

en la partida de bautismo, ó en escritura pública, ó en testamento, sin que pueda suplirse estos medios, ni aún con sentencia en que se declare la filiación, excepto el caso de ser á consecuencia de un juicio de raptó ó estupro: que el reconocimiento que doña Jesús Paredes invoca en favor de su menor hija Juana, lo deriva de una simple declaración prestada con motivo de una demanda de alimentos ante un Juez de Paz, que carece de autoridad para solemnizar un acto de reconocimiento de filiación que es extraño á la índole de sus atribuciones; que el acta que en copia obra á fojas 55, solo acredita que so pretexto de una demanda de prestación de alimentos en que no se llegó á ejercer la potestad concedida en el inciso 3.º del artículo 90 del Código de Enjuiciamientos, se ocurrió á un Juez de Paz, con el fin de remediar la omisión que se advierte, en cuanto á la designación del padre de la menor bautizada, en la partida de bautismo de fojas 26, lo que entraña un procedimiento contrario á la ley, que no puede constituir un título justificativo del derecho alegado á la herencia intestada de don Manuel A. Salas; por estos fundamentos declararon *haber nulidad* en el auto de vista de fojas 127 vuelta, su fecha 25 de mayo último, en la parte que es materia del recurso, que confirmando la de 1.ª Instancia de fojas 100 vuelta, su fecha diciembre 31 del año próximo pasado, declara á la menor hija de doña Jesús Paredes heredera del intestado Manuel A. Salas; reformando la primera y revocando la segunda en la parte indicada, declararon sin lugar la acción sumaria intentada por la mencionada Paredes; y los devolvieron.

Guzmán — Castellanos — Ribeyro — León — Figueroa — Villanueva.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor

Figueroa por la *no nulidad*, de conformidad con el dictámen del Señor Fiscal.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 378 — Año 1905.

No produce eficacia jurídica la novación de hecho en el contrato de enfiteusis, cuando se pactó sin las formalidades de ley y no consta en instrumento público.

Recurso de nulidad interpuesto por don Domingo Barrios en el juicio ejecutivo contra la testamentaria de don Rosendo Carreño.—Procede de Lima.

Excmo. Señor:

El convento de San Agustín, de quien es hoy cesionario don Domingo Barrios, demanda ejecutivamente á la testamentaria de don Rosendo Carreño, tenedora por contrato enfiteútico de una casa en la calle de los Gallos de esta capital, el pago de veinte mensualidades.

El fallo de primera instancia manda llevar adelante la ejecución por las pensiones demandadas con más las desde entonces devengadas.

El de vista, revocando el anterior, dejar á salvo el derecho del actor para demandar los cánones que se le adeudan con arreglo al convenio cuya copia certificada se halla á fojas 114.

La probanza de tal convenio se limita al dicho documento, según cuyo tenor, reunidos los padres en

comunidad el 30 de mayo de 1870, acordaron á solitud del enfiteuta, que éste entregase ochocientos pesos de laudemio al contado, y abonase en lo venidero (en vez de 360 pesos al año) diez y ocho pesos de cánnon mensual; quedando el convento libre de toda pensión, como la de contribución predial, etc.

La enfiteusis no se constituye sino por escritura pública, estipulando en ella los contratantes todas las cláusulas y condiciones que no estén prohibidas por la ley. (Artículo 1,895 del Código Civil).

Las novaciones se efectúan por escritura pública ó privada (artículo 2,266 del Código Civil); es decir, según las reglas de la obligación primitiva. Interpretando el principio *accessorium sequitur principale*, el artículo 767 dispone que los contratos se modifican con las mismas formalidades de su celebración.

En consecuencia, la novación de una enfiteusis requiere instrumento público, más aún afectando una de las cláusulas esenciales del contrato, como es la del cánnon.

Cuando la ley exige por solemnidad de algún acto el otorgamiento de escritura pública, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto. (Artículo 809 del Código de Enjuiciamientos Civil).

Si pues el convento de San Agustín convino legalmente en la alteración de la enfiteusis cuya copia certificada corre á fojas 151, es obvio que sólo puede comprobar dicha alteración con otro testimonio de escritura pública,

Ese instrumento no existe.

Luego, no está acreditado conforme á la ley la reducción del cánnon.

En la hipótesis de proceder la probanza supletoria, no se puede menos de reconocer que tal reducción ha sido efectiva.

Pero ese hecho no constituye el contrato cuya validez requiere, entre otros requisitos, el de la capacidad para contratar (artículo 1,235 inciso 2.º Código Civil) de que carecían las congregaciones religiosas antes de la ley del 30 de setiembre de 1901, que les concedió el entero dominio y plena administración de sus bienes.

Bajo el régimen anterior á dicha ley, ó sea en 1870, fecha del documento de fojas 114, los conventos estaban sujetos á trabas insalvables; tanto á causa del derecho de reversión del poder secular, cuanto por la de atribuirles el legislador como privilegio, la calidad de menores. Por eso, requería la enagenación el avenimiento de la comunidad expresada en tres tratados, el expediente judicial probatorio de la necesidad y utilidad, el informe del Ordinario y el permiso del Gobierno.

La constitución de enfiteusis sobre bienes de congregaciones religiosas, exige las mismas formalidades prescritas para su enagenación. (Artículo 1,889 Código Civil).

El convenio de fojas 111 revela que se dió comienzo al procedimiento, pero no acredita que haya intervenido la autoridad eclesiástica, ni menos la civil, sin cuyo concurso no existe el consentimiento de parte, en este caso colectiva, que es también requisito para la validez de los contratos. (Artículo 1,235 Código Civil).

El recibo de fojas 1 del juicio ordinario entre los mismos colitigantes proveniente de la misma enfiteusis, pendiente también del fallo de V. E. y en el cual dictamina hoy el infrascrito Fiscal, es sólo un mero comprobante de la reducción que de hecho efectuaron los padres, tal vez bajo la sugestión de la inmediata entrega del laudeno de ochocientos pesos, pres-

cindiendo por completo de aquel previsor procedimiento; aún infringiendo también abiertamente el artículo 1,896 del mismo Código Civil, que señala como máximun el valor del cánón enfiteútico de un año.

Ese hecho ilícito de personalidad inhábil no suple las solemnidades exigidas *sine qua non* por la ley.

Luego, el convenio de reducción regido por los mismos preceptos que el novado, jamás existió legalmente; como no existe ni produce efectos jurídicos el que se pretendiere comprobar con recibos suscritos por un menor de edad.

Es pues obvio que por faltar al invocado convenio elementos esenciales de substancia y forma, y por reputarse no hechos los contratos cuya nulidad aparece del mismo acto (artículo 2,278 Código Civil), no está conforme á ley la oposición de la testamentaría Carreño á la ejecución.

Ese convenio no puede, en efecto, enervar la fuerza de la escritura pública de enfiteusis, según cuya cláusula primera el cánón es el demandado de veinticuatro soles mensuales.

El recibo citado de fojas 1 del juicio ordinario entre las mismas partes corresponde al 15 de febrero de 1896; y, por consiguiente, las mensualidades íntegras adeudadas en noviembre del mismo año, fecha de la acción ejecutiva, no eran veinte sino sólo nueve.

Pero la *plus petición* no anula ni invalida el juicio, (artículo 589 Código de Enjuiciamientos Civil); sólo origina la reducción de la cuantía á sus justos límites, con tanta mayor razón en el presente caso, cuanto que no ha habido otra consignación después de la deficiente del documento de fojas 2 del dicho proceso ordinario.

En mérito de lo expuesto, el Fiscal opina que *hay nulidad* en el auto del 10 de agosto último, corriente

á fojas 223; y que reformándolo, V. E. debe, salvo mejor acuerdo, confirmar el de primera instancia, reduciendo á nueve, con más los devengados, los veinte cánones de la ejecución.

Lima, 4 de octubre de 1905.

SEOANE.

Lima, 12 de octubre de 1905.

Vistos: de conformidad con el dictámen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 223, su fecha 10 de agosto último; y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas 189, su fecha setiembre 20 del año próximo pasado, que manda llevar adelante la ejecución; entendiéndose que ésta es por los nueve cánones anteriores á la fecha de la demanda y los devengados con posterioridad; y los devolvieron.

Guzmán—Castellanos—Ribeyro León—Figueroa.

Se publicó conforme á ley; siendo el voto del señor León por la no nulidad, de que certifico.

Luis Delucchi.