

# El Precario

Julio Martín Wong A.

Abogado

## INTRODUCCION

El presente artículo, que es sólo una apretada síntesis de nuestro trabajo de Tesis<sup>1</sup>, está dedicado a definir el concepto de ocupación precaria que contiene el Art. 970 del C. de P.C.

A fin de arribar a dicho objetivo ha sido indispensable realizar un estudio del desarrollo histórico de la institución. El precario es una figura antiquísima; es necesario para comprenderla, para definirla, remontarse a sus características originales, a sus desarrollos y deformaciones.

Sólo habiendo realizado previamente esta labor podremos determinar correctamente el concepto de ocupación precaria; o de precario, que ha prevalecido en nuestra Jurisprudencia; la cual es, en definitiva, la que ha señalado el significado que debemos atribuir a la escueta mención contenida en el art. 970.

Un segundo objetivo de este artículo es definir la naturaleza de la denominada posesión precaria; recogida por el Art. 911 de nuestro C.C., e identificar las relaciones que tiene con nuestra figura.

## REVISION HISTORICA

El precario se desarrolló originalmente dentro de la *gens*, como parte de las relaciones existentes entre el *pater* y sus clientes<sup>2</sup>.

1. "El Precario y el Juicio de Desahucio por Precario". Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho. PUC. Lima, 1988.

Las presentes notas exponen, sobre todo, los resultados de nuestra investigación sobre el tema; demás está decir que quien quiera profundizar en los fundamentos de muchas de las afirmaciones que realizamos deberán remitirse a la Tesis.

2. Excelentes exposiciones del desarrollo histórico del Precario pueden encontrarse en Moreno Mocholi, Miguel: "El Precario". Pamplona, Ediciones Universidad de Nava-

El cliente fue en principio un extraño que se sometía a un *pater* a cambio de protección. Este acto suponía la entrada del cliente en el culto familiar; motivo por el cual la relación entre el *patronus* y el cliente era sacra. El cliente "posee la comunidad de culto y, por inferior que sea, participa del verdadero parentesco, que consiste en adorar a los mismos dioses domésticos"<sup>3</sup>.

Tanto el *patronus* como el cliente asumían un conjunto de deberes, cuya obligatoriedad se fundaba no en una convención sino en el carácter sagrado de la clientela. El patrón "debe a sus clientes socorro y asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, para que puedan cultivarlas y vivir de su producto"<sup>4</sup>.

La concesión de tierras mencionada es el germen a partir del cual se desarrolla el precario.

En el precario se entrelazaban, como podemos apreciar, dos relaciones de hecho. La primera, en virtud de la cual se realizaba la concesión, era la que unía al *patronus* con el cliente; la segunda se establece entre el precarista y el terreno que recibía.

Las obligaciones que nacían de la primera relación tenían un carácter sagrado; el incumplimiento de las mismas no significaba un incumplimiento contractual sino un delito contra la religión y como tal era castigado por las XII Tablas<sup>5</sup>.

La situación de precario se funda, por tanto, en una concesión: el *pater* concede, es decir, no hay

rra 1976; Iglesias Cubría, Manuel: "La Relación Jurídica de Precario en el Derecho Romano" en Información Jurídica, España, mayo, 1949.

3. De Coulanges, Fustel: "La Ciudad Antigua: Estudio sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma". Editorial Porrúa S.A., México, 1980, p. 81.

4. Petit, Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano" Edit. Albatros, Buenos Aires, 1980, p. 37.

5. Petit, ob., cit., p. 37 y De Coulanges, ob., cit., p. 81.

un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones<sup>6</sup>, sino, tan sólo, un acto que se realiza cumpliendo el deber ético-religioso de ayuda al cliente. Por la misma razón la concesión era revocable al arbitrio del *patronus*: éste debía protección, la cual podía ser prestada en forma diferente a la concesión de un terreno para cultivar.

El precarista no tenía título ni pensaba tenerlo; su "derecho" sobre el terreno tenía su principio y su fin en la voluntad del *patronus*.

Con las salvedades antedichas podemos decir también que el precario no era gratuito.

El cliente debía a su concedente servicios e incluso pequeños pagos pero, como repetimos, no a cambio de permanecer en la tierra concedida, sino como obligación filial a cambio de la protección otorgada.

Es interesante señalar que en esta etapa de su desarrollo el precario carece de acciones propias y distintas. El precarista no se halla protegido directamente de la interferencia de un tercero, asimismo, en el caso de ingratitud por parte del cliente el patrón no tiene acción para reclamar el terreno dado en precario.

Las razones que explican estos hechos son claras; el precarista "generalmente no es *homo sui juris*, y por ello ha de acudir en caso de perturbación posesoria, en busca de la protección del *pater familias* concedente, únicos seres con plena capacidad jurídica en Roma"<sup>7</sup>.

Igualmente, resulta fácil deducir que si el *pater* reunía en sí las facultades de jefe, juez y sacerdote<sup>8</sup> le bastaba recurrir a su propia autoridad para recuperar el bien sujeto a precario.

Es sólo con el debilitamiento de la *gens*, y, por ende, de los lazos de clientela; y por la posibilidad de los clientes de acceder a la ciudadanía que podemos empezar a hablar del precario como una figura jurídica.

Es así como a las dos relaciones de hecho que hemos identificado se les comienzan a reconocer efectos jurídicos.

6. En la actualidad el Precario surge algunas veces también de una convención simple. Como dice Spota la convención simple que da origen al precario "es el mero acuerdo de voluntades exteriorizado, pero que no da origen a una coacción jurídica".

7. Iglesias Cubría: ob. cit., p. 777.

8. De Coulanges, Fustel: ob., cit., p. 81.

El pretor empieza a considerar, dado que el *pater* no tiene la autoridad de antaño, que "es equitativo por naturaleza que uno use de mi liberalidad en tanto yo quiera, y que yo pueda revocarla cuando hubiese cambiado de voluntad..."<sup>9 10</sup>. A fin de poder hacer efectiva dicha revocación, el *precario dans* podía utilizar el interdicto de precario.

En forma excepcional se permitió que utilizara el interdicto de precario el comprador de un bien que había sido cedido en tal calidad, si "consistió que por algún tiempo la tuvieses de él en precario, con razón interpondrá el interdicto como si de él tuvieras en precario, sin ser la persona a la que se le rogó inicialmente la posesión" (D.43.26.8.2).

Se reconocía, entonces, que el precario podía constituirse algunas veces por la mera tolerancia.

Igualmente, al precarista le fue reconocida la posibilidad de defender su posesión por medio de los interdictos posesorios (D. 43.26.17)<sup>11</sup>.

Un rasgo relevante en el precario es que éste, germen de los desplazamientos posesorios que suponen el goce de una cosa ajena<sup>12</sup>, permite un disfrute amplísimo sobre el bien concedido, algunos autores antiguos lo confundían con la donación; esto motivó que en el D. 43.26.1. Se señalaran las diferencias entre una figura y la otra: "Se distingue de la donación (el precario) en que el que dona da para no recibir nada y el que concede en precario da para recibir tan pronto quiere poner fin al precario".

Esta configuración del precario, mera situación de hecho a la cual se le reconocían ciertos efectos jurídicos por razones de justicia natural, y por la amplitud del disfrute concedido, se mantuvo a lo largo de la mayor parte de la historia del derecho romano.

Es Justiniano, al incorporar el precario en su obra codificadora, quien introdujo una novedad, tratando de favorecer al *precario dans*, que resultó pernicioso para la futura comprensión del instituto: el concedente, además del interdicto de precario, podía usar también la *actio praescriptis verbis* para

9. D. 43.26.2.2. Todas las citas del Digesto han sido tomadas de D'ors, Hernández, Tejero y otros.

"El Digesto de Justiniano". Editorial Arangadi, Pamplona, 1968.

10. Debe notarse que si bien en algunos casos el fundamento ha dejado de ser el deber religioso de protección, este ha sido sustituido por la liberalidad, es decir, el ánimo de favorecer.

11. No desarrollamos aquí el apasionante tema de las relaciones entre la posesión y el precario en el Derecho Romano.

12. Sohn, citado por Moreno Mocholi, ob., cit., p. 39.

recuperar el bien dado en precario <sup>13</sup>.

La mayoría de autores concuerda este texto con el contenido en el D. 14.5.2, el cual sostiene que "es necesario recurrir (a la *actio praescriptis verbis*) en cuanto se dan contratos que no tienen nombre en el derecho civil", concluyen, de este modo, que el precario se transformó en la etapa justinianea en un contrato innominado.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser rebatida. El hecho de que se le conceda al *precario dans* una acción más para la recuperación del bien no debe hacernos perder de vista los fundamentos de la institución; más aún cuando la *actio praescriptis verbis*, es una acción "que nace de la buena fe" (D. 43.26.2.2) y, por tanto, "da pleno poder al juez para estimar según la equidad las restituciones debidas al demandante..." <sup>14</sup>. De acuerdo a lo dicho, la *actio praescriptis* excede en su aplicación el campo de los contratos innominados.

Resulta lamentable que esta visión contractual del precario sea la generalmente admitida y la que en su mayoría recogen los Códigos Modernos, bajo el nombre de comodato-precario <sup>15</sup>.

## EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

El concepto de precario que nuestra Jurisprudencia ha construido o que permite construir a partir de sus resoluciones, se asienta sobre el concepto romano clásico de esta figura. Lo que sucede es que, respetando las directrices fundamentales de la misma, nuestros Tribunales han ampliado el número de casos en los que es posible hablar de una constitución tácita del Precario.

13. En D. 43.26.2.2. Ulpiano nos dice: "... podemos usar no solamente de este interdicto (el de precario), sino también de las palabras prescriptas que nacen de la buena fe". Según Moreno Mocholi, ob., cit., pp. 243 y 244, Grandenitz, Dernbury, Muschke y Bonfante aseguran que este texto ha sido interpolado.

14. "Institutas de Justiniano", Traducción de Francisco y Melquiades Pérez, Buenos Aires, Libro IV, T. VI. 30.

15. Como excepciones que merecen resaltarse aparecen los Códigos colombiano, chileno y ecuatoriano los cuales prescriben que: "Se entiende precario (el comodato) cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución. Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Consideran estos Códigos que el precario puede escapar a las formas contractuales y constituirse por la existencia de ciertas relaciones de hecho con la cosa.

Igualmente, es imprescindible señalar que el Proyecto de Código Civil Peruano de 1847 define al precario, en el título dedicado a la posesión, como "el permiso de usar una cosa sin ninguna pensión ni designación de tiempo..." (art. 332); agregando más, "su subsistencia depende de la voluntad del propietario".

Lo que antes era excepcional ahora resulta corriente; el lugar que ocuparon el deber ético-religioso primero y la liberalidad después, lo ocupa ahora la tolerancia.

Sostenemos, por tanto, que para nuestra Corte Suprema el precario es también una situación de hecho en la cual el precarista ejerce su posesión por concesión graciosa <sup>16</sup> o mera tolerancia del propietario <sup>17</sup>.

Como bien dice el Fiscal Muñoz: "El concepto de uso precario a que se refiere la segunda parte del Art. 970 del C. de P.C., es de ocupante, sin título alguno, con asentimiento tácito del dueño, sin pagar pensión..." <sup>18</sup>.

Explicemos ahora, con ayuda de la Jurisprudencia que ha prevalecido en esta materia, lo que significa poseer por tolerancia del propietario.

En primer lugar, como lo menciona el Fiscal Muñoz y lo han determinado innumerables Ejecutorias, el ocupante precario es un poseedor sin título <sup>19</sup>. Esta característica como afirman Diez Picazo y Gullón, se desprende del hecho de que "en estos casos -licencia, tolerancia- existe la voluntad de ambas partes de no crear una relación vinculante y de no atribuir derecho subjetivo alguno" <sup>20</sup>.

De esta situación se deducen dos consecuencias: la primera, y más obvia, es que el precarista no tiene derecho a poseer el bien que ocupa; la segunda, no tan evidente, se refiere al hecho de que quien posee en precario no está obligado contractualmente a devolver el bien.

Grafiquémoslo con un ejemplo: un arrendatario con contrato vencido, a quien el propietario ha solicitado la devolución del bien no es precarista porque tiene una obligación con prestación de dar, nacida del contrato celebrado, de la cual es acreedor el arrendante. Entre las partes existe un vínculo jurídico, elemento que es extraño al precario por

16. Ver por ejemplo: Anales Judiciales, 1915, p. 208; Rev. Jur. Per. 1951, p. 1313 y Rev. Jur. Per., 1952, p. 3092.

17. En nuestra Tesis sostenemos que el precario se constituye por mera tolerancia del llamado a poseer, sin embargo, en beneficio de la exposición, y de que nuestro Código de Procedimientos exige la calidad de propietario para poder hacer uso de la acción de Desahucio por ocupación precaria trataremos de este caso de precario específicamente.

18. Revista de los Tribunales, 1940, p. 37.

19. Cftar. Rev. Jur. Per. 1961, Nº 1, p. 31; Rev. Jur. Per. 1962, p. 331., Ejecutorias Supremas, Tomo III, p. 438; Tomo VII, p. 956 y mucho más.

20. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: "Sistema del Derecho Civil", Volumen III, Derecho de Cosas, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 76.

ser ésta una situación de hecho.

Las Ejecutorias del 3 de setiembre de 1965, la del 12 de setiembre de 1958 y la del 24 de febrero de 1966 corroboran estas afirmaciones<sup>21</sup>.

La primera se refiere a la situación de un arrendatario cuyo contrato había vencido y fue considerado ocupante precario por el nuevo propietario. El Fiscal, que se pronunció a favor del demandante, sostuvo "que el plazo del arriendo era por 4 años forzosos, sin prórroga, por lo que el demandado don Santos Leonardo, que posee el bien sin ningún título ni pagar merced conductiva, tiene la calidad de ocupante precario". La Corte desestimó estos razonamientos.

La segunda resolución niega la acción de Desahucio que interpuso el comprador de un inmueble al cual el vendedor se negaba a entregar la casa-habitación materia del contrato. El Fiscal arguyó que "si por culpa del vendedor no se realiza la tradición del bien vendido o su entrega, el comprador tiene a su elección la acción rescisoria del Contrato o la personal de entrega de la cosa, art. 1401 del C.C. (de 1936)". La Corte acogió los argumentos del Dictamen.

Por último, la tercera ejecutoria sostiene que el vencimiento del plazo fijado en el Contrato de Locación Conducción no convierte al arrendatario en precarista.

Debemos señalar, para concluir con este punto, que se encuentra en la misma situación de un poseedor sin título quien posee con título ineficaz frente al propietario reclamante. Es por tal motivo que quien recibe en subarrendamiento un bien, violando la prohibición legal o contractual, ha sido considerado uniformemente como ocupante precario<sup>22</sup>.

La segunda característica del ocupante precario, la cual lo distingue de otros poseedores sin título como el usurpador, por ejemplo, es que no discute el derecho del propietario; no se enfrenta a éste para negarle su derecho, es decir, no posee como propietario<sup>23</sup>. Si un ocupante posee como propietario posee porque posee; su posesión no depende ni

se ve afectada por la supuesta tolerancia del propietario.

La Corte Suprema ha admitido estos razonamiento al sostener, por ejemplo, que "no es ocupante precario el que ocupa el bien como dueño aunque no tenga otro título que su posesión actual"<sup>24</sup>. Igualmente debe mencionarse en forma especial la Ejecutoria Suprema del 31 de Agosto de 1954, la cual afirma que "no es ocupante precario aquél que posee la tierra como dueño y no paga pensión, porque su título es la posesión misma"<sup>25 26</sup>.

Por último para que se constituya el precario es necesario agregar a las condiciones ya señaladas la aceptación expresa o tácita del propietario de que el precarista ha poseído con anuencia suya<sup>27</sup>.

En la mayoría de los casos el utilizar la acción de Desahucio por Precario es la mejor prueba de la existencia, hasta el momento de la interposición de la demanda, de la anuencia.

Después de revisar las características que la Jurisprudencia señala para el precario, no podemos más que confirmar nuestra afirmación inicial, el concepto actual de precario es un desarrollo del concepto romano clásico de la figura.

No queremos sugerir con todo esto que lo que consideran actualmente precario nuestras Cortes pudiera haber sido considerado de igual modo por el pretor. Más bien pretendemos hacer notar que los principios que informaron al primitivo precario han sido aplicados creativamente a nuevas situaciones.

---

interpone; 2. que en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre que aquél recaer (ob. cit. p. 277). Dado que no hay discusión sobre la propiedad puede desahuciarse al poseedor sin derecho en vía sumaria.

Es por esto, también, que el precarista no adquiere por usucapación. Se equivoca por eso Guillermo Figallo ("La posesión precaria...") en la Revista Jurídica del Perú. Año XXXVIII, N° II, abril-junio 1987) cuando afirma que el precarista no es poseedor por no poder usucapir. Existe posesión pero no posesión como propietario que es la que exige el Art. 950 del C.C.

24. Rev. Juv. Per. 1951, p. 639.
25. Rev. Juv. Per. 1955, p. 1725.
26. Obviamente no basta la simple afirmación del poseedor en el sentido de que posee como propietario para hacer fracasar la acción; como todo hecho alegado por las partes deberá ser probado. Debe destacarse (el hecho) de que en este caso, por haber acreditado el demandante su calidad de propietario, art. 971 del C. de P.C., no opera en favor del poseedor la presunción de propiedad contenida en el art. 912 del C.C.
27. Este requisito se menciona en la definición dada por el Fiscal Muñoz ya citada, y en otras Ejecutorias como la del 17 de Octubre de 1952 en la Rev. Jur. Per. 1952, p. 3092 y en la Rev. Jur. Per., 1951, p. 1313.

21. Rev. Jur. Per., 1965, p. 971; Anales Judiciales, 1958, p. 91; y Anales Judiciales, 1966, p. 113, respectivamente.
22. Anales Judiciales, 1962, p. 74; Rev. Juv. Per. 1957, p. 678; Boletín Colegio de abogados, marzo-abril 1969, p. 125; "El Peruano", Tomo XIV, p. 2455; Anales Judiciales, 1961, p. 72.
23. Es justamente esta característica la que permite que el precarista pueda ser desalojado en juicio sumario. Como nos enseña Albaladejo, la acción reivindicatoria persigue: 1. que sea declarado el derecho de propiedad de quien la

## EL PRECARIO Y EL COMODATO-PRECARIO

Como ya hemos señalado el comodato-precario es la culminación de un proceso de deformación de nuestra figura iniciado desde el derecho justinianeo.

Entre las formas contractuales y el precario no sólo existe un desencuentro lógico sino, también, como hemos visto, un desencuentro histórico.

Nuestros Códigos Civiles, desde 1852, han acogido la figura del comodato-precario<sup>28</sup> que se produciría cuando no se ha señalado plazo ni se ha determinado el uso que se dará al bien cedido en comodato. En estos casos, nos dice la ley, el comodante podrá reclamar la cosa en cualquier momento.

Obsérvese cómo una simple consecuencia de la posesión sin título del precarista, se convierte, en este caso, en el rasgo central del comodato-precario.

Esta figura es extraña; no surge de un pacto sino, por el contrario, de la ausencia de toda convención respecto al plazo. Es igualmente, un contrato muy especial; el comodante tiene derecho a ponerle fin en el momento que lo desee, la suerte del contrato se encuentra al arbitrio de una sola de las partes.

Todo esto nos hace concluir con Hernández Gil, que del artículo 1735 de nuestro C.C., equivalente al artículo 1750 del C.C. español, "no surge, propiamente, un contrato de precario diferente de un acto de tolerancia atenido a una sola voluntad"<sup>29</sup>.

En cualquier caso, esta figura carece de importancia práctica. La Jurisprudencia se ha ocupado exclusivamente del precario como situación de hecho, relegando al olvido al comodato-precario.

## EL PRECARIO Y LA POSESION PRECARIA

El C.C. de 1984 contiene, en su Art. 911, una definición de lo que llama posesión precaria<sup>30</sup>.

28. León Barandiarán sostiene, siguiendo la corriente predominante, que "el llamado precario, es una sub-especie del comodato no siendo pues, un Contrato distinto, a diferencia del antiguo contrato de precario del derecho romano". "Contratos en el Derecho Civil Peruano", Lima, 1975. Tomo II, p. 64.

29. Hernández Gil, Antonio: "La Posesión". Madrid. Editorial Civitas, 1980 p. 456.

30. Se ha llamado poseedor precario, en los sistemas jurídicos que acogen la teoría de Savigny en materia de pose-

Algunos autores, en nuestra opinión equivocadamente, han concordado en forma absoluta el artículo 911 del C.C., con el artículo 970 del C. de P.C.<sup>31</sup>. Según ellos todo poseedor precario podría ser desahuciado por la causal de ocupación precaria.

El concepto de ocupante precario, en la forma en que ha sido definido por nuestra Corte Suprema, no puede ser identificado con la posesión precaria a la que se refiere el C.C.

La definición de posesión precaria incluye, por ejemplo, tanto al usurpador que posee como propietario como al arrendatario con contrato vencido al cual el arrendante ha solicitado la devolución del bien.

Sostener que en ambos casos es procedente la acción de Desahucio por Precario, significa pretender que podemos prescindir en nuestro sistema jurídico de la acción reivindicatoria y de la acción de Desahucio por Vencimiento de Contrato. El error es manifiesto.

Albaladejo nos alcanza el verdadero sentido de esta clasificación de la posesión: "Todo el que posee sin derecho -nos dice el Maestro español-, está a expensas de que aquél a quien corresponde la posesión se la pueda reclamar, y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que obligue a entregárselo. En este sentido se dice que la posesión que tiene el primero es precaria"<sup>32</sup>.

Lo que nos dice, entonces, el artículo 911 es que quien posee sin derecho es un poseedor precario, porque quien ostenta el derecho a la posesión puede reclamársela en cualquier momento.

Resulta claro que este criterio de clasificación es pobrísimo y que no merecía ser recogido legislativamente.

Para finalizar con este apartado debemos se-

---

sión, a los poseedores en virtud de un título concedido por el propietario, por ejemplo, el arrendatario, el comodatario, etc. Son los llamados simples tenedores, pues carecen del *animus domini*. Todo esto no puede ser confundido ni con el precario ni con la posesión precaria a que se refiere el art. 911; es un simple caso de homonimia.

31. El Doctor Velasco Gallo escribe: "Concordando ambas disposiciones (art. 911 y art. 970), resulta que el poseedor precario puede ser objeto de la acción de Desahucio". "Derecho Procesal Civil. Juicios Especiales y Procedimientos No Contenciosos concordados con el Nuevo Código Civil", Cultural Cuzco S.A., Lima 1985, p. 83.

32. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil y Derecho de Propiedad", III, Derecho de Bienes, Volumen Primero, Parte General, Librería Bosch, Barcelona 1974, p. 61.

ñalar que la relación entre posesión precaria y precario, es una relación de género a especie<sup>33</sup>. El precario constituye un caso más de posesión precaria.

## LA POSESION PRECARIA, EL PRECARIO Y LA POSESION ILEGITIMA

El artículo 911 del C.C., ha sido considerado como un intento defectuoso de definir la posesión ilegítima<sup>34</sup>. En las líneas que siguen intentaremos demostrar que esta opinión no es correcta.

Si revisamos los antecedentes de la norma encontraremos que ésta fue tomada del Anteproyecto del Libro "De los Derechos Reales" preparado por la difunta maestra sanmarquina Lucrecia Maish Von Humboldt<sup>35</sup>.

En este Anteproyecto, bajo el Título III "De las Clases de Posesión y sus efectos", se agrupaban diversas clasificaciones entre las cuales se encontraba, en el artículo 76, la que diferenciaba entre posesión legítima e ilegítima. Por tanto, dicho Anteproyecto no podría referirse, algunos artículos después (art. 80), bajo la sumilla "Posesión Precaria" a la anteriormente definida posesión ilegítima.

No podemos suponer, tampoco, que al preparar la versión final del Libro IV del Código, para definir un instituto tan importante como la posesión ilegítima, se utilizara una norma referida a otro criterio de clasificación, existiendo, en el mismo Anteproyecto, una norma expresamente referida a aquella. La posesión precaria está informada por un criterio de clasificación distinto al de la posesión ilegítima; este criterio es trivial pero no deja de ser diferente.

Puede sostenerse, en contra de esta afirmación que, en la práctica, todo poseedor precario es un poseedor ilegítimo; y que, por tanto, dichas clasificaciones se superponen. Sin embargo, esto no resulta cierto para la situación de hecho que da su nombre a la clasificación; el precario no es un caso de posesión ilegítima.

Bajo la influencia de la definición de posesión ilegítima contenida en el artículo 2335 del C.C. argentino, se ha considerado que quien posee sin título es un poseedor ilegítimo<sup>36</sup>.

Nosotros consideramos que a pesar de no tener título el precarista no puede ser considerado poseedor ilegítimo.

El valor práctico de la clasificación de posesión legítima e ilegítima, como dice Salvat<sup>37</sup>. Se encuentra en que esta división sirve de antecedente a la clasificación de la posesión en ilegítima de buena fe y en ilegítima de mala fe. La clasificación en posesión de buena o de mala fe sólo tiene sentido si se aplica a la posesión ilegítima. La posesión de buena y de mala fe aparece, pues, como una subdivisión de la posesión ilegítima<sup>38</sup>.

El problema estriba en que la clasificación en posesión de buena y de mala fe es inaplicable a la situación de precario. El precarista conoce que posee sin título, no puede ser considerado, por tanto, como poseedor de buena fe.

Las consecuencias de considerarlo poseedor ilegítimo de mala fe resultan, sin embargo, inaceptables. No puede pretenderse, por ejemplo, que quien ha poseído por tolerancia del propietario se vea obligado a reintegrar los frutos que percibió o que debió percibir mientras estuvo en posesión.

Una calificación de este tipo ignoraría los antecedentes históricos de la figura que han permitido siempre un goce amplio y sin restricciones del bien dado en precario, y atacaría a la liberalidad y a la tolerancia como fundamentos de la concesión.

Los razonamientos expuestos permiten concluir que el precarista, a pesar de ser un poseedor sin título, es un poseedor legítimo<sup>39</sup>.

Todo esto nos convence, también, de que es necesario iniciar una revisión crítica del concepto de posesión ilegítima generalmente aceptado en nuestro sistema jurídico, a la luz de la doctrina y legislación comparadas.

33. Citar. Latour Brotons, Juan: "El Precario", en Revista de Derecho Privado, Madrid, Dic. de 1959, p. 1065.

34. Avendaño Valdez, Jorge: "La posesión ilegítima o precaria" en "Thémis", Segunda Epoca, 1986, Nº 4, p. 63.

35. "De los Derechos Reales". Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos, Editorial Desarrollo S.A., Lima 1983, p. 71.

36. Salvat, Raymundo: "Tratado...", T.I., p. 34 y Castañeda, Jorge Eugenio: "Los Derechos Reales", Tomo I, p. 96.

37. Salvat, ob., cit., Tomo I, p. 33.

38. Salvat, ob., cit., p. 33; Castañeda, ob., cit., p. 98; Avendaño, Jorge: "La posesión en el C.C. de 1984" en Homenaje a José León Barandiarán, p. 34.

39. Si utilizáramos la definición de posesión ilegítima que se desprende del art. 1147 del C.C., italiano, del cual se deduce que es poseedor ilegítimo aquél que posee lesionando el derecho de otro, no existiría el problema que tratamos.