procesales<sup>19</sup>. Por supuesto, que en la mayoría de los casos no podrá considerarse que el demandado es precario por nulidad del título, sin embargo, en algunas hipótesis de manifiesta invalidez, sí podrá estimarse por virtud del mencionado artículo 220 CC. En buena cuenta, todos los que posean por virtud de un título obligacional de restitución, pero afectado de nulidad evidente, serán precarios, pues igual se encuentran obligados a devolver el bien por virtud de su voluntad manifestada en el contrato, aunque

depositada en el accionante para que lo poseyera en resguardo de dicho bien; siendo así, y habiéndose efectuado un reconocimiento expreso del derecho del dueño, no puede pretender usucapir el inmueble al no haberse conducido como propietario del mismo, sino como una persona que se encargó de cuidarlo (...)"

<sup>16</sup> En tal caso, obviamente, el precario reconoce una posición jurídica superior a la suya, por lo que ya no puede adquirir por usucapión o *adverse possession*: WONNACOTT, Mark. *Possession of Land*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 135.

<sup>17</sup> Si el contrato es de transmisión de bien, y no de restitución, entonces no puede considerarse que el adquirente frustrado sea precario, pues el vendedor ya otorgó un título de posesión definitivo, no temporal, por lo que dejó de poseer. Si el negocio jurídico se declara nulo, entonces se destruyen los efectos del título, pero la posesión continúa en manos del comprador, que por la característica de su ánimo, es un poseedor en concepto de dueño que puede recurrir a la usucapión. Desde siempre es conocido que un poseedor *ad usucapionem* no es precario. Ambas posiciones son incompatibles: IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*, Editorial Ariel, Barcelona 1999, p. 197.

<sup>18</sup> PASCO ARAUCO, Op. Cit., p. 82.

<sup>19</sup> "Ingenuamente se ha interpretado que el juez puede o debe "declarar" de oficio la nulidad del contrato en la misma sentencia sin mayor detalle adicional. Es decir, el segundo párrafo del artículo 220 del CC se ha interpretado falazmente sin tomar en cuenta el contenido real de este poder jurídico y sin darse cuenta que esta interpretación quebranta los principios procesales de iniciativa de parte y de contradicción. Es necesario cambiar el modo de interpretar la norma en estudio. Es fundamental hacer una interpretación correctora y en particular una interpretación sistemática y una interpretación adecuadora": MORALES HERVIAS, Rómulo. "La inconsistente "declaración" de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984". En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, N° 219, Lima, febrero 2010, p. 233.

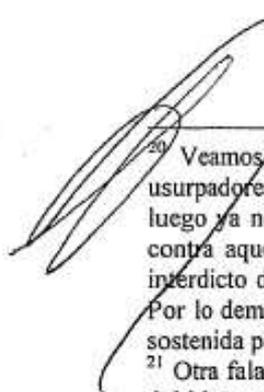
23

este luego se anule, pues se entenderá que el título es social; en cambio, se excluye a todos aquellos que posean en concepto de dueño, o de otro derecho real, pues, en tal caso, se enrumban a la usucapión.

## CASOS EXCLUIDOS DEL CONCEPTO DE PRECARIO

**Décimo Sexto:** La presente definición conlleva que se descarte una serie de hipótesis:

- 
- i) No es precario el poseedor en concepto de dueño o autónomo, pues la inexistencia de título entre demandante y demandado (no hay relación de posesión mediata e inmediata), sumado a la circunstancia de que el actor no es poseedor, hace que el primero solo pueda exigir la entrega del bien cuando acredite ser propietario, lo que implica el ejercicio de la acción reivindicatoria (plenaria)<sup>20</sup>; mientras que en el desalojo, por su carácter sumario, no se controvierte la propiedad. Por lo demás, téngase en cuenta que en el caso propuesto, **el demandante carece de la posesión, por lo que no puede recurrir a las acciones posesorias, como el desalojo**<sup>21</sup>.
  - ii) No es precario el propietario vendedor de un bien que no cumple con realizar la entrega, a pesar de su obligación contractual. La razón es muy simple: el comprador no es poseedor, aún. El mecanismo de tutela para el comprador no es el "desalojo por precario", sino la demanda de cumplimiento de contrato.
  - iii) No es precario el contratante que mantiene la posesión del bien luego que el contrato ha sido resuelto en forma extrajudicial y unilateral. Si el vendedor ya entregó el bien, entonces, carece de la posesión y, por ende, no puede ejercer acciones posesorias, como el desalojo<sup>22</sup>. Por tanto, solo corresponde la



<sup>20</sup> Veamos cómo se desinforma a los menos avisados: "como consecuencia de la tesis de Gonzales, los usurpadores se encuentran en mejor posición que aquellos que sí entraron de forma legítima al bien, pero que luego ya no quieren desalojarlo (sic), en la medida que contra estos sí podrá interponerse el desalojo, pero contra aquellos no" (PASCO ARAUCO, Op. Cit., p. 76). En realidad, los usurpadores quedan sujetos al interdicto de recobrar (artículo 921 CC), e incluso a las acciones penales, por lo que no necesita el desalojo. Por lo demás, ya hemos argumentado respecto de la insólita equiparación, nunca antes vista en doctrina, pero sostenida por el opositor, entre el interdicto y el desalojo.

<sup>21</sup> Otra falacia: "entonces, habría que preguntarnos, ¿el solo dicho del demandado, alegando estar en posesión del bien por el tiempo necesario para adquirir la propiedad del mismo por usucapión, es razón suficiente para que el desalojo no proceda? La respuesta, naturalmente es, no" (PASCO ARAUCO, Op. Cit., p. 88).

El problema del opositor está mal planteado, pues sigue callando en todos los idiomas la siguiente objeción decisiva: **¿cómo se explica que un no poseedor invoque una acción posesoria?** Esta importante cuestión lleva a rechazar el desalojo cuando el actor invoca la regla de propiedad, por lo que, en tal hipótesis, la discusión sobre ¿qué puede hacer el demandado, alegar también un título o no?, carece de todo sentido. En efecto, si el demandante no puede plantear el desalojo, entonces no sabemos para qué discutimos las acciones que podría emprender un demandado. Por lo demás, en el caso concreto que se discute (Casación N° 417-2009-Ica, de fecha 22 de septiembre de 2009), se cometió una gran injusticia, cuando se apoyó un demandante con título formal, sin nada más, y se olvidó que el poseedor lo era en concepto de dueño por mucho tiempo. No se trata de menospreciar el argumento del demandado, cuando en realidad este exhibió un certificado de posesión. En todo caso, el conflicto, con la constancia de posesión o sin ella, debió reenviarse a la reivindicatoria, pues el actor nunca fue poseedor, por lo que no le corresponde invocar o plantear acciones posesorias (artículo 921 CC). Por el contrario, si el actor hubiese sido un poseedor despojado, pero eso no se desprende de la sentencia, entonces tendría abierta la puerta del interdicto. Un amplio análisis de esta sentencia se encuentra en: GONZALES BARRÓN, Gunther. *La Posesión Precaria*, Jurista Editores, Lima 2011, pp. 95-100.

<sup>22</sup> Esa es la razón principal por la que el instrumento del desalojo no es pertinente en tal hipótesis, pues el demandante no cuenta con la posesión, por lo que **mal podría ejercitar las acciones posesorias**. Por otro

18 DIC 2013

RAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

pretensión declarativa de resolución de contrato, en la que se constate lo ocurrido en sede extrajudicial, y se ordene la restitución de las prestaciones, entre ellas, la entrega del bien. Sobre el particular, se ha pretendido confundir la voluntad revocatoria del concedente de la posesión con el fenómeno jurídico de la resolución unilateral de contrato, pero eso no es correcto<sup>23</sup>.

- iv) No es precario el contratante temporal cuyo plazo de contrato ha vencido, lo que origina el deber jurídico de restituir el bien<sup>24</sup>, pero basado en una causa legal de la relación jurídica. En tal caso, el plazo de cumplimiento se vence, pero no la relación jurídica en su aspecto funcional, pues quedan pendientes todos los deberes de liquidación propios de la terminación del plazo, entre los que se encuentra, señaladamente, la propia obligación de restitución<sup>25</sup>. El demandante

lado, si un vendedor declara mediante carta notarial que el contrato está resuelto, entonces el juez del desalojo no tiene por qué creerle a pie juntillas. Si bien el Código Civil permite la cláusula resolutoria expresa (artículo 1430 CC), sin embargo, no permite que la versión de una de las partes se imponga sobre la otra. ¿Por qué le creó al vendedor y no al comprador? En tal caso, la controversia debe plantearse en un proceso plenario, salvo que se pretenda romper la igualdad de las partes, con el subsiguiente sometimiento de uno hacia la versión del otro.

<sup>23</sup> Así, se plantea el caso de un precario que ha permitido el acceso de toda su familia en contra de las expresas órdenes del concedente. En tal caso, el contradictor dice que procede el "desalojo por resolución de contrato" (Ibid., p. 82). El error es ostensible. El precario es título social, y no necesita "resolverse", pues basta la voluntad contraria del concedente de la posesión. Es algo así como el retiro de confianza, que ni siquiera necesita de un "incumplimiento".

<sup>24</sup> Pasco (Ibid., p. 87) ni siquiera está seguro de que el contratante con plazo vencido sea precario o no: "En el caso del arrendatario con contrato vencido, no es precario porque el CPC claramente lo distingue, pero en todos los demás casos sí habría una suerte de precariedad por vencimiento del plazo". Qué más se puede decir cuando se usa el condicional.

<sup>25</sup> El artículo 1704 CC presupone esta doctrina, cuando indica que, a pesar del vencimiento del plazo contractual, el arrendamiento continúa bajo sus mismas estipulaciones. Es decir, la relación jurídica no está extinta en forma absoluta. ¿Cómo se pretende negar esta afirmación? "Es una figura excepcional", dice Pasco (Ibid., p. 87), pero ello olvida que el arrendamiento es una institución "trans-típica" (palabras de Giovanni Battista Ferri), esto es, sus normas exceden su solo tipo contractual, pues están pensadas para la generalidad de relaciones de uso y disfrute de las cosas. Lo mismo ocurre con la compraventa, respecto de los contratos de transferencia de bienes o derechos. Por tanto, es difícil suponer que esa norma sea aplicable al arrendamiento, pero no al comodato *mutatis mutandis*, en lo referente, por ejemplo, a la penalidad en caso de no devolverse el bien en el plazo convenido.

Por su parte, el obstinado contradictor se opone a esta doctrina con argumentos de poca monta: "nadie lo ha sostenido en la doctrina" o "el plazo es el plazo" (Ibid., pp. 85-87). En realidad, la doctrina no ha profundizado mucho sobre el tema, y normalmente se limita a escribir pocas líneas para reafirmar que el contrato se extingue con el vencimiento del plazo. Eso es correcto dentro de ciertos límites, pues en los contratos de duración (cuya característica es que el plazo permite cumplir el fin o la causa del negocio) pueden presentarse situaciones patológicas, y de hecho son frecuentes los casos en los que no se liquida la relación por efecto de la inacción de las partes o por la simple negativa de una de ellas. En tales circunstancias, el contrato está extinguido en cuanto a los deberes de actuación, pero no respecto de los deberes de liquidación, pues la relación se mantiene en la vida jurídica. Por tal motivo, es posible que la relación siga, sin agotarse, sin culminarse, pues los deberes de liquidación, fundados en el contrato, se mantienen incumplidos. Justamente, el demandante puede solicitar la restitución o devolución del bien por efecto del contrato, en cuanto no se cumple una de sus obligaciones, cuál es, la liquidación mediante la debida restitución. De la misma forma, el demandante podría pedir el pago de la cláusula penal y la indemnización que corresponda por virtud del contrato, cuya dimensión sustancial está agotada, pero no la formal. Si no fuera así, entonces nos preguntamos: ¿si el contrato ya se extinguió, entonces el deber de restitución es extracontractual? ¿y el deber emanado de la cláusula penal es, también, extracontractual? En ambos casos, se llegan a callejones sin salida. La restitución se basa únicamente en el contrato, y ni qué decir de la penalidad, por lo que es necesario mantener la dimensión formal del contrato. La circunstancia que la doctrina le haya dedicado poca atención al tema no es motivo legítimo para descartar esta tesis, cuya racionalidad y eficacia práctica son evidentes.

Por ejemplo, la doctrina argentina dice: "El artículo 584 del Código Civil establece la responsabilidad del deudor por la falta de restitución de la cosa (incumplimiento); de ello se deduce que aquel deberá conservarla

RAUL OMAR RIVAS AMES  
 SECRETARIO  
 Primera Sala Civil  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

18 DIC 2013

939

deberá instar el desalojo por vencimiento de contrato; y si la parte se equivoca, entonces el juez puede encausar la pretensión en la etapa postulatoria para lograr que el proceso logre su objetivo.

- v) No es precario el comprador de un bien, aunque el contrato se declare nulo. La razón es simple: el enajenante ya entregó el bien, por lo que perdió la posesión, y, en tales circunstancias, no puede invocar una posesión de la que carece. El comprador es un típico poseedor en concepto de dueño, que avanza hacia la usucapción, lo que es incompatible con la precariedad.
- vi) No es precario el trabajador que detenta un bien por cuenta de su principal, y que después de extinguido el vínculo jurídico no lo restituye. Téngase en cuenta que el servidor de la posesión no es poseedor (artículo 897 CC), ni siquiera precario<sup>26</sup>. Sin embargo, esta condición solo se tiene respecto de los bienes

hasta el cumplimiento de la obligación asumida; así surge de lo expuesto en los artículos 1154, 2210 y 2271 del Código Civil. La inclusión del deber de conservación entre el momento de formación de la obligación y la restitución, constituye un deber complementario y primordial. Es de suma importancia en el tratamiento del tema y con relación a los riesgos, aumentos, frutos y mejoras de la cosa": GHERSI, Carlos Alberto. *La responsabilidad por la restitución de la cosa*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 1988, pp. 70-71. **Es decir, a pesar que el contrato se extinguió sustancialmente por virtud del plazo, sin embargo, luego de ello sigue operando el deber contractual de conservación del arrendatario. Esto significa que la doctrina ya tiene en mente la idea que aquí se plasma de modo expreso.**

Igual ocurre con la doctrina alemana antigua: "Si el arrendatario no devuelve la cosa arrendada después de terminado el arrendamiento, el arrendador puede exigir en concepto de indemnización, aunque no medie culpa del arrendatario, el alquiler que hubiera devengado por el tiempo del retraso en el supuesto de haber continuado el arrendamiento": ENNECCERUS, Ludwig. "Derecho de Obligaciones". En ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, traducción de José Alguer y Blas Pérez González, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1971, Tomo III-2º, Primera Parte, p. 286.

La doctrina contractual más moderna empieza a preocuparse del tema, con el nombre de "obligaciones poscontractuales", lo que demuestra el acierto de este planteamiento, que ya se estudia en entornos jurídicos cercanos, como el colombiano, pero que nos lleva gran ventaja en cuanto a seriedad y profundidad. En tal sentido, puede citarse: "Es común concebir que extinguido el contrato, habrán fenecido la totalidad de las obligaciones. Sin embargo, debe reconocerse que hay eventos en los que a la extinción del contrato le sobreviven algunas obligaciones, ya por disponerlo la ley o por haberlo convenido las partes, las que podríamos llamar obligaciones poscontractuales": GAMBOA MORALES, Luis Carlos. "Extinción del contrato". En CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (Coordinadora). *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá 2009, Tomo I, p. 729.

En buena cuenta, el plazo final extingue la actuación de la relación obligacional en su fase de normalidad, pero hace nacer los derechos de liquidación que se mantienen hasta su agotamiento.

Proponemos un ejemplo adicional para redondear el tema: A y B celebran un contrato de arrendamiento, pero cuyo plazo de duración vence, sin que el arrendatario devuelva el bien. El contrato había establecido que la mora del deudor conlleva que toda pérdida del bien sea susceptible de resarcimiento, incluso por caso fortuito si el siniestro se produce cuando el bien se encuentra en manos del arrendatario. Es una típica prestación de garantía, que solo se funda en la voluntad de las partes. Pues bien, si el contrato está extinguido por vencimiento del plazo, entonces la cláusula no podría regir. Sin embargo, es obvio que todos los autores están de acuerdo en que la prestación de garantía es aplicable en este caso, pues lo contrario implicaría que estos pactos sean inservibles, pues solo rigen luego de la extinción del plazo del contrato (mora, indemnizaciones, garantías, penalidades, etc.). ¿Cómo explicamos esta situación? Sin duda, se trata de un avance que empecemos a hablar de dos perspectivas diferentes, la formal y la sustancial en el ámbito de los contratos de duración, y que tiene su origen en las patologías que surgen por el incumplimiento. **Por una parte, se extinguen las prestaciones de actuación de la relación obligacional, sin embargo, por la otra, nacen los deberes de liquidación.**

<sup>26</sup> El servidor de la posesión carece de tutela posesoria, lo cual significa que su principal puede retirarlo del control del bien por acto de propia autoridad, en forma unilateral y sin previo aviso. Si el servidor rehúsa entregar el bien al primer requerimiento de su titular, entonces comete un acto de despojo, pues de la condición de no-poseedor pretende convertirse en poseedor (ilegítimo), sin consecuencia. El afectado puede recurrir a la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920 CC), o a la judicial mediante el interdicto de recobrar (artículo

18 DIC 2013

RAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

24r

necesarios para llevar a cabo la prestación laboral, y no para aquellos bienes que solo indirectamente facilitan, y no sirven, para la ejecución del deber (ejemplo: casa del trabajador minero).

### EL DESALOJO POR PRECARIO Y SU INACEPTABLE CONFUSIÓN CON LA REIVINDICATORIA

**Décimo Séptimo:** El desalojo no produce el efecto de clausurar el debate respecto de la propiedad, ni siquiera entre las mismas partes, por virtud de la cognición limitada del proceso y por tratarse de una acción posesoria. Siendo así, el actor del desalojo **puede ganar por efecto de la prueba sumaria de propiedad**, pero luego perder una reivindicatoria o una prescripción adquisitiva, con prueba amplia de propiedad y de alegaciones. Es decir, el Derecho peruano terminaría reconociendo dos instrumentos de protección de la propiedad, uno sumario y otro plenario. La pregunta es: ¿para qué sirve, entonces, el primer proceso? El resultado es un auténtico caos.

En nuestro país, la jurisprudencia mayoritaria, sin darse cuenta, ha creado dos procesos cuyo tema debatido es la propiedad. El problema es que el vencedor de uno, puede ser derrotado en el segundo.

Por otro lado, la práctica de nuestros Tribunales hace pasar por precario al invasor, o al sujeto con posesión antiquísima, pero sin título formal, o al comprador con título supuestamente resuelto, o al contratante cuyo negocio jurídico se pretende declarar nulo, pero que no consta con evidencia plena, al que no inscribió en la doble venta, al arrendatario con plazo vencido, al poseedor que ha superado el plazo anual, entre otros. Así, pues, figuras tan disímiles se unifican dentro de la categoría omni-compreensiva de "precario judicial", pues en ella se incluyen poseedores legítimos<sup>27</sup>, ilegítimos, compradores en doble venta, usucapietes o constructores, poseedores viciosos, poseedores con título temporal o definitivo, familiares, divorciados con o sin hijos, entre otras muy diversas hipótesis. La pregunta que flota en el ambiente es si una categoría así, tan extendida, presta realmente utilidad, o solamente es fuente de las

921 CC). Esta hipótesis se denomina "abuso de confianza" por la doctrina argentina, y sus Tribunales han señalado en forma reiterada que procede el interdicto de recobrar cuando se produce la negativa de restituir el bien por parte del que, por ejemplo, realizó reparaciones en el mismo (típico servidor): TINTI, Pedro León. *Defensas Posesorias. Interdictos y Acciones Posesorias*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2004, p. 106.

Por tanto, en este caso, no se necesita de la reivindicatoria, ni siquiera del desalojo por precario, como inútilmente argumenta PASCO ARAUCO (Op. Cit., p. 77). Este dice que bajo nuestra posición, "los servidores de la posesión estarían mejor protegidos que los poseedores". En realidad, no sabemos de dónde se ha sacado esa conclusión, pues en múltiples ocasiones hemos señalado que el titular puede recuperar el bien por acto de propia autoridad, sin siquiera pasar por el juzgado, por lo que le bastaría acudir a la fuerza pública o a la fuerza privada, inclusive, con la constatación de un notario, para retomar la posesión directa (artículo 920 CC); y la razón de ello es muy simple: el servidor de la posesión carece de protección posesoria, en tanto no es poseedor. **Lógica pura y simple: el verdadero poseedor no requiere una vía específica para lograr algo que ya tiene, esto es, la posesión.** En todo caso, si el servidor consume un despojo, entonces el afectado tiene suficiente defensa con los mecanismos extrajudiciales (defensa posesoria, ex artículo 920 CC) o judiciales mediante el interdicto (artículo 921 CC).

<sup>27</sup> Supóngase que el propietario de un bien inmueble se lo encarga a un amigo para que lo custodie en forma indefinida, y también lo autoriza a usarlo. Es el típico caso de posesión graciosa o por liberalidad que en ningún caso podría considerarse ilegítima, pues se funda en la propia voluntad del titular, pero cuya falta de título formal la hace precaria.

PODER JUDICIAL

18 DIC 2013

RODOLFO OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

241

mayores injusticias por la incoherencia en relación con las acciones de protección de la propiedad y de la posesión.

La conclusión que se impone es la necesidad de poner fin a esta torre de babel.

**Décimo Octavo:** La sistemática civil es clara: el poseedor despojado acude al interdicto (artículo 921 CC), el poseedor mediato frente al inmediato, al desalojo (artículos 911, 921 CC; 985, 986 y 987 CPC), y el propietario, a la reivindicación o acción declarativa (artículo 923 CC). Por eso, unas son acciones sumarias, y las otras, plenarias; por eso, unas no atribuyen cosa juzgada sobre el dominio, las otras, sí.

De este modo, todos los problemas de indeterminación, inseguridad e injusticia, quedarían solucionados de un solo golpe. Los demandantes sabrían exactamente cuál es el instrumento de protección referido a su concreta situación jurídica; e igual los demandados.

**SEGUNDA PARTE: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE.**

**Décimo noveno.-** En vista de la polémica surgida sobre la definición de precario, lo que se resume en el séptimo considerando, la Corte Suprema ha emitido el Cuarto Pleno Casatorio (Casación N° 2195-2011-Ucayali), en el cual se imponen ciertos criterios vinculantes, que no es el momento de cuestionarlos o calificarlos. En tal sentido, se dispone como doctrina jurisprudencial:

- 1.- Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
- 2.- Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad, sino el derecho a poseer.
- 3.- Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.
- 4.- Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa, no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.

PODER JUDICIAL

PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primer Sala Civil  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA MA

18 DIC 2013

5.- Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:

5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esta resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, más no así la improcedencia.

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

5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia – sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos de presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

5.4 La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.

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

5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni

PODER JUDICIAL  
PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

18 UIC 2013

declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

Handwritten mark resembling the number '4'.

6.- En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7.- En lo que respecta 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.

**Vigésimo:** En buena cuenta, el ponente no modifica su criterio, que es personalísimo, sustentado en los considerandos sexto a décimo octavo, sino que se limita a cumplir el precedente.

**TERCERA PARTE: CASO CONCRETO**

**ANÁLISIS DEL TEMA DE FONDO**

Handwritten signature or scribble on the left margin.

**Vigésimo primero:** En el presente caso, la parte actora funda su pretensión exclusivamente en la propiedad del inmueble ubicado en [redacted] Magdalena del Mar, que lo adquirió con fecha 07 de marzo de 2007, conforme aparece de la Partida N° [redacted] del Registro de Predios de Lima (fojas 03). Asimismo, afirma que ha solicitado en reiteradas oportunidades a la demandada que desocupe el bien, lo cual no cumple hasta la fecha, pues se mantiene en posesión aprovechando la relación de parentesco, en tanto la demandada es madre de la propietaria.

**Vigésimo segundo:** En buena cuenta, la parte actora señala expresamente que la **demanda se sustenta solo en el título de propiedad**, que se encuentra acreditado con la Partida N° [redacted] del Registro de Predios de Lima (fojas 08), pues en ningún momento afirma haber contado con la posesión del inmueble.

Por su parte, la demandada no aporta título alguno para poseer el bien materia de litis, pues solo argumenta en su escrito de contestación (fojas 135 a 139) que el inmueble se inscribió en registros públicos a nombre de su hija a pesar que la demandada aportó el

Handwritten signature or scribble on the left margin.

PODER JUDICIAL

18 DIC 2013

RAUL OMAR RIVAS AMES

SECRETARIO

Boletín 5493 (1998)

dinero para la adquisición; por último, agrega que la demandante nunca ocupó dicho inmueble ya que reside desde hace varios años en el extranjero.

Textualmente, la demandada dice: "el demandante (apoderado) valiéndose de la calidad de cónyuge de mi hija mediante argucias y engaños influyó en mi hija para que le otorgara ese poder y así pretender desalojarme del inmueble del cual estoy ejerciendo posesión pacífica desde el año 2007, en compañía de mi hija [REDACTED], y que "este inmueble fue comprado con los ahorros de toda mi vida para habitar allí (...) pero mi hija [REDACTED] (...) pretende despojarme de mi inmueble por el simple afán de ambición del Sr. [REDACTED], que ha influido negativamente poniéndola en mi contra. Y que si bien es cierto que el inmueble no está registrado a mi nombre, me pertenece por haber sido comprado con mi dinero (...)", sin embargo, tales afirmaciones de la demandada son meramente subjetivas, sin prueba alguna, máxime si el inmueble se adquirió con hipoteca (fojas 08), lo cual indica que la demandada no pudo pagar el precio; y, en todo caso, los ahorros que exhibe (fojas 132 a 133) no pueden relacionarse directamente con la compra; por el contrario, la demandante sí ha acreditado la propiedad del inmueble materia de litis, lo que constituye el primer presupuesto del desalojo por precario.

**Vigésimo tercero:** Por lo demás, la resolución apelada incurre en un notorio error cuando señala que la demandante tiene "obligación alimenticia" con la demandada (su madre), por lo que esa circunstancia implicaría "título posesorio". Por el contrario, este Tribunal considera que la obligación alimentaria se otorga a pedido del acreedor en estado de necesidad, y aquí nadie lo ha pedido en la vía pertinente; además, esa obligación se materializa en una renta pecuniaria y no en la posesión de un bien específico; por tanto, el argumento del A-quo no tiene relación alguna con la pretensión materia de este proceso. En suma, la demandada es una típica precaria, que posee por gracia, liberalidad o tolerancia del titular, por mera relación amical, familiar o social, por lo que se concluye que esta carece de título jurídico posesorio, en consecuencia, se configura el segundo presupuesto del desalojo por precario.

**Vigésimo cuarto:** Por lo expuesto, se concluye que la demandada se encuentra incurso en la hipótesis 1) del precedente vinculante indicada en el décimo noveno considerando, por lo cual tiene la condición jurídica de precario; en consecuencia, corresponde estimar la demanda y ordenar la desocupación del inmueble.

**COSTAS Y COSTOS:**

**Vigésimo quinto:** No obstante la estimación de la pretensión, la parte demandada ha tenido motivos atendibles para litigar, en atención a la zozobra que existe en los tribunales respecto al concepto de poseedor precario, conforme se explica en el considerando séptimo de la presente resolución; por tal motivo, se le exonera de las costas y costos del proceso.

PODER JUDICIAL

OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
PRIMERA Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

18 DIC 2013

245

Por tales fundamentos, la Primera Sala Civil de Lima, administrando justicia a nombre del Pueblo;

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la **sentencia** contenida en la resolución número **DIEZ**, de fecha veintiocho de mayo de dos mil trece, que declara **improcedente** la demanda; y **REFORMÁNDOLA** se la declara **FUNDADA**, en consecuencia, se ordena a la demandada que desocupe y entregue el bien ubicado en [redacted] Magdalena del Mar, sin costas ni costos. En los seguidos por [redacted] (apoderado de [redacted]) contra [redacted] sobre Desalojo por precario.

  
ROMERO DÍAZ

  
ARIAS LAZARTE

  
GONZALES BARRÓN

Los que suscriben se adhieren al presente voto por los fundamentos expresados en los considerandos 19° a 25°, con exclusión del 20°.

  
ROMERO DIAZ

  
ARIAS LAZARTE

PODER JUDICIAL  
PAUL OMAR RIVAS AMES  
SECRETARIO  
Primera Sala Civil  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

17 8 DIC 2013



314

27° JUZGADO CIVIL

EXPEDIENTE : 19993-2012-0-1801-JR-CI-27

MATERIA : DESALOJO

ESPECIALISTA : JARA ROJAS, JENNY

DEMANDADO :

DEMANDANTE : REPRESENTADO

POR

Resolución Nro.22

Lima, 13 de junio del 2016

Dando cuenta en la fecha puestos los autos en despacho luego de la depuración realizada; y **ATENDIENDO: Primero.**- Que, por imperio de la Resolución Administrativa **112-99-SE-TP**, se dispuso que todos los órganos jurisdiccionales de las Cortes Superiores de Justicia de la República, bajo responsabilidad del correspondiente Juez, realizará el proceso de depuración de los expedientes existentes en sus archivos, debiendo remitirse al Archivo Central de la respectiva Corte Superior de Justicia, los expedientes calificados para archivo definitivo (**expedientes fenecidos**) o para depósito transitorio (**expedientes que tienen cuatro meses o más sin movimiento**); **Segundo.**- Que, en el presente caso se ha verificado de manera manifiesta la falta de impulso procesal por las partes, que limiten o impidan la remisión de éste proceso al depósito transitorio, resulta pertinente remitir al depósito transitorio los presentes actuados, por cuyas razones y amerito de lo expuesto: **SE RESUELVE:** Declarar **EL ARCHIVO PROVISIONAL** del presente proceso, **prescindiéndose** de notificar la presente resolución dada la naturaleza del proceso de depuración, remitiéndose en el día al depósito transitorio de esta sede judicial.

PODER JUDICIAL

Dr. MARCIAL DIAZ ROJAS  
 JUEZ TITULAR  
 Vigésimo Séptimo Juzgado Civil  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

JENNY JARA ROJAS  
 ESPECIALISTA LEGAL  
 27° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA