



PODER JUDICIAL DEL PERÚ



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ICA
SALA SUPERIOR CIVIL DE CHINCHA

EXPEDIENTE NRO : 00227-2016-0-1408-JR-CI-01
DEMANDANTE : INA MARÍA LLANCARE CANCHARI
DEMANDADOS : JOSÉ ALBERTO DONAYRE CONCA
BETZABE DONATILA ALMEYDA LÉVANO
MARÍA BENJAMINA ALMEYDA LÉVANO
MATERIA : DESALOJO

RESOLUCION Nro.21

Chincha, dieciséis de enero
Del dos mil dieciocho.-

VISTOS.- Observándose las formalidades previstas por el artículo 138° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial e interviniendo en calidad de Juez Superior Ponente el **Dr. Alejandro Paucar Félix**; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN.

1.1.- De conformidad con los artículos 364° y 366° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente; así también, el que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.

1.2.- En esta misma línea, por el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, el juez de grado al resolver la impugnación tiene dos deberes, uno que podríamos llamar comisivo y otro de abstención: por el primero, el juez está obligado a realizar una conducta que se ajuste a lo peticionado por el impugnante, ello quiere decir que debe pronunciarse sobre todos y cada uno de los agravios postulados por el impugnante; el segundo tiene que ver con la abstención del juez respecto de la impugnación, por el cual no le está permitido al juez emitir pronunciamiento sobre agravios no propuestos por el apelante ni crear agravios¹.

SEGUNDO.- MATERIA DE APELACIÓN

¹ Hurtado Reyes, Martín, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Idemsa, primera edición, junio 2009, página 854.



2.1.- Viene en grado de apelación la sentencia contenida en la resolución Nro. 15 de fecha diecinueve de setiembre del dos mil diecisiete que aparece a fojas 105 a 173 de autos, que resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por Ina María Llanca Canchari sobre desalojo por ocupación precaria contra José Alberto Donayre Conca, María Benjamina Almeyda Lévano, Betzabe Donatila Almeyda Lévano y Luis Jampier Bohórquez Almeyda; ordenando que los referidos demandados, desocupen y restituyan al demandante, el inmueble ubicado en calle Rivas s/n, primera cuadra del distrito de Chincha Alta, provincia de Chincha, departamento de Ica (área de 437.76 m²). Conforme a ello, consentida o ejecutoriada que sea la presente, los indicados demandados desocuparan el referido inmueble, dentro del plazo de seis días de notificados, bajo apercibimiento de lanzamiento.

2.2.- Asimismo es materia de grado la apelación contra la resolución número ocho de fecha ocho de noviembre del dos mil dieciséis que resuelve declarar: infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado formulada por José Alberto Donayre Conca mediante escrito de fojas 55 y siguientes, apelación que ha sido concedida mediante resolución Nro. 11, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

TERCERO.- FUNDAMENTOS DE APELACIÓN

3.1.- A fojas 230 al 236, aparece el recurso de apelación presentado por José Alberto Donayre Conca, contra la sentencia antes mencionada, la misma que la sustenta en la forma siguiente:

3.1.1.- Refiere que la recurrida le causa agravio, toda vez que se ha fundamentado valorando como título justo de la actora, la escritura pública de compraventa que ha realizado con el anterior propietario del bien materia de litis, Teófilo Alberto Farfán Justiniano, documental que si bien es cierto conserva su valor mientras que judicialmente no sea contradicho, también es que tal instrumental resulta ser un documento que se ha obtenido de manera irregular, puesto que se ha sorprendido al Notario Público que lo ha extendido; ya que la compra-venta contenida en la minuta se ha realizado falsificando la firma del que indican fue el propietario anterior del inmueble sub-litis. Ante lo cual se ha formulado denuncia penal, por falsificación de documentos.

3.1.2.- Que tanto el supuesto vendedor (Teófilo Farfán Justiniano) y la vendedora (Ina María Llanca Canchari) se coludieron para aparentar esta supuesta venta, y así "legalizar" la alegada propiedad de la ahora demandante, lo cual ha motivado también que le inicie la correspondiente acción de nulidad de dicho título ante el Juzgado Civil de esta provincia Exp. 243-2017, que se encuentra en trámite.

3.1.3.- Que, el apelante no tiene la condición de precario, puesto que se encuentra en posesión del predio y al cuidado del mismo por encargo de su hermano Ricardo Donayre Conca, quien es el verdadero y real propietario del inmueble sublitis, agrega además que COFOPRI al no encontrar a persona alguna en dicho inmueble, paso a titular a favor de la Municipalidad Provincial de Chincha.



3.1.4.- Nos causa agravio también la sentencia, por cuanto se indica que mi hermano Ricardo Donayre Conca no ha acreditado tener derecho de propiedad sobre el bien sub materia, esto por radicar en los Estados Unidos de Norteamérica, si bien es cierto esto lo hace por cuestión de trabajo, lo cual no le recorta ningún derecho respecto al inmueble sub litis.

3.2.- A fojas 146 a 148 aparece el recurso de apelación presentado por el emplazado José Alberto Donayre Conca contra la resolución número ocho de fecha ocho de noviembre del 2016, que declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado; expresando los siguientes agravios:

3.2.1. Que, el recurrente únicamente se encuentra en el predio al cuidado y vigilancia del bien, siendo su real propietario su hermano Ricardo Donayre Conca, quién no ha sido debidamente emplazado en éste proceso pese a que se ha solicitado su intervención; entonces al no ejercer derechos posesorios sobre el terreno, no pertenece a la relación material que emerge la presente litis, por lo que no debe ser demandado.

CUARTO.- EL DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

4.1. El proceso de desalojo en general es una acción judicial que tiene por objeto la restitución de la posesión de un bien mueble o inmueble, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 585° y 596° del Código Procesal Civil. De ahí que en la doctrina se afirme que el desalojo es una acción de naturaleza eminentemente posesoria. Como ha sostenido la Corte Suprema de la República en la sentencia vinculante expedida en el Cuarto Pleno Casatorio Civil: *“Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585° del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la “restitución” del bien, lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente de si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en este proceso no se puede discutir –por su sumariedad– sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien”*². En este sentido, el primer párrafo del artículo 586° del referido Código prescribe que puede demandar el desalojo no solamente el propietario de un bien sino también el arrendador, el administrador y en general todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio.

4.2. Ahora bien, existen diversas modalidades o tipos de desalojo. Uno de ellos es el desalojo por ocupación precaria, el mismo que se encuentra regulado por el segundo párrafo del artículo 586° del mismo Código, según el cual pueden ser demandados por desalojo el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución de un bien. Asimismo, conforme al artículo 911° del Código Civil: *“La posesión precaria es la*

² Cuarto Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia, Casación N° 2195-2011-UCAYALI, de fecha 13/08/2012, fundamento 57.



que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido". Así, pues, de lo expuesto líneas arriba y de las norma precitadas podemos afirmar que el desalojo por ocupación precaria es la acción judicial instaurada por el propietario, el arrendador u otros, con el objeto de que se le restituya la posesión de un bien mueble o inmueble por parte de quien lo posee sin título alguno o con un título ya fenecido.

4.3.La jurisprudencia vinculante al precisar los elementos de la ocupación precaria, ha señalado que: "1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo. / 2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer."³

QUINTO.- DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

5.1. Respecto a la apelación contra la resolución número ocho.

Una vez emplazado el demandado, puede ejercer su derecho de defensa, presentando defensas previas, incoando excepciones procesales, contestando la demanda o haciendo uso de la reconvencción. A diferencia de las demás, las excepciones son medios de defensa de forma, a través del cual la parte demandada busca advertir al juez de la ausencia o concurrencia viciada de los presupuestos procesales (competencia del juez, capacidad de las partes y requisitos de la demanda) y/o de las condiciones de la acción (legitimidad para obrar, interés para obrar y voluntad de la ley). La excepción de ampararse, puede producir a su vez, efectos perentorios, dilatorios o traslativos.

5.2. En ese sentido, resulta ilustrativa la opinión del profesor Monroy Gálvez, quien considera a la excepción como "un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción". Señala también que los presupuestos procesales son requisitos mínimos que deben concurrir para la validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio"⁴

5.3. Nuestro Código Procesal Civil hace referencia a la figura de la legitimidad para obrar, al considerarlo como una causal para el rechazo *in limine* de la demanda, sin embargo, no proporciona su concepto jurídico, por lo que su significado y postura doctrina debe derivarse de las normas vinculadas con el tema. En ese sentido, en primer lugar, el artículo I del título preliminar del Código Procesal Civil señala que "toda persona tiene derecho a la Tutela

³ Cuarto Pleno Casatorio Civil, ya citado; ítem b) 1 del fallo.

⁴Monroy Gálvez, Juan. Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano". En: Themis Revista de Derecho No. 27 y 28 página 119.



jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses”, luego en el artículo IV del mismo título preliminar establece “el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar”

5.4. De lo expuesto, podemos deducir con relativa facilidad dos cosas, primero que nuestro ordenamiento procesal civil asume la teoría abstracto del derecho de acción, por el cual reconoce como objeto del derecho de acción simplemente a la actividad jurisdiccional, cualquiera sea el resultado, favorable o adverso a quien ha desencadenado la actividad jurisdiccional, dejando de lado la teoría concreta que postulaba que sólo habrá derecho de acción si el derecho cuya tutela se pretende existe. En segundo lugar, dentro de una posición que resulte coherente con la corriente abstracta de la acción o de la tutela efectiva, tendremos que concluir que para que se cumpla con la legitimidad para obrar, bastará la afirmación de la existencia de la posición autorizada por la ley. De otra manera, estaremos invadiendo el ámbito de la determinación de la existencia o inexistencia del derecho material.

5.5. En ese sentido, la legitimidad para obrar no debe identificarse con el derecho material, porque de otra manera volveríamos a tesis ya superadas según la cual sólo tiene derecho de acción quien es titular del derecho material controvertido y sólo puede tener la posición de demandado aquel otro sujeto titular de la relación jurídica material; lo que es necesariamente válido. Este es un asunto que concierne más bien a la existencia del derecho material, que el juez debe decidir con el fondo del litigio; no es un asunto de legitimidad para obrar⁵. Como bien lo señala Rocco, *“la titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o del estado jurídico (objeto de la providencia judicial pedida), constituye el criterio básico para la determinación de los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción determinada... No cabe confundirla con el concepto de pertenencia o de existencia del derecho”*⁶.

5.6. Dentro de este marco normativo y conceptual que orienta la figura de la legitimidad *ad causam* en nuestro ordenamiento procesal civil, analizando el caso concreto de autos, se aprecia que mediante escrito de fecha ocho de abril del dos mil dieciseis interpone demanda de desalojo por ocupante precario solicitando que el juzgado disponga que los demandados José Alberto Donayre Conca, María Benjamina Almeyda Lévano, Betzabe Donatila Almeyda Lévano, Betzabe Donatila Almeyda Lévano y Luis Jampier Bohórquez Almeyda cumplan con restituir el predio de su propiedad ubicado en Calle Rivas s/n, primera cuadra del distrito de Chincha Alta, provincia de Chincha, departamento de Ica (área de 437.76 m²), para sustentar su pretensión invoca haber adquirido la propiedad del indicado inmueble a través del contrato de compra venta elevada Escritura Pública y al encontrarse el inmueble ocupado

⁵ En esa misma posición Juan Montero Aroca señala que *“La posición habilitante para formular la pretensión que ha de radicarse, necesariamente, en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación –que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia– sino, simplemente, en las afirmaciones que realiza el actor”* Montero Aroca, Juan. *“La Legitimación en el Proceso Civil”*. Madrid. Ed. Civitas. 1994. pág. 38

⁶ Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1969, Págs. 353 y ss.



por los demandados, procedió a remitirle una carta notarial a efectos que desocupen el bien de su propiedad.

5.7. Planteada de esta forma la demanda, se aprecia que la actora ha cumplido con invocar al interior de un proceso de desalojo por ocupante precario, que ostenta la calidad de propietaria aseverando además que los emplazados tienen la calidad de ocupante sin justo título, concurrencia suficiente para afirmar que concurre en el caso la condición de la acción de legitimidad para obrar activa y pasiva, en el marco de una teoría abstracta de la acción. Pues, como ya se ha indicado, la verificación y constatación de la titularidad del derecho y/o de la obligación no es un tema que deba dilucidarse en vía incidente de excepción, sino al resolver la cuestión de fondo, en sentencia, en el marco de los medios probatorios aportados por las partes con ese propósito.

6.8. Por otro lado el agravio señalado por el recurrente; en el sentido que no puede ser emplazado por que ocupa el inmueble sub materia solo como cuidador de dicho bien ya que el real propietario es su hermano Ricardo Donayre Conca, corresponde señalar que basta con que el recurrente haya aceptado encontrarse en posesión del bien para poder ser emplazado; dado que la legitimidad para obrar pasiva puede ser: El arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien se le exige la restitución conforme lo prevé el artículo 587° del Código Procesal Civil. Por todo lo expuesto merece confirmarse la resolución recurrida, que resuelve declarar infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

5.8. Respecto a la apelación de la sentencia: Conforme aparece de lo actuado, la accionante sostiene ser la propietaria del inmueble ubicado en Calle Rivas s/n- Primera Cuadra del distrito de Chincha, provincia de Chincha, y departamento de Ica quien en tal condición cursó carta notarial a los demandados dándoles un plazo para desocupar el bien, pero no lo han hecho. La sentencia declaró infundada la demanda bajo el fundamento de que los codemandados Víctor Donayre Conca, Benjamina Almeyda Lévano, Mercedes Almeyda Lévano y Jeampier Bohorquez Almeyda no son dueños ni poseedores, que los habilita para poseer parte del inmueble.

5.9. Como quiera que la actora alega tener derecho a la restitución de la posesión del bien en litigio por ser el propietaria del mismo, se aprecia de la copia de escritura pública fojas 4 a 6 que mediante contrato de compraventa de fecha de fecha 28 de diciembre del 2015, legalizada por el Notario Público, la demandante Ina María Llancare adquirió de Teófilo Alberto Farfán Justiniano, el inmueble antes citado, con un área de **437.76 m²**. En ese sentido, la referida escritura pública de compraventa acreditaría el derecho de posesión y titularidad de la demandante, poseyendo elementos que permitan concluir que esta tenga legitimidad necesaria y mínima para accionar en este proceso de



desalojo, pues, de no acreditarse en primer lugar dicha condición la demanda resultaría infundada⁷.

5.10. Por su parte, el demandado José Alberto Donayre Conca, señala en su contestación de demanda que es su hermano Ricardo Donayre Conca, quién ostenta la propiedad del terreno sub litis, y en su momento lo acreditará ante las instancias competentes, adjuntando únicamente a los autos documentales que prueban que su mencionado hermano viene poseyendo de forma directa, pacífica y pública el bien situado en Pasaje Rivas N° 147- Avenida América, Chincha Alta, desde hace más de veinte años. Estos documentos a que hace referencia, tales como pagos por concepto de impuesto predial ante la Municipalidad Provincial de Chincha, recibos de SEMAPACH, presupuesto de agua potable y desagüe a nombre de Ricardo Donayre Conca, fueron incorporados como medios probatorios y valorados de forma conjunta por el juzgador.

5.11. El apelante entre sus agravios del recurso impugnatorio; expresa que la escritura de compra venta que ostenta la demandante como título que acreditaría su propiedad adolece de nulidad por haber sido extendida de manera irregular, habiendo iniciado una demanda de Nulidad de acto jurídico que obra por ante el Juzgado Civil de Chincha, y estando a que el vendedor y comprador han incurrido en el ilícito penal de falsificación de documentos existe una denuncia penal en curso, reiterando lo alegado en su contestación de demanda en cuanto la propiedad del bien materia de litis le corresponde a su hermano Ricardo Donayre Conca quien ostenta su posesión hace más de veinte años. Sin embargo, corresponde señalar que los cuestionamientos al título que acredita la propiedad de la demandante, resultan ser tan solo una afirmación no probada en absoluto en el proceso, advirtiéndose que si bien existe una demanda de nulidad de acto jurídico, a la fecha no existe pronunciamiento alguno y con carácter definitivo que haga evidenciar que exista una nulidad manifiesta del título, de allí que referido documento conserva su valor mientras no se declare judicialmente su invalidez o ineficacia. Por otro lado, el demandado alega encontrarse poseyendo el bien en su calidad de cuidador, en virtud al pedido expreso de su hermano; quién es el real propietario del mismo, sin embargo no aparece título que acredite lo expuesto, son meras alegaciones; pues su dicho únicamente afirmaríase que el bien viene siendo ocupado por el demandado y con los documentos que adjunta a los autos se acreditaría que su hermano Ricardo Donayre Conca ha ejercido derechos posesorios sobre el bien más no que tenga título alguno para realizar ello; y lo que se quiere determinar es que si tal posesión que ejerce el demandado lo realiza con o sin título para ello; con la finalidad de establecer su condición o no de precario, no existiendo por su parte título que sea válidamente oponible al título de propiedad de la demandante.

⁷ No está demás indicar que en el Cuarto Pleno Casatorio, se ha establecido que en los procesos de desalojo por ocupante precario, el juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, pues, debe pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas. (fundamento 64).



5.12. De lo antes anotado, tenemos que la demandante acredita su derecho de propiedad con la escritura pública de fecha 25 de febrero del 2016 sobre el bien materia de litis y los actuales poseedores no han acreditado tener título que justifique su posesión, por lo que ha sido considerado como poseedor precario, de conformidad con el artículo 911° del Código Civil. Siendo así, la demanda merece ser amparada. Compartiendo el Colegiado los fundamentos de hechos y derecho expresados en la sentencia recurrida; la cual debe ser confirmada.

POR TALES FUNDAMENTOS

CONFIRMARON la resolución número ocho de fecha ocho de noviembre del dos mil dieciséis que declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado formulada por José Alberto Donayre Conca mediante escrito de fojas 55 y siguientes.

CONFIRMARON la sentencia que contiene la resolución Nro. 15 de fecha diecinueve de setiembre del dos mil diecisiete que aparece a fojas 105 al 173, que resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por Ina María LLancare Canchari sobre desalojo por ocupación precaria contra José Alberto Donayre Conca, María Benjamina Almeyda Lévano, Betzabe Donatila Almeyda Lévano y Luis Jampier Bohórquez Almeyda y ordena que los referidos demandados, desocupen y restituyan /es decir, lo entreguen) al demandante, el inmueble ubicado en calle Rivas s/n, primera cuadra del distrito de Chincha Alta, provincia de Chincha, departamento de Ica (área de 437.76 m²). Conforme a ello, consentida o ejecutoriada que sea la presente, los indicados demandados desocuparan el referido inmueble, dentro del plazo de seis días de notificados, bajo apercibimiento de lanzamiento.

S.S

PAUCAR FÉLIX

PINEDO OB

NEVADO DE LA PEÑA