

**LA DETERMINACION DE LA PREFERENCIA A QUE SE CONTRAEN LOS ARTS. 1505 Y 1506 DEL C. C. NO PUEDE HACERSE VALER DENTRO DE LOS MARCOS DE UN JUICIO POSESORIO.**

**DICTAMEN FISCAL**

Exp. 795/51.—Procede de Lima.

Señor:

A fojas uno Leica Store S. A. interpone demanda de interdicto de recobrar contra doña Lastenia Wilkins y doña Victoria vda. de Dall'Orso para que le restituyan la posesión del local en que funciona la Peluquería y Salón de Belleza "Rosa Mary" ubicado en el Jirón Arequipa número 113 de esta capital, del que afirma haber estado disfrutando en la condición de arrendataria. Funda la acción en que doña Rosa Mary Roosli tomó en arrendamiento el citado local de su propietaria doña Victoria Vda. de Dall'Orso y estableció en él, el indicado negocio; pero que en 1947 la arrendataria por haber tenido que viajar a Europa, alquiló el negocio a la que era su empleada doña Lastenia Wilkins, pactando entre otras obligaciones la de devolver el negocio al término del contrato, a lo que en su oportunidad se negó la citada demandada, dando lugar a que la arrendataria le siguiera juicio de desahucio que terminó con Resolución Suprema que dispuso la suspensión del proceso y que doña Lastenia Wilkins interpretando equivocadamente la Ley N<sup>o</sup> 10895, ha despojado a la actora apoderándose del negocio que fué aportado a la sociedad por el doctor Enrique Diez Canseco quien lo adquirió de doña Rosa Marí Roosli, lanzando mediante un simple procedimiento de consignación, los muebles y especies a la calle y depositándolos en poder de un martillero. Citadas las partes a comparendo y tramitada la causa con arreglo a ley, el Juez de Primera Instancia expide sentencia a fojas 71 declarando fundada la demanda; pero la Corte Superior de Lima por Resolución de fojas 99 vuelta a revocado el fallo apelado, declarando infundada en todas sus partes la referida demanda, lo

que motiva el recurso de nulidad concedido a la actora por auto de fojas 101 vuelta.

Según lo dispone el artículo 1010 del C. de P. C. el interdicto de recobrar o de despojo procede cuando el poseedor o tenedor de una cosa es desposeído de ella sin previo juicio y como en el caso de autos, la demandante Leica Store S. A. no ha acreditado la posesión alegada y por el contrario de las cartas notariales de fojas 34 y fs. 35 y de la confesión prestada por su Gerente a fs. 54 aparece que no ha estado en ningún momento en posesión del local sujeto a materia, procediendo en consecuencia, declarar sin lugar en todas sus partes la demanda incoada a fs. 1.

Por lo expuesto opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, salvo mejor parecer.

Lima, 16 de abril de 1953.

García Arrese.

---

#### RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de abril de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con el voto escrito del señor Bustamante Cisneros, que se agregará rubricado por el Secretario; en discordia concordada en parte al momento de la votación, por lo que se hace innecesaria la intervención del segundo Vocal dirimente; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, y considerando además: que la Sociedad Leica Store Sociedad Anónima, jurídicamente inexistente porque no aparece del testimonio de la escritura de su constitución hallarse inscrita en el Registro de Sociedades del Registro Mercantil, no ha adquirido, como se dice en la demanda, por aporte de uno de sus socios, el establecimiento de peluquería "Rosemarie", pues en ninguna de las cláusulas relativas a la formación del capital social ni en ninguna otra de la mencionada escritura se hace referencia a dicho aporte, sin que baste legalmente para ello la manifestación que en ese sentido se hace en el otro sí de la deman-

da; que el carácter de la posesión que se atribuye a "Leica Store" y a doña Lastenia de Wilkins sobre el inmueble sujeto a materia, en virtud de haberseles otorgado a ambos, recibos en concepto de pago de merced conductiva por su propietaria doña Victoria viuda de Dall'Orso, está subordinado a la determinación de la preferencia a que se contraen los artículos mil quinientos cinco y mil quinientos seis del Código Civil, por tratarse de un caso de doble arrendamiento; que esa determinación no puede hacerse dentro de los marcos de un juicio posesorio y es ajena a su finalidad que sólo persigue el amparo de la tenencia de un bien que se manifiesta ostensiblemente por actos materiales: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventinueve, su fecha dos de octubre de mil novecientos cincuentauno, que revocando la apelada de fojas setentiuno, su fecha ocho de junio del mismo año declara infundada en todas sus partes la demanda de interdicto de recobrar interpuesta por "Leica Store Sociedad Anónima" contra doña Lastenia de Wilkins y doña Victoria viuda de Dall'Orso; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.—Checa. — Garmendia. — Maguiña.—Tello Vélez.

D. Ojeda del Arco.—Secretario".

El Secretario que suscribe certifica que los fundamentos de voto del señor Garmendia son, además de los de la resolución que antecede, los siguientes: que doña Lastenia de Wilkins está en posesión del bien materia del interdicto, en virtud del contrato de arriendo celebrado con doña Rosemary Roosli el primero de julio de mil novecientos cuarentisiete, que consta por documento que en copia fotostática obra a fojas treintiuno, contrato de locación por tiempo de duración determinada a cuyo vencimiento la locadora ejerció la acción de desahucio a que se refiere el expediente acompañado; que la demandada consignó los muebles y enseres de la peluquería, la que fué impugnada por don Enrique Diez Canseco, adquirente de los derechos de la locadora, mediante su recurso de fojas quince en el que reconoce que la demandada es arrendataria de la peluquería y en el otro sí del mismo recurso interpone demanda ordinaria para que se declare que sigue siendo arrendatario del local en el que funciona la peluquería; que la Peluquería y Salón de Belleza para Señoras, Rosemarie es de su pro-

piedad, para que se declare que el contrato de arrendamiento celebrado por su cedente Rose Marie Roosli, el primero de julio de mil novecientos cuarentisiete con doña Lastenida de Wilkins se encuentra en vigencia y obligada ésta a darle cumplimiento; que son cuestiones ajenas a la acción que se ejercita en este juicio sumario la discusión sobre si la Sociedad demandante continúa en la conducción del local que fué arrendado por doña Rose Mary Roosly o si ese contrato dejó de surtir efectos en virtud del Decreto Supremo de veintisiete de setiembre de mil novecientos cuarentinueve; que por otra parte, la actora no demanda se le reponga en la posesión mediata, sino para que se le restituya en la posesión del local en el que funciona la peluquería y Salón de Belleza para Señoras "Rosemarie".

**Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.**

Mi voto es porque se declare la nulidad e insubsistencia de las sentencias inferiores de fojas setentiuono y fojas noveintinueve, teniendo en consideración: que por la demanda de fojas una The Leica Store Sociedad Anónima interpone el interdicto de recobrar contra doña Lastenia Wilkins y doña Victoria viuda de Dall'Orso para que se le restituya en la posesión del local en el que funciona la Peluquería y Salón de Belleza para Señoras Rosemarie, ubicado en el jirón Arequipa ciento trece de esta capital, esto es, el interdicto propuesto persigue obtener directa y únicamente la restitución de la posesión inmediata del nombrado inmueble; que no obstante esto, el Juez en la sentencia de fojas setentiuna declara fundado el interdicto deducido y al hacerlo dispone que las demandadas repongan a la actora en la posesión mediata, para cuyo efecto deberán girarse los recibos de alquiler del local a nombre de la demandante y las mismas demandadas deben pagar en forma solidaria los alquileres insolutos que estaba obligada a abonar la sub-arrendataria; que resulta así que el fallo apelado resuelve el interdicto sobre la posesión mediata, que no se demanda, y deja de resolver el interdicto sobre posesión inmediata que es el único sometido a su conocimiento y sobre el que exclusivamente debía sentenciar, por lo que incurre en la nulidad señalada en el inciso noveno del artículo mil ochenticeinco del Código de Procedimientos Civiles; que el Tribunal Superior por sentencia de foja noveintinueve revoca el fallo apelado

y resuelve el interdicto de posesión inmediata propuesto a fojas una, sin que la sentencia revocada hubiera resuelto esa acción interdicial deducida, o lo que es lo mismo decide como Tribunal de Primera Instancia, desnaturalizando su función revisora de Tribunal de apelación, lo que afecta gravemente la prosecución regular del proceso civil, por lo que para subsanar tales irregularidades debe declararse la nulidad de todo lo actuado desde fojas setentuno a fin de que el Juez de la causa pronuncie sentencia con arreglo a ley.—**Valverde.**

**Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario".**

Considerando: que doña Rosemary Roosli, primitiva inquilina del inmueble del jirón Arequipa número ciento trece, interpuso demanda de desahucio por vencimiento del plazo contra doña Lastenia Wilkins, con quien había celebrado el contrato de sub-locación de primero de julio de mil novecientos cuarenta y siete, acción que la demandada, aceptando la existencia de ese vínculo jurídico, contradujo por tratarse de un establecimiento comercial; que dicho juicio que había sido sentenciado favorablemente a doña Rosemary Roosli en Primera y Segunda Instancia, en virtud del Decreto Supremo de veintisiete de setiembre de mil novecientos cuarenta y nueve se mandó suspender por la Ejecutoria Suprema de veinte y dos de junio de mil novecientos cincuenta, que corre a fojas cuarenta y cuatro de los acompañados; que, entre tanto, doña Rosemary Roosli vendió los muebles y existencias de su negocio, por escritura pública de veinte y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, que corre en testimonio a fojas treinta y seis, al doctor Enrique Diez Canseco, quien, a su vez, los aportó a la Sociedad "Leica Store Sociedad Anónima", constituida por escritura pública de veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, según es de verse del testimonio de fojas cuarenta y siete; que la propietaria del inmueble doña Victoria viuda de Dall'Orso reconoció estas trasferencias y celebró con la firma demandante "Leica Store Sociedad Anónima" el contrato de arrendamiento del inmueble referido, pactando una nueva merced conductiva, como la comprueban los recibos de fojas trece a fojas treinta; que posteriormente, la misma propietaria, desconociendo este contrato, celebra nueva locación con doña Lastenia Wilkins a quien otorga los recibos de fojas cincuenta y fo-

---

jas cincuenta y uno; que de lo expuesto resulta evidenciado que la firma demandante ha sido privada de hecho, sin previo juicio en que se declara su nulidad o rescisión del contrato de locación que tenía celebrado con la propietaria, contrato probado con los recibos de fojas trece a fojas treinta de que se ha hecho mención; que estos actos realizados de común acuerdo entre ambas demandadas, doña Victoria Dall'Orso y doña Lastenia Wilkins, configuran el despojo del derecho al arrendamiento, que le daba la posesión mediata del inmueble, en agravio de la demandante; que el interdicto de recobrar procede no sólo para recuperar la posesión de las cosas sino, también, la cuasi posesión de los derechos, desde que unas y otras están protegidos por la ley: mi voto es porque, con lo expuesto por el señor Fiscal y por los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia, se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista y reformándola se confirme la apelada.—**Bustamante Cisneros**.

Se publicó conforme a ley.

**D. Ojeda del Arco**.—Secretario".

---