

3º Juzgado Civil

EXPEDIENTE : **03735-2011-0-0401-JR-CI-03**
MATERIA : NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
JUEZ : CHAVEZ MAMANI ZOILO ALCIDES
ESPECIALISTA (E) : BENAVIDES ZUÑIGA, PAOLA MATILDE
DEMANDADO : MENA MASCO GABINO
BREXIA GOLDPLATA PERU S.A.C. (antes MINERA GOLDPLATA
RESOURCES PERU S.A.C.)
DEMANDANTE : LLALLAQUE CUSIHUAMAN NICOLAS FACTOR
RESOLUCIÓN NRO. : **51**

SENTENCIA NUMERO: 11 - 2020 - 3JEC

**AREQUIPA, PRIMERO DE JUNIO
DEL DOS MIL VEINTE.-**

*Dejando constancia del periodo vacacional y estado de emergencia nacional, así como de la resolución administrativa 156-2020-CE-PJ. **VISTOS:** La demanda interpuesta por Nicolás Factor Llallaque Cusihuaman, obrante a fojas treinta y seis, los escritos de subsanación a folios cincuenta y doscientos seis, en contra de Gabino Mena Masco y Minera Goldplata Resources Perú S.A.C, (ahora Brexia Goldplata Perú S.A.C.) a efecto, se declare nulo la escritura pública numero noventa y nueve, del veintiséis de junio del dos mil diez, otorgado ante la notaria Edilberto Zegarra Ballón Ávalos, y el acto mismo de constitución de servidumbre celebrado por los codemandados, por la causal de objeto físico y jurídicamente imposible y de simulación absoluta, bajo los siguientes: -*

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA: Afirma que: **1.** Pedro Cusihuaman Choque, fue su bisabuelo, quien falleció el diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis; su abuelo fue Simón Cusihuaman Leiva, hijo del primero, fallece el ocho de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, siendo este padre de su madre María Cerbelion Cusihuaman Sisa Vda. de Maque. **2.** Al fallecimiento de su bisabuelo y abuelo, su madre María Cusihuaman se hace cargo y a título de poseionaria conduce el predio denominado Tayayaque Trinidad, ubicado en el sector Santa Rosa, del Distrito de la Provincia de Caylloma, del distrito y Provincia de Caylloma, Departamento de Arequipa, el mismo que tiene una extensión superficial de ochocientos sesenta y ocho punto treinta y nueve hectáreas. **3.** Su madre, al ser propietaria y poseionaria del fundo antes mencionado, en el año de mil novecientos setenta y ocho interpone demanda de

interdicto de retener en contra de compañía Minera Caylloma, sobre el fundo rústico Tayayaque Trinidad, expediente 178-81, que culmina con sentencia del veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y uno, declarándose fundada en parte y dispone que la empresa demandada se abstenga de cometer perturbaciones. Igualmente, en el año de mil novecientos ochenta y uno, su madre al verse afectada en la posesión y propiedad del fundo interpone interdicto de recobrar en contra de Aniceto y Filiberto Mena Cusihuaman; proceso que culmina con sentencia de fecha diez de mayo de mil novecientos ochenta y dos, declarando el Juzgado de tierras de Caylloma, fundada la demanda y ordena a los demandados restituir el predio Tayayaque Trinidad a la demandante. **4.** Al fallecimiento de su madre, se inició proceso de sucesión intestada, declarándose como herederos a sus hijos Nicolás Factor Lllallaque Cusihuaman y Juana Leonisa Infa Cusihuaman, inscrito en la partida N° 11083908 del registro de Persona naturales de la Zona Registral XII Sede Arequipa; así la posesión y propiedad pasaron a ser de propiedad de los herederos. **5.** Sabiendo que el fundo también era de propiedad de los hermanos de su madre, es decir Jacinta Cusihuaman Sisa y el premuerto Avelino Cusihuaman Sisa (interviniendo Camilo Cusihuaman Condorcahuana en representación), suscriben una escritura de División y partición del fundo Tayayaque Trinidad, ante la Notaria Taboada Vizcarra con fecha dieciocho de agosto del dos mil ocho; posteriormente ante el mismo notario, con fecha quince de abril del dos mil nueve, le otorgaron en calidad de donación las partes que le correspondían a cada propietario, por lo que se constituyó propietario absoluto del fundo. **6.** Fue sorpresa, al no tener conocimiento expreso, que Gabino Mena Masco y la empresa Minera Golplata Resources Perú S.A.C, suscribieron contrato de servidumbre, según escritura pública de fecha veintiséis de junio del dos mil diez, otorgado ante el Notario Zegarra Ballón, sobre parte del Fundo de su propiedad, es decir, sobre ciento ochenta y siete punto cuarenta y ocho hectáreas, no siendo propietario ni posesionario. **7.** Los demandados no tenían documentos idóneos ni formales para celebrar un contrato de esta naturaleza; asimismo, el consignar procedimientos administrativos en trámite no acreditan la calidad de propietario ni ostentaba la posesión; en cambio él desde su nacimiento ha estado viviendo al comienzo con su madre, y, hasta la fecha se encuentra pagando el impuesto predial del fundo rústico. **8.** La causal de objeto física y jurídicamente

imposible, se sustenta en el hecho de que el demandado ha transferido derecho de servidumbre a favor de la demandada en predios ajenos, pues el bien materia de servidumbre es de su propiedad, como está acreditado con las escrituras públicas de división y partición y el de donación; y el demandado no ha probado propiedad sobre el predio y, por otro lado, la posesión física siempre la ha tenido. **9.** La causal de simulación absoluta, la sustenta en que antes de que aparezca el contrato de servidumbre, la empresa minera usurpó terrenos de su propiedad, por lo que fue objeto de denuncia de usurpación, dos días después de la formulación de la denuncia la empresa minera hace aparecer un documento de compra venta del que aparece que Filiberto Mena Cusihuaman transfiere terrenos de propiedad del demandante a favor de su hijo Gabino Mena Masco y, este suscribe un contrato de servidumbre de paso minero con la empresa. Estos contratos fueron simulados, por cuanto la empresa minera conocía que los predios que ocupó ilegalmente fueron de propiedad del recurrente y no de los Mena, pero hizo los referidos contratos para justificar la usurpación. -----

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA: Ampara su demanda en los artículos II, V, VI del Título Preliminar del Código Civil; Artículos 201, inciso 3 del artículo 219, artículo 220 y 1035 del Código Civil. -----

Mediante resolución dos, de fecha veintidós de noviembre del dos mil once, obrante a fojas cincuenta y uno, se resuelve admitir la demanda. -----

A fojas ochenta y dos, se apersona al proceso GABINO MENA MASCO, quien contesta la demanda, bajo los siguientes: -----

FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.- Señala que: **1.** El demandante no ha acreditado su derecho sucesorio, ni el traslado dominial, ni el derecho de propiedad para constituirse heredero del predio materia de litis, por tanto existe falta de legitimidad para obrar. **2.** Él acredita traslado dominial y derecho de propiedad del predio materia de litis en merito a que su antecesor realizo sucesión intestada a Pedro Cusihuaman Choque judicialmente en calidad de nieto, no teniendo oposición fue declarado heredero universal de Pedro Cusihuaman, en merito a la sentencia judicial del veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, emitida por el Juzgado de Primera instancia Civil de Caylloma – Chivay, inscrita en el registro de Declaratoria de

Herederos que corre en la ficha 2818. Señala que Filiberto Mena Cusihuaman, realizo el proceso en calidad de sucesor por derecho propio respecto del causante, por descender del mismo tronco inmediato; habiendo cumplido los requisitos para heredar. **3.** El demandante no ha acreditado estar en posesión del predio, que supuestamente ejercía su madre, y si esta interpuso acciones posesorias, cuando señala que es propietaria, debió interponer en su momento reivindicación, que le asiste al propietario. De igual manera el demandante no ejerció posesión del fundo Tayayaque Trinidad en merito a las cartas notariales que le enviaba a su pastor con fecha veintiocho de abril del dos mil ocho, así como a su persona y a su padre para que le haga entrega de la posesión. - - - -

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CONTESTACIÓN. - Ampara su contestación en los artículos 424, 425 y 442 del Código Procesal Civil. - - - - -

Mediante resolución número cuatro, obrante a folios ochenta y ocho, se resuelve tener por contestada la demanda en los términos que señala. - - - - -

Mediante resolución número dieciocho, de folios ciento noventa y ocho, se resuelve declarar infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar deducida por el codemandado Gabino Mena Masco y, de oficio se declara la existencia de una relación jurídica procesal inválida. - - - - -

A fojas doscientos seis, el demandante presenta escrito de subsanación de observaciones. - - - - -

Por resolución numero veintidós, se declara la nulidad de la resolución siete (que declaro rebelde al codemandado Minera Goldplata, Resources S.A.C.) y, se dispone que se notifique en su domicilio real. - - - - -

A folios cuatrocientos, se apersona Brexia Goldplata Perú S.A.C. (antes Minera Goldplata, Resources S.A.C.), representada por Lourdes Genoveva Tellez Chura, quien contesta la demanda solicitando que se declare infundada, bajo los siguientes: - - - - -

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACIÓN (2).- Afirma que: **1.** Celebraron contrato de servidumbre con Gabino Mena Masco, quien les puso a la vista documentación que lo acredita como propietario y poseedor; les mostro la escritura pública de compra venta que le otorgó Filiberto Mena Cusihuaman del tres de octubre del dos mil seis, ante el Notario Zegarra Ballón y el acta de constatación levantada por el Juez de paz del Distrito de Caylloma del veintinueve de marzo del dos mil siete.

2. Filiberto Mena Cusihuaman es el único heredero de Pedro Cusihuaman Choque, conforme a la declaratoria de herederos expedida por el Juzgado de primera instancia de Caylloma Chivay el veintiséis de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, inscrita en la ficha 2818, trasladada a la partida 01047041 del registro de Declaratoria de herederos de la oficina Registral Arequipa. 3. El primigenio propietario fue Pedro Cusihuaman Choque, sin embargo, el demandado no ha acreditado que sus antecesores sean sucesores del mencionado propietario, por tanto carecen de derecho de propiedad. 4. El derecho de posesión de doña María Cerbelión Cusihuaman Sisa, madre del demandante, feneció el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y tres, fecha de su fallecimiento. 5. Los sucesores de Maria Cerbelión Cusihuaman Sisa no continuaron con el ejercicio de la posesión tanto así que en el dos mil siete, el Juez de Paz de Caylloma constató quien era el poseedor de todo el fundo; tal constatación nos mostró y la exhibió ante notario el codemandado Gabino Mena Masco, es con esa seguridad que procedieron a pactar la servidumbre. -----
Mediante resolución número veintiocho, de folios cuatrocientos ocho, se resuelve tener por contestada la demanda en los términos que señala Brexia Goldplata Perú S.A.C. ---
Mediante resolución número treinta y dos, de folios cuatrocientos cincuenta, se resuelve declarar la existencia de una relación jurídica procesal válida y saneado el proceso. -----
Mediante resolución número treinta y siete, de folios cuatrocientos setenta y ocho, se resuelve: **I.-** Fijar como puntos controvertidos: **A)** Determinar si el acto de constitución de servidumbre contenida en la escritura Pública numero noventa y nueve, de fecha veintidós de junio del dos mil diez, se encuentra incurso en las causales de objeto física y jurídicamente imposible y de simulación absoluta; **B)** establecer si como consecuencia de lo anterior corresponde declarar la nulidad del acto y de la escritura pública que lo contiene.- Asimismo, se califican los medios probatorios. -----
A folios cuatrocientos ochenta y seis a cuatrocientos ochenta y nueve, obra el Acta de Audiencia de pruebas, de fecha catorce de agosto del año dos mil dieciocho. -----
A fojas quinientos cuarenta y cinco, mediante resolución numero cuarenta y tres, se admite como medio probatorio de oficio, el expediente judicial 5167-2009, tramitado ante el Cuarto Juzgado Civil. -----

EXPEDIENTE ACOMPAÑADO.- Se tiene a la vista el Expediente número 2009 -5167, seguido por Flora Mena Cusihuaman en contra de Filiberto Mena Cusihuaman y Gabino Mena Masco, sobre Nulidad de Acto Jurídico, tramitado ante el Cuarto Juzgado Civil. - - -

Siendo su estado, se ingresan los actuados para a expedir sentencia, **Y CONSIDERANDO.-**

PRIMERO.- DEL PETITORIO: La persona de Nicolás Factor Llallaque Cusihuaman insta ante el órgano jurisdiccional la pretensión de Nulidad se Acto Jurídico y la dirige en contra de Gabino Mena Masco y Minería Goldplata Resources Perú S.A.C. (ahora Brexia Goldplata Perú S.A.C.); a efecto, se declare nulo la escritura pública numero noventa y nueve, del veintiséis de junio del dos mil diez, otorgado ante la notaría Edilberto Zegarra Ballón Ávalos, y el acto mismo de constitución de servidumbre celebrado por los codemandados, por las causales de: **a)** objeto físico y jurídicamente imposible y, **b)** simulación absoluta. -----

SEGUNDO.- MARCO NORMATIVO.- **2.1** El Artículo 139° numerales 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, prescribe que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. (...)” **2.2.** El artículo 219 del Código Civil dispone: El acto jurídico es nulo: (...) 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable; (...) 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. **2.3.** El primer párrafo del artículo 220 establece que la nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. **2.4.** El numeral 1 del artículo 971 del Código Civil prevé que, las decisiones sobre el bien común se adoptarán por: Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él. **2.5.** El artículo 1042 del código civil, en su primer párrafo regula que, el predio sujeto a copropiedad sólo puede ser gravado con servidumbres si prestan su asentimiento todos los copropietarios. Si hubiere copropietarios incapaces, se requerirá autorización judicial, observándose las reglas del artículo 987 en cuanto sean aplicables. **2.6.** El artículo 198 del código procesal Civil prescribe que las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez. -----

TERCERO.- DEL ACTO JURÍDICO DE FECHA VEINTISEIS DE JUNIO DEL DOS MIL DIEZ, CONTENIDO EN LA ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO NOVENTA Y NUEVE. 3.1 DEL CONTRATO

MATERIA DE NULIDAD.- A folios veintiocho y siguientes, obra el testimonio de escritura pública número noventa y nueve, de fecha veintiséis de junio del dos mil diez. El documento público antes mencionado contiene una constitución de servidumbre, mediante el cual Gabino Mena Masco, afirmando tener la calidad de propietario del fundo Tayayaque – Trinidad Quespemachay, ubicado en el distrito y Provincia de Caylloma, por haberlo adquirido por Escritura Pública de compra venta, de fecha tres de octubre del dos mil seis, celebrada ante la notaria Zegarra Ballón, servidumbre de uso para fines de exploración y explotación minera de una extensión de ciento ochenta y siete punto cuarenta y ocho hectáreas, de los terrenos superficiales y con el carácter de predio sirviente, a favor del predio minero dominante constituido por la concesión minera Goldplata, ello por un término de siete años, contados a partir de la fecha del instrumento, abonando una contraprestación de treinta mil nuevos soles. - - -

CUARTO: DEL EXPEDIENTE JUDICIAL NUMERO 5167-2009, SOBRE NULIDAD DE ACTO

JURIDICO. - **4.1.** Este se encuentra como acompañado al presente proceso, y fue iniciado por Flora Mena Cusihuaman en contra de su hermano Filiberto Mena Cusihuaman y el hijo de este último, el ahora codemandado Gabino Mena Masco, a efecto se declare la nulidad: a) del contrato de compra venta del bien rústico denominado “Tayayaque Trinidad” y su cabaña de rotación “Qquespemachay”, y b) la Escritura pública que lo contiene numero quinientos once, de fecha tres de octubre del dos mil seis. **4.2.** Mediante sentencia de vista 124-2012-4SC, del dieciséis de abril del dos mil doce, que obra a fojas doscientos dieciséis y siguientes del acompañado, se confirma la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda y, en consecuencia, nulo y sin efecto legal alguno el contrato de compra venta y la escritura Pública que lo contiene; revocándola en el extremo que declara fundada por la causal de objeto jurídicamente imposible y reformándola la declara infundada sobre dicho extremo. **4.3.** En contra de dicha sentencia de vista Gabino Mena Masco a fojas doscientos treinta y uno, interpuso casación, la misma que fue declarada improcedente mediante auto calificadorio Cas. 6649-2012, cuya resolución obra a fojas doscientos cuarenta y tres y siguientes del proceso acompañado. **4.4.** Con fecha dieciocho de diciembre del dos mil trece (fojas doscientos ochenta y siete, del acompañado), el ahora demandante Nicolás Factor Lllaque Cusihuaman, se apersona al citado proceso solicitando copias certificadas,

alegando ser sobrino de la demandante, “... es decir hijo de la hermana de Flora Mena Cusihuaman...”. Asimismo, mediante escrito de fojas trescientos treinta y cuatro, el mismo solicitó se remita oficio a la Notaria Zegarra Ballón para que se inserte marginalmente la sentencia en su protocolo de Escrituras Públicas.

QUINTO: CONSIDERACION PRELIMINAR.- Debe quedar claramente establecido que: **5.1.**

La sentencia de vista número 124-2012-4SC, del dieciséis de abril del dos mil doce, expedida en el proceso número 5167-2009, que declara la nulidad del contrato de compra venta del bien rústico denominado “Tayayaque Trinidad” y su cabaña de rotación “Qquespemachay”, celebrado por Filiberto Mena Cusihuaman y su hijo Gabino Mena Masco; tiene la autoridad de cosa Juzgada, y este juzgador no puede resolver de manera contraria a lo allí establecido; y sobre lo cual tiene pleno conocimiento el ahora demandante Nicolás Factor Llallaque Cusihuaman, por haberse apersonado a dicho proceso y no manifestar cuestionamiento alguno. **5.2.** En el citado proceso acompañado Flora Mena Cusihuaman afirmó que Pedro Cusihuaman Choque fue su abuelo y que dejó como única y universal heredera a su única hija su madre Domitila Cusihuaman Leyva; y a su fallecimiento fueron declarados como herederos a Flora, Filiberto, Heriberto Aniceto, Pablo Ermitaño, Aurelio Francisco, Rosario Tecla y Felicitas Mena Cusihuaman. Por otro lado, en el presente proceso 3735-2011, el demandante Nicolás Llallaque afirma que su bisabuelo fue Pedro Cusihuaman Choque, su abuelo Simón Cusihuaman Leiva y su madre María Cerbelión Cusihuaman Sisa Vda. de Maque,

obviando en su demanda indicar sobre la existencia y vertiente familiar de Domitila Cusihuaman Leyva como hija de Pedro Cusihuaman Choque, a quien la Sala Civil en el numeral cuatro punto tres de la citada sentencia de vista ha considerado como única hija de Pedro Cusihuaman Choque, siendo que Domitila Cusihuaman habría procreado siete hijos dentro de los cuales estaba Flora Mena Cusihuaman y Filiberto Mena Cusihuaman. **5.3.** Estando a lo discernido por la instancia superior y que no es revisable en este proceso, precisamos a las partes que no es materia de este proceso discutir la sucesión o preterición del ascendiente del demandante; tampoco establecer derecho de propiedad invocado o mejor derecho de propiedad sobre el bien sub litis del actor, sobre lo cual se deja a salvo, de ser el caso; más la presente solo tiende a establecer la validez o invalidez del acto materia de nulidad bajo las causales propuestas; siendo que

el demandante por el solo hecho de invocar vocación hereditaria le asiste interés para formular la pretensión propuesta, teniendo como amparo el artículo 220 del Código Civil. -----

SEXTO: SOBRE DE LA CAUSAL DE OBJETO FÍSICA Y JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE. - 6.1.

La parte demandante ha invocado la causal de objeto físicamente imposible, al respecto se debe tener en cuenta que posibilidad física, conforme lo ha definido Vidal Ramírez¹, supone la imposibilidad material de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización; o cuando en el plano de la realidad física, las reglas negócias no pueden ser ejecutadas, conforme ha sido expresado por Osti y Betti². **6.2.**

En relación a la causal de objeto físicamente imposible, debemos indicar que la servidumbre es sobre el Fundo Tayayaque – Trinidad Quespemachay, ubicado en el distrito de Caylloma, Provincia de Caylloma – Departamento de Arequipa, siendo que el demandante ha presentado una memoria descriptiva a fojas veinte y un plano perimétrico y de ubicación (folios veintitrés); empero, el predio no se encuentra inscrito para verificar sus límites y extensiones; lo único que ha establecido la instancia superior en el proceso acompañado es que el bien sub litis primigeniamente fue de propiedad de Pedro Cusihuaman Choque; siendo así, el gravamen de servidumbre sobre dicha propiedad, con indicio de existencia, resulta ser materialmente realizable, en consecuencia, debemos desestimar la nulidad por la causal de objeto físicamente imposible. **6.3.** En relación a la causal de objeto jurídicamente imposible, conforme a lo señalado por Escobar Rozas, la imposibilidad jurídica, se produce cuando en el plano de la realidad jurídica, las reglas negócias no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado (jurídico) no previsto por el ordenamiento o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por este último, para la obtención del efecto deseado. **6.3.1.** El demandante en su escrito de fojas doscientos seis, ha señalado que el demandado nunca ha probado propiedad sobre el predio, agrega además que él sí ha demostrado con las Escrituras Públicas de división y partición, así como el de la donación, por lo que aquel no podría hacer cesión de derechos reales a la empresa Minera. **6.3.2.** Al contestar la demanda el codemandado Gabino Mena Masco, afirmó que nunca conoció a Simón Cusihuaman Leiva y menos en

¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. cit., p. 785

² Citados por ESCOBAR ROZAS, Freddy. Op. cit., p. 918

calidad de tío, que el demandante no ha acreditado su derecho sucesorio ni traslado dominial y que su antecesor Filiberto Mena Cusihuaman realizó la sucesión intestada de Pedro Cusihuaman Choque, siendo declarado heredero universal ante el Juzgado de Primera Instancia Civil de Caylloma; asimismo, agrega que el demandante no ha acreditado estar en posesión y, si la madre de este era la propietaria debió proponer la acción legal de reivindicación y no acciones posesorias. A su turno Brexia GoldPlata Peru S.A.C. ha referido, en su escrito de contestación de fojas cuatrocientos, que celebró el contrato de servidumbre con Gabino Mena Masco porque les mostró la escritura pública de compra venta que le otorgó Filiberto Mena Cusihuaman el tres de octubre del dos mil seis, ante el Notario Edilberto Zegarra Ballón; asimismo, que Filiberto Mena Cusihuaman es el único heredero de Pedro Cusihuaman Choque y, que el demandante no ha acreditado que sus antecesores sean sucesores del mencionado propietario.

6.3.3. Al respecto, para establecer la posibilidad jurídica, debemos determinar cómo presupuesto si el codemandado Gabino Mena Masco, al momento de imponer gravamen de servidumbre sobre el bien sub litis ostentaba derecho de propiedad o de copropiedad sobre el bien sub litis, estando a que el artículo 1042 del código civil, en su primer párrafo regula que, el predio sujeto a copropiedad sólo puede ser gravado con servidumbres si prestan su asentimiento todos los copropietarios. **6.3.4.** En relación a lo anterior, observando lo resuelto por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el expediente 2009-5167, mediante sentencia de vista 124-2012-4SC, se tiene que el contrato de compra venta de fecha veintiuno de setiembre del dos mil seis, por el que Filiberto Mena Cusihuaman da en venta el inmueble sub litis a Gabino Mena Masco y en el que se ampara la empresa demandada, fue declarado nulo y sin efecto legal, ello considerando que Domitila Cusihuaman Leyva, única hija de Pedro Cusihuaman Choque, procreó siete hijos, entre ellos Filiberto Mena Cusihuaman y que, a la muerte de aquella, entre los siete herederos existe copropiedad, cuyo dominio no recae en forma material sobre área específica del bien; y que la decisión para disponer del bien debía ser expresada por unanimidad por sus copropietarios. **6.3.5.** Bajo tal contexto, al suscribirse la escritura pública número noventa y nueve, con fecha veintiséis de junio del dos mil diez, Gabino Mena Masco no ostentaba la calidad de propietario del bien sub litis y, si algún derecho existía, como la ha discernido la Sala

Civil en el expediente 2009-5167, sería el de su padre Filiberto Mena Cusihuaman en calidad de copropietario conjuntamente con sus demás hermanos Flora, Heriberto Aniceto, Pablo Ermitaño, Aurelio Francisco, Rosario Tecla y Felicitas Mena Cusihuaman; personas que no han intervenido en la constitución de servidumbre; hecho que genera nulidad, por cuanto jurídicamente el artículo 1042 del código civil exige como presupuesto el asentimiento de todos los copropietarios para que sea posible el gravamen; menos aun el de Flora Mena Cusihuaman quien inicio el proceso de Nulidad anteriormente citado. **6.3.6.** En cuanto al derecho de propiedad que invoca el demandante, el mismo debe estar a lo dispuesto en el numeral cinco punto dos y cinco punto tres, estando a lo discernido por la Sala. Finalmente, si bien la empresa demandada se ampara en el documento de compra venta que les mostró el codemandado Gabino Mena Masco, se debe señalar que: **i)** No se puede emitir un pronunciamiento judicial en oposición a lo establecido en el proceso 2009-5167; **ii)** La citada escritura Pública no goza del amparo registral por cuanto no estaba inscrita; **iii)** Desde el doce de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, figuraba inscrito en la partida 01046486 del Registro de Declaratoria de Herederos (fojas seis del acompañado) que Filiberto Mena Cusihuaman, conjuntamente con sus hermanos era heredero de Domitila Cusihuaman Leyva. **iv)** La sentencia que declara la nulidad de la transferencia, se registró en la misma escritura pública con fecha cuatro de setiembre del dos mil catorce (fojas trescientos setenta y nueve vuelta), hecho que no puede desconocer, así como que el contrato de servidumbre solo fue por siete años, lo que a la fecha ya habría vencido. -----

SEPTIMO: SOBRE DE LA CAUSAL DE SIMULACION ABSOLUTA.- **7.1.** A efectos de poder desarrollar los requisitos de procedencia de la causal de simulación absoluta, la doctrina es unánime en descomponer la causal antes mencionada en los siguientes elementos que deben concurrir de manera copulativa para que se configure la referida causal: a) Discordancia consciente entre la voluntad real y la voluntad declarada, b) Concierto simulatorio entre los celebrantes y c) Propósito de engañar a los terceros. **7.2.** El actor, en su escrito de fojas doscientos seis, alega que, antes que aparezca el contrato de servidumbre, la empresa minera usurpó terrenos de su propiedad, por lo que fue objeto de denuncia de usurpación; para subsanar el atropello, dos días después de la denuncia,

hace aparecer un documento por el que Filiberto Mena Cusihuaman otorga en compra venta los terrenos de su propiedad, a favor de Gabino Mena Masco y, este a su vez suscribe un contrato de servidumbre con la Empresa; adita que es simulado porque la empresa minera conocía que los predios que ocupó ilegalmente fueron de su propiedad y que se hizo los contratos para justificar la ocupación denunciada. **7.3.** Independientemente a que no ha identificado claramente los hechos que configuran elementos constitutivos de esta causal y que se encuentran identificados en el numeral seis punto uno, de la revisión de los actuados y los medios probatorios adjuntados por el demandante, no aparece instrumental que acredite la existencia de alguna denuncia de usurpación del demandante en contra de la codemandada Minería Goldplata Resources Perú S.A.C. (ahora Brexia Goldplata Perú S.A.C.), así como el medio probatorio que acredite que esta empresa conocía que los predios ocupados eran de propiedad del demandante. Siendo así, este Juzgador no puede discernir sobre hechos que no están suficientemente corroborados; por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 200 del código procesal civil, esta causal debe ser desestimada, por improbada.

OCTAVA: Costas y Costos: Que, conforme lo establece el artículo 412 del Código Procesal civil, el pago de costas y costos del proceso, corresponde a la parte vencida. - -

Razones por las que, administrando justicia, **FALLO:** Declarando **FUNDADA** en parte la demanda de **NULIDAD DE ACTO JURÍDICO** interpuesta por **NICOLAS FACTOR LLALLAQUE CUSIHUAMAN** en contra de **GABINO MENA MASCO** y **MINERÍA GOLDPLATA RESOURCES PERÚ S.A.C. (AHORA BREXIA GOLDPLATA PERÚ S.A.C.)**. En consecuencia, **DECLARO:** Nulo la escritura pública número noventa y nueve, del veintiséis de junio del dos mil diez, otorgado ante la notaria Edilberto Zegarra Ballón Ávalos, y el acto mismo de constitución de servidumbre celebrado por los codemandados, por la causal de objeto jurídicamente imposible. **INFUNDADA** la demanda respecto a la primera pretensión por las causales de objeto físicamente imposible y simulación absoluta. **DEVUÉLVASE** el expediente acompañado a su lugar de origen, una vez consentida la presente. Con costas y costas. Y, por esta mi sentencia, así la pronuncio mando y firmo en la Sala de mi despacho. **Tómese razón y hágase saber.- Autoriza la Especialista legal que suscribe, por disposición superior y encontrarse la titular en situación de vulnerabilidad.**