

102

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**AUTO CALIFICATORIO DEL RECURSO
CAS. N° 3775 – 2010
AREQUIPA**

Lima, veintitrés de Mayo
del dos mil once.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Suprema Sala el recurso de casación interpuesto por doña Alejandrina Deifilia Medina Nuñez Viuda de Moscoso, el dos de setiembre del dos mil diez, contra la sentencia de vista, su fecha cinco de agosto del dos mil diez, obrante a fojas novecientos nueve que confirmando la apelada declara fundada la demanda de interdicto de retener; cuyos requisitos de admisibilidad y procedencia deben ser calificados conforme a la modificación establecida por la Ley N° 29364.

SEGUNDO.- En tal sentido, se verifica que el medio impugnatorio propuesto cumple los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 387 del Código Procesal Civil.

TERCERO.- Que, la recurrente no ha consentido la resolución adversa de primera instancia, con lo que cumple con la exigencia de procedencia establecida en el artículo 388, inciso 1 del Código Adjetivo.

CUARTO.- Que, respecto a los demás requisitos de procedencia la impugnante denuncia la infracción normativa de los artículos VII del Título Preliminar y 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil, señalando que la sentencia impugnada no se ha pronunciado respecto a que la demanda de interdicto de retener es improcedente cuando se pretende proteger la posesión de una servidumbre de origen convencional, ya que el artículo 599 del Código Civil, solo concede esta acción a favor de la servidumbre aparente, además no se emite pronunciamiento respecto a que la demanda es improcedente porque el interdicto no protege servidumbres de carácter público sino solo privados. Se ha emitido un fallo extra petita, no conforme a la transacción judicial que corre a fojas seis, pues se concede cuatro metros de ancho para la servidumbre, más

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**AUTO CALIFICATORIO DEL RECURSO
CAS. N° 3775 – 2010
AREQUIPA**

el área indispensable para proteger las acequias existentes, lo que hace un total de cinco metros. No se ha tenido en cuenta que antes de expedir sentencia se debió recabar el Dictamen del Fiscal Provincial Civil, al existir un menor con derechos en el predio sub materia. La sentencia no tiene en cuenta que los peritos emiten su dictamen contraviniendo la cosa juzgada respecto a la transacción efectuada el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco.

QUINTO.- Que, la argumentación aludida carece de sustento legal para ser amparados, por las siguientes razones: **a)** la resolución de vista cuando resuelve la apelación interpuesta contra el auto de fojas quinientos cuarenta y cuatro que declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y del demandado establece que tratándose de interdictos de retener la legitimidad activa de la parte demandante está sustentada en el solo hecho de considerarse perturbado en su posesión, conforme fluye del artículo 598 del Código Procesal Civil, además está denunciando actos perturbatorios, consistentes en la excavación de zanjas a todo lo largo de la entrada para la construcción de muro y que estrecha ostensiblemente la vía, el arrojo de desmontes y demás escombros por parte de la demandada a la indicada vía, por tanto está legitimado para accionar la defensa de uso de la servidumbre; dando con ello respuesta al primer agravio denunciado; **b)** la presente demanda de interdicto de retener tiene por objeto la perturbación posesoria respecto a la transacción judicial de fojas seis de autos y no de servidumbre pública como cuestiona la parte impugnante; **c)** la sentencia de vista no ha emitido pronunciamiento extra petita, pues la sentencia del *Ad quem* absolviendo los agravios expuestos en el recurso de apelación establece que en la transacción efectuada con fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco se señala claramente que el ancho mínimo puede alcanzar los cuatro metros,

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**AUTO CALIFICATORIO DEL RECURSO
CAS. N° 3775 – 2010
AREQUIPA**

por tanto dicha servidumbre no puede bajar de dicho metraje y asimismo obliga tanto a los señores Gómez y Zegarra, quienes en caso de utilizarse la trocha para un vehículo pesado están obligados en dar en uso los bordes con la condición de restituirlo posteriormente, por tanto la existencia de piedras superpuestas conforme se aprecia del panel fotográfico de folios ciento veinticuatro impiden la libre circulación de los vehículos; **d)** Respecto a la no existencia de Dictamen Fiscal por la concurrencia de un menor de edad en el proceso, se debe establecer que la demandada doña Alejandrina Deifilia Medina Nuñez Viuda de Moscoso mediante escrito de fojas trescientos cuarenta y tres actúa en el proceso en representación de su menor hija Deifilia Fiorella Mosco Medina, además dicho cuestionamiento no lo hizo valer oportunamente en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, **e)** Finalmente los peritos no puede atentar contra la cosa juzgada respecto de la resolución de fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco pues no expiden pronunciamiento jurisdiccional sino solamente un estudio técnico. Por lo que, se advierte que la sentencia impugnada emite pronunciamiento conforme al mérito de lo actuado y al derecho, justificando la decisión adoptada, conforme a los parámetros que exige el artículo 122 inciso 4 del Código Procesal Civil, no incurriendo en la causal de nulidad que se denuncia.

Por estas consideraciones, en aplicación del artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas novecientos treinta y dos por doña Alejandrina Deifilia Medina Nuñez Viuda de Moscoso, contra la sentencia de vista obrante a fojas novecientos nueve, su fecha cinco de agosto del dos mil diez; en los seguidos por don Idelfonso Federico Gómez Mosco sobre Interdicto de Retener; **ORDENARON** la

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

AUTO CALIFICATORIO DEL RECURSO
CAS. N° 3775 – 2010
AREQUIPA

publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; y los devolvieron.- Vocal Ponente Torres Vega.-

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

Erh/Cn.

Se Emitió Conforme a Ley

Carmen Rosa Díaz Acevedo
Secretaria
De la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

67 JUL. 2011