

# Nuevamente sobre el precario (réplica a un reciente artículo)

**Gunther Gonzales Barrón**

Profesor Contratado de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Tecnológica del Perú.

## Introducción

Hace algún tiempo escribí un artículo sobre la posesión precaria del artículo 911 del Código Civil<sup>1</sup>, en la que afirmaba la necesidad de una interpretación en clave romanista, por lo que debía entenderse como precario a aquel poseedor que recibe un bien por concesión graciosa, liberalidad o mera tolerancia, sin estar obligado a pagar renta y con la obligación de restituirlo al concedente con el primer requerimiento que éste le haga. La misma tesis fue reiterada en mi libro «Derechos reales»<sup>2</sup>.

Esta postura, radicalmente distinta a la sostenida por nuestra jurisprudencia y doctrina, ha sido recientemente contestada a través de un artículo<sup>3</sup>. Por tal motivo, considero conveniente formular una réplica que aclare definitivamente la cuestión a fin que el lector sea, quien con las dos versiones a la mano, pueda evaluar el tema y sacar sus propias conclusiones.

## El fácil argumento de criticar el Derecho Romano

Uno de los argumentos recurrentes para descalificar una determinada postura jurídica, es sostener que ésta «se basa en el derecho romano» y, por tanto, la remisión se hace a un «ordenamiento caduco o fenecido». En tal sentido, nuestro ocasional contradictor no pierde el tiempo para apuntalar su tesis a través de los cuestionamientos a la historia. Así puede leerse lo siguiente: «Las raíces de la posesión son parte de su atractivo, pues enfrenta al estudioso con la tentación de buscar respuestas en un **ordenamiento difunto**, del cual se pueden decir muchas cosas casi sin resistencia, e incluso asumir como verdades absolutas las construcciones espectrales de fallecidos pretores y juristas»<sup>4</sup>.

Realmente es muy difícil compartir un párrafo como el citado, pues la historia, mal que nos pese, es

«maestra de la vida» (CICERÓN), y resulta imposible que podamos entender nuestro presente y la proyección hacia el futuro, sin comprender las raíces de donde provenimos. Por tal motivo, y como punto previo de partida, debe quedar descartado el simplismo de negar la postura contraria por el sólo hecho de «sostenerse en la historia».

Empero, **las incoherencias no terminan ahí, sino que recién comienzan**. Así pues, MEJORADA sostiene que el precario romano es una figura inservible, ya que «*resulta dudoso, por decir lo menos, un utensilio tan antiguo como las pirámides de Egipto*»<sup>5</sup>. Esta afirmación, con todo lo cuestionable que es, sin embargo, podría ser coherente en el discurso de los analistas económicos del derecho, para quienes la historia no sirve, y menos si se trata del derecho romano. Esa situación, lamentablemente, deviene en incoherencia total en el caso de MEJORADA, pues él reiteradamente se confiesa ser un seguidor de JHERING, y considera que el Código Civil acoge su postura sobre la posesión<sup>6</sup>. Si ello es así, resulta inexplicable la aversión que tiene MEJORADA hacia la posesión romana, ya que es de sobra conocido que **JHERING no creó una teoría posesoria autónoma, sino que se limitó a interpretar (en forma personal) las fuentes romanas y construir una ordenación sistemática sobre su base**. Esta situación se encuentra históricamente demostrada y no merece ningún reparo<sup>7</sup>.

Por tanto, si la **DOCTRINA POSESORIA DE JHERING ES LA MISMA QUE LA DOCTRINA POSESORIA ROMANA** (por lo menos según el propio JHERING), entonces no se entiende cómo MEJORADA reniega de la posesión romana sin que le inspire el mismo rechazo la tesis de JHERING. Téngase en cuenta que **¡JHERING SE LIMITA A ESTUDIAR, INTERPRETAR Y ESCLARECER EL DERECHO ROMANO!**, por ende, ambas doctrinas



1 «La posesión precaria. Crítica a la interpretación dominante». EN: Diálogo con la Jurisprudencia. Número 56, Mayo 2003.

2 Primera Edición: Jurista Edición, Lima 2003. Segunda Edición: Jurista Editores, Lima 2005.

3 MEJORADA CHAUCA, Martín. «Precario y ¡qué!». EN: Actualidad Jurídica. Número 151, Junio 2006. pp. 57-60.

4 Ibid. pp. 57-58.

5 Ibid. p. 58.

6 En su propio artículo reiteradamente sostiene y ampara sus puntos de vista EXCLUSIVAMENTE en la lectura (equivocada) de JHERING. Entre otras frases sostiene: «Por lo tanto, alejándonos del Derecho romano, pero de la mano con VON JHERING, puedo decir que la posesión no se limita a la apariencia de la propiedad sino que comprende la apariencia de cualquier otro derecho patrimonial sobre los bienes» (Ibid. p. 59).

7 «Porque tanto SAVIGNY como JHERING formularon sus opiniones con subordinación al ordenamiento jurídico romano. No nos dice cómo piensan ellos la posesión o cómo la ven en la realidad social. Tratan de explicar unos textos en donde se la configura»: HERNÁNDEZ GIL, Antonio. «Obras Completas». Tomo II: La posesión como institución jurídica y social. Espasa-Calpe, Madrid 1987. p. 56.

se complementan y no se repelen. Sin embargo, MEJORADA ha logrado un imposible, contrario a las reglas de la lógica, pues él admira y postula las tesis de un romanista, como sin dudas lo es JHERING<sup>8</sup>, pero no acepta el objeto de estudio (derecho romano) al que ese mismo romanista dedicó todos sus esfuerzos (sic).

Una situación parecida (en lo absurdo) solamente la podríamos advertir si un analista económico, que obviamente niega el derecho romano, sin embargo utilizase en forma simultánea los argumentos de BONFANTE, BIONDI o TALAMANCA.

### Sobre la noción de precario en el Derecho Romano

Sin embargo, el mayor problema de nuestro contradictor se encuentra cuando ingresa al «estudio» del precario romano, pues allí incurre en gruesas equivocaciones que, obviamente, descartan todo su argumento. En efecto, sus errores son dos, y fundamentales: **Primero**, sostiene que el precario comprende seis distintas hipótesis, entre las que incluye la del acreedor prendario que tiene derecho a la entrega del bien ante el incumplimiento del deudor, la del vendedor frente al comprador que ha recibido la posesión y no la propiedad, la del ausente frente al mandatario que defiende sus intereses frente a terceros, etc., y en las cuales supuestamente no existe liberalidad, ni revocabilidad como característica típica del precario. **Segundo**, y como consecuencia de lo anterior, MEJORADA sostiene que la noción de precario no está claramente delimitada en las propias fuentes romanas y, por tanto, ni siquiera un experto podría emitir sentencias categóricas sobre el tema<sup>9</sup>. **Una vez más debemos lamentar que ambas premisas estén alejadas de la verdad.**

Sobre el particular debemos indicar que este error se origina en una **descuidada lectura** del maestro germano, en el cual MEJORADA se apoya íntegramente. En efecto, JHERING sostiene que solamente en los casos del **PRECARIO CONTRACTUAL** no existen las características típicas de la precariedad, pero ello se justifica en atención a que en estas hipótesis aparecen **NEGOCIOS COMBINADOS** (o «mixtos» según la doctrina actual) en donde aparece una prenda con el añadido de una cláusula de precario, o una compraventa con el convenio de precario, o un mandato en el que se combinó una concesión de

precario. Textualmente JHERING dice: «*Nuestras fuentes citan dos casos en que el precario se presentaba unido a un acto jurídico concluido entre dos partes, es decir, en su función contractual*»<sup>10</sup>. La frase del jurista germano no admite dudas y es obvio que se refiere A UN CONVENIO DE PRECARIO AL QUE SE UNE UN ACTO JURÍDICO DISTINTO. Por tal razón es evidente que las conclusiones de JHERING no alcanzan al precario en estricto, sino al **PRECARIO-CONTRACTUAL**, esto es a la figura mezclada con otros negocios jurídicos, y en el que obviamente el instituto del precario queda desnaturalizado.

En efecto, según JHERING el precario podía ir unido con una prenda, en donde la posesión la retiene el deudor PERO A TÍTULO DE PRECARIO, con lo cual el acreedor puede solicitar en cualquier momento la devolución del bien, e incluso contar con un interdicto a su favor. JHERING dice lo siguiente sobre esta hipótesis:

*«Tratándose de bienes inmuebles, el acreedor podía dejar sin peligro, provisionalmente, la posesión al deudor; pero no dejaba de ofrecer importancia para su posición jurídica la manera como lo hacía. Si no había hecho ninguna reserva, no podía procurarse la posesión más que por medio de la in rem actio y por la fiducia; además había en este caso la particularidad de la usureceptio lucrativa (Gayo II, 60), es decir, de la prescripción extintiva adquirida por el transcurso de un año. Obviaba el acreedor estas dos dificultades arrendando el fundo al deudor o dándoselo en precario. Se recomendaba el primer medio cuando se había prestado el capital por muchos años y se había convenido el pago de intereses periódicos; la renta ocupaba aquí el lugar de los intereses del capital. Cuando el préstamo se había hecho por un tiempo más corto, y el capital y los intereses no debían pagarse hasta el día del vencimiento, se recurría al precario. En ambos casos el acreedor se hallaba en situación de poder procurarse inmediatamente la posesión el día del vencimiento»*<sup>11</sup>.

En este párrafo se comenta que, en situaciones normales, el acreedor debe instar una acción real para obtener la posesión o utilizar la fiducia en garantía (el acreedor se convierte en propietario), aunque en este último caso existe el riesgo de que el uso que mantiene el deudor le permita recuperar el dominio en virtud a la *usureceptio* (modalidad primitiva de usucapión)<sup>12</sup>. Para evitar esta posibilidad, y además para procurarse la inmediata toma de posesión del inmueble, el acreedor puede

8 ¿Podría no ser romanista el autor de la monumental obra: «Espíritu del derecho romano en las etapas de su desarrollo»? Esta obra, de varios tomos, empezó a publicarse en 1852: WIEACKER, Franz. «Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna». Traducción de Francisco Fernández Jardón, Editorial Comares, Granada 2000. p. 409.

9 Ibid. p. 58.

10 JHERING, Rudolf von. «La posesión». Traducción de Adolfo Posada, Editorial Reus, Madrid 1926, p. 578. Luego agrega una tercera hipótesis (la del mandato), no prevista en las fuentes romanas, aunque él la deduzca por mera intuición.

11 Ibid. pp. 578-579.

12 Textualmente GAYO (G.2,60) dice: «*Como la transmisión de garantía puede ser con un acreedor, en derecho de prenda, o con un amigo, para que nuestras cosas estén seguras en su poder, en el caso de que se haya acordado la transmisión de garantía con un amigo, evidentemente, la recepción por el uso compete siempre; si, en cambio, ha sido con el acreedor, compete siempre que se haya pagado el dinero; cuando no se ha pagado compete únicamente si el deudor no la recibió del acreedor en arrendamiento ni se la pidió para*



dejarle el bien al deudor a título de arrendamiento, o constituirlo en precario. Es obvio, pues, que JHERING no se refiere al precario en sí, sino al negocio combinado, mezclado o mixto de **prenda-precario**, cuya función era lograr un determinado fin práctico (obtener una rápida recuperación del bien)<sup>13</sup>.

Un ejemplo más: MEJORADA dice que es precaria la situación en la cual se halla «el vendedor frente al comprador que ha recibido la posesión del bien, pero aún no la propiedad»<sup>14</sup>. En realidad las fuentes romanas dicen otra cosa: «Lo que se vende **con el convenio** de que el comprador lo tenga en precario hasta que se pague el precio total, puede recuperarlo el vendedor si el comprador ha dejado de pagar»: D.43.26.20. Fíjese que **UNA COSA ES LA COMPRAVENTA, Y OTRA COSA MUY DISTINTA ES LA COMPRAVENTA CON EL CONVENIO DE PRECARIO**. Aquí estamos ante una venta EN LA CUAL NO SE ENTREGA EL BIEN AL COMPRADOR POR VIRTUD DE ESTE TÍTULO, pues de ser así éste se haría propietario en forma inmediata, sino que la entrega del bien se hace POR UN TÍTULO DISTINTO (que las fuentes llaman «convenio»), que es el de PRECARIO. De esta forma el vendedor no ha realizado una tradición traslativa de la propiedad, sino que ha concedido en forma graciosa la posesión. Esta ficción permite que el vendedor pueda recuperar fácilmente la posesión a través del interdicto correspondiente y, además, se evita la transmisión de dominio a favor del comprador hasta que cancele el precio, con lo cual se logra reconocer jurídicamente una figura análoga a nuestra moderna «compraventa con reserva de propiedad».

El problema de MEJORADA es que pretende tomar como ejemplos de «precario» aquellos casos que en realidad son NEGOCIOS DE DISTINTO TIPO (compraventa, prenda, mandato), pero a los que se le adiciona un pacto de precario. Aquí el error se encuentra en una equivocada lectura de JHERING, pues el autor germano tiene muy en claro la función combinada que cumple el precario en estos negocios, y por eso los agrupa bajo la expresiva denominación de: «**función contractual del precario**»<sup>15</sup>. Es obvio que estas «mezclas»

representan negocios mixtos<sup>16</sup>, con efectos exóticos o anómalos en muchos casos, PERO QUE NO REPRESENTAN A LA FIGURA DEL PRECARIO entendida en sentido propio o estricto.

Para terminar de aclarar cuál es la errata de MEJORADA, bien podemos utilizar el siguiente ejemplo: supongamos que se mezclan dos contratos para cumplir un fin común (contrato mixto), como puede acontecer en el arrendamiento con opción de compra (arrendamiento financiero). Pues bien, a nadie se le ocurre analizar este contrato desde la perspectiva aislada del arrendamiento o de la opción, ya que en ese caso la finalidad del negocio se desnaturaliza. Así, la opción de compra en forma individual no tiene sentido, pues el negocio tiene como función (también) que el *accipiens* goce y disfrute del bien, ya que sin este elemento el otro no sirve. Por tanto, **NO** podemos estudiar el contrato de arrendamiento financiero (negocio mixto) a través del arrendamiento ordinario (negocio simple). Empero, aquí nuestro contradictor ha sacado conclusiones del precario (hipótesis simple) a través del estudio de contratos que combinan el acto de concesión en precario con otros negocios, con lo cual conforman OTRO NEGOCIO –MIXTO–, distinto al precario (hipótesis compleja)<sup>17</sup>. El error, pues, salta a la vista.

En realidad, toda esta polémica SIN SENTIDO se hubiese evitado si es que los «nuevos intérpretes» del derecho romano se hubiesen limitado a realizar algo bastante elemental (y científico, dicho sea de paso), esto es, **LEER LAS PROPIAS FUENTES ROMANAS**:

*D.43.26.1: Precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con «preces» (ruegos), y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente. (1) Clase de liberalidad ésta que proviene del derecho de gentes. (2) Se distingue de la donación en que el que dona da para no recibir nada y el que concede en precario da como para recibir tan pronto quiera poner fin al precario. (3) Se parece al comodato, pues el que presta el uso de una cosa lo hace para que el que la reciba no adquiera la propiedad, sino para dejarle usar de la cosa comodada.*

*poseerla en precario; sólo entonces compete la usucapión lucrativa»*: ORTIZ MÁRQUEZ, Julio. «Comentario a las Instituciones de Gayo». Ediciones Tercer Mundo – Universidad Libre de Colombia, Bogotá 1968. p. 188.

13 MEJORADA sostiene (Op. Cit., pág. 58): «Así tenemos que respecto del *precarium* el Derecho romano reconoció la acción de defensa de la posesión en las siguientes situaciones: i) la del acreedor frente al deudor prendario para acceder al bien ante el incumplimiento de la obligación garantizada». Nuestra pregunta es: ¿CUÁNDO DIJO ESO IHERING? COMPÁRESE ESTA «INTERPRETACIÓN» DE MEJORADA CON LA OPINIÓN REAL DE IHERING, INSERTA EN EL TEXTO PRINCIPAL. No existe punto de comparación entre una y otra, pues IHERING en ningún momento asimila las dos hipótesis, sino que se limita a indicar que la constitución en precario podía facilitarle las cosas al acreedor prendario, siempre que ambas figuras se den simultáneamente, lo cual no tenía porque suceder así, ya que ambas situaciones jurídicas eran totalmente autónomas con sus propios requisitos y efectos.

14 Ibid. p. 58

15 IHERING. Op. Cit. p. 578.

16 CARRESI, Franco. «Il Contratto». Giuffrè, Milán 1987, Tomo I. pp. 313-314.

17 «La causa es un criterio normativo para la calificación de la mixtura y del coligamento de los contratos en virtud del principio de unidad estructural que define el negocio jurídico (y el contrato en particular) como una totalidad autónoma de relaciones internas. Dentro de este conjunto organizado no hay término o elemento suelto, cada término está en relación con otro o en relación con la totalidad que lo constituye. Una unidad estructural implica una coherencia»: MORALES HERVIAS, Rómulo. «Contratos coligados». EN: Estudios sobre Teoría General del Contrato. Grijley, Lima 2006. p. 355. Siendo ello así, ¿cómo puede estudiarse el precario a través de figuras distintas como la compraventa-precario o la prenda-precario?

**D.43.26.2:** Dice el pretor: «Restituirás al demandante aquella cosa objeto de la demanda que has recibido de él en precario o has dejado dolosamente de tener en tu poder». (1) Este interdicto es restitutorio. (2) Es de justicia natural, pues **el precario se pueda revocar cuando se quiera**, ya que es naturalmente justo que uses de mi liberalidad por el tiempo que yo quiero y que pueda revocarla al mudar mi voluntad. Así pues, cuando se nos ha solicitado un precario, no sólo podemos ejercitar este interdicto, sino también la acción de palabras prescrites que nace de la buena fe. (3) Se entiende que tiene en precario el que está en posesión de una cosa o derecho a causa tan sólo de que solicitó y consiguió que se le dejara poseer o usar.

¿Alguna duda? Es evidente, pues, que el precario romano es un poseedor que recibe el bien por concesión graciosa (liberalidad) o tolerancia, que no paga renta y que está sujeto a la **revocación libre** del concedente<sup>18</sup>. Por lo demás, esa es la definición que comparten los romanistas, salvo por cierto la

única (y curiosa) interpretación que ahora se comenta. Sobre el particular, podemos citar, además, la definición de SCHULZ: «se dice que el precario era la concesión de una cosa a **título gratuito** y con **carácter revocable a voluntad del constituyente**»<sup>19</sup>. Por su parte, D'ORS señala que el precario es una posesión esencialmente revocable, ya que la concesión se había otorgado por liberalidad, esto es, por ruegos («preces», de donde deriva el término) del precario<sup>20</sup>.

### Sobre la noción de precario en el Derecho Moderno

Por Derecho moderno entendemos aquel que se origina a partir de las codificaciones europeas, con lo cual el viejo Derecho romano deja de tener vigencia formal. En tal sentido, será interesante hacer un breve recorrido respecto a las posturas (actuales) que se tienen con respecto a esta figura jurídica.

18 MEJORADA llega a sostener lo siguiente: «En definitiva, no son la revocabilidad o fragilidad de la posesión los emblemas del precarium romano como han dicho algunos curiosos, características que sólo se presentan en los casos iv) y v), sino la provisionalidad y licitud como elementos determinantes»: Op. Cit. p. 58.

Una vez más el error proviene de una mala lectura de JHERING, ya que éste comenta las hipótesis de PRECARIO CONTRACTUAL, en donde existen dos negocios combinados, y por lo cual las características estrictas del precario son afectadas por el negocio al cual se une. Por ejemplo: si el precario se une al contrato de compraventa o a la prenda, entonces el negocio complejo que surge ya no puede ser considerado una liberalidad (¿cómo se explicaría el precio en la compraventa? ¿cómo se explicaría la obligación de devolver el préstamo en la prenda?), ni tampoco puede considerarse que el concedente tiene la potestad de libre revocación justamente por faltar el ánimo liberal.

Solamente para los casos de PRECARIO CONTRACTUAL, Ihering sostiene: «la noción de liberalitas no reviste la menor exactitud en cuanto al precarium convenido con ocasión de una relación contractual...» (JHERING. Op. Cit., p. 584); luego agrega: «El vendedor no le hace un favor al comprador cuando le entrega la cosa antes del pago; éste ha sido convenido por contrato, y el comprador tiene, pues, derecho a la posesión. Precisamente por esto no puede privarse de la posesión hasta el advenimiento de la circunstancia que confiere al vendedor el derecho de reclamar de nuevo la cosa (...) La pretendida revocabilidad voluntaria del precarium no resultaba, según esto, fundada en este caso: era absolutamente incompatible con el fin del contrato y hubiera hecho imposible las relaciones. Pues bien: lo que es cierto en este caso, debe haberlo sido igualmente en Roma para el caso de la dación en prenda» (Ibid. pp. 585-586).

Nótese la clarísima postura de JHERING (véase los resultados), por la cual los elementos de liberalidad y revocabilidad no se presentan en el PRECARIO CONTRACTUAL, esto es, en la conjunción de dos negocios: compraventa-precario, o prenda-precario, por cuanto en este tipo de negocios mixtos la compraventa o la prenda absorbe o subsume al precario, quien obviamente cumple una función auxiliar o instrumental, en uno para evitar que el comprador sea propietario, en el otro para otorgar al acreedor un remedio efectivo de recuperación de la cosa (interdicto de precario). JHERING, nuevamente aclara su tesis: «En todo caso, no ofrece duda, según todo lo que precede, que el dogma actual de la revocabilidad del precarium es inexacto; es preciso restringirlo al precario liberal; no tiene ninguna aplicación al precario contractual» (Ibid. p. 587). De aquí se advierte que la liberalidad y revocabilidad no son características del PRECARIO CONTRACTUAL, y claro que no lo son, pues allí el precario no es precario, es un simple pacto añadido a un contrato principal al cual se subsume conformando un complejo negocial. En tal caso, es evidente que la función económica de la compraventa y de la prenda resultan preponderantes (¿para qué se compra un bien, para tenerlo como precario o para adquirir finalmente la propiedad? ¿para qué se da en prenda un bien, para tenerlo como precario o para asegurar el cumplimiento de una obligación?); por tal motivo, las características del precario quedan desvirtuadas por la función económica del negocio preponderante, razón por la que el precario (cláusula añadida con efecto secundario) pierde sus notas de revocabilidad y liberalidad. En cambio, el propio JHERING admite que esas notas típicas sí se encuentran en el PRECARIO LIBERAL, siendo que éste corresponde realmente a la figura del PRECARIO, pues los otros son negocios mixtos o combinados en donde el elemento fundamental es la venta o la prenda.

La equivocación de MEJORADA se encuentra en haber confundido EL PRECARIO con las distintas hipótesis de PRECARIO CONTRACTUAL, cuando éstas no son más que NEGOCIOS DISTINTOS (compraventa, prenda) a los que se le combina el precario; pero como en todos los negocio conjuntos el análisis de uno solo de sus elementos (en este caso el precario) no hace sino desnaturalizar completamente la figura (que no se refiere sólo al precario, y allí el error, sino a la compraventa-precario o a la prenda-precario). En resumen, ¿es posible admitir conclusiones válidas sobre el precario, cuando en realidad se analizan las figuras diversas de compraventa-precario o de prenda-precario? La respuesta es evidentemente negativa.

Por tal motivo, la opinión de MEJORADA sobre el precario romano debe descartarse, no sólo porque se origina en una errada lectura de JHERING, sino además porque desconoce las fuentes romanas, cuyo texto literal aparece en la parte principal de este artículo. El precario, pues, se caracteriza precisamente por la LIBERALIDAD Y LA REVOCABILIDAD. Por el contrario, ni la provisionalidad, ni la licitud son características típicas del precario, ya que si bien éstas se encuentran presentes en la figura, sin embargo, no la delimitan en forma precisa de otras hipótesis (de posesión o tenencia) que también comparten las mismas características: acreedor prendario, arrendatario, comprador que no es propietario, etc.

19 SCHULZ, Fritz. «Derecho Romano Clásico». Traducción de José Santa Cruz Teijeiro, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1960. p. 411.

20 D'ORS, Alvaro. «Derecho Privado Romano». Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1997. p. 196.



En efecto, de un repaso sobre los principales Códigos Occidentales (Francia, Alemania e Italia) podemos advertir que ninguno de ellos regula en forma específica la posesión precaria, aun cuando la doctrina **MANTIENE LA MISMA DEFINICIÓN DEL DERECHO ROMANO**, e incluso se ha querido ver la incorporación de la figura en el contrato de comodato a través de la concesión de uso con carácter revocable, aun cuando se otorgue un plazo para el goce del bien. Por ejemplo, el art. 1889 del Código Napoleónico de 1804, que otorga al comodante la potestad de solicitar la devolución de la cosa si es que tuviese necesidad de utilizarla, ha motivado a que la **doctrina francesa** (entre ellos COLIN y CAPITANT) considere que en ese caso «hay precario»<sup>21</sup>. Por su parte, en **Italia** también se considera que el precario se origina en la tolerancia o licencia del concedente, con carácter esencialmente revocable<sup>22</sup>.

En **España** la doctrina también considera que el precario es el poseedor por concesión liberal o graciosa que debe restituir el bien al primer requerimiento. Es el caso, por ejemplo, de HERNÁNDEZ GIL<sup>23</sup> -cuya monografía sobre la posesión debe ser la más importante en idioma castellano-, y de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, para quien el precario es una posesión obtenida por tolerancia pero en donde la cosa pasa al poder autónomo del precarista<sup>24</sup>. En el **caso argentino** el Código Civil contiene una previsión explícita, aun cuando con una pequeña desviación del régimen romano por la identificación del precario con el comodato: «*Si el préstamo fuera precario, es decir, si no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa y éste no resultare determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución cuando quisiera. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario*» (art. 2285). La misma situación se presenta en el **derecho chileno**, aun cuando el Código de Andrés Bello contiene una solución más próxima a la ortodoxia: «*El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo*

... también se entiende por precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo igualmente la tenencia de las cosas ajenas sin contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño» (art. 1295).

En conclusión, no sólo el Derecho romano tiene una noción unívoca del precario, sino que además ésta ha perdurado en el Derecho moderno, con algunas mínimas variantes, tal y como se demuestra de la relación de Códigos y autores que se han citado en calidad de muestra, pues el listado podría llenar fácilmente un libro entero. En tal sentido, **está claro que antes y ahora el precario es un poseedor que goza de la posesión por virtud de liberalidad, por tolerancia o simple licencia del concedente, y que está obligado a devolver el bien al primer requerimiento**. Por tanto, la interpretación de MEJORADA, para ser admitida, tendría que cambiar el sentido de la historia, los Códigos<sup>25</sup>, la doctrina que la comenta, e incluso tendría que subvertir la lógica propia del lenguaje. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia, el precario se define en su acepción jurídica como: «*que se tiene sin título, por tolerancia o por inadvertencia del dueño*»<sup>26</sup>.

#### En resumen

La noción de precario que postula el profesor MEJORADA se sustenta en dos ideas-fuerza:

- El precario romano no necesariamente se caracteriza por la cesión graciosa (sin renta) del concedente, y libremente revocable. Siendo ello así, y supuestamente, no habría uniformidad sobre lo que las fuentes romanas entienden por precario.
- En virtud a lo expuesto en el párrafo anterior, el precario del art. 911 C.C. no tiene relación con el concepto romano y, por ende, es necesario «construirlo» de acuerdo a los materiales del ordenamiento peruano vigente. Siendo ello así,

21 Cit. MORENO MOCHOLÍ, Miguel. «El Precario». Bosch Casa Editorial, Barcelona 1951. p. 254.

A veces los autores franceses hablan de «precariedad» para referirse a los poseedores que no poseen en concepto de dueño y, por ende, a quienes no está habilitada la prescripción adquisitiva; sin embargo, este uso del vocablo «precario» no afecta nuestras conclusiones, por cuanto en Francia se reconoce como «precario estricto» a aquel que goza de la posesión por liberalidad del concedente, y con carácter de revocabilidad, esto es, al precario romano. Por tanto, y sin perjuicio de la confusión terminológica que denuncia SACCO y CATERINA respecto a este uso promiscuo del término «precario», lo concreto es que la doctrina francesa también está conforme en entender que el «precario» (en sentido estricto) es el mismo que el precario romano: SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. «Il Possesso». Giuffrè Editore, Milán 2000. p. 52.

22 MESSINEO, Francesco. «Manual de Derecho Civil y Comercial». Traducción de Santiago Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires 1979, Tomo III. p. 219. También en: Tomo VI pp. 111-112.

23 HERNÁNDEZ GIL. Op. Cit., Tomo II. p. 405.

24 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. «Derechos Reales. Derecho Hipotecario». Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999, Tomo I. p. 185.

25 Puede llevar a dudas que los tres Códigos más importantes (francés, alemán e italiano) no regulen el precario; sin embargo, ese detalle se explica fácilmente si tenemos en cuenta que la codificación se caracteriza por ser un fenómeno de generalización y abstracción de los datos jurídicos; por tanto, si ya existe un concepto general de posesión, y habiéndose ampliado la protección posesoria a un gran número de hipótesis en los que hay control sobre la cosa, entonces pierde importancia una regulación específica sobre el precario, ya que la misma está contenida en la regulación general. Por tal razón, los Códigos no establecen normas sobre la «posesión del precario», como no lo hacen tampoco para la «posesión del arrendatario» o la «posesión del usufructuario».

Por el contrario, los Códigos más romanizados, como el argentino y el chileno, sí cuentan con normas sobre el precario, ya que en ellos la influencia del Derecho romano ha sido mayor.

26 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 21ª Edición. Madrid 1992, Tomo II. p. 1652.

el precario sería un «concepto procesal» (sic), en virtud del cual el juez podría decidir quien tiene «mejor derecho a poseer» a través de un proceso de desalojo.

La primera afirmación de MEJORADA se encuentra ampliamente refutada en el acápite anterior, por cuanto se ha demostrado que el concepto de precario es único en el derecho romano, e incluso en el moderno. Por tanto, no vale la pena repetir lo ya expuesto, y más bien debemos reiterar que la noción romana de precario que utiliza nuestro ocasional contradictor NUNCA EXISTIÓ, ya que su punto de partida es una equivocada lectura de IHERING.

La segunda idea de MEJORADA tampoco puede resistir el embate de la crítica. Así pues, si el proceso es un INSTRUMENTO para el reconocimiento o protección de derechos subjetivos materiales o intereses legítimos, entonces el proceso de desalojo (o cualquier otro) existe para PROTEGER UNA SITUACIÓN JURÍDICA que le es pre-existente, y que constituye un derecho o un interés tutelado por el ordenamiento. Por tanto, resulta simplemente absurdo sostener que el «proceso de desalojo» (que es, ya, un instrumento) sirve para defender una «noción procesal» (otro instrumento). Recuérdese que el proceso tutela derechos, y no «naciones procesales», pues una de las tareas primordiales de los ordenamientos es la de proveer una eficaz TUTELA DE LOS DERECHOS que en él son reconocidos y garantizados<sup>27</sup>; el proceso es un medio para lograrlo, pero sólo eso: un medio.

En realidad, lo que pretende nuestro contradictor es OTORGAR UNA FACULTAD DISCRECIONAL AL JUEZ, a fin que éste evalúe en cada caso concreto qué sujeto está en mejor situación que otro con respecto a la posesión. El problema de esta postura es que NO SE SUSTENTA EN NORMA ALGUNA (lo que de por sí basta para descartarla), pero además resulta CONTRARIA A LA SEGURIDAD JURÍDICA pues dota al magistrado de una potestad casi omnímoda, ya que en virtud de su leal saber y entender, podría decidir «quién tiene mejor derecho a poseer». Esta reviviscencia de la llamada acción publiciana<sup>28</sup>, resulta incompatible con la seguridad que encarna el Derecho moderno, amén de que no existe en el ordenamiento sustantivo un «mejor derecho a poseer», salvo cuando se cuenta con un título absoluto (derecho real) o un título temporal que obliga a restituir (posesión mediata), pero en ningún caso existe, o es tutelado un abstracto «mejor derecho a poseer» (sic), basado en criterios

subjetivos y sin ningún fundamento, salvo el caso obvio de la tutela interdictal, pero que obviamente es otra cosa y no se protege a través del desalojo<sup>29</sup>. Lo expuesto en la siguiente cita refuta totalmente la tesis aquí criticada:

*«(Esta) postura significa desconocer la naturaleza de la propiedad y de la posesión (pues no existen entre ambas 'posesiones' intermedias), establece una peligrosa inseguridad en las relaciones patrimoniales, desconoce la naturaleza 'erga omnes' de la declaración de propiedad y es una muestra de la creciente vulgarización de los conceptos jurídicos. En una reivindicatoria fundada en 'un mejor derecho a poseer que la posesión' (como sería la publiciana) significa una discrecional atribución por el juez de la titularidad de las cosas sin atender a conceptos jurídicos y atendiendo a razones circunstanciales de preeminencia (por ejemplo, la publicación de un catálogo administrativo, las opiniones de la prensa, el 'sentir social generalizado', etc.)»<sup>30</sup>.*

Téngase en cuenta que, según MEJORADA, el precario es un «concepto procesal», justamente por cuanto se delega en el juez la potestad de dirimir en forma casuística «quién tiene mejor derecho a ser poseedor», y sin que exista una norma de orden sustantivo que establezca cuándo se produce o configura esa «mejor posesión». Es decir, según él, estaríamos en presencia de una acción publiciana que cae simplemente en el vacío, pues los fundamentos que existían en el Derecho romano para su reconocimiento (permitía tutelar la llamada «propiedad pretoria o bonitaria»), ya no existen en el Derecho moderno. En suma, el proceso tutela derechos o intereses sustantivos, pero nunca el proceso sirve para la protección de «naciones procesales» (¡habría que preguntarle a un procesalista qué significa eso!).

Por lo demás la postura de MEJORADA se encuentra con otros dos obstáculos ya insalvables:

**Primero**, la propia ubicación del precario en el Código Civil, lo cual significa que se trata de una figura sustantiva, y no de una «noción procesal». El precario es un TIPO DE POSEEDOR y, por tanto, una figura extraída de la vida social, de las relaciones humanas, de los vínculos posesorios, y eso no puede ser «una noción procesal». Imaginemos el despropósito que significaría decirle a un poseedor precario, antiguo o moderno, que él no es un poseedor con atributos y obligaciones sobre la cosa, sino una «idea procesal». Sería como sostener que un contrato de compraventa es «una noción procesal» porque los contratos finalmente se ejecutan en el Poder Judicial.

27 DI MAJO, Adolfo. «La tutela civile dei diritti». Giuffrè Editore, Milán 2003. p. 1.

28 Es la acción que corresponde a un anterior poseedor, a quien se considera en mejor situación (por ejemplo: por ser «ad usucapionem»), frente a un poseedor inferior, y sin que sea necesaria la prueba de la propiedad por parte del demandante: DE LOS MOZOS, José Luis. «El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica». EDESA, Madrid 1993. p. 325.

29 De la tesis de MEJORADA podría admitirse que un despojado pudiese pretender la recuperación de la posesión a través de un «proceso de desalojo», incluso una vez vencido el plazo anual para la defensa interdictal, pues en tal caso el despojado siempre tendría un abstracto, gaseoso e indeterminado «mejor derecho a poseer».

30 ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. «Curso de Derechos Reales». Civitas, Madrid 1986, Tomo I. p. 53.



**Segundo**, la propia regulación del proceso de desalojo prevista en el Código Procesal Civil, ya que en ella se establece que el legitimado activo de la pretensión es **QUIEN PIDE LA RESTITUCIÓN DEL BIEN**, esto es, quien insta su devolución por cuanto antes lo entregó en forma voluntaria. El concepto de MEJORADA no puede explicar cómo el Código adjetivo –con toda razón– restringe el desalojo para aquellos casos en que existe una primera entrega del concedente y, luego, una posterior obligación de devolución por parte del precario. Según dicho autor el desalojo por precario sirve para que el juez, según lo que mejor le parezca, pueda decidir quien «tiene mejor derecho a poseer», sin necesidad de que exista una obligación de restitución, y sin que se ampare en ningún criterio objetivo; peor todavía sin norma en que pueda fundarse.

En suma, nuestro contradictor se equivoca con la noción romana de precario; además de ello, olvida el carácter instrumental del proceso y se desentiende de la imposibilidad de revivir la acción publiciana, amén de omitir tomar en cuenta las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil. Ante ello: ¿se puede compartir su tesis?

### Nuestro concepto del precario

El art. 911 C.C. puede leerse perfectamente en clave romanista, con lo cual se conjuga no solamente la historia, sino también la sistemática (coordinación de los Códigos Civil y Procesal), la «ratio legis» (el desalojo es un proceso sumario en el que solamente se controvierte la restitución de un bien en vista a un título temporal, sin entrar al tema de la propiedad u otros derechos reales), y la propia literalidad del término (el precario no tiene título jurídico –por ser un título social–, o simplemente ha fenecido por su natural revocabilidad).

En efecto, el «precario» es el poseedor sin título –o con título fenecido<sup>31</sup>– que está obligado a la restitución del bien cuando lo requiera su concedente. Por tanto, en la relación de precariedad existe un precario (poseedor inmediato) y un concedente (poseedor mediato), siendo este último el que entregó el bien por razones de mera licencia, liberalidad o benevolencia, lo que puede identificarse como un «título jurídico» o un «título social», según fuere el caso, y ante lo cual puede exigir la restitución del bien en cualquier momento. De esta manera se logra comprender debidamente el concepto de «precario», para lo cual no sólo se acude a la interpretación romanista, sino que además este concepto sustantivo **se complementa** con la naturaleza jurídica del proceso de desalojo –instrumento procesal sumario de tutela de la

posesión mediata–. Así pues, una vez que la voluntad del concedente se inclina por dejar sin efecto la concesión en precario (decisión absolutamente libre), entonces el **instrumento idóneo** para ejecutar esa voluntad es el conocido remedio de tutela de la posesión mediata, esto es, el proceso de desalojo.

Teniendo en cuenta la definición técnica antes propuesta, **la posesión precaria se encuentra presente en los siguientes casos de la realidad sociológica**: el concedente que entregó por ánimo de gracia un bien a favor de un pariente suyo, el concedente que permitió la entrada en posesión de un tercero por razones de amistad o benevolencia, el concedente que no autorizó la inicial entrada en posesión inicial de un tercero sobre el bien, y en donde ambas partes posteriormente confluyen sus voluntades tácitamente o mediante comportamientos concluyentes para autorizar que esa posesión se mantenga; el concedente que entregó el bien a un tercero con ánimo de custodia, sin mediar relación jurídica ni de dependencia, etc.

El cese de la relación jurídica (o social) que media entre poseedor mediato e inmediato implica la extinción de la causa justificante de la posesión del segundo. Sin embargo, la restitución del bien no siempre opera voluntariamente y, en caso de ser necesario, la renuncia del poseedor inmediato deberá ser doblegada a través de un pronunciamiento judicial específico para tutelar la categoría jurídica de la posesión mediata. Este instrumento es el llamado proceso de desalojo, cuyas ventajas (teóricas) son la simplicidad de prueba y la rapidez del procedimiento<sup>32</sup>. Dentro de este ámbito se halla la protección otorgada al concedente frente al precarista que no restituye la cosa al primer requerimiento. Por ello, el precario es aquel poseedor que recibió temporalmente la cosa a fin de restituirla (art. 905 C.C.), siendo que esta relación puede ser jurídica (acto de liberalidad) o una mera relación social (licencia, asentimiento, gracia, amistad, benevolencia, etc.), pero en cualquiera de los casos existe entrega voluntaria del concedente, o por lo menos aquiescencia, con el consiguiente deber de restitución a cargo del precario una vez que el concedente haya revocado su voluntad. De esta manera **la noción sustantiva (y no procesal) de precario queda aclarada, y en caso de renuncia a la restitución del bien, el concedente tiene el instrumento procesal (proceso de desalojo) que tutela su interés.**

**Por su parte, las siguientes figuras quedan excluidas de la posesión precaria:**

- No hay precariedad en el propietario vendedor de un bien que no cumple con realizar la entrega

31 Deberá entenderse que el título queda fenecido, PARA ESTE CASO, cuando el concedente le solicita al precario la restitución del bien.

32 PUIG BRUTAU, José. «Fundamentos de derecho civil». Bosch, Barcelona 1994, Tomo III-1º. p. 95.

a pesar de su obligación contractual<sup>33</sup>. La razón es muy simple: no estamos en presencia de una relación de poseedor mediato e inmediato (con «deber de restitución»), ni en una entrega por liberalidad y revocable. El mecanismo de tutela para el comprador no es el «desalojo por precario», sino la demanda de cumplimiento de contrato<sup>34</sup>.

- No hay precariedad en el contratante que mantiene la posesión del bien luego que el contrato ha sido anulado o resuelto<sup>35</sup>. En tal situación, la nulidad o ineficacia del negocio jurídico conlleva la reintegración de las prestaciones, ya sea en especie o en su valor, por lo que la restitución del bien será una simple consecuencia u efecto de la nulidad o resolución (arts. 219, 1372 C.C.)<sup>36</sup>. Cuando la resolución de contrato ha operado judicialmente (art. 1428

C.C.), entonces no existe dificultad para que en ejecución de sentencia se realice el efecto típico de la resolución, cuál es, la restitución de las prestaciones, incluso sin necesidad de que ésta haya sido demandada expresamente, pues al pretenderse la causa, obviamente también se quiere el efecto<sup>37</sup>. Más problemas se tienen cuando la resolución opera extrajudicialmente (arts. 1429, 1430 C.C.), pues en ese caso no existe un proceso típico para conseguir la devolución del bien entregado<sup>38</sup>. Por ello, el uso forense, amparado en una jurisprudencia equivocada<sup>39</sup>, ha creído encontrar la salida a través del desalojo por precario, pues se considera que una vez resuelto el contrato, el adquirente deviene en poseedor precario pues su título ha fenecido. Esta interpretación literal es inaceptable desde un punto de vista teórico por las razones ya

33 Erróneamente se ha resuelto en la Casación No. 1803-96: «Cuando el propietario transfiere el inmueble al comprador, el derecho de propiedad de aquél se extingue por la transferencia del bien a este último, en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 968 del Código Civil, en cuyo caso se entiende que ha fenecido el título del vendedor, teniendo derecho el comprador a desalojarlo por la causal de ocupante precario».

34 No es obstáculo para ello que el ordenamiento procesal no se contemple expresamente una pretensión de «entrega de bien» o «cumplimiento de contrato». Recuérdese que en el Derecho moderno no se sigue un sistema formalista en el ejercicio de las acciones, y menos aún uno de carácter literal: DE LOS MOZOS. Op. Cit. p. 308. Actualmente basta que el actor proponga con claridad su pretensión, y ésta se halle fundada en la voluntad de la ley (arts. 424, 426, 427 C.P.C.).

35 Erróneamente se ha resuelto en la Casación No. 790-95: «Tiene carácter de poseedor precario el ocupante que posee un inmueble luego de resuelto el contrato de compraventa, al haber fenecido su título de propiedad».

36 El art. 590 C.P.C. se contempla explícitamente esta hipótesis: «Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente, sin perjuicio de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 87». En mi opinión, en estos casos ni siquiera es necesaria la acumulación de prestaciones, pues la nulidad y la resolución tienen como efecto (necesario) la restitución de las prestaciones ejecutadas.

37 Existe una importante sentencia de la Corte Suprema, en la cual se declaró nula la sentencia de vista pues en una resolución de contrato había ordenado la restitución del precio, PERO NO HABÍA ORDENADO RESTITUIR EL INMUEBLE: «NOVENO.- Que, según lo preceptúa el tercer párrafo del artículo mil trescientos setentidós del Código Civil –norma jurídica que se aplica al presente caso en atención al principio *lura Novit Curia*, reconocido por el artículo séptimo del título preliminar del Código Procesal Civil- es efecto de la resolución de los contratos que las partes se restituyan las prestaciones al estado en que se encontraban al momento en que se produce la causal que la motiva y, si ello no fuera posible, deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento; en todo caso, el juez de origen debe pronunciarse sobre la restitución del inmueble sub materia, y si ello es o no procedente en el presente caso. La restitución de las prestaciones, conforme ha quedado establecido, es un efecto natural de la resolución que no requiere ser invocado por ninguna de las partes y que opera por el sólo (sic) hecho de la extinción de la relación obligatoria; DÉCIMO.- Que, tanto la sentencia apelada como la de vista que la confirma, únicamente contienen en su parte resolutoria el mandato para que (...) cumpla con devolver la suma de seis mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional en el momento y lugar del pago, más los intereses legales –monto que fuera entregado como cuota inicial del precio pactado por el inmueble a la firma del contrato de compraventa-, pero no hace mención alguna a la restitución del bien que fuera entregado al demandante; UNDÉCIMO.- Que, el inciso tercero del artículo 122 del Código adjetivo establece que las resoluciones contienen la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución, con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, sancionando con nulidad la resolución que no cumpla, entre otros, con este requisito. Siendo así, al advertirse que las sentencias de mérito no contienen la fundamentación pertinente de hecho ni de derecho que permita establecer por qué los juzgadores omiten pronunciarse sobre la restitución de la prestación a cargo de los compradores demandantes del bien inmueble materia de compraventa, por consiguiente, se verifica la infracción de las formas para la validez de los actos procesales ...»: CAS. No. 1896-03-LIMA, de fecha 13 de abril del 2004, publicada el 02 de agosto del 2004.

38 En nuestra opinión, la solución pasa por instar una pretensión DECLARATIVA de resolución, en la que se confirme la legalidad de la resolución extrajudicial, y cuyo efecto típico será la restitución de las prestaciones.

39 Puede mencionarse una sentencia de la Corte Suprema en la que se mantiene este equivocado criterio: «OCTAVO.- Que, bajo este contexto, se arriba a la conclusión de que la referida cláusula guarda concordancia con el texto expreso de los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, siendo que la parte actora cumplió con las disposiciones de las referidas normas pues cursó carta notarial requiriendo al demandado el pago de las cuotas vencidas, solicitando y concediéndole un plazo para que cumpla con la prestación bajo apercibimiento de resolverse el contrato toda vez que esta opción resolutoria ya había sido pactada en el contrato indicado conforme al artículo 1430 del Código Civil, circunstancia que se advierte de los documentos de fojas siete a diez, misivas que no fueron contestadas por el emplazado, con lo que reconocía el derecho del recurrente de decidirse por la resolución de pleno derecho, quedando expedito para solicitar judicialmente la entrega del inmueble. NOVENO.- Que siendo ello así, resulta evidente que el título que ostentaba antes el demandado para poseer el inmueble sub-litis, ha fenecido, deviniendo entonces su posesión en precaria, de acuerdo a lo previsto en el artículo 911 del Código Civil...»: CAS. No. 1423-2003-CONO NORTE DE LIMA, de fecha 12 de octubre del 2004, publicada en el diario oficial el 03 de enero del 2005.

Nótese que la Corte le otorga efecto jurídico al silencio, pues dice que al no haberse contestado la carta notarial de resolución de contrato, entonces el demandado «reconocía el derecho del recurrente de decidirse por la resolución» (sic). ¿En qué queda el art. 142 C.C. que niega al silencio el efecto de una declaración de voluntad, salvo ley o convenio que aquí no existía?



expuestas en este apartado; sin embargo, también existen razones prácticas que hacen inviable esta situación: si la resolución de contrato ha operado por voluntad exclusiva de una de las partes, ¿quién controla la legalidad de esa resolución? El desalojo es un proceso inidóneo para ventilar complejas cuestiones contractuales, pues se trata de un instrumento de cognición sumaria y con limitación de prueba. Por tanto, muchas veces resultará abusivo que la resolución se produzca unilateralmente, y peor aún, que el adquirente se vea despojado a través de un proceso de desalojo en el que no se discute la resolución contractual.

- No hay precariedad en los casos de vencimiento del plazo de la relación jurídica que origina el deber de restitución del bien<sup>40</sup>. Si ello fuera así, la causal de desalojo por precariedad terminaría confundida con la de vencimiento de plazo. El precario, entendido en sentido técnico, es un tipo de poseedor sin plazo y sin renta, razón por la que se le considera un supuesto autónomo (distinto) habilitante del desalojo.
- No hay precariedad en el usurpador o en quien no tiene causa justificada de posesión<sup>41</sup>. En los casos de «poseedores autónomos» o «poseedores en concepto de dueño», no es procedente instar la acción sumaria del desalojo por precario. La razón también aquí es sencilla: a falta de un título entre demandante y demandado (no hay relación de poseedor mediato e inmediato), el primero sólo puede exigir la entrega del bien cuando acredite ser propietario, lo cual implica una acción reivindicatoria (plenaria). En el desalojo no se controvierte la propiedad por ser un proceso sumario, por lo cual éste resulta ser un instrumento procesal inidóneo para este tipo de hipótesis.
- No hay precariedad en el trabajador que detenta un bien por cuenta de su principal, y que después de extinguido el vínculo jurídico no restituye el bien<sup>42</sup>. Téngase en cuenta que el servidor de la posesión NO ES POSEEDOR (art. 897 C.C.), ni siquiera precario.

### Aprovechando la oportunidad

Era de esperar que el uso forense acostumbrado al error de muchos años, y alimentado por la jurisprudencia, se resistiera al cambio. En tal sentido, TORRES VÁSQUEZ<sup>43</sup> ha negado nuestra postura,

y mas bien sostiene que el precario NO PUEDE SER UN POSEEDOR INMEDIATO, ya que según la lectura gramatical del art. 911 CC. el precario carece de título; asimismo agrega que la noción de «restitución» utilizada en el Código Procesal no debe ser entendida en sentido «restrictivo», por lo cual –y en su concepto– un usurpador podría ser objeto de un proceso de desalojo por precario. La refutación de esta postura (tradicional) se hace en base a los siguientes fundamentos:

- a) Según el unívoco concepto de precario, éste es un poseedor que actúa por licencia, tolerancia o inadvertencia del concedente, y quien debe restituir el bien al primer requerimiento que se le haga. En este punto debemos indicar que la definición de precario es única a través de la historia, y actualmente en el Derecho comparado. Por tal motivo, la posición de este contradictor pretende desconocer el propio lenguaje.
- b) Asimismo, el citado autor pretende distinguir entre la «posesión precaria» y la «posesión ilegítima», sin embargo, si la primera se produce cuando el poseedor carece de título entonces no se entiende cuál podría ser la distinción con el poseedor ilegítimo. En efecto, TORRES VÁSQUEZ pretende encontrar una diferencia entre el «poseedor ilegítimo» (con título nulo o ineficaz) y el «poseedor precario» (sin título), lo cual significa que cuando un poseedor presenta cualquier título ya no es precario. Sin embargo, esta postura tiene DOS ERRORES MANIFIESTOS:

b.1) «Título» es cualquier acto jurídico que configura o hace nacer un derecho, el cual puede ser estipulado incluso en forma VERBAL, y en atención al principio consensual que informa nuestro derecho privado (art. 141, 1352 CC). Si ello es así, cualquier demandado en un proceso de desalojo por precario podría invocar un TÍTULO VERBAL (permitido por la ley), y con ello se debería declarar improcedente la demanda. Es decir, esta interpretación, «que busca proteger a los demandantes», lleva directamente al absurdo, pues en la práctica haría ineficaz el desalojo por precario «cuando se invoca un título», con lo cual el efecto buscado quedaría invertido: se protegería a los demandados.

40 Erróneamente así lo cree la jurisprudencia: «La posesión precaria por fenecimiento del título comprende, entre otros, a los poseedores temporales con título, en los casos del usufructuario, usuario, superficiario y acreedor anticrético» (Casación No. 1022-95).

41 Nuevamente la jurisprudencia considera, equivocadamente, que este tipo de poseedores conlleva la calificación de precariedad: «Se puede demandar el desalojo por ocupante precario al poseedor que ocupa un inmueble sin pagar renta alguna» (Casación No. 1395-98).

42 Erróneamente, el dependiente que se niega a devolver el bien entregado en virtud de la relación de dependencia es considerado por la jurisprudencia como «poseedor precario». Un ejemplo se encuentra en la Casación No. 113-T-1997: «Cuando el derecho de posesión de un bien ha sido otorgado en virtud de un contrato de trabajo, es decir que tal posesión es accesoria a dicho acto jurídico, al extinguirse el vínculo laboral por despido del trabajador, dicho derecho de posesión también se extingue, deviniendo el trabajador en poseedor precario».

43 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. «¿En qué consiste la posesión precaria?». EN: Actualidad Jurídica. Tomo 137, abril 2005. pp. 48-57.

b.2) Si la existencia de un «título» en el demandado hace inviable el desalojo, pues se dice que en este proceso no puede «examinarse títulos de propiedad», entonces la pregunta que surge en forma inmediata es: ¿por qué sí se exige el título de propiedad en el demandante? Es decir, en este curioso tipo de proceso, el título de propiedad del demandante sí es evaluado, examinado y valorado; en cambio, el título del demandado no. Si queremos ser coherentes, y el proceso de desalojo sirve para evaluar títulos de propiedad, entonces la valoración deberá realizarse con respecto a ambas partes. Y si ello es así, ¿cómo se explica el carácter sumario y de cognición limitada que tiene el desalojo?

- c) El Código Procesal Civil (art. 586) indica que pueden ser demandados por desalojo el arrendatario, sub-arrendatario, el precario y cualquier persona a quien le es exigible la restitución. Si fuera correcta la postura de TORRES VÁSQUEZ entonces no se entiende cómo un usurpador puede ser «precario», ya que a éste no se le aplica ninguna restitución por cuanto nunca se le entregó el bien. Para salvar esta objeción, dicho autor sostiene que nuestra definición de «restitución» es restrictiva, cuando en realidad es la única que hay (véase cualquier Diccionario Jurídico, o incluso el Diccionario de la Lengua), pues «restitución» significa devolver algo que había sido recibido anteriormente. El art. 586 CPC. establece que el demandante es SIEMPRE un sujeto que entregó voluntariamente el bien al demandado, y luego pide su restitución (a través del desalojo), lo cual calza perfectamente con nuestra noción de precario, pero no con la noción anti-técnica de precario que postula el contradictor.

Por su parte, una postura pro-judicial ha surgido recientemente de LAMA MORE, para quien el precario es un «tipo de poseedor ilegítimo» (específicamente de mala fe), por lo cual se entiende incluido en ese concepto el usurpador (pues le falta

título). Además esa conclusión vendría confirmada por el hecho que nuestro país acoge la teoría posesoria de JHERING, y no la de SAVIGNY.<sup>44</sup> Este autor agrega que: «no existe lugar a dudas que el precario actual **carece de nexo obligacional con el titular del derecho del bien que posee (...)** Considerando a **la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en ésta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció**»<sup>45</sup>. En realidad las posturas de LAMA MORE y de TORRES VÁSQUEZ coinciden en gran medida, pero se diferencian en que el primero considera que también se incluye en la definición de precario aquel que posee un bien con «título manifiestamente ilegítimo», el cual se identifica con «falta de título». La idea de ello es evitar que los demandados «fabriquen» un título y con ese simple hecho impidan una sentencia de mérito en el proceso de desalojo<sup>46</sup>.

Vamos a refutar, uno por uno, todos los argumentos citados:

- a) Nuevamente se incurre en el error (clamoroso) de emparentar la posesión precaria con SAVIGNY, cuando es bien conocido que también IHERING dedicó muchas páginas al tema en su teoría posesoria. Debe recordarse que la palabra «precario» NO TIENE RELACIÓN ALGUNA con la idea de «tenedor» de SAVIGNY, pues justamente para éste el precario SÍ ERA POSEEDOR, y no tenedor, aun cuando le faltase el animus domini, ya que se le consideraba un poseedor-derivado. Por tanto, ya sea en la teoría de SAVIGNY, ya sea en de IHERING, el precario era siempre POSEEDOR; en el primer caso por ser una posesión derivada (del concedente), y en el segundo caso por ejercer de hecho un poder sobre la cosa<sup>47</sup>. Por tanto, no sabemos de donde surge la equivocada «idea» referida a que el precario es el «tenedor» de SAVIGNY, y que además el precario no existe en la tesis de IHERING<sup>48</sup>. Ni una, ni otra de estas afirmaciones son correctas, y por el contrario carecen de todo valor científico.

44 LAMA MORE, Héctor Enrique. «La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano». Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2006. pp. 89-90.

Posteriormente las mismas ideas han sido expuestas en: *La posesión y la posesión precaria*, Grijley, Lima 2006.

45 Ibid. p. 94.

46 Por último, su perorata culmina diciendo que este concepto es muy útil y «con ello brindan un mensaje positivo a la sociedad, advirtiendo que no será amparada la pretensión del demandado, en un proceso de desalojo por precario cuando éste 'fabrique' un título (...), evidentemente ilegítimo o manifiestamente nulo»: Ibid. p. 105.

47 El error proviene de la costumbre de hablar de un autor sin haberlo leído. LAMA MORE cita en la bibliografía de su tesis la siguiente obra de SAVIGNY: «Traité de la Possession en Droit Romain», sin señalar editor ni año de publicación. Sin contar con el libro en las manos, ¿cómo puede afirmarse que la noción de precario romana está vinculada con la tesis de SAVIGNY? Aquí surge otro error, bastante común en nuestra doctrina, y consiste en sostener que la postura de SAVIGNY es la del Derecho romano, y la de IHERING es moderna y superadora de lo antiguo. Nada más falso, pues los dos autores germanos buscaron interpretar las fuentes romanas de la posesión, y ambos quisieron construir la teoría posesoria del Derecho romano. En su tesis LAMA MORE insiste diciendo que el Perú, junto con México y Brasil (hipótesis por investigar y que no puede ser lanzada al aire tan alegremente), se «aleja de la concepción clásica romana sostenida por el creador de la Escuela Histórica del Derecho» (Ibid. p. 36). El problema de esta afirmación es que IHERING no se hubiera sentido de ningún modo identificado con ella, pues él pretendió siempre ENCONTRAR LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA POSESIÓN ROMANA.

48 Así textualmente lo dice LAMA MORE (Ibid. p. 71), aun cuando no sabemos cuál es el origen de esta singular opinión.



- b) Otro error que comete LAMA MORE es tomar a la letra el concepto de «poseedor precario» que usa la doctrina francesa PARA REFERIRSE A UN CONCEPTO DISTINTO, ya que en este caso se olvida tener en cuenta que los franceses tienen dos conceptos de precario. El primero se identifica con nuestros poseedores inmediatos y es una construcción terminológica que se ha ideado por no existir este significante en el Código Napoleónico. El segundo es el concepto estricto y se refiere al precario romano. Es evidente que si dicho autor hace una serie de afirmaciones equivocadas, ello se origina en una grave confusión de vocablos, ya que él piensa que los franceses se refieren al «precario» (romano) cuando en realidad están hablando del «poseedor inmediato»<sup>49</sup>. El problema aquí se encuentra en la falta de fuentes informativas utilizada por el autor, lo cual incluso le lleva a sostener el grave error histórico de que el Código Francés está influenciado por SAVIGNY<sup>50</sup>, siendo que éste escribió su opúsculo sobre la posesión apenas un año antes de la aprobación del Código Civil Francés de 1804, lo cual hace imposible por razones estrictamente temporales que haya existido influencia del primero sobre el segundo.
- c) Según LAMA MORE el precario es un «poseedor ilegítimo»<sup>51</sup>, lo cual lleva a la siguiente objeción: ¿cómo se explica que el art. 906 CC. regule la posesión ilegítima y el art. 911 trate de lo mismo, y lo peor, con un nombre distinto? La verdad es que no hay ninguna respuesta convincente a esta interrogante, ya que resulta inadmisibles que el legislador regule un tema en DOS ARTÍCULOS DISTINTOS, y con el agravante de utilizar NOMBRES DISTINTOS (en un caso posesión precaria y en otro posesión ilegítima). Y por si acaso, desde ya rechazamos que se diga que el art. 911 CC. se refiere a la posesión ilegítima de mala fe, mientras el 906 CC. a la de buena fe. Dos argumentos rechazan esta «interpretación»:

c.1) El art. 906 define la posesión ilegítima de buena fe, y por una obvia cuestión sistemática cuando los presupuestos de esa norma no se cumplen, entonces estamos ante la posesión de mala fe, sin necesidad de que ésta tenga

una regulación específica. Lo contrario significaría, por ejemplo, que el art. 1351 CC está incompleto pues sólo define el contrato, pero no indica cuando FALTA EL CONTRATO. Una interpretación así no puede sostenerse bajo ninguna perspectiva, ya que una vez definido el elemento positivo (por ejemplo: «buena fe» o «contrato»), nunca es necesario definir el elemento negativo («mala fe» o «no-contrato»), pues basta que no se configuren los elementos tipificantes del primero para que estemos en presencia del segundo. Por tanto, el art. 906 define la posesión de buena fe (positivo), y no es necesaria una definición de mala fe (negativa), pues basta que falte alguno de los elementos de aquella para entender que se ha configurado ésta.

c.2) No es lógico suponer que luego de definir la posesión de buena y mala fe, y de regular todos sus efectos (arts. 906 a 910 CC), recién el Código pretenda dar una noción de la posesión de mala fe, pero no de todas las hipótesis que la integran sino sólo de algunas (art. 911 CC). Este sería un desaguisado sistemático que obviamente no puede servir de sustento (en serio) para tesis alguna.

- d) La postura de LAMA MORE coincide con la de TORRES VÁSQUEZ en considerar que la precariedad es una hipótesis de la posesión ilegítima de mala fe (sin título). Ante ello caben las mismas críticas formuladas contra el primero:

d.1) «Si la existencia de un «título» es motivo suficiente para descartar el desalojo, entonces bastaría invocar un TÍTULO VERBAL (permitido por la ley) para mediatizar la pretensión del demandante.

d.2) Si la existencia de un «título» en el demandado hace inviable el desalojo, por cuanto en éste no puede «examinarse títulos de propiedad», entonces la pregunta que surge es: ¿por qué sí se le exige título de propiedad al demandante? Si queremos ser coherentes, y el proceso de desalojo sirve para evaluar títulos de propiedad, entonces la valoración deberá realizarse con respecto a ambas partes. Y si ello es así, ¿cómo se

49 Fijese este error en la siguiente cita de LAMA MORE: «La misma tendencia doctrinaria —citada en los párrafos precedentes— siguen todas aquellas legislaciones que abordan la teoría subjetiva de la posesión impulsada por SAVIGNY, así lo fue en nuestro país en virtud de la influencia savigniana que tuvo el primer Código Civil de 1852; según Castañeda, Jorge Eugenio, con la incorporación en nuestro Código Civil de 1936 de las ideas posesorias de IHERING, y manteniendo el mismo concepto de precario —expuesto por los romanos de la época de Justiniano—, señala, como lo hemos indicado líneas arriba, que el precario pasó de ser un mero detentador —en la teoría savigniana, por reconocer en otro la propiedad— a un verdadero poseedor al considerarlo como poseedor inmediato, frente al propietario que se ubicaba en la posición de poseedor mediato por haber sido quien le otorgó el bien en virtud de un título: el de precario». (Ibid. p. 71).

En realidad, cuando CASTANEDA identifica «precario» con «poseedor inmediato» NO SE REFIERE EN LO ABSOLUTO AL CONCEPTO ESTRICTO (ROMANO), pues resulta absurdo sostener que el único poseedor inmediato que existe es el precario. En realidad, el antiguo profesor sanmarquino se refiere al **concepto amplio de precario** que tiene la doctrina francesa, de la que bebió dicho autor, y en la que se incluye a todos los poseedores que no actúan en concepto de dueño. Sin embargo los mismos franceses están de acuerdo en distinguir ese precario del otro: el **precario en sentido estricto**, esto es, el romano. Así lo indica la más autorizada obra sobre la posesión, en la cual se denuncia esta evidente «babel» terminológica, de la cual hay que estar prevenidos: SACCO y CATERINA. Op. Cit. p. 52.

50 LAMA MORE. Op. Cit. p. 68-69.

51 Ibid. p. 61.

explica el carácter sumario y de cognición limitada que tiene el desalojo?<sup>52</sup>.

- e) Por su parte, la única diferencia entre las tesis de TORRES VÁSQUEZ y LAMA MORE se encuentra en que este último considera que el precario incluye a aquellos que poseen el bien con «título manifiestamente ilegítimo», lo cual se identificaría con «falta de título». Esta interpretación no se sustenta en texto alguno de la ley, y es más, lleva en la práctica a que el desalojo se convierta realmente en un proceso en el que se discute la propiedad y la validez de los títulos. Sobre el particular, debe indicarse que en ningún país del mundo se considera que los procesos análogos a nuestro desalojo puedan servir para discutir la propiedad, pues en tal caso ¿para qué existiría la reivindicatoria? Además, se daría la siguiente paradoja: **¡la protección de la sola posesión (sin derecho) se haría a través de un proceso sumario, cómo lo es el interdicto, mientras que la defensa de la propiedad (con necesario estudio y examen de un título fehaciente) se haría ¡también por un sumario (desalojo)! El Perú se convertiría así en el único país en donde la posesión y la propiedad se ventilan y dilucidan, en la práctica, en un mismo tipo de proceso (?).**
- f) Lo más llamativo es que LAMA MORE justifica su interpretación del precario como «poseedor con título manifiestamente nulo», considerando que así se evita que el poseedor «fabrique un título» (sic)<sup>53</sup>, y con ello se da un gran mensaje a la sociedad para que «no se falsifiquen títulos» (sic). Este argumento puede criticarse fácilmente por lo nada científico que representa, empero, el punto central se encuentra en pensar que ante los males de la sociedad peruana es buena solución desfigurar la historia, cambiar el sentido de las palabras y desnaturalizar las instituciones.

52 A pesar de la evidencia que en un proceso sumario (con limitación de controversia y de medios probatorios) no puede ventilarse un derecho absoluto como la propiedad, existen muchas sentencias que dicen lo contrario en procesos de desalojo por precariedad. Pero, la confusión no termina en este punto, pues **existe también un gran número de sentencias en las que se establece la imposibilidad de debatir la propiedad en un proceso sumario como el desalojo.** ¿Cómo interpretar esas conclusiones antitéticas? La Corte Suprema considera –al igual que TORRES VÁSQUEZ– que cuando la propiedad del actor no es controvertida, y el demandado no tiene título para justificar su posesión, entonces se procede a declarar fundada la demanda por precariedad, aun cuando ello sea insostenible jurídicamente, pues se admite una auténtica acción reivindicatoria en vía sumaria. En cambio, cuando el demandado controvierte la condición de propietario en el proceso de desalojo por precario (no importa que ello sea en virtud de un «título» inválido o ineficaz), la cuestión se reenvía al proceso plenario. Sin embargo, la contradicción es evidente: **en algunos casos sí importa demostrar la propiedad, mientras que en otros casos no se puede ventilar el conflicto respecto a quién es el propietario.** En este error cae la doctrina que justifica total o parcialmente la interpretación judicial dada al art. 911 C.C. Por ejemplo, LAMA MORE (en un artículo previo: «La posesión precaria y la posesión ilegítima». EN: *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 28, Lima 2001, pág. 53) sostiene: «se puede afirmar que con la mencionada regulación normativa, se ha proporcionado al propietario de un predio una mejor posibilidad de restituir la posesión del mismo, vía la acción del desalojo, de quien lo conduce sin que le asista derecho alguno para continuar poseyendo».

Posteriormente, el mismo autor dice (Ibid. p. 63): «tampoco será precario, cuando la invalidez del título, que porta el poseedor, no sea evidente y existan elementos que permitan apreciar que el poseedor, en virtud de su título, pueda discutir el mejor derecho de propiedad o de posesión. En ese caso el mejor derecho, invocado por el poseedor, corresponderá ser dilucidado en otro proceso» (los subrayados son nuestros).

¿Cómo explicar ambas citas totalmente contradictorias de LAMA MORE? En la primera considera que el desalojo corresponde al propietario (y por tanto, hay que discutir y probar la propiedad), mientras en la segunda considera que la discusión de la propiedad corresponde a «otro proceso». La razón de todas estas incoherencias se encuentra en la equivocada configuración del «poseedor precario», estrictamente apegada a la literalidad del art. 911 C.C., y olvidando tener en cuenta la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico (arts. 585 y 586 C.P.C.) y la interpretación histórica (romanista).

53 LAMA MORE, Héctor. «La posesión y la posesión precaria en el derecho civil peruano». Tesis para optar el grado de magíster en derecho civil, PUCP, Lima 2006. p. 105.

En realidad si se quiere proteger adecuadamente a quien tiene título fehaciente frente a quien «fabricó un título» (según la terminología de LAMA MORE), no es necesario inventar vías procesales o exponer interpretaciones heroicas, pero ilógicas e ilegales, sino que basta acudir a la acción reivindicatoria para tutelar al propietario, y ello debe complementarse con una oportuna medida cautelar de puesta en posesión, con lo cual se hace innecesario y superfluo la necesidad de un proceso sumario; inclusive podría dictarse una medida fuera de proceso cuando la propiedad sea casi indiscutida. Los males del Poder Judicial no se remedian con interpretaciones de este tipo, sino con la aplicación estricta de las instituciones con JUSTICIA Y CELERIDAD. Por ejemplo: un propietario con título debería recuperar el bien en forma inmediata frente a un usurpador u otro poseedor, y para ello basta la reivindicatoria bien entendida, con la oportuna cautelar que haga valer su derecho rápidamente. En tal caso, las invenciones sobre el «precario» no son necesarias.

## Conclusión

El Derecho tiene como finalidad esencial resolver los conflictos en base a los principios de justicia, seguridad y paz social; por eso se dice que es una ciencia eminentemente «práctica». Eso es correcto siempre que no se entienda que las «necesidades prácticas» justifican cualquier solución, inclusive las contrarias a la razón o a la ley. El Derecho es también, y fundamentalmente, una ordenación racional en defensa de los valores propios y superiores del ser humano. En tal sentido, la racionalidad no tiene por qué estar en contradicción con la práctica, ya que ésta por sí sola es simplemente casuismo sin dirección, y por ende, fuente de arbitrariedad y corrupción. 

