

el de cuatro mil ochocientos soles; sin costas; y los devolvieron.

*Eguiguren.—Washburn.—Pérez.—Valcárcel.
Correa y Veyán.*

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 219—Año 1919.

El derecho del comunero, adquirente de un bien común, prevalece sobre el del que intentase retraerlo, por vínculo de consanguinidad con el anterior propietario proindiviso.

Recurso de nulidad interpuesto por don Manuel Casafranca en la causa que sigue con doña Julia Rado, sobre retracto.—Procede del Cuzco.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos, y resultando de autos: Primero: —a que entablada la demanda de retracto por doña J. Julia Rado, mediante su escrito de fojas 3, acompañando el cheque de Banco No. 4241, por la suma de \$ 825, y el certificado de fojas 2, fué admitida por el auto de fojas 3 vuelta, citándose a las

partes al comparendo respectivo, que tuvo lugar en la forma y términos que aparecen del acta que se registra a fojas 9 vuelta; Segundo:—a que recibida la causa a prueba, por el término de diez días, teniéndose en parte de las que respectan al demandado Casafranca, el certificado de fojas 12 y siguientes, se prorrogó dicho término, por cinco días más, por el proveído de fojas 28; Tercero:—a que durante este término, la actora ha ofrecido como pruebas de su parte, la confesión de doña Marcelina Rado, la absolución de posiciones del comprador y las declaraciones de los testigos instrumentales del contrato celebrado entre la vendedora y los compradores, y la del Notario que la autorizó, las que fueron admitidas por el proveído de fojas 30, de las que a fojas treinta y nueve vuelta, se actuó la confesión de Casafranca y a fojas cincuenta la de doña Marcelina Rado, no habiéndose verificado las declaraciones de que se ocupa el escrito de fojas diez y siete, por haberse declarado impertinentes las preguntas contenidas en el interrogatorio que se registra a fojas 41, como aparece del acta de la misma foja; y el demandado, a más de la ofrecida en el acto del comparendo, las confesiones de la actora, y la de la vendedora, que fueron actuadas a fojas 21 vuelta y fojas 22, respectivamente, declarándose circonducto el término probatorio, por el proveído de fojas 46, quedando la causa expedita para sentencia, con la llamada de autos de fojas 69 y los informes de fojas 64 y fojas 66 y sus respectivas ampliaciones de fojas 60 y fojas 62. Y considerando: Primero.—a que la acción de retracto de fojas 3, entablada por doña J. Julia Rado, se basa, en que siendo el fundo rústico “Huayllapampa”, bien abolengo, poseído en común por tres hermanos, una de ellas la retrayente, le asistía

el derecho de retracto, conforme a los incisos segundo y sétimo del artículo 1501 del Código Civil. Segundo:—a que las confesiones de fojas treinta y nueve vuelta y fojas cincuenta de don Manuel Casafranca y de doña Marcelina Rado, respectivamente, no prueban nada en este juicio de retracto, en que no se discute sobre la nulidad y falsedad de la escritura de venta de fojas doce y en que habiéndose efectuado ésta por escritura pública no ha podido permanecer oculta. Tercero:—a que la confesión de doña J. Julia Rado, de fojas veintiuna, verificada con arreglo al interrogatorio de fojas diez y nueve y que hace prueba plena artículo trescientos setenta y ocho del Código antes citado, demuestra que el demandado Casafranca ha sido y es comunero, en el fundo en cuestión, con la retrayente; Cuarto:—a que la confesión de fojas veintidos de doña Marcelina Rado no tiene valor alguno ni puede tomarse en consideración, por haberse actuado contra la terminante prescripción del artículo 363 del propio Código, toda vez que, esta prueba ha sido ofrecida por el demandado Casafranca, siendo la confesante, también demandada, artículo 980 del mismo Código, y las repreguntas actuadas en dicha confesión, antes que a la actora, favorecen al demandado Casafranca. Quinto:—a que el instrumento público que en copia se registra a fojas doce y siguientes, aparece y que produce fé, respecto del acto verificado, artículo 401 del expresado Código, acredita, que todavía en nueve de mayo de mil novecientos diez y seis doña R. Zoraida Farfán de Oblitas, vendió en la suma de seiscientos cincuenta soles, a don Manuel Casafranca, las acciones y derechos que, en el fundo “Huayllapampa” tenía su finada tía, doña Catalina Rado, o sea la

tercera parte de esta propiedad, que en vida le adjudicara, venta que no fué retraída por ninguno de los comuneros de ese entonces: de modo que desde aquella fecha Casafranca se constituyó de comunero y condómino de doña J. Julia Rado y Marcelina Rado, en el fundo "Huayllapampa", como representante de los derechos y acciones de doña Catalina Rado, hermana de aquellos, siendo en consecuencia, de estricta aplicación, en este caso, lo dispuesto por el artículo 1510 del Código Civil. Sexto:—a que la demanda de fojas tres sería procedente en el único caso, en que la compraventa de que se encarga la escritura de fojas dos, fuera la primera efectuada por el demandado Casafranca, caso en el que serían de rigurosa aplicación los artículos 1501, en su inciso segundo y sétimo, 1502, 1504 y 2130 del Código Civil; más no ahora en que Casafranca siendo comunero o condómino con la retrayente en el fundo "Huayllapampa", desde el 9 de mayo de 1916, ha comprado una segunda acción en el mismo fundo, caso en el que, es de forzosa aplicación el mandato imperativo del artículo 1510 del Código antes citado. Sétimo:—a que la resolución suprema de 16 de diciembre de 1912 sería aplicable al presente y favorecería a la retrayente, siempre que doña Marcelina Rado hubiera vendido sus acciones y derechos en aquel fundo a otra persona extraña a los condóminos de "Huayllapampa" y no al comunero Casafranca. Por tales fundamentos: doy por no probada la acción de la demandante doña J. Julia Rado, no así la de los demandados que han probado plenamente la improcedencia de la demanda; en su virtud:—Fallo: declarando infundada la acción de retracto entablada por doña J. Julia Rado, sobre la venta de los derechos y acciones que tenía doña Marcelina Rado en el fun-

do "Huayllapampa", sin costas, por haber tenido motivos atendibles para litigar. Y por esta mi sentencia, así la pronuncio y mando, administrando justicia, a nombre de la Nación; en la Sala de mi despacho, a los 20 días del mes de Agosto del año 1918. Tómese razón, publíquese y hágase saber.

Julio de Olarte.

Ante mí

N. Cano.

SENTENCIA DE VISTA

Cuzco, 26 de diciembre de 1918.

Vistos; teniendo en consideración: que el re-tracto intentado por doña Julia Rado, en su escrito de fojas 3, a la venta hecha por su hermana Marcelina Rado a don Manuel Casafranca y esposa, de la acción hereditaria que tenía, en el fundo "Huayllapampa", está apoyada por las disposiciones contenidas en el artículo 1480 y siguientes del Código Civil, y muy en especial por el artículo 2133 del mismo Código, puesto que ésta como hermana de la vendedora, tiene el derecho de retraer la venta hecha por aquella de su acción en la referida hacienda, a persona extraña a la familia, como lo es don Manuel Casafranca, quién aún cuando anteriormente compró la acción de la otra heredera doña Catalina Rado, no se ha sustituido en la condición de coheredero de la retrayente, no siendo suficiente el título que alega para contrade-

cir el retracto intentado por la referida doña Julia Rado, quien además ha cumplido con todas las prescripciones legales; revocaron la sentencia apelada de 20 de agosto último, corriente a fojas 75 y siguientes, por la que el juez del Cercado doctor Olarte, declara infundada la acción de retracto entablada por doña Julia Rado, sobre la venta de los derechos y acciones que tenía doña Marcelina Rado, en el fundo "Huayllapampa"; declararon fundada dicha acción de retracto de la mencionada doña Julia Rado, debiendo entenderse la venta hecha en favor de Casafranca con dicha retrayente, extendiéndose en consecuencia, la escritura a favor de ésta; y los devolvieron.

Chávez.—Ugarte.—Paredes.

Se publicó conforme a ley.

N. Bermúdez.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Al verificarse el contrato de venta de la tercera parte del fundo "Huayllapampa" ubicado dentro de los linderos de la jurisdicción de Quiquijama, de la provincia de Quispicanchis, que con fecha 26 de junio de 1917 otorgó doña Marcelina Rado, a favor de don Manuel Casafranca y esposa, doña J. Julia Rado, interpuso acción de retracto, como se vé a fojas 3, invocando su condición de consanguínea de la vendedora, o sea el de abuelgo. Sustanciada la acción en virtud de reunir los

requisitos que puntualiza el artículo 977 del Código de Procedimientos Civiles; y después de realizado a fojas 9 vuelta el acto de comparendo, de ofrecidas y actuadas las pruebas que los interesados tuvieron por conveniente producir, se ha resuelto contrariamente en ambas instancias la acción de retracto, incoada por doña J. Julia Rado.

Hecho el estudio de los actuados de su propósito, no puede menos de pronunciarse el criterio jurídico, con que la acción controvertida se aprecia, en otro sentido que en el de la resolución revocada; puesto que militan en pró de ésta, las consideraciones de orden estrictamente legal, que en seguida se expondrán.

Consta en efecto, por el mérito fehaciente del instrumento público de venta, que en copia presenta el demandado a fojas doce, para en parte de su prueba, y es la otorgada en la ciudad del Cuzco en 9 de mayo de 1916, por doña Zoraida Farfán de Oblitas, a favor del propio don Manuel Casafranca, que éste adquirió de aquella, a título de compra-venta, la tercera parte del mismo fundo "Huaillapampa" de que aquella era propietaria a título de heredera de su tía, doña Catalina Rado, otra de las copartícipes del inmueble.

Pues bien; desde la preindificada fecha, o sea, más o menos, un año antes de haberse hecho la última venta por la referida doña Marcelina Rado, a favor de Casafranca, que es el actual retrayente, ya era éste dueño proindiviso de la primera tercera parte, que había adquirido legítimamente en "Huaillapampa", de la comunera, doña Zoraida Farfán de Oblitas; contrato de compra-venta que habiendo surtido todos sus efectos sin el menor entorpecimiento, lo constituía en la condición irrefragable de condómino, con los dueños de las otras dos terceras partes del fundo, siendo una de éstas,

la vendida por doña Marcelina Rado, la que dá lugar al retracto que instaura la última propietaria proindiviso con Casafranca en "Huaillapampa".

Así las cosas, probados como quedan los hechos relacionados con la cuestión que se debate; la ley de rigurosa aplicación a ésta, es la contenida en el artículo 1510 del Código Civil, conforme a la cual en los bienes comunes e indivisos, no tiene lugar el retracto si el comprador es uno de los comuneros. No puede, pues, ser de más pertinente aplicación al caso del presente retracto, esa disposición legal.

Y a mayor abundamiento de razones, los preceptos que en la materia dominan, invariablemente sancionan que debe estarse al orden de prelación marcada por el orden en que están colocados los diversos incisos del artículo 1501 del Código Civil. Siendo óbvio que conforme a ese orden, tiene preferencia, según lo dispone el 1502, el comunero sobre el consanguíneo.

Como la sentencia de primera instancia, resuelve en armonía con lo que en este dictámen se sostiene, lógico es concluir que es ella la arreglada al mérito de lo obrado y a las disposiciones expresas de la ley que se han invocado. Debiéndose desestimar la revocatoria de vista, que en el sentir del Fiscal, aprecia con erróneo criterio la cuestión de retracto, que aquí se ventila.

Por tanto, opina el Fiscal que hay nulidad en el fallo recurrido de fojas 118; y que reformándolo, se confirme el apelado de fojas 75, declarándose, en consecuencia, infundada la acción de retracto, entablada por doña J. Julia Rado, sobre la venta de los derechos y acciones que tenía doña Marcelina Rado, en el fundo "Huaillapampa", sin costas.

A lo que podrá conformarse la resolución de la Suprema Corte, si su parecer no fuere distinto.

Lima, 8 de mayo de 1920.

GADFA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 22 de mayo de 1920.

Vistos; de conformidad con el dictámen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas ciento diez y ocho, su fecha 26 de diciembre de mil novecientos dieciocho; reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas setenta y cinco, su fecha veinte de agosto anterior, que declara infundada la acción de retracto, interpuesta a fojas tres por doña Julia Rado, sin costas; y los devolvieron.

Eguiguren.—Alzamora.—Washburn.—Pérez.—Valcárcel.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 274—Año 1919.
