

El dueño de la parte alta de una finca no puede ser considerado como comunero respecto de la planta baja, para el efecto del retracto.

Don Carlos Ezaine con doña Clara Rosa Fau sobre retracto.—De Cajamarca.

AUTO DE VISTA

Cajamarca, octubre 11 de 1905

Vistos; considerando: que según la diligencia de inspección ocular de fojas 7, consta que las habitaciones en alto de la señorita Clara Rosa Fau descansan sobre las tiendas que don Carlos S. Ezaine ha comprado á doña Dolores Hernández de Valdez, formando todas un solo fundo; que bajo tal concepto la demandante y demandados son propietarios de una misma casa, y por consiguiente comuneros en el dominio de ella: que la Fau en su condición de tal comunera se halla favorecida por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1,501 y en el 1,511 del Código Civil, pues su demanda se ha interpuesto dentro del término legal y con los demás requisitos que la ley exige, y que no obsta para el ejercicio de tal derecho que se hayan efectuado dos ventas sucesivas, pues la prohibición del artículo 1,503, sólo se refiere al retracto de abolengo y no á los que se valen de otro título distinto: confirmaron el auto apelado de fojas 13, su fecha 24 de agosto último, en que se declara que hay lugar á la ac-

ción de retracto entablada por la expresada doña Clara Rosa Fau; y los devolvieron.

Arana.—Montoya.—Mejía.

Se publicó conforme á ley.

ANTONIO MEJÍA.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Doña Clara Rosa Fau, propietaria de las habitaciones altas de una casa de la ciudad de Cajamarca, demanda el retracto de tres tiendas recién compradas por don Carlos Ezaine á don José S. Valdez, situadas en la planta baja de la misma.

Fundándose en que á causa de tal superposición, la demandante y el demandado son comuneros en el dominio del inmueble; y en consecuencia favorecen á la primera el artículo 1,501, inciso segundo y el 1,511 del Código Civil, el fallo confirmatorio declara fundada la acción.

Por ese motivo está interpuesto por el segundo el recurso extraordinario pendiente de la resolución de VE.

El fiscal se abstiene de examinar si es ó no conveniente la pertinencia del retracto en casos como el de este proceso, porque en la administración de justicia sólo procede el cumplimiento estricto de la ley; y bajo tal concepto, considera erróneo el mencionado fallo de la Il.tra. Corte Superior de Cajamarca.

Son efectos de la propiedad, como lo declara el artículo 461 del Código Civil, los de usar la co-

sa con sus frutos, disponer libremente de ella, y excluir á otros de su posesión.

Siendo común cuando á varios corresponde un mismo bien, el dominio ó *condominium* de cada cual, queda limitado por el derecho de los demás corpartícipes. Aunque el de todos abarca, sujeto á recíproca subordinación, el íntegro y las fracciones de la cosa, individualmente no pueden en efecto disponer de ninguna; y sólo en conjunto ejercen en su plenitud, las prerrogativas absolutas y excluyentes características de la propiedad.

Acatando ese derecho y su limitación en lo proindiviso, el artículo 2.135 generalizado por el 2.188, estatuye que los que poseen en común están obligados á darse mutuamente cuenta de todos los provechos y cargas.

A mérito de esos principios de legislación universal, el inmueble dejado á diversos herederos, establece comunidad entre éstos quienes en consecuencia en calidad de señores de cada una de las secciones superpuestas, reciben proporcionalmente los productos de todas.

Bastando la instancia de alguno de ellos para la subasta de la casa si no fuere materialmente partible, ó no se prestase á cómoda división, como lo previene el artículo 2.154, cesa aquella comunidad, cuando la partición ó enagenación á tercero se efectúa.

Tanto por causa de herencia dividida como por la de ventas parciales del primitivo dueño ó de sus sucesores, se produce el caso de un inmueble cuyas plantas alta y baja pertenecen respectivamente á dos propietarios con absoluta independencia ambos uno de otro, cada cual en la parte que le es propia.

El de la planta alta está excluido de la posesión de la baja, cuyos frutos no percibe, y de

la que no le es lícito usar ni disponer; siendo idéntica la situación del de la planta baja respecto de la alta.

Es obvio que entonces no existe *condominium* y que por lo tanto en el tecnicismo jurídico, aquellos propietarios no son comuneros.

Así lo resolvió V. E. el 8 de enero de 1898 en el proceso Terré Romero.

Es igual la especie *sub-júdice* en la que la testadora, doña Manuela Barrantes dejó hecha la división de la casa testamentaria, donando los altos á sus hijas, doña Celina y doña Luzmila que los vendieron á la Fau; y los bajos á sus hijos don Uladislao y don Justiniano, que también vendieron á los cesionistas de Ezaine, como lo comprueban plenamente los documentos exhibidos.

En el asunto Terré Romero, la planta baja sustentaba una parte relativamente pequeña de la alta.

Pero sea cual fuese la extensión de la línea medianera de apoyo, no desvirtúa los principios sobre propiedad y comunidad que justifican la deducción.

La contigüidad por superposición produce evidentemente cierta limitación en el ejercicio de los derechos.

Mas esta no es la especial de lo proindiviso en un todo; sino la muy distinta, proveniente de la servidumbre de pared ó columna que menciona en su inciso séptimo el artículo 1,155 del Código Civil.

Por eso la legislación francesa, la brasileña y otras que preven la rara pero correcta división horizontalmente de los edificios entre varios dueños independientes entre sí, intercalan los preceptos que la regulan en el capítulo referente á las servidumbres.

El artículo 1,501, inciso segundo, concede el derecho de retracto al comunero, y el 1,511 se refiere á los casos en que dicho privilegio procede.

No existiendo entre la actora y el reo la comunidad invocada, son impertinentes ambos preceptos que fundamentan el fallo á favor del retracto.

El Fiscal concluye que hay nulidad en esa resolución confirmatoria; por lo que, reformándola y revocando la de 1.^a Instancia, V.E. debe en su concepto, declarar infundada la acción.

Lima, 8 de mayo de 1906.

SEOANE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, mayo 16 de 1906.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 31, su fecha 11 de octubre último, reformándolo y revocando el de primera instancia de fojas 13, su fecha agosto 24 del mismo año, declararon sin lugar la demanda de retracto interpuesta á fojas 1, por doña Clara Rosa Fau; y los resolvieron.

Guzmán.—Castellanos.—Ribeyro.—Eguiguren.—Figueroa.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.