

El derecho de retracto acordado por el artículo 2133 del Código Civil, no puede ejercitarse en el juicio de división y partición, sino por acción separada.

Recurso de nulidad interpuesto por el doctor José A. Urteaga y otra, en la causa que sigue con don José León Alva, sobre división de bienes.—De Cajamarca

Excmo. Señor:

Don Juan Miguel Montoya, á nombre y en representación de don Diego Uceda y la esposa de éste doña Carolina U. de Uceda y del doctor José A. Urteaga, demandó la división y partición del fundo "Otuzco" que poseen proindiviso con don José Leon Alva, representante de su esposa doña Eloisa Zavaleta de Alva, quien compró la acción que posee de los coherederos don Juan Urteaga lejítimo y don Juan 2.º García natural.

Don José Leon Alva contestando á fojas 13, convino en la acción y prestando el juramento correspondiente los peritos de las partes y el dirimente nombrado por el Juez, se señaló por auto de fojas 17 vuelta, de 14 de diciembre de 1905, el término de seis días perentorios, á fin de que dentro de él comiencen á ejercer aquellos sus funciones.

En este estado el 23 de marzo último el apoderado de los actores expuso que no estando aún practicada la división y partición sus representados se acogían á la disposición del artículo 2133 del Código Civil y para entrar en lugar de su coligante consignaban, á ley de depósito, en el co-

merciante de esa plaza (Cajamarca) don Agustín Sattui los 3400 soles plata que costaron á la señora Eloiza Z. de Alva las acciones indivisas, que compró en el referido fundo "Otuzco" á don Juan U. Urteaga y á don Juan 2.º García, coherederos de sus representados, según las escrituras de 16 de julio de 1894 y 9 de febrero de 1897; y además 80 soles para responder por los derechos de alcabala, escritura y registro; pidiendo que se mande agregar á los autos el vale á la vista que acompañaba y poner en conocimiento del colitigante el tenor de su solicitud. Este sin contestar el traslado dijo á fojas 22, por medio de apoderado, que conforme al título décimo, sección sexta, libro segundo del Código de Enjuiciamientos Civil, la demanda de retracto tiene una tramitación especial y debe seguirse, por consiguiente, por cuerda separada y no como un incidente del juicio de división y partición, que no hace falta que demuestre que la facultad concedida en el artículo 2133 del Código Civil es el mismo derecho de retracto; puesto que el artículo 1840 del mismo código define el retracto como el derecho que la ley concede á algunas personas para sustituirse en lugar del comprador, tomando para sí la cosa vendida por el precio y bajo las condiciones acordadas en la venta; que comparando esta definición legal del retracto con lo que pretende la parte contraria, apoyada en el artículo 2133 del ya citado código, se ve con toda claridad que son la misma acción; que siendo esto así y disponiendo la ley que la acción de retracto siga una tramitación especial, es evidente que la contraria debe interponerla por cuerda separada y cumpliendo con todos los requisitos que para el caso señala el artículo 1465 del Código de Enjuiciamientos.

tos Civil, por lo que pedía al Juez que así lo declarara.

El Juez previo un traslado á la parte actora, resolvió el punto á fojas 25 vuelta, declarando expedito el derecho de los representados de don Juan Miguel Montoya para entrar en el goce de las acciones que en el fundo "Otuzco" tiene doña Eloisa Zavaleta de Alva, fundando esta decisión en el tenor del artículo 2133 y en la consignación del valor de las expresadas acciones.

El Tribunal superior á fojas 31 vuelta, considerando que la accion que se concede á los copartícipes para sustituirse á la venta que se haga en favor de algunos que no sean los coherederos, implica un derecho que para hacerse efectivo debe sustanciarse y resolverse conforme á su naturaleza; que gozando los herederos, así como los copartícipes del derecho de retracto, cuando por no ser comodamente divisible el bien, se proceda á venderse en pública subasta, como lo determina el artículo 2154 del Código Civil, tal derecho debe hacerse efectivo dentro del término perentorio que la ley prefija y que, pendiente el juicio de división del fundo "Otuzco", no ha podido ni debido decidirse la posesión y goce exclusivo del fundo con detrimento de los demás copartícipes y con manifiesta y evidente festinación de trámites, lo cual produce nulidad, ha declarado insubsistente el apelado de fojas 26 antes relacionado, mandando continuar el juicio de división y partición por sus debidos trámites; pudiendo el referido apoderado de Montoya iniciar por separado la acción que al derecho de los demandantes convenga.

El Fiscal estima, como el Tribunal Superior de Cajamarca, que el derecho acordado á los coherederos por el artículo 2133 del Código Civil es simple y llanamente el derecho de retracto

concedido á los comuneros en el goce proindiviso de ella; y en tal concepto, no se puede resolver sobre dicha acción sino en juicio seguido con las formalidades prescritas en los artículos 1458 y siguientes del Código de Enjuiciamientos Civil y de ninguna manera como simple incidente ó artículo previo.

La parte que trae el recurso de nulidad, alega que el beneficio que acuerda el artículo 2133 del Código Civil no es el de derecho de retracto; porque el 1.º evita el juicio con extraños; pues, según el artículo 2155 impide el remate; y por el 2.º ó sea el retracto concedido por el artículo 254, se rescinde el remate que ha llegado á efectuarse: porque el juicio de retracto se sigue por separado y los derechos concedidos por los artículos 2133 y 2155 se hacen valer en el juicio mismo; y que la razón de esto es que en virtud de lo que se resuelve sobre dichos beneficios, se establece, con quienes ha de continuar el juicio, ó las cosas que definitivamente han de adjudicarse en el juicio á cada interesado.

Estas distinciones en nada afectan á la naturaleza misma del principio que informa la acción de retracto, cuya esencia está en que quien tiene el derecho de ejercitarla, se sustituye al comprador ó adquiriente de la cosa vendida á un tercero por el mismo precio y bajo las mismas condiciones; y tan cierto es esto, que el artículo 2154 del Código Civil que reproduce respecto de los coherederos lo mismo que dispone el artículo 2133 respecto de los extraños, en su segundo acápite llama terminantemente derecho de retracto al beneficio concedido por el artículo 2133. Remontándose al origen de este artículo, se encuentra que él es la reproducción del 841 del Código de Napoleón; y el beneficio que él acuerda está denominado por todos los comentadores

frances es como derecho de retracto. Rogron, Laurent, Baudry Lacantinerie, lo llaman retracto sucesoral.

No cabe pues, duda alguna de que el derecho ó beneficio acordado al coheredero por el artículo 2133 de nuestro Código Civil no es otro que el retracto de comunero á que antes se ha hecho referencia, por lo cual dicho artículo está colocado en el título 2º de la sección sétima, del libro III del Código Civil que se ocupa de la comunidad y partición de herencia.

Por todo lo expuesto, y aunque el Tribunal Superior de Cajamarca ha declarado simplemente la insubsistencia del apelado, al mandar continuar el juicio de división y partición del fundo "Otuzco" manifiesta que su decisión ha sido revocarlo, y en tal sentido la legalidad de la resolución de vista es incontestable. En tal concepto, el Fiscal es de parecer que VE. puede servirse declarar su no nulidad. Salvo mejor acuerdo.

Lima, 2 de agosto de 1906

CALLE

Lima, 10 de agosto de 1906.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 31 vuelta, su fecha 2 de mayo último, que declarando insubsistente el de 1ª instancia de fojas 25 vuelta, su fecha 4 de abril anterior, manda que continúe el juicio de división por sus debidos trámites pudiendo el apoderado D. Juan Miguel Montoya, iniciar por

separado la acción que convenga al derecho de sus mandantes; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Espinosa.—Ortiz de Zevallos.—Ribeyro.—Villarán.—León

Se publicó conforme á ley.

Por autorización del Tribunal.

Ricardo Leoncio Elias

Cuaderno N.º 214—año 1906

Los colegios ó establecimientos de instrucción no gozan del beneficio de restitución in integrum.

Recurso de nulidad interpuesto por el Dr. D. Máximo Tapia en la causa que sigue con el Colegio de "La Libertad" de Moquegua, sobre restitución—De Arequipa

Excmo. Señor:

El apoderado del Colegio de la Libertad de Moquegua, en 5 de octubre de 1904 interpuso contra el Dr. D. Máximo Tapia demanda de restitución *in integrum* conforme á los artículos 2287 y 2288 del Código Civil, alegando que se ha inferido al Colegio lesión enorme en la venta á título de adjudicación en pago que se le hizo de la Hacienda de Corpanto, proveniente de errores cometidos por los peritos tasadores del fundo y por los liquidadores del crédito que cobraba el Dr. Tapia en el juicio que siguió contra aquel establecimiento.