

LA PRECARIEDAD DE LA POSESIÓN PRECARIA EN EL PERÚ LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PRECARIO EN EL CASO PERUANO

*THE PRECARIETY OF PRECARIOUS POSSESSION IN PERU
THE DENATURALIZATION OF THE PRECARIOUS CONCEPT IN THE PERUVIAN CASE*

Alberto Vittorio Camargo Riega¹, María Gracia Valdivia Corzo¹

(1) Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto dejar en evidencia el tratamiento del concepto de precario en el sistema jurídico peruano y las confusiones a las que han llegado tanto legisladores como jueces al momento de establecer su definición en la legislación civil y en la jurisprudencia vinculante por medio de precedentes judiciales. Además, los efectos que han causado en la práctica judicial peruana y en la sociedad en general.

Palabras clave: Posesión, precario, precarista, precedente judicial, comodato, desalojo, desahucio.

ABSTRACT: The purpose of this article is to highlight the treatment of the precarious concept in the Peruvian legal system and the confusion that both legislators and judges have reached at the time of establishing its definition in civil legislation and binding jurisprudence through judicial precedents. Furthermore, the effects they have caused in Peruvian judicial practice and in society in general.

Keywords: Possession, precarious, squatter, judicial precedent, loan contract, eviction, eviction.

INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema jurídico eminentemente escrito, basado en la legislación, permite agregar ciertos insumos de jurisprudencia a fin de lograr alcanzar los fines del derecho. Sin embargo, se debe tener sumo cuidado en esta labor, encomendada a los legisladores y jueces, en tanto que, un análisis incorrecto, generaría muchos problemas en la sociedad.

En el presente artículo se pretende analizar el concepto de precario, el cual se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico civil peruano, y precisado a través de un precedente judicial vinculante, contenido en el IV Pleno Casatorio Civil. A partir de este análisis, se busca establecer si la labor de los legisladores y los jueces, con relación a este concepto, fue el más idóneo.

Para ello se estudia el concepto de precario desde su origen en el Derecho Romano, así como su evolución en el derecho moderno y comparado. Posteriormente a través de la revisión de la legislación, doctrina y jurisprudencia reciente sobre el estado de la cuestión en el caso peruano, se determina si el concepto de precario evolucionó o, por el contrario, se alejó de su origen.

Además, se analiza los efectos que ha causado la labor de los jueces al emitir el IV Pleno Casatorio Civil, en la práctica judicial, y sobre todo en los justiciables.

Correspondencia:

Alberto Vittorio Camargo Riega

E-mail: albertocamargoriega@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1933-6730>

I. EL ORIGEN DE LA POSESIÓN PRECARIA

Muchas veces puede ocurrir que algunas instituciones jurídicas, nacieron en la antigüedad con una determinada situación o bajo un nombre en específico, pero cambiaron a lo largo del tiempo. En estos casos, lo que se debe evitar es, precisamente, que tales cambios nos conduzcan a una desorientación o confusión de conceptos, debido a la falta de precisión, trayendo como consecuencia la confusión con otras instituciones jurídicas.

Jorge Avendaño sostiene que la figura del precario se remonta al derecho romano, sobre la base de un pacto. "En el derecho romano, se entendía por "precarium" un contrato innominado realizado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a ésta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente" (Avendaño, 1986).

Según lo afirmado por el autor, el precario es un contrato, desde nuestra óptica no, sino una relación de feudalismo (Savigny, 1845, pág. 231). Sin embargo, podemos destacar dos características: 1) la gratuidad y 2) la revocabilidad, por cuanto el titular podía exigir la restitución en cualquier momento.

Por otro lado, encontramos una aclaración en cuanto a la identificación de los sujetos que intervenían en el pacto de precario. Julio Wong afirma que se producía entre el *pater* o *patronus* y sus clientes.

La relación entre estos dos sujetos se producía de la siguiente manera: “El cliente fue en principio un extraño que se sometía a un *pater* a cambio de protección. Este acto suponía la entrada del cliente en el culto familiar; motivo por el cual la relación entre el *patronus* y el cliente era sacra. El cliente posee la comunidad de culto y, por inferior que sea, participa del verdadero parentesco, que consiste en adorar a los mismos dioses domésticos” (De Coulanges, 1980, pág. 81).

Entonces, sobre la base de esa relación, llegaban a un acuerdo, asumiendo funciones cada uno. “Tanto el *patronus* como el cliente asumían un conjunto de deberes, cuya obligatoriedad se fundaba no en una convención sino en el carácter sagrado de la clientela. El patrón debe a sus clientes socorro y asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, para que puedan cultivarlas y vivir de su producto” (Petit, 1980, pág. 37).

Del Derecho Romano clásico a la de Justiniano, la denominación de “cliente” tornó en “precarista”, sujeto a quien se la había concedido temporalmente y de forma gratuita la tenencia de una finca. Julio Wong sostiene que: “En el precario se entrelazaban, como podemos apreciar, dos relaciones de hecho. La primera, en virtud de la cual se realizaba la concesión, era la que unía al *patronus* con el cliente; la segunda se establece entre el precarista y el terreno que recibía” (Wong, 1989).

A partir de lo anterior, se desarrolló el concepto de precario. El precario o precarista que, inicialmente, tenía el permiso para detentar la ocupación de una finca, luego pasó a ser todo lo contrario, es decir, el que no tenía el derecho a ocupar la finca debido a que, el dueño o quien le haya concedido la tenencia, le solicitó la devolución. Arturo Selman concluye que: “En resumidas cuentas, y bajo el tratamiento del Derecho romano en su concepción más antigua, el precario dans concedía gratuitamente la posesión de tierras al precario accipiens, concesión que era esencialmente revocable, y que contemplaba como mecanismo de resguardo el interdicto quod precario” (Selman, 2018).

El interdicto de precario era una acción que permitía al dueño recuperar la tenencia o posesión concedida al precario.

II. LA POSESIÓN PRECARIA EN ORDENAMIENTO CIVIL PERUANO

La posesión precaria en el Perú se encuentra regulada en el artículo 911 del Código Civil, cuyo texto establece que: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”. Partimos de dos situaciones sumamente amplísimas. La primera, cuando el poseedor jamás tuvo un título que amparara su posesión, y la segunda, cuando el poseedor tuvo un título, pero este ya no es eficaz.

Esta definición tan amplia en la legislación civil peruana, lejos de aclarar su concepto, ocasionó mayores confusiones, al punto que se vio la necesidad de emitir un precedente judicial para aclarar aún más el concepto, sin embargo, este precedente, contenido en el IV Pleno Casatorio Civil, agravó la situación, desconociendo absolutamente el verdadero concepto del precario.

La primera vez que se empleó el término precario en el Perú, fue en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuyo artículo 970 señalaba que: “Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión”.

El citado dispositivo normativo se refiere al original y verdadero concepto de precario. Una persona que posee un bien inmueble de forma temporal y, lo más importante, sin pagar renta, esto es, por concesión gratuita del dueño. Posteriormente en el año 1936, el derogado Código Civil peruano, en su artículo 1594, reguló el contrato de comodato precario, estableciendo que: “Cuando no se ha determinado el objeto del uso ni su duración, ni aquél resulte determinado por la costumbre, puede el comodante, a su arbitrio, pedir que se le devuelva la cosa prestada”.

Este precepto legal, continúa la línea del verdadero concepto de precario, pues si bien, se refiere a un contrato, mantiene la esencia del precario del Derecho Romano, esto es, la temporalidad, la gratuidad y la absoluta discrecionalidad del pedido de devolución por parte del dueño de la cosa.

Este tipo de contrato más ampliamente ha sido explicado por José León Barandiarán:

De ahí que lo característico de este tipo de comodato precario, estriba en esa incerteza en cuanto a la subsistencia de la posesión de la cosa por el comodatario, pues el comodante puede *ad nutum* determinar en cualquier momento su término. Ello se explica por la naturaleza gratuita de la ventaja recayente en el tenedor, y porque hay que entender que las partes, sobre todo el comodatario, entendieron que al no precisarse ni tiempo ni objeto del uso, han querido someter la relación jurídica creada a esa resolución por voluntad absolutamente unilateral del comodante. Ese, en su caso, comunicará su determinación al comodatario. Y el comodatario queda obligado de inmediato a la devolución de la cosa (León Barandiarán, 1975, págs. 64-65).

Durante la vigencia del Código Civil peruano de 1936, que duró hasta 1984, se expidieron una serie de fallos contradictorios en cuanto a los supuestos de ocupación precaria, tergiversando la esencia de su concepto y la línea que se venía regulando hasta ese momento. Al momento de expedirse el vigente Código Civil peruano de 1984, se trató de mitigar el problema, al introducir el concepto de posesión precaria en el artículo 911 ya citado.

El artículo referido al precario encuentra su antecedente más inmediato en la ponencia realizada por la Dra. Lucrecia Maisch von Humboldt ante la Comisión reformadora del Código Civil de 1936, cuyos esfuerzos permitieron la promulgación del Código Civil de 1984. El único cambio que se aprecia entre la ponencia y el texto del actual Código es el reemplazo del término caducado por el vocablo fenecido. Antes de la intervención de Lucrecia Maisch von Humboldt, solo encontramos algunas referencias del precario con ocasión de la acción de desahucio. En el segundo párrafo del artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 se establecía la existencia de la acción de desahucio para recuperar bienes usados de modo precario. El Código Civil de 1936 no reguló la posesión precaria. Otra referencia al precario la encontramos en el Decreto Ley N° 21938, de 20 de setiembre de 1977, referido al

régimen del contrato de locación-conducción de casa-habitación. Este cuerpo legal dispone en el inciso b) del artículo 14 que la acción de desahucio procederá si el predio es ocupado por otra persona de modo precario. De esta manera, solo encontramos referencias al precario, pero no una definición de la posesión precaria en ninguna de las normas anteriormente señaladas (Sánchez, 2012).

En efecto, es una propuesta de la Dra. Lucrecia Maisch von Humboldt, quien expuso los motivos por los que debe incorporarse el concepto de precario. Ella refiere que, la "posesión precaria es materia que en el Perú ha suscitado polémicas doctrinarias, que ha causado innumerables procesos y que ha originado jurisprudencia contradictoria, por falta de una tipificación de la precariedad y su correspondiente consagración legislativa" (Maisch von Humboldt, 1985).

Las razones que tuvo la autora son muy loables, sin embargo, no acertó con el concepto. No por ser incorrecto, sino por falta de precisión. Si la intención era evitar mayores contradicciones y precisar el concepto, entonces, se omitió incluir las características esenciales del precario.

A raíz de la vigencia del mencionado artículo, a nivel doctrinal y jurisprudencial, se empezaron a formar nuevamente posiciones contradictorias, en las cuales se incluía, en algunos casos, y excluía, en otros, los supuestos de posesión precaria.

Gunther Gonzales realiza una interpretación acorde al contenido esencial del precario. "¿Cómo llega a esta conclusión Gonzales Barrón? Él considera que, sin necesidad de salirse de la letra del artículo 911, es posible entender que el precario es aquel poseedor que, efectivamente, no cuenta con título jurídico, pero sí social o de mera tolerancia, aplicable a los casos en los que el inmediato ha recibido voluntariamente el bien por parte del mediato; y, en consecuencia, aquel está obligado a su restitución" (Torres, 2015). En conclusión, la posesión precaria regulada en el ordenamiento civil peruano fue bastante desacertada con la expedición del Código Civil de 1984, partiendo de un concepto muy amplio que, lejos de lograr su cometido, trajo consigo una serie de problemas traducidos en los fallos contradictorios de los tribunales.

Prueba de ello, en el año 2011 se convocó a los jueces civiles supremos a fin de aclarar el concepto de precario mediante un precedente judicial vinculante. Se expidió el IV Pleno Casatorio Civil, en el que, tratando de explicar el concepto, se colocó supuestos expresos que contemplan la posesión precaria.

III. EL CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL

El IV Pleno Casatorio Civil tiene su origen en la Casación N° 2195-2011-Ucayali, de fecha 13 de agosto de 2012. La materia del proceso es desalojo por ocupación precaria. Los hechos del caso son los siguientes. Los demandantes, a través de su apoderado, sostienen que, son propietarios del inmueble submateria, el mismo que tienen inscrito en los Registros Públicos a su nombre. Sostienen que, los demandados ocupan el bien inmueble en condición de precarios, ya que, antes fue una casa familiar.

Los demandados, por su parte, señalan que los demandantes han dejado de ser propietarios del inmueble submateria, debido a que, los demandados han estado en posesión del bien por más de cuarenta años, posesión que se realiza de manera pacífica, pública y como propietarios, por tanto, ha operado la prescripción adquisitiva de dominio.

El proceso en primera y segunda instancia se resuelve a favor de los demandantes, declarándose fundada la demanda y ordenándose el desalojo. Ante ello, los demandados interponen el recurso de Casación, sosteniendo que, se han aplicado indebidamente las normas referidas a la resolución de arrendamiento, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Además, afirman que, debieron acumular el referido proceso, al de usucapión que habían iniciado para que se los declare propietarios respecto del bien submateria por prescripción adquisitiva de dominio.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú, al amparo del artículo 400 del Código Procesal Civil¹, y sosteniendo que, las partes han invocado el derecho a disfrutar de la posesión inmediata, señala que, resulta conveniente, entonces, abordar algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, por lo que, se convocó a los integrantes de las salas civiles supremas al Pleno Casatorio, con el fin de sentar un precedente judicial sobre el caso materia de autos.

En primer lugar, se aborda el concepto de posesión, citando a algunos autores nacionales, así como, a los dos más grandes exponentes sobre la teoría de la posesión, Savigny y Ihering, en ese sentido sientan una postura concluyente, en la que la posesión se basa en una función de legitimación, permitiendo a una persona aparecer como titular de un derecho sobre las cosas, para así ejercer las facultades derivadas de tal derecho y proyectar dicha apariencia frente a terceros.

En seguida, el Pleno desarrolla las clases de posesión. En primer lugar, la distinción entre posesión mediata e inmediata, dejando en claro la relación de yuxtaposición entre ambas: La posesión mediata se encuentra por encima de la posesión inmediata, en tanto que, la primera es la que, confiere el título para poseer a la segunda. En segundo lugar, analiza la posesión legítima e ilegítima, sosteniendo que, en la primera existe una correspondencia entre la situación de hecho (poder) con el ordenamiento jurídico (derecho), mientras que, en la segunda no existe esa correspondencia, agregando que, la falta de correspondencia se da cuando: "se tenga [la posesión] sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla" (IV Pleno Casatorio Civil, 2012).

1. Véase en: **Código Civil de Perú. Artículo 400.- Precedente judicial**

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaren improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

En definitiva, llega al análisis de la posesión precaria, efectuando, en primer lugar, una pequeña revisión del origen histórico y referencia a la doctrina y jurisprudencia española; resaltando que, según aquel país, la posesión precaria, ya no descansa solamente en la gratuidad, sino además en la ausencia de título para poseer.

Posteriormente, entra al plano nacional, y advierte que es muy cierto la falta de seguridad jurídica en cuanto a la conceptualización de la posesión precaria, por lo que, se afirma que, es necesario definir el concepto de precario a luz de lo contemplado en el artículo 911 del Código Civil.

Así las cosas, inicia su análisis a partir del concepto básico proporcionado por el Diccionario de la Real Academia, quien lo define como lo que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño; y es contundente al señalar dos características importantes en la naturaleza del precario:

1) posesión de una cosa ajena, y 2) ausencia de título jurídico de esa posesión.

Entonces, a partir de lo anterior aborda el texto del artículo 911 antes citado, y sostiene que la figura de posesión precaria se presenta en dos situaciones: 1) Cuando no existe título para poseer y 2) Cuando el título que alguna vez se tuvo ha fenecido.

Desarrolla la primera situación, afirmando que, se produce por la ausencia total de acto o hecho que justifique la posesión, incluyendo a los casos de negativa de devolución por parte del servidor de la posesión o negativa por parte de quien ha recibido la posesión a título gratuito. En cambio, la segunda situación, afirma que, se produce cuando existía un título, sin embargo, ha fenecido, colocando una serie de supuestos por los cuales se produciría dicho fenecimiento, sin importar las causas u orígenes, incluso ajenas a la voluntad de las partes involucradas.

En ese sentido, y bajo el pretexto que, en la práctica diaria se han presentado innumerables casos en los cuales, las demandas de desalojo por ocupación precaria han sido declaradas improcedentes por falta de determinación del concepto de precario, la Corte Suprema adopta un amplio concepto del significado de precario, no circunscribiéndose únicamente a los casos en los que el propietario ceda la posesión de un inmueble por un tiempo determinado para que luego sea devuelto, por la mera tolerancia del dueño, o por el sobreviniente cese de la vigencia del derecho a poseer del tercero; sino lo amplía a toda aquella situación en la que falte título para poseer o este haya fenecido.

En razón a ello, se fija como doctrina jurisprudencial vinculante los siguientes supuestos que, según el razonamiento de la Corte Suprema, se consideran ocupantes precarios:

1. En los casos de resolución contractual por incumplimiento de una de las prestaciones, lo que inhabilita al poseedor para seguir ocupante el inmueble.
2. En los casos de vencimiento o conclusión del arrendamiento, pues la solicitud de devolución del bien inmueble arrendado implica el fenecimiento del título del arrendatario.
3. En los casos de enajenación del bien arrendado, en tanto la solicitud de devolución del inmueble por parte del nuevo dueño convierte en precario al arrendatario.

Además, fija otras reglas en materia procesal, como: la legitimidad para demandar el desalojo, la obligación de los jueces de pronunciarse sobre el fondo del asunto en el desalojo, es decir, sobre el derecho o no de poseer del demandante, a pesar de la alegación del demandado de haber hecho edificaciones o modificaciones en el inmueble, e incluso de alegar haber adquirido el bien por prescripción adquisitiva de dominio, en cuyos casos los jueces siempre deben evaluar la fundabilidad de la demanda, quedando prohibido la expedición de sentencias inhibitorias.

La Corte Suprema sostiene que busca sentar un precedente judicial para terminar con la inseguridad jurídica y problemática social, originada en la conceptualización del ocupante precario, problema no reciente, sino arrastrado desde muchos años atrás, incluso evidenciado en la vigencia de los anteriores códigos peruanos en materia civil y procesal civil, y traducido a una afectación general a la comunidad y al propio Poder Judicial, debido a la sobrecarga de procesos de desalojos por ocupante precario, que no hace sino, saturar la labor de los jueces.

IV. EL ERRÁTICO CONCEPTO DE PRECARIO EN EL CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL

Creemos que, muy lejos de cumplir con su objetivo, el IV Pleno Casatorio ha ocasionado mayores problemas socio-jurídicos, a partir de un error, precisamente, conceptual, nacido en la redacción del artículo 911 del Código Civil peruano de 1984.

La equivocación radica en iniciar su análisis a partir de la redacción del artículo 911 del Código Civil, sin detenerse a examinar el concepto real del ocupante precario, pues el problema de realizar un análisis puramente exegético, como se hizo al interpretar el citado artículo 911, ocasiona una ceguera a todo el conocimiento de la figura jurídica abordada, en tanto que, el legislador pudo no colocar las palabras más idóneas para definir la figura tratada, como ocurrió con el concepto de precario.

La denominada “posesión” precaria es la que se ejerce sin autorización expresa, es decir, la tenencia se ejerce con tolerancia sucesiva (tenencia sin título alguno) o cuando se usa el bien con autorización, pero ella se revoca (tenencia autorizada pero posteriormente fenecida o se revoca). En el primer caso, hay una declaración tácita, es decir, un comportamiento de tolerancia por parte del propietario o del poseedor posteriormente a los actos materiales del tenedor. En el segundo caso, hay una declaración de revocación por parte del propietario o del poseedor de la autorización otorgada anticipadamente mediante declaración expresa (Morales, 2013).

La frase “sin título alguno” de donde parte su análisis el IV Pleno Casatorio es muy amplia, existen innumerables situaciones en las que un poseedor ocupa un bien sin título, llegando incluso la posesión por despojo o usurpación.

Mientras que, la posesión precaria se caracteriza, es cierto sin título, pero porque el dueño lo tolera. En efecto, el precario ingresó al bien sin título alguno, y el dueño no hizo nada ante tal situación.

El precario no ingresó al bien amparado en un título jurídico habilitante, por el contrario “Es una situación de hecho en que una persona, denominada precarista, goza de una cosa singular y determinada, mueble o raíz, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño” (Halabí, 1996, pág. 117).

No resulta posible referirse al origen de la posesión precaria por una situación de derecho, sino por una situación fáctica. “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 971, 921 y 923 CC [Código Civil], así como los artículos 585, 586 y 587 CPC [Código Procesal Civil], concordante con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a las garantías procesales” (Gonzales, 2014).

Luego de la expedición de este precedente judicial, contenido en el IV Pleno Casatorio Civil, se generaron discusiones también a nivel doctrinario. Uno de ellos, Jorge Avendaño, quien sienta una posición muy clara.

Mi posición se acerca más a aquella que entiende al poseedor precario con aquel que detenta en virtud de una mera liberalidad o tolerancia, el Código Civil entiende de esa forma al poseedor precario, como poseedor ilegítimo, ya que este nunca tuvo título o si lo tuvo, este ha fenecido.

Por eso, el ocupante precario se identifica usualmente con aquella persona que ocupa la propiedad del prójimo, el Código Civil no hace ninguna mención de si el ocupante precario es aquel que paga o no la renta, sino aquel que no tiene título (Avendaño, Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria, 2013).

Desde nuestra óptica, por otro lado, el colocar la expresión “fenecimiento del título”, es demasiado amplia para determinar o conceptualizar al precario, y precisamente, desde esta expresión amplísima, la Corte Suprema, desarrolló su análisis sobre el precario, cuando debió detenerse a examinar si realmente el origen de la posesión precaria abarcaba a cualquier fenecimiento de título, como sosegadamente lo establece el artículo 911.

El precario con título fenecido, en el entendido del Código Civil peruano, se refiere al caso en el que el dueño concedió la posesión de forma gratuita con la condición de solicitar su devolución en cualquier momento, y en efecto, el título social (no jurídico) habilitante feneció, una vez solicitada la devolución. No podemos abarcar más supuestos al fenecimiento del título porque escaparíamos del verdadero concepto de precario, e ingresaríamos al plano contractual, como erradamente lo hizo el IV Pleno Casatorio Civil.

Salvo dos situaciones particulares, “Nuestras fuentes citan a dos casos en que el precario se presentaba unido a un acto jurídico concluido entre dos partes, es decir en su función contractual. Uno de estos actos era la dación en prenda; el otro, la trasmisión de la propiedad” (Ihering, 1926).

En efecto, la posesión precaria no puede estar vinculada a un contrato por que “El que concede a otro el ejercicio de la propiedad, es decir, la posesión natural o el ejercicio de un servicio, y se reserva el derecho de revocar a voluntad este favor, goza efectivamente de este derecho particular, y la relación jurídica que nace de esta manera entre las dos partes lleva el nombre de *precarium*” (Savigny, 1845, págs. 229-230).

En resumidas cuentas, la expedición del IV Pleno Casatorio Civil, trajo consigo más problemas que soluciones, en tanto que, situaciones como el desalojo por resolución o vencimiento de arrendamiento se equipararon al precario, con lo que, para efectos prácticos, generó mayor dilación en los procesos iniciados por los dueños que pretenden desalojar a sus inquilinos.

La intención fue buena, sin embargo, la solución no. Es cierto que la redacción del artículo 911 del Código Civil peruano es mala, también es cierto que se generaron muchos problemas a raíz de su mala redacción, y también es cierto que era necesario una aclaración.

Como se puede apreciar, antes del Cuarto Pleno Casatorio existían distintas posturas sobre el proceso de desalojo por ocupación precaria. La configuración del precario era discutida tanto a nivel jurisprudencial como en doctrina. Pero además existían cuestionables decisiones judiciales que cercenaban indebidamente el alcance del desalojo como instrumento de tutela urgente (Del Risco, 2016).

V. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN EL CONTEXTO PERUANO

El análisis efectuado por el IV Pleno Casatorio Civil no estuvo a la altura que merecía esta figura jurídica tan importante para el medio social peruano, más aun, por los efectos que causa en el ámbito procesal. “En tal sentido, si el concepto de precario solo tiene utilidad en cuanto sirve para lograr el desalojo, entonces se requiere complementar la visión civil con la procesal”.

El efecto que causa en el ámbito procesal es importante, pues la definición de precario sirve para decidir la acción específica que interpondrá el dueño para recuperar el bien que le pertenece, por ello como opina Avendaño

Otra interrogante es si el art. 911 tenía justificación. En mi opinión la respuesta es negativa. Ya hemos visto que la norma es incompleta para los efectos de definir la posesión ilegítima o precaria. Pero, aunque ella fuese completa, no tiene sentido definir en la ley la posesión ilegítima. La doctrina y el sentido común se encargan de precisar que ella ocurre cada vez que no se conforma con el derecho (Avendaño, La posesión ilegítima o precaria, 1986, pág. 63).

En todo caso, si decidieron regular el concepto, se debió conceptualizar de manera correcta y precisa. Y más aún si decidieron precisar el concepto por medio de la jurisprudencia vinculante, entonces debieron cuidar mucho de no entrometerse con otras figuras totalmente distintas como el arrendamiento.

La Corte Suprema rediseña los supuestos del artículo 911 del Código Civil. La justificación se encuentra en el fundamento 61 de la ejecutoria bajo comentario, al señalarse que la Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario, sin limitarse al caso del propietario que cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título que la ampare (posesión sin título), 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 justificaba al demandado el ejercicio del disfrute del derecho a poseer (posesión con título fenecido) (Abanto, 2013).

El efecto más errático del IV Pleno Casatorio Civil es el asimilar al precario con el inquilino luego de la resolución o vencimiento del arrendamiento.

La decisión del Pleno es desafortunada. Por el solo hecho de que el arrendador –tal vez sin saber lo que hacía, actuando simplemente por sentido común– exigió a su contraparte la restitución del bien, se le obliga a iniciar un proceso judicial ante el JE [Juzgado Especializado], el cual podría terminar ante la Corte Suprema después de muchos años. Y esta decisión se ha adoptado sin tomar en cuenta que ese inmueble –cuya restitución se pretende– podría ser de un valor tan irrisorio que litigar 4 ó 5 años por su recuperación podría terminar siendo mucho más oneroso para el arrendador que permitirle a su contraparte permanecer en el bien pagando lo que le plazca (Pasco, 2017).

No es posible que se extienda a tantos supuestos la posesión precaria, pues se vuelve un saco que abarcaría toda aquella situación que se determine por la falta de título.

Las conclusiones del Pleno le da un mayor margen de operatividad a dicha orientación teórica por cuanto el aspecto sin título recoge la versión elemental del precario romano y toda aquella situación en la cual no existe una causa justificante en el uso y disfrute del bien por parte del sujeto que ostenta el *corpus posesorio* y en el aspecto del fenecimiento del título se recoge un criterio *apertus* que se verá ampliado presumo con la cotidianidad de los supuestos que suelen presentarse en la vida ordinaria que calcen con la *ratio iuris* de dicha orientación teórica y además se recoge la figura del comodato precario en la cual se fija el destino de la cosa y además se presentan los presupuestos que identifican a la figura del precario que, a saber, son: la concesión en el uso de la cosa a tiempo indeterminado, la liberalidad, o sea, permitir el uso de la cosa sin pagar contra prestación alguna y la revocabilidad a manos del concedente a su sola voluntad (Mosquera, 2014).

En efecto se desconoce la normativa sobre contratos y procesal civil, pues el desalojo contempla varios supuestos de restitución, entre ellos el arrendamiento por resolución o vencimiento y, por otro lado, el precario.

El precedente judicial no solo desconoce normas especiales de derecho de contratos, sino que además genera un grave problema práctico, pues hasta antes de su emisión existían vías específicas para satisfacer el interés del acreedor en recuperar el bien objeto del contrato respectivo (desalojo por resolución de contrato o desalojo por vencimiento de contrato), generándose ahora una duplicidad de mecanismos, pues el justiciable puede optar entre recurrir a las vías ya existentes o por la nueva fijada por el pleno casatorio civil (desalojo por ocupante precario) (Quesnay, 2015).

Peor aún, con posterioridad al IV Pleno Casatorio, se emitieron otros pronunciamientos judiciales, conocidos como Plenos Jurisdiccionales en el Perú, en los que exigen acudir en todos los supuestos a la vía del desalojo por precario. La consecuencia no solo causa problemas en el nivel jurídico, sino además en el plano social, pues contribuye a desaparecer pronunciamientos contradictorios a nivel de nuestras cortes de justicia que afectan directamente social, pues muchos justiciables pierden la confianza en el sistema de administración de justicia.

La razón que justifica el respaldo por parte de la comunidad jurídica a los precedentes judiciales, es el de contribuir a desaparecer pronunciamientos contradictorios a nivel de nuestras cortes de justicia que afectan directamente la legitimidad del Poder Judicial en tanto órgano constitucionalmente responsable de velar por la vigencia del Estado Constitucional de Derecho y la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos ante situaciones de controversia o incertidumbre; sin embargo, fallos judiciales con la condición de precedentes que no sólo desconocen normas especiales sino que además generan un clima de falta de predictibilidad, como el analizado, no hace sino debilitar la confianza en tan útil institución jurídica como la de los precedentes judiciales (Quesnay, 2015).

Llevar al justiciable a litigar en procesos por la vía de posesión precaria, cuando su caso es más sencillo, genera un gran descontento social.

¿Es conveniente considerar un supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento como un supuesto de posesión precaria? Ello implica que el demandante el seguimiento de un proceso de dos instancias, la primera ante un Juzgado Especializado en lo Civil o Mixto, la Segunda ante una Sala Civil o Mixta con el dilatado trámite del recurso de Casación ante una Sala Civil de la Corte Suprema. ¿No hubiese sido mejor considerarlo como un supuesto de vencimiento del plazo y facilitar su inicio ante un Juzgado de Paz Letrado y su conclusión ante un Juzgado Especializado o Mixto? Bajo un punto de vista de política judicial, nos parece inconveniente la decisión de la Corte Suprema, pues por un exceso de academicismo, condena a los abogados y litigantes a tramitar un largo y dilatado proceso (Abanto, 2013).

Es más, no debería calificarse exceso de academicismo, por el contrario, mucha falta de esto. En definitiva, genera más problemas, no aportando ninguna utilidad la conceptualización del precario.

Así, pues, figuras tan disímiles se unifican dentro de la categoría omnicompreensiva de "precario judicial", pues en ella se incluyen poseedores legítimos, ilegítimos, compradores en un caso de doble venta, usucapientes o constructores, poseedores viciosos, poseedores con título temporal o definitivo, familiares, divorciados con hijos, entre otras muy diversas hipótesis. La pregunta que flota en el ambiente es si una categoría tan extendida, presta realmente alguna utilidad, o solamente es fuente de las mayores injusticias por la incoherencia en relación con las acciones de protección de la propiedad y de la posesión (Gonzales, 2014).

CONCLUSIONES

El concepto de precario tiene su origen en el Derecho Romano, nació como una figura en la que el dueño de un bien permitía el uso a un tercero, bajo la condición que podía solicitar su restitución en cualquier momento.

La evolución que tuvo el concepto del precario generó que se identificara a la posesión precaria como una clase de posesión sujeta a la liberalidad o mera tolerancia del dueño por un tiempo determinado, y a la revocabilidad, en tanto y en cuanto el dueño solicita la restitución del bien en cualquier momento.

El ordenamiento civil peruano de forma desatinada reguló el concepto de precario al definirlo de una manera

demasiado amplia, ocasionando gran confusión a nivel doctrinario y posiciones contradictorias a nivel jurisprudencial.

El precedente judicial vinculante emitido en el Perú, contenido en el IV Pleno Casatorio Civil, lejos de aclarar el concepto de precario, complicó la situación a los justiciables al abarcar un sinnúmero de supuestos que no constituyen la posesión precaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- [1] Abanto, J. (2013). Análisis del precedente vinculante establecido por el Cuarto Pleno Casatorio Civil. *Gaceta Civil, Gaceta Jurídica*, 61-70.
- [2] Avendaño, J. (1986). La posesión ilegítima o precaria. *THÉMIS-Revista De Derecho*, 59-63.
- [3] Avendaño, J. (2013). Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria. *Ius Et Veritas*, 352-358.
- [4] De Coulanges, F. (1980). *La Ciudad Antigua: Estudio sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*. México: Editorial Porrúa S.A.
- [5] Del Risco, L. (2016). El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil. *Ius Et Veritas*, 132-142.
- [6] Gonzales, G. (2014). *La posesión precaria*. Lima: Jurista Editores.
- [7] Halabí, F. S. (1996). *La Acción de Precario ante la Doctrina y la Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- [8] Ihering, R. v. (1926). *La posesión*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- [9] IV Pleno Casatorio Civil, Casación n.º 2195-2011-Ucayali (Corte Suprema de Justicia de la República 13 de Agosto de 2012).
- [10] León Barandiarán, J. (1975). *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- [11] Maisch von Humboldt, L. (1985). Exposición de motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil. En D. Revoredo, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios* (pág. 162). Lima: Diagramación E.I.B.M.
- [12] Morales, R. (2013). El precario: ¿es poseedor o tenedor (detentador)? A propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil. *Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, 13-26.
- [13] Mosquera, N. (2014). Desalojo por precario contra prescripción adquisitiva. *Gaceta Civil, Gaceta Jurídica*, 91-110.
- [14] Pasco, A. (2017). A propósito del Pleno Nacional Civil 2017 Desalojo contra (ex)arrendatario por fenecimiento del título: cuando la lavada sale más cara que la camisa. *Gaceta Civil, Gaceta Jurídica*, 13-30.
- [15] Petit, E. (1980). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- [16] Quesnay, J. (2015). El cuarto pleno casatorio Civil y la indiferencia hacia el derecho de los contratos. *Ius. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 1-14.
- [17] Sánchez, C. (2012). El precario. Cuestiones teóricas y prácticas a partir de una historia retrospectiva en el ordenamiento jurídico peruano. En R. De la Fuente y Hontañón, *Ciencia jurídica y humanismo: En homenaje a Álvaro D'Ors, I Jornada de Derecho Romano* (págs. 165-166). Lima: Palestra Editores.
- [18] Savigny, F. K. (1845). *Tratado de la Posesión, según los principios del derecho romano*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y tipográfica.
- [19] Selman, A. (2018). Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista. *Revista Ius et Praxis*, 341-392.
- [20] Torres, M. (2015). La posesión precaria en la jurisprudencia peruana. *Gaceta Jurídica*, 25.
- [21] Wong, J. (1989). El precario. *THÉMIS-Revista De Derecho*, 85-90.

Recibido el 08 de noviembre del 2019 y aceptado para su publicación el 20 de diciembre del 2019