

**No hay retracto entre el dueño del dominio directo
y el comunero del dominio útil.**

*El Convento de San Agustín con doña Francisca R. vda
de Delgado de la Flor, sobre retracto.*

SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA

Vistos, para pronunciar sentencia, de cuyo examen aparece que en 27 de enero de 1853 el Convento de San Agustín dió en enfiteusis por 150 años al doctor José P. Barrios la finca ubicada en la calle de los Gallos de esta capital, signada hoy con el N.º 46 al 50; que habiendo fallecido el enfiteuta, adquirieron por herencia el dominio útil de esa finca sus hijos naturales don Felipe Arturo y don Héctor P. Barrios, y al fallecimiento del 2º la obtuvo en su mitad la madre de ambos doña María Llanos V. de Sotomayor, quien por escritura del 9 de marzo de 1898, transfirió su derecho á doña Francisca Reynaga V. de Delgado de la Flor; que demandada por ésta la división correspondiente en noviembre del mismo año, se continuó el juicio hasta sacarse la finca á remate, en cuyo estado celebró una transacción quedando dueña única de la finca, según el auto del 30 de junio de 1902 expedido en dicho juicio; que estos procedimientos han sido seguidos con sólo los herederos del primitivo enfiteuta, sin noticia del Convento y sin abonarle el laudemio y canon que le corresponde conforme al primitivo contrato; que por este motivo, han instaurado en 8 de abril último la acción de comiso que apa-

rece de uno de los expedientes agregados, en el que se ha exhibido por la actual enfiteuta la inscripción de los contratos á que se ha hecho referencia; que con conocimiento de estos antecedentes se ha interpuesto por el actual Prior del Convento la demanda de retracto de fojas 1 haciendo uso del derecho que le acuerda el artículo 1501, inciso 4.º del Código Civil, y consignando el precio de la venta; que la demandada en su contestación de fojas 2, ha contradicho esta acción por razón de extemporaneidad, y además, por asegurar que el retracto no tiene lugar cuando el comprador es uno de los comuneros; porque los Conventos no pueden comprar por considerarseles como manos muertas; porque la adquisición procede de un contrato de transacción que contiene derechos y obligaciones que no pueden separarse; porque el retrayente al sustituirse en la venta debe cumplir todas las obligaciones del comprador; y porque cuando adquirió el dominio útil de que se trata, no solo abonó los 1316 soles sino que también debía abonar el canon adeudado, así como el importe de la contribución predial; que en la estación oportuna del juicio, ambos interesados han ofrecido como diligencias probatorias las indicadas en sus escritos de fojas 4, 6, y 7.

Y teniendo en consideración:

1.º Que en la cláusula 1ª de la primitiva escritura de 1853, se estipuló expresamente, que cualquier traspaso que se hiciese del enfiteusis se pondría en noticia del Convento para que se le satisficiera la veintena parte que por razón de laudemio le correspondía.

2.º Que esta estipulación que es conforme con lo dispuesto en el artículo 1901 inciso 3.º del Código Civil fué aceptada por la misma señora Francisca Reynaga en la cláusula 9ª de la citada

escritura del 9 de marzo de 1898, cuya obligación no aparece que hubiera sido cumplida.

3.º Que esta obligación de carácter legal y por voluntad de los contratantes subsiste en todo caso, aún cuando sea parcial el traspaso del enfiteusis, por que la cosa materia del contrato, es indivisible para el dueño directo, aún cuando sean varios los enfiteutas ó sus herederos, como lo establece el artículo 1904 del código citado.

4.º Que la oposición deducida á fojas 2 al estimar extemporánea la acción de retracto, carece de fundamento legal, por que el término de dos meses que para instaurarla otorga el artículo 1512 comienza á contarse al día siguiente de la notificación judicial que de la venta se haga al dueño directo de la finca.

5.º Que en orden á esta prescripción de la ley, carece de valor en juicio, cualquiera noticia que particularmente se tenga de la venta, como ahora sucede con la carta de fojas 5, dada en contestación á la demandada sobre su propuesta, de que se hace referencia en el reconocimiento de fojas 7 vuelta.

6.º Que en nada abona tampoco el derecho de la compradora por razón de extemporaneidad, el que haya inscrito la venta en el Registro de la Propiedad inmueble, porque la notoriedad que á este acto le atribuye, en nada obliga al Convento respecto al término que para intentar el retracto le concede la ley.

7.º Que la razón de comunidad, que también se alega en contra del retracto, no es de observancia actual, por no existir tal comunidad é indivisión establecidas en el artículo 1510, y principalmente, porque el 1501 del Código Civil en su inciso 4.º dá derecho al dueño directo

para retraer en todo caso el dominio útil que es materia de la venta.

8.º Que la tacha que también se opone al Convento, alegando su incapacidad para adquirir, según el inciso 4.º del artículo 1901, en nada favorece la oposición al retracto, desde que esta disposición se refiere solo al enfiteuta, prohibiéndole que enagene la cosa materia del contrato á favor de manos muertas, so pena de nulidad.

9.º Que esa prohibición en nada es aplicable al dueño directo, á quien también la ley le dá expresamente derecho para retraer el dominio útil, no de cosa ajena sino de la propia que dió en enfiteusis.

10ª Que la incapacidad para adquirir, que antes de ahora tenían las comunidades religiosas y que también se hacia extensiva al retracto de sus propios bienes, ya no puede sostenerse en derecho, por que la ley de 30 de setiembre de 1901 les otorga y reconocen el dominio absoluto, asi como la libre administración de que gozan las demás personas capaces.

11.º Que no es excusa legal para impedir el derecho de retracto, el que la demandada haya adquirido el dominio útil por una transacción judicial, pues los derechos ú obligaciones que de élla le resulten, en nada afectan al dueño directo, quien solo está obligado á depositar el precio de la venta, como lo ha hecho al interponer la demanda.

12.º Que por el propio tenor de esa transacción, se advierte que el pago de los cánones adeudados, que es una de la obligaciones que se impuso á la compradora es precisamente en favor del Convento que es á quien le corresponde, y por los cuales ha intentado la acción de comiso, por lo que no era necesario que consignase también su importe como tampoco los créditos.

de terceras personas respecto del enfiteusis; y.

13^a Que no se ha comprobado en manera alguna la oposición deducida contra el derecho del Convento, como en tal caso lo requiere el artículo 1468 del Código de Enjuiciamientos.

Por estas consideraciones: Fallo por el que administrando justicia, declaro que es fundada la demanda de retracto interpuesta por el Convento de San Agustín, y sin lugar la oposición deducida por doña Francisca Reynaga, debiendo otorgarse á su favor la respectiva escritura de venta del dominio útil de la finca de que se hace referencia.

Y por esta mi sentencia juzgando definitivamente así lo pronuncio, mando y firmo en Lima, noviembre 4 de 1905.

AURELIO PEDRAZA.

Dió y pronunció, etc.....

Sixto M. García.

AUTO DE VISTA

Lima, 8 de enero de 1906.

Vistos: con los traídos *ad efectum vivendi* que se separarán; y considerando: que la mitad del dominio útil de la finca situada en el ángulo formado por las calles de los Gallos y Puerta Falsa del Teatro, la adquirió doña Francisca Reynaga V. de Delgado de la Flor, por la escritura de 9 marzo de 1898, que en testimonio corre á fojas 17, con conocimiento del Convento de San Agustín, dueño del dominio directo, pues, dicha escritura fué autorizada por uno de los Jueces de ésta Capital en rebeldía del Padre Prior de esa

comunidad; que habiendo adquirido posteriormente la Vda. de la Flor la otra mitad de los herederos de doña Ana Pomareda Vda. de Artieda á quienes pertenecía. por la transacción de fojas 197, aprobada por auto de 30 de junio de 1902, corriente á fojas 199 de los autos sobre división, el representante del Convento ha interpuesto á fojas 1 demanda de retracto en 19 de setiembre último, para que se le tenga por sustituido á la compradora en la adquisición de esa mitad, y que tratándose de un bien indiviso, no procede la acción de retracto, por ser el comprador uno de los comuneros, conforme á lo dispuesto en el artículo 1510 del Código Civil; revocaron la sentencia de fojas 9, su fecha 4 de noviembre del año próximo pasado; declararon infundada la demanda de fojas 1; y los devolvieron.

Arbulú.—Arias.—Barreto.

Se publicó conforme á ley.

J. GRANDA.

DICTÁMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Doña Francisca Reynaga Vda. de Delgado de la Flor que adquirió en 1898, la mitad del dominio útil de una finca que hace esquina entre las calles de los Gallos y Puerta Falsa del Teatro, ha adquirido la otra mitad de los herederos de don Pacífico Barrios y el Prior del Convento de

San Agustín, dueño directo de la finca, ha entablado la acción de retracto de esta segunda mitad alegando que según el artículo 1501 inciso 4.º del Código Civil tiene derecho de sustituirse al comprador por el mismo precio y demás condiciones de la venta.

La señora Delgado de la Flor ha contestado el traslado sosteniendo que el retracto no procede contra ella, porque se ha propuesto fuera del término legal, porque la favorece el inciso 2.º del mismo artículo 1501 del Código Civil, que concede al comunero la preferencia para el retracto y porque el artículo 1510 del mismo Código le favorece igualmente, declarando que en los bienes comunes ó indivisos no tiene lugar el retracto si el comprador es uno de los comuneros.

El Juez de 1.ª Instancia ha declarado fundada la acción de retracto por la sentencia de fojas 9 que el superior la ha revocado por la de vista de fojas 28; y el Fiscal es de parecer que la resolución de vista está arreglada á la ley, pues en ésta causa, de puro derecho hay que atender á las disposiciones de la ley, que en el presente caso son claras y precisas en favor de la señora Reynaga; por que siendo comunera del dominio útil de la mencionada finca, tiene la preferencia sobre cualquiera otro interesado en ella según los citados artículos 1501 y 1510 del Código Civil; pues en el artículo 1501 al enumerarse las personas que tienen derecho al retracto considera al comunero en el inciso 2.º mientras que al dueño directo lo considera en el inciso 4.º preferencia que se sanciona de una manera concluyente en el artículo 1510 en que dice que no procede la acción de retracto contra el comunero ó poseedor pro indiviso y como ante tales disposiciones es inconducente detenerse en los considerandos de

la sentencia de 1ª Instancia, concluye el infrascrito opinando por que declare V. E. no haber nulidad en la referida sentencia de vista, salvo mejor acuerdo.

Lima, 1º de mayo de 1906.

GÁLVEZ

Lima, mayo 14 de 1906.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de fojas 28, su fecha 8 de enero último que revocando la de 1ª Instancia de fojas 9, su fecha noviembre 4 del año próximo pasado, declara infundada la demanda de retracto interpuesta á fojas 1 por el personero del Convento de San Agustín; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Guzmán.—Ribeyro.—Villarán.—Eguiguren.—
Figueroa.*

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.