



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



ESCUELA DE POSTGRADO

**MAESTRÍA EN ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO
CIVIL Y COMERCIAL**

¿POSESION PRECARIA ES UNA POSESION ILEGITIMA?

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

PRESENTADO POR:

EDILBERTO JOSÉ RODRÍGUEZ TANTA

LAMBAYEQUE – PERÚ – 2014

¿POSESION PRECARIA ES UNA POSESION ILEGITIMA?

EDILBERTO JOSÉ RODRÍGUEZ TANTA

AUTOR

M.Sc. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL.

APROBADO POR:

**Dr. RENAN ARBILDO PAREDES
PRESIDENTE DEL JURADO**

**Dr. MIGUEL ARANA CORTEZ
SECRETARIO DEL JURADO**

**M.Sc. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
VOCAL DEL JURADO**

LAMBAYEQUE – PERÚ
2014.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo, a mis hijos Yahaira, José Luis y Joaquín, y a mi esposa Hilda por haber confiado en la ejecución de este proyecto, a pesar del tiempo.

AGRADECIMIENTO

Especial agradecimiento a las personas de Amelia y Maritza, que han colaborado en la recopilación de las fuentes y redacción del desarrollo del proyecto de investigación.

INDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	15
1.1. Ubicación	15
1.2. Como surge el problema	15
1.3. Como se manifiesta y qué características tiene	15
1.4. Descripción detallada de la metodología	16
CAPITULO II: MARCO TEORICO	18
2.1. La propiedad.	18
2.1.1. Título de propiedad	19
2.1.2 La protección de la propiedad	20
2.1.3 La acción reivindicatoria	20
2.2. La posesión	
2.2.1. Teorías que definen la posesión	22
2.2.1.1. Teoría propuesta por Savigny	22
2.2.1.2. Teoría propuesta por Ihering	24
2.2.1.3. Teoría peruana de la posesión	28
2.2.2. Diferencia entre posesión y propiedad	29
2.2.3. La tenencia	29
2.2.4. La posesión como forma ancestral del ejercicio de la propiedad	30
2.2.5. La posesión como forma ancestral del ejercicio de la propiedad y su evolución en las diversas etapas históricas hasta la actualidad	31
2.2.5.1. En el derecho romano	31
2.2.5.2. En el derecho germano	32
2.2.5.3. En el derecho canónico y el fuero juzgo	33
2.2.5.4. En el derecho francés	34
2.2.5.5. En el derecho argentino	34
2.2.5.6. En el derecho español	
2.2.6. Tratamiento legislativo de la posesión en los Códigos Civiles de 1852, 1936, y 1984	35
2.2.6.1. Código Civil de 1852	35
2.2.6.2. Código de Procedimientos Civiles en 1911	35
2.2.6.3. Código Civil de 1936	37
2.2.6.4. Código Civil de 1984	37
2.3. La posesión precaria	39
2.3.1. Posesión precaria	39
2.3.2. Posesión ilegítima	41
2.3.3. Antecedentes del precario	45
2.3.4. Evolución del precario en el derecho contemporáneo	47
	V

2.3.5. Evolución de la posesión precaria en el Perú	47
2.3.6. El ocupante precario con título y sin título y título vencido	48
2.3.7. Jurisprudencia a nivel nacional sobre posesión precaria	51

CAPITULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Criterios asumidos por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.	60
3.1.1. Análisis e interpretación de los datos	60
3.1.1.1. Cuadros estadísticos que muestran el criterio asumido por los magistrados de la Primera y Segunda Sala Civil de Lambayeque y cantidad de expedientes resueltos con relación al ocupante precario	60
3.1.1.2. Postura adoptada en las resoluciones emitidas por la primera y segunda sala civil	70
3.1.2. Puntos contradictorios apreciados en los pronunciamientos de las salas superiores.	95
3.1.2.1. Desalojo por ocupante precario y la prescripción adquisitiva	96
3.1.2.2. El desalojo por ocupante precario y la nulidad	99
3.1.2.3. Desalojo por ocupante precario y edificación en propiedad.	103
3.1.3. Los pronunciamientos contradictorios y la afectación de los principios de seguridad jurídica, economía y celeridad procesal.	109
3.1.4. Luego de la vigencia del IV Pleno Casatorio Civil: como se hubiera resuelto y como se viene resolviendo.	110
3.2 PROPUESTA TEORICA	114
3.2.1. Resultado de la encuesta aplicada a magistrados y abogados respecto de la problemática del ocupante precario.	114
3.2.2. Propuesta de mejoramiento	116
CONCLUSIONES	122
RECOMENDACIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	127
ANEXOS	132

RESUMEN

La problemática sobre la aplicación del ocupante precario ha sido de interés tanto a nivel nacional como en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, razón por la cual este trabajo se ha centrado en identificar criterios que vienen aplicando las dos salas superiores civiles, al tratarse de instancias superiores de los juzgados civiles y mixtos de la provincia de Chiclayo, Ferreñafe y Lambayeque.

Se ha analizado las sentencias en donde ha habido posiciones contradictorias, como las referidas a: respuestas frente a un proceso de desalojo por ocupante precario con un demandado que se acogía a la prescripción adquisitiva habiendo ya iniciado su proceso judicial; a un proceso de desalojo por ocupante precario en donde se exhibe por parte del demandante o demandado un documento que incurre en invalidez, conllevando a que el juez asuma la postura de decidir si lo declaraba nulo o no; finalmente un demandado en el desalojo por ocupante precario que había edificado sobre el bien materia de la litis.

Se ha utilizado como instrumento de medición la encuesta a jueces con especialidad civil, además de la evaluación de las sentencias expedidas por las salas civiles durante los años 2012 y 2013, demostrando el alto nivel de rigurosidad de la investigación; habiéndose pretendido ingresar a establecer las razones de tales contradicciones en los puntos materia de investigación, concluyéndose en la falta de una normatividad clara por lo que sugerimos la unificación de las figuras del posesionario ilegítimo con el posesionario precario, además de llevar a cabo entre los magistrados acuerdos plenarios de carácter local y regional, así como desarrollo continuo de esta temática y del IV Pleno Casatorio.

Este trabajo nos ha permitido acercarnos a la problemática de las decisiones jurisdiccionales, de algún modo colaborar a superar las dificultades que se presentan especialmente en nuestro distrito judicial de Lambayeque.

Palabras claves: posesión, precario, posesionario legítimo, criterios jurisdiccionales, resoluciones, sentencias de vista.

ABSTRAC

The issues on the implementation of precarious occupant has been of interest both nationally and in the Superior Court of Lambayeque, why this work has focused on identifying criteria that are applied both civilian superiors rooms, being higher levels of civil and mixed courts of the province's Chiclayo, Lambayeque and Ferreñafe.

We analyzed the sentences where there have been contradictory positions as those relating to: responses to an eviction by precarious occupant with a defendant who housed the acquisitive prescription having begun his trial; to an eviction by occupying precarious where it is exhibited by the plaintiff or defendant incurs a document disability, leading to the judge assumes the position to decide if declared null or not; finally a defendant in an eviction for poor occupant had built on the property subject of the litigation.

Was used as a measuring instrument survey judges with civil specialty, in addition to evaluation of judgments issued by the civil courts during the years 2012 and 2013, demonstrating the high level of rigor's research; having tried entering establish the reasons for these contradictions in the research field points and finished in the lack of clear regulations so we suggest unifying figures illegitimate possessor to precarious possessor, in addition to carrying out among judges Plenum on local and regional, as well as continued development of this subject and the Fourth Plenum Casatorio.

This work has allowed us to approach the problem of judicial decisions, somehow collaborate to overcome difficulties occurring especially in our judicial district of Lambayeque.

Keywords :possession, precarious, legitimate possessor, jurisdictional criteria, resolutions, statements of view

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación buscó establecer las respuestas que vienen dando los magistrados en materia civil, principalmente de las Salas Superiores respecto al tema del ocupante precario, toda vez que desde la vigencia del Código Civil de 1984 en su aplicación a los hechos concretos ha generado controversia, razón por la cual algunos analíticos del derecho han considerado que se trata de una inadecuada regulación de la norma contenido en el artículo 911 del CC, y por otro lado los jueces han venido otorgando respuestas creativas a los hechos presentados; de uno u otro modo, el mensaje a los operadores del derecho y a la comunidad no era el más óptimo, por el contrario generaba dudas en el tipo de pretensiones, constituyéndose en los argumentos que han permitido sustentar la ejecución de esta investigación, que buscar dar respuesta de ¿Cuáles son las razones de que se emitan resoluciones contradictorias con relación a la posesión precaria afectando la seguridad jurídica en hechos análogos en los órganos jurisdiccionales (Sala Superiores Civiles) del Distrito Judicial de Lambayeque en el periodo dos mil doce a dos mil trece?.

Se precisa que la investigación tuvo su inicio con una problemática similar en el Distrito Judicial de Cajamarca, específicamente la provincia de Chota donde tuve la oportunidad de iniciarme como magistrado, Juez Civil entre los años dos mil dos al dos mil siete y centrando el tema en el ocupante precario y el posesionario ilegítimo; por lo que el proyecto aprobado mediante Resolución Administrativa N° 941-2007-EPG de fecha 22 de agosto del 2007, se refirió al mismo; y que al haber ganado el concurso para jueces superiores en el Distrito Judicial de Lambayeque y al haber ingresado a laborar a partir del 17 de mayo del dos mil once, a efectos de

obtener el grado se trabajó con los datos correspondientes a los años dos mil doce y dos mil trece, correspondiente a las dos salas superiores civiles, y ante dichas circunstancias la investigación tuvo que ser profundizada con esta nueva realidad siendo la razón por el cual se genera una denominación análoga , pero que tiene como sustento profundizar en los datos de la realidad de Lambayeque, conllevando a obtener hipótesis actuales, relevantes y rigurosas para desarrollo de la investigación.

Siendo así se presenta una tesis que puede servir como referente para otras que profundicen la temática y a la vez sirvan como fuentes de referencia y poder identificar la problemática y posibles soluciones en los aspectos jurisdiccionales, por parte de los magistrados y trabajadores y cuyo objetivo general es determinar las razones por las cuales las Salas Superiores Civiles del Distrito Judicial de Lambayeque durante el periodo dos mil doce a dos mil trece vienen emitiendo sentencias contradictorias en relación a la posesión precaria afectando los principios de seguridad jurídica y economía procesal.

La presente investigación surge a consecuencia del interés por el tema civil, y específicamente porque respecto al ocupante precario, la forma de aplicar el artículo 911 del Código Civil, se tornaban disímiles inclusive la resoluciones a nivel de casación también eran contradictorias, y que al momento de evaluarse los casos concretos podían generar varias lecturas, situación que tornaba una respuesta poco aceptable por nuestra sociedad y por los operadores de derecho -entiéndase a los abogados-; ante lo cual se buscó analizar las razones de tal disimilitud, que de inicio puede entenderse a la preparación de jueces, al conocimiento de las teorías sobre posesión y propiedad, al criterio que apliquen en los casos concretos, o por otro lado a una inadecuada regulación de la normatividad sobre el posesionario precario; circunstancias por las cuales se recurrió a Identificar los alcances y parámetros que circunscribe este instituto jurídico de posesión precaria a efectos de la emisión de resoluciones más predecibles y que permitirá encaminar las pretensiones de los justiciables de manera adecuada.

Hago la precisión que esta investigación se inició en el Distrito Judicial de Cajamarca a partir del año dos mil seis, donde se advirtió la situación problemática¹, que al ser continuada desde el año dos mil doce en el Distrito judicial de Lambayeque, a efectos de poder aplicarlos y considerar como parte de la problemática de esta Corte, se determinó que las fuentes a utilizar como son las resoluciones expedidas por las Salas Superiores no permitían establecer como aspecto problematizador la investigación inicial realizada en Cajamarca, es así afectos de cumplir con los principios de la ciencia como son la rigurosidad, la necesidad y la relevancia, en mi calidad de investigador, adecue el tema aprobado a las circunstancias propias de esta Corte Superior de Lambayeque, razón por la cual se generaron ciertas variaciones, pero manteniendo el tema principal.

Se ha trabajado con las dos salas civiles superiores con las que cuenta la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, y además se han analizado las sentencias emitidas durante los años dos mil doce y dos mil trece, toda vez que trata de segunda instancia de los juzgados civiles y mixtos que corresponden a Chiclayo en un número de ocho, a Lambayeque en número de dos (juzgado permanente y transitorio) y Ferreñafe (ordinario y transitorio), así como el distrito de José Leonardo Ortiz (mixto y transitorio) manteniéndose la esencia de la investigación iniciada y conforme al proyecto aprobado, pero esta vez modificado en relación al distrito judicial a aplicar, razón por la cual se profundizó y relevó el título de investigación.

El tema del ocupante precario, en consideración que su regulación ha sido creación del legislador del Código Civil de 1984, y que no cuenta con mayores antecedentes en otras legislaciones, sino que fue una figura introducida por la doctora Delia Revodero de Debakey, y que al haberse legislado separadamente también el ocupante ilegítimo tanto de buena o de mala fe, ha conllevado que

¹ Inclusive fue materia de un proyecto inicial aprobado por la escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, por Resolución N° 941-2007-EPG de fecha 22 de agosto del 2007, denominada, "La Posesión Precaria es una Posesión Ilegítima".

algunos doctrinarios consideren al ocupante precario con la calidad de posesionario ilegítimo, y de este modo poder facilitar las pretensiones no claras, por algún modo generar mayores dificultades en las respuestas del Poder Judicial, tal es así la existencia de un acuerdo Plenario que lo consideró como tal; y por otro lado, los doctrinarios que consideran que son dos institutos distintos pero con caracteres análogos el ocupante precario con el posesionario ilegítimo.

En la aplicación de la norma de ocupante precario se han ido generando diferentes respuestas por parte de la judicatura nacional, inclusive han sido los propios Jueces Supremos los que han contribuido a tal diversidad de criterios; y ello entonces ha generado que los magistrados en cada Corte Superior también hayan tenido consideraciones particulares frente a la problemática presentada con relación al ocupante precario, criterios bajo los cuales los magistrados de las salas superiores del Distrito Judicial de Lambayeque al emitir sentencias lo han realizado con fundamentos diferentes y contradictorios en consideración a una inadecuada regulación e interpretación de las normas jurídicas que amparan el instituto jurídico de posesión precaria; afectando el principio de seguridad jurídica y economía procesal.; es la razón por la cual el tema se ha tornado relevante y actual dando lugar a que los jueces supremos en esta área, hayan convocado al Cuarto Pleno Casatorio de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil, como para demostrar la dificultad en su aplicación². Además, se debe tener en cuenta que durante la etapa de procesamiento de esta investigación se aprobó y publicó la sentencia del pleno casatorio, por lo que se hace un adicional como problemática a investigar con posterioridad, con relación si la sentencia casatoria finalmente resolvió los problemas que se venían afrontando o en todo caso han surgido nuevos eventos problemáticos, o por otro lado si está sirviendo al haber disminuido las divergencias en la aplicación de la norma.

²De los plenos existentes este ha sido el de mayor análisis, habiéndose iniciado desde el 29 de diciembre del 2011 y habiendo concluido recién con una sentencia casatoria con carácter vinculante publicada en el diario el peruano el 30 de agosto del 2013

En una primera parte se esboza en este trabajo de investigación algunas interpretaciones doctrinarias sobre la propiedad y la posesión como derechos reales principales y tradicionales, haciendo un análisis inclusive constitucional y de este modo centrar el tema del posesionario precario; determinar, si la posesión es el antecedente de la propiedad, y consecuentemente bajo ciertas premisas convertirse la posesión en propiedad; y por otro lado se ha buscado deslindar la posesión con la tenencia; aspectos que han sido materia de permanente elucubración por los teóricos del derecho y principalmente recordar a los que históricamente han generado escuelas con relación a esta temática como son los teóricos Savigny e Ihering; modestamente se realizan afirmaciones pretendiendo asumir posición a efectos de partir de aspectos aceptables, sin que ello signifique discrepar de los teóricos del derecho.

En el segundo capítulo se desarrolla la temática del ocupante precario tratando de afianzarse la idea de que en algunas circunstancias dicho posesionario podría ser considerado un posesionario ilegítimo, por tratarse de un ocupante con relación a un bien inmueble; pero que no puede admitirse que se trate tan igual a un precario con un ilegítimo, toda vez que el posesionario precario en su ingreso no ha sido de manera ilegal sino por el contrario ha ingresado sujeto a la normatividad jurídica o a las buenas costumbres, y que al tener un título, el fenecimiento del mismo no lo convierte necesariamente en un posesionario ilegítimo, por cuanto aún mantener alguna vinculación con el bien inmueble, razón por la cual la investigación analiza el aspecto de la ilegitimidad y de la posesión precaria.

En el tercer capítulo, se plantea las circunstancias problemáticas que se han podido detectar en la emisión de las resoluciones de los jueces superiores de las Salas Civiles, habiéndose trabajado con todas las sentencias expedidas durante los años dos mil doce y dos mil trece, lo que determina la alta calidad y confiabilidad del trabajo, para lo cual y de manera didáctica se está presentando mediante cuadros estadísticos que recogen diversos criterios; es decir, agrupadas en el tipo de decisiones, fundadas, infundadas, nulas e improcedentes, separada

por años y porcentajes; y, dentro de dichas resoluciones se ha identificado aquellas que cuentan con aspectos problemáticos tanto por resoluciones contradictorias en las decisiones de los propios magistrados, y en otros confrontados con resoluciones de la Corte Suprema, específicamente con relación a cuatro ejes principales de la realidad que corresponde al tema del precario y la prescripción adquisitiva, el precario y la nulidad de título, el precario y el posesionario edificante, así como el precario cuando mantiene algún vínculo con el demandante o algún derecho que surge del mismo. De esta manera, se pretende dar una respuesta en la emisión de resoluciones contradictorias, tratando de explicar que los criterios de inicio pueden ser vistos con la óptica del principio de independencia de los magistrados, los cuales deben respetarse por ser la garantía de la institucionalidad democrática, aspecto que no está en cuestionamiento; sino que la investigación pretende determinar las razones de tales criterios, y de sus incidencias en la solución de sus conflictos, por cuanto pueden transgredir tales decisiones a los principios de seguridad jurídica como aspecto perteneciente al derecho sustantivo y como aspecto procesal el principio economía y celeridad.

Se ha utilizado como instrumento de medición la encuesta, la misma que ha sido aplicada a los operadores de derecho que intervienen, considerando como muestra representativa a quince magistrados integrantes de las salas y juzgados civiles de la CSJL, teniéndose en cuenta que el tamaño de la muestra es sumamente representativa dado que los Jueces Superiores de las dos salas civiles que la integran son en número de seis, en cuanto a los juzgados civiles corresponde a siete magistrados, siendo las dos encuestas restantes las obtenidas de dos jueces de paz letrado con sub especialidad, a excepción de una de las encuesta que fue aplicada a un magistrado que no laboraba en este tipo de especialidad, pero que no ha generado mayor contribución. En general, la muestra es de alta calidad por ser aplicada a los magistrados que intervienen en la emisión de estas resoluciones, por comprender a los jueces que pertenecen a última instancia ordinaria. En cuanto a los abogados, se ha obtenido una muestra de

treinta encuestas, que si bien por su número, es bastante menor a la totalidad de abogados inscritos en el Colegio de Abogados de Lambayeque, o que litigan en esta Corte Superior; pero si son significativos por cuanto se les ha tenido en cuenta su especialidad civil, y son los que intervienen de manera habitual en procesos cuyas pretensiones están referidas al ocupante precario.

Asimismo, los resultados extraídos que nos permiten tener un panorama sobre las decisiones judiciales, con los criterios utilizados por los magistrados sobre la realidad problemática materia de investigación, también se ha podido compulsar aspectos tangenciales y que merecen ciertas explicaciones; así, respecto a las Salas Superiores que han venido superando el tema de las nulidades en segunda instancia, dada la campaña que realizan los órganos de control a efectos de que puedan proceder a generar respuestas definitivas, además que entre las dos Salas Superiores, es la primera Sala la que recurre a un mayor número de resoluciones nulificantes; adicionalmente, se ha podido verificar que las Salas Superiores, ya vienen aplicando el Cuarto Pleno Casatorio en materia civil, invitándose a otros investigadores a continuar el análisis sobre los resultados desde la época de aplicación del pleno casatorio hasta la actualidad y poder verificarse la incidencia positiva de la vigencia del pleno.