



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER**

Sumilla: La ausencia de fundamentos jurídicos idóneos y no haberse tenido en cuenta lo señalado en la ejecutoria suprema expedida por este Supremo Tribunal, acarrea la nulidad de la sentencia de vista por no encontrarse debidamente motivada incurriéndose en infracción del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, del artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil.

Lima, veinticuatro de abril
de dos mil quince.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil cuatro – dos mil catorce, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia. -----

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Lidia Patricia Aguilar Rodríguez y David Ángel Pastor Mogrovejo de fojas ochocientos cincuenta contra la sentencia de vista de fojas ochocientos tres, su fecha dieciocho de agosto de dos mil trece, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda; y reformándola la declara improcedente. -----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala Suprema mediante Resolución de fecha diez de junio de dos mil catorce de fojas ochenta y ocho del presente cuadernillo declaró procedente el recurso de casación interpuesto, **por la causal de infracción normativa de carácter material de los artículos 40 literal c) y 42 literales c) y d) de la Ley número 27157**, bajo el argumento que en la ejecutoria expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha cinco de setiembre de dos mil doce se determinó que su recurso de casación era fundado, puesto que según la Ley número 27157 (artículo 40) concordado con el Código Civil (artículo 974) en las áreas comunes un copropietario no puede efectuar unas construcciones que sirvan exclusivamente a sus intereses; explícitamente la Corte Suprema de Justicia de la República reconoció que existía una obligación de hacer a cargo de los



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER**

demandados: *“Si un copropietario se ve afectado por el uso indebido del bien común por parte de otro copropietario, puede pedir que éste retire la causa que originó el perjuicio, lo cual se puede traducir, de ser el caso, en la destrucción de lo indebidamente construido en el área de uso común”*; sin embargo, la Sala Superior nuevamente resuelve que no existe una obligación de hacer y que en todo caso los demandantes deben hacer valer su derecho real de copropiedad en otra vía; agrega que los aires eran de propiedad común y en general todo cuanto de hecho o por derecho corresponde; asimismo, la escritura pública contiene una obligación precisa y exigible a los demandados de dar cumplimiento a lo establecido en el reglamento interno, en particular aquel artículo que da la condición de propiedad común y no pueden ser afectados sin el consentimiento de todos los copropietarios, por lo que si se actúa unilateralmente sobre áreas o aires de propiedad común, se infringe el reglamento interno. -----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Que a fin de verificar si en el caso de autos se ha configurado la causal de infracción normativa denunciada, es necesario realizar algunas presiones. Conforme a lo señalado en la demanda interpuesta por Lidia Patricia Aguilar Rodríguez y David Ángel Pastor Mogrovejo solicitan que los demandados procedan a destruir las construcciones ilegales que han edificado sobre los aires de una propiedad común de la cual son copropietarios, alegando: **a)** Que originalmente los inmuebles ubicados en los números ciento ochenta y ocho y ciento noventa y dos de la Avenida Santa Catalina, La Victoria, conformaban una sola unidad legal; luego, el propietario original los independizó bajo las reglas de la propiedad horizontal; **b)** Los demandados son propietarios del inmueble cuyo número es el ciento ochenta y ocho; **c)** Que en el contrato mediante el cual los recurrentes adquirieron su inmueble, el número ciento noventa y dos de la Avenida Santa Catalina, La Victoria, se estableció que tenían el cincuenta por ciento de los derechos sobre las zonas comunes; **d)** Las zonas comunes incluyen un pasaje de cincuenta y uno punto treinta y



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER**

siete metros cuadrados (51.37m²), al cual dan las puertas de ambos incúbeles; además, los aires de tal pasaje también tiene tal categoría; e) En estos aires los demandados construyeron algunas habitaciones de material noble, como si tuvieran derecho a utilizar y explotar unilateralmente aquella propiedad común.-

SEGUNDO.- Que, al contestar la demanda Edwin Sadi Bashi Flores y Almira Aurea López de Bashi, señalan: a) Que en su calidad de propietarios han terminado la construcción de las habitaciones que se ubican sobre el pasaje, tanto del segundo y tercer piso, dado que en la época que compraron los vendedores les transfirieron con la obra iniciada de la construcción del dormitorio del segundo piso, donde ya estaban construidas la loza, paredes e instalación de un baño; b) Que la culminación de la construcción de las habitaciones sobre el pasaje común se hizo con el conocimiento expreso del primer dueño, señor Luis Gerardo García Gonzales y de sus posteriores herederos, incluida la señora Rosa Victoria García Soto, quien vendió el inmueble a los demandantes; b) Que los recurrentes han solicitado a la Municipalidad Distrital de La Victoria la licencia de ampliación de construcción, no solo para la terminación de la habitación ubicada sobre el pasaje común, sino también para construir un tercer piso, habiéndoles otorgado la Licencia de Construcción número 185-97 de fecha dos de setiembre de mil novecientos noventa y siete. -----

TERCERO.- Que el juez ha declarado fundada la demanda; en consecuencia, ordena que los demandados cumplan con lo estipulado en la Escritura Pública de Independización y Reglamento Interno de Propiedad Horizontal y procedan a destruir la construcción edificada sobre los aires del pasaje común, considerando: 1) Que a fojas nueve a veinticinco obra la Escritura Pública de Independización y Reglamento Interno de Propiedad Horizontal del inmueble materia de autos, en la cual en modo alguno se le hace entrega a la parte demandada de los aires del pasaje común, señalándose que su inmueble colindaba (es decir, tenía fin) "*por la izquierda entrando: línea recta de 14.00 metros lineales, línea con el pasaje común*", no advirtiéndose que el inmueble denominado "Casa B" (número ciento ochenta y ocho de la Avenida Santa



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER**

Catalina, de propiedad de los demandados) se pudiera extender a los aires, sobre el pasaje común, conforme se evidencia de las fotografías de fojas cincuenta y cinco e inspección judicial de fojas trescientos ochenta y dos a trescientos ochenta y cuatro; **2)** Que conforme se advierte del contrato de compra venta de fojas ochenta y nueve a noventa y dos, por el cual los demandados adquieren el inmueble signado como "Casa B" (número ciento ochenta y ocho de la Avenida Santa Catalina), no se señala que la loza construida sobre el pasaje común le era transferida en propiedad; es decir, que se le vendía parte de los aires de la zona común del predio; si bien es cierto, la loza que se encontraba ya construida sobre el pasaje común colindaba con el segundo piso del inmueble, el mismo no era de su propiedad por ser del pasaje común, siendo los aires del área de uso común, más aún si el inmueble ya se encontraba delimitado; **3)** Que los demandados adjuntan un informe a fojas noventa y ocho en donde se señala que la co demandante Lidia Patricia Aguilar Rodríguez denunció a Edwin Sadi Bashi Flores por construir en los aires de la cochera del primer piso, siendo posteriormente multada (la denunciante) por denuncia falsa (fojas noventa y nueve a cien); sin embargo, dicho trámite administrativo solo tenía que ver con la licencia de construcción, si contaban o no con ella los demandados, pero no se establecía si podían o no construir sobre al área común y si tal construcción estaba de acuerdo a ley, habiendo otorgado la Municipalidad Distrital de La Victoria únicamente la licencia de construcción, pero no se le autorizaba a construir sobre el área común, ni menos que la parte demandante haya autorizado su construcción, toda vez que era un área de propiedad en cincuenta por ciento a cada uno de los condóminos. -----

CUARTO.- Que al ser apelada dicha resolución, la Sala Superior revoca la apelada y reformándola declara improcedente la demanda, motivo por el cual la parte demandante interpuso recurso de casación, la misma que fue declarada procedente y por Ejecutoria Suprema de fecha cinco de setiembre de dos mil doce que obra a fojas setecientos treinta y cuatro esta Sala Suprema declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia nula la sentencia de vista



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER

ordenando que se emita nueva resolución, considerando que: **Cuarto.-** El artículo 40 de la Ley número 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, establece: “Los bienes de propiedad común pueden ser, según sea el caso (...) c) Los pasajes, pasadizos, escaleras y, en general, vías aéreas de circulación de uso común (...)”; **Quinto.-** Por otro lado, el artículo 974 del Código Civil prescribe: “Cada propietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino, ni perjudique el interés de los demás”. De una interpretación conjunta de las normas citadas se tiene que, si bien es cierto los copropietarios tienen derecho a hacer uso del bien común, entendiéndose como tal las vías aéreas de circulación de uso común de los inmuebles signados como números ciento ochenta y ocho y ciento noventa y dos de la Avenida Santa Catalina, La Victoria – Lima, no es menos cierto que un copropietario no puede alterar su naturaleza efectuando construcciones que sirvan exclusivamente sus intereses, puesto que no solo desnaturalizaría la cualidad de bien común de tales vías, sino que perjudicaría el interés de los demás copropietarios. Al atributo que se le confiere a los copropietarios de servirse del bien común le corresponde como correlato un deber de no alterar su destino ni perjudicar el interés de los demás copropietarios; **Sexto.-** En tal sentido, si un copropietario se ve afectado por el uso indebido del bien común por parte de otro copropietario, puede pedir que éste retire la causa que originó el perjuicio, lo cual se puede traducir, de ser el caso, en la destrucción de lo indebidamente construido en el área de uso común. **Sétimo.-** Corresponde a la Sala Revisora, previa valoración de los medios probatorios determinar si los codemandados han actuado o no con estricta sujeción a las normas anteriormente glosadas, cuya interpretación ha efectuado este Colegiado, al haber realizado las construcciones que se le imputan y, por consiguiente, si estas deben o no ser destruidas”. -----
QUINTO.- Que la Sala Superior revoca la sentencia apelada que declara fundada la demanda y reformándola la declara improcedente, considerando: 1) Que la pretensión postulada se sustenta en la condición de copropietarios de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER

los demandantes y consiste en que los demandados cumplan con la obligación de destruir las edificaciones que realizaron sobre los aires del pasaje común de cincuenta y uno punto treinta y siete metros cuadrados (51.37m²) que se encuentra ubicado frente a las entradas de sus respectivos inmuebles dado que los demandados no pueden disponer dicho bien en forma exclusiva; **2)** Que la titularidad de los actores se desprende del Contrato de Compra Venta contenido en el Testimonio de Escritura Pública de fecha trece de enero de dos mil cinco de fojas veintiséis por el cual los accionantes adquieren la propiedad del inmueble denominado "Casa A" ubicado en la Avenida Santa Catalina número ciento noventa y dos (pasaje común) del distrito de La Victoria, que en su cláusula tercera se estableció que la transferencia de propiedad incluyó el cincuenta por ciento del porcentaje de las zonas comunes; sin embargo, los demandados no han participado en dicho contrato de compra venta, por lo tanto, éste negocio jurídico no les resulta oponible en virtud del principio de relatividad de los contratos previsto en el artículo 1363 del Código Civil, a dicha fecha los demandados ya eran propietarios de la "Casa B" (veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis); **3)** Que del Testimonio de Escritura Pública de Independización y Reglamento Interno de Propiedad Horizontal de fecha diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y ocho de fojas nueve se estableció como "pasaje común" el predio de cincuenta y uno punto treinta y siete metros cuadrados (51.37m²) ubicado frente a la avenida Santa Catalina, el *petitum* de la demanda denota que el reclamo de los demandantes en el fondo radica en el reconocimiento de su derecho de copropiedad sobre los aires del referido pasaje común de uso exclusivo de los demandados, quienes han realizado edificaciones en el mismo. -----

SIXTO.- Que este Supremo Tribunal considera que no obstante el presente recurso de casación ha sido declarado procedente por la causal de infracción normativa material, al verificar que la sentencia impugnada infraccionaría el debido proceso, por advertir una indebida motivación, se deberá analizar bajo la causal procesal, la misma que deberá ser analizada en los considerandos siguientes. -----



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER**

SÉTIMO.- Que constituye principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional que consagra el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; en igual sentido, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción de un debido proceso. -----

OCTAVO.- Que es principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias tal como dispone el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, principio que además se encuentra contenido en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, según el cual, las resoluciones judiciales deben contener 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, motivación que de acuerdo al inciso 4 de la citada norma procesal, debe incidir respecto de todos los puntos controvertidos en el proceso, no pudiendo el juzgador fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes conforme lo prevé el artículo VII del Título Preliminar del citado código. -----

NOVENO.- Que revisada la motivación que sustenta el fallo de vista que revoca la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, se advierte la ausencia de fundamentos jurídicos idóneos para la solución adecuada del presente caso, toda vez que la Sala Superior sustenta principalmente la impugnada en que el reclamo de los demandantes en el fondo radica en el reconocimiento de su derecho de copropiedad sobre los aires del pasaje común de uso exclusivo de los demandados, quienes han realizado edificaciones en el mismo; además se advierte que la instancia de mérito no ha tenido en cuenta lo señalado en el sétimo considerando de la Ejecutoria Suprema expedida por este Supremo Tribunal de que: *“Corresponde a la Sala de mérito previa valoración de los medios probatorios determinar si los codemandados han actuado o no con sujeción a lo dispuesto por el artículo 40*



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1004-2014
LIMA
OBLIGACIÓN DE HACER**

de la Ley número 27157 y el artículo 974 del Código Civil, cuya interpretación ha efectuado este Colegiado, al haber realizado las construcciones que se le imputan y por tanto si estas deben o no ser destruidas”; en consecuencia, se concluye que la sentencia de vista no se encuentra debidamente motivada incurriéndose en infracción del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil; motivo por el cual se debe amparar el presente recurso de casación a fin de que el Colegiado Superior emita nueva resolución. -----

Por los fundamentos expuestos y en aplicación del inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto Lidia Patricia Aguilar Rodríguez y David Ángel Pastor Mogrovejo de fojas ochocientos cincuenta; **CASARON** la sentencia de vista de fojas ochocientos tres, su fecha dieciocho de agosto de dos mil trece, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; en consecuencia, **NULA** la misma; **ORDENARON** que la Sala Superior expida nuevo fallo con arreglo a ley y conforme a lo señalado precedentemente; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por David Ángel Pastor Mogrovejo y otra contra Edwin Sadi Bashi Flores y otra sobre Obligación de Hacer; y los devolvieron. Integra esta Sala el Juez Supremo Señor Calderón Puertas por licencia de la Jueza Suprema Señora Tello Gilardi. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

VALCÁRCEL SALDAÑA

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

CALDERÓN PUERTAS

Cgb/Cgv/Nred

SE PUBLICO CONFORME A LEI

Dr. Carlos Bernabé Salgado

Secretario (e)

Sala Civil Transitoria

CORTE SUPREMA

12 5 NOV 2014