

lo demás que contiene el citado auto de vista y los devolvieron con lo acordado.

Espinosa.—Ortiz de Zevallos.—Villarán.—Eguiguren.—Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

Por autorización del Tribunal.

Ricardo Leoncio Elías

Cuaderno N.º 450.—Año 1906.

Pedida la división y partición de bienes y verificado el remate, la venta que el mismo día de la subasta haga un comunero no dá mérito á la acción de retracto.

Juicio seguido en Lima por don José D'Aveggio con don Lázaro Debernardi sobre retracto.

SENTENCIA DE 1ª INSTANCIA

Vistos: de cuyo examen aparece: que por el testamento otorgado en 10 de setiembre de 1900, doña Maria y doña Etelvina Tasso adquirieron á título de herencia del padre común don Bartolomé Tasso la finca ubicada en la calle de Santa Catalina de ésta capital N.ºs. 164 y 166 según el testimonio que se registra á fojas 7 del expediente traído *ad efectum videndi*: que en 5 de octubre de 1904, don Carlos Soltán esposo de la heredera primeramente citada, interpuso á nombre de ésta la demanda de división de dicha

finca, cuya acción fué aceptada por la otra coheredera al contestar el traslado conferido, habiéndose nombrado por ambos sus respectivos peritos: que presentada la operación corriente á fojas 34, previa la aprobación correspondiente, se mandó sacar la finca á remate señalándose para la diligencia el día 31 de agosto último; que por el acta corriente á fojas 42 consta que don Lázaro Debernardi obtuvo la finca por el precio de 24,700 soles cuya suma es mayor de las dos terceras partes de la tasación expresada; que al propio tiempo en que tuvo lugar el remate, la misma doña María Tasso con intervención de su citado esposo vendió á don José D'Avoggio la mitad de la finca que motivó el juicio de división; que con el testimonio respectivo se ha interpuesto por el comprador la demanda de retracto de fojas 4, fundando su derecho en la disposición del artículo 1051, inciso 2.º del Código Civil y consignando solo la mitad de dicho precio, por corresponderle la otra mitad de la finca; que sin absolver el traslado conferido, el subastador dedujo la excepción de falta de personería en el demandante, la que fué declarada sin lugar por el auto consentido de fojas 11; que habiéndose fundado á fojas 14 su oposición contenida en el otro sí del escrito de fojas 7, conforme al artículo 1468 del Código de Enjuiciamientos se recibió la causa á prueba por el término de ley; que ambos interesados han producido por su parte las diligencias probatorias contenidas en sus escritos de fojas 33 y fojas 37, hallándose la causa en estado de expedirse resolución definitiva.

Y teniendo en consideración: 1º que desde que las propietarias por común acuerdo, decidieron vender judicialmente la finca de la calle de Santa Catalina, ya expresada, quedaron sometidas desde entonces al remate que de ella se ve-

rificase, pues por éste medio trataron de que se realizara la división y obtener el mayor precio que debían distribuirse por iguales partes;

2.º que á mérito de los avisos de convocatoria de entre los postores que concurrieron al remate, el que obtuvo la buena pró, ha adquirido legalmente derecho de propiedad á toda la finca por los 24,700 soles del que no puede ser privado sino por alguna de las personas á quienes la ley les otorga el privilegio de que la venta se declare á su favor;

3.º que cuando así no sucede, como en el presente caso, la acción de retracto intentada por un extraño, importa el despojo de ese derecho de propiedad, prohibido por la ley;

4.º que la escritura que el mismo día del remate otorgó doña María Tasso á favor del demandante de la mitad de la finca, no le dá á éste derecho alguno para el retracto que solicita, por que no siendo yá copropietaria, no tenía derecho que venderle; porque aún concediéndole algún derecho, no podía vender válidamente una misma cosa á dos personas distintas; por que aún en caso de duda, tendría que prevalecer contra la venta privada, la venta hecha en remate público con intervención de la autoridad judicial, por consentimiento de ambos interesados; y porque esa escritura en la que se silenció la existencia del juicio de división; era en perjuicio {de tercero, que había adquirido válidamente en remate la misma finca que se daba en su mitad como materia de contrato;

5.º que las diligencias probatorias intentadas para acreditar que esa escritura fué otorgada antes de abrirse el remate, son inoficiosas, porque aún aceptada su validez, tanto el otorgamiento, así como el remate son actos practicados en un mismo día, prevaleciendo siempre el

remate por las razones ya expuestas, y para el que concurre también el no haberse hecho oportunamente el desistimiento para evitar la actuación judicial por la que un tercero obtuviera derecho á la finca;

6.º que el título de comunero en que se funda la acción de retracto, no corresponde al demandante, porque la comunidad en los bienes, procede según el artículo 2128 del Código Civil del derecho que en ellos tienen varias personas por razón de herencia, cuyo principio sirve de fundamento á la ley para otorgar el derecho de retracto por este motivo, únicamente á quienes tienen la condición de heredero;

7.º que como contrario á éste principio, aún en el supuesto de que la vendedora hubiera tenido algún derecho en la finca al tiempo del otorgamiento de la citada escritura de fojas 1, nunca habría podido transferir al comprador su título de heredera de la testamentaria de su padre, cuya sustitución ilegal y sin valor alguno en juicio sirve de fundamento á la demanda;

8.º; que esa sustitución tendría que ser siempre tanto más ilegal, cuanto que ella se halla en oposición con lo dispuesto en el artículo 1496 del Código Civil, por el que se establece, que el derecho de retraer no puede cederse ni transferirse por ningún título, por ser meramente personal;

9.º que en esta conformidad se establece así mismo en el artículo 2154 del propio Código, que los herederos gozan de los derechos de retracto y son preferidos al comprador extraño, de lo que se deduce que no teniendo el demandante ese título de heredero, carece de derecho para retraer la finca obtenida por el subastador en el remate judicial;

10.º que además de las disposiciones de la ley civil que niega al demandante derecho para re-

traer, éste ha incurrido en la irregularidad de no haber consignado el precio íntegro de la venta, que es uno de los requisitos esenciales para el ejercicio de ese derecho, aún en aquellos mismos á quienes se los acuerda la ley, y sin el cual no procede la acción de retracto;

11.º que la excusa dada para esta omisión de ser ya dueño de la mitad de la finca, es inaceptable por que la disposición del artículo 1465 del Código de Enjuiciamientos es de carácter preceptivo, que en todo caso debe cumplirse para gozar del derecho que por el se concede, haciéndose tanto más manifiesta esa irregularidad por el hecho de haberse consignado después la otra mitad del precio en que fué rematada,

12.º que en el caso actual hay que atender también en favor del subastador, á la circunstancia de que por el remate no se ha irrogado perjuicio alguno á los anteriores dueños, porque el precio pactado en la escritura no es superior al de la subasta; y

13.º que la nulidad de esa escritura intentada en el alegato de fojas 82, en el que se manifiesta las ilegalidades en que por razón de forma se ha incurrido para su otorgamiento, no puede ser tomada en consideración en el presente juicio, si bien se advierte que se procedió con precipitación para dejarla expedita el mismo día del remate. Por estas consideraciones; y administrando justicia á nombre de la Nación.—Fallamos: declarando sin lugar la acción de retracto interpuesta por don José D'Aveggio en su demanda de fojas 4 y que es fundada la oposición deducida por don Lázaro Debernardi, en el otro sí del de fojas 7 y que ha sido fundada en el de fojas 14. Y por esta sentencia, definitivamente juzgando, así lo

mandamos y firmanos en Lima, diciembre 4 de 1905.

Aurelio Pedraza—Augusto Carranza.

Dieron y pronunciaron, etc

Abel D. Effio.

AUTO DE VISTA

Lima, 9 de julio de 1906.

Vistos: en discordia de votos; con los traidos *ad effectum videndi* que se separarán; y considerando: que en la mañana del 31 de agosto del año próximo pasado, se otorgó la escritura de fojas 1, por la cual doña María Tasso de Soltán, con consentimiento de su esposo vendió á don José D' Aveggio la mitad de la finca Nos. 164 y 166 de la calle de Santa Catalina que poseía en común con su hermana doña Etelvina Tasso de Chumbiauca y en general sus derechos hereditarios en la sucesión de su padre, de quien procedía ese bien, como aparece de las declaraciones de fojas 43 vuelta, 55 vuelta, y 56 vuelta, y aún de la razón del actuario de fojas 66; que en la tarde del mismo día se verificó la venta judicial de dicha finca, para los efectos de la división perseguida por sus propietarios, habiendo obtenido la buena pró don Lázaro Debernardi por la suma de 24.700 soles según consta del actâ de fojas 42 de los autos pedidos: que en ejercicio de los derechos legalmente adquiridos á la comunidad de la finca, interpuso, don José D' Aveggio

la demanda de retracto de fojas 4, el 9 de setiembre, ó sea antes de aprobado el remate y de que comenzara, por consiguiente, á correr el término respectivo, conforme al inciso primero del artículo 1485 del Código Civil; que aun que era suficiente la consignación que el retrayente hizo al interponer su demanda, de sólo la mitad del precio, por que la otra mitad le correspondía á él mismo como dueño de la casa y era por tanto innecesario que la exhibiera, el 3 de octubre consignó esta otra mitad, como aparece del escrito de fojas 25 y diligencia de fojas 35 vuelta, ampliación oportuna, porque el auto aprobatorio de la subasta no estaba aún ejecutoriado, desde que fué confirmado el 7 de noviembre, por el auto de fojas 79 vuelta, cuaderno de división: que todas las alegaciones aducidas sobre la supuesta inhabilidad de doña María Tasso para enagenar su parte, durante el juicio ó procedimiento de división, son contrarias al derecho de libre disposición inherente al dominio, reconocido por los artículos 572, 2051 y otros del Código Civil: que aunque uno ó más de los testigos que autorizan la escritura de fojas 1 sean dependientes del Notario ante quien se otorgó, tal circunstancia carece de importancia en este juicio, que no versa sobre la nulidad de dicho instrumento; revocaron la sentencia de fojas 91, vuelta, su fecha 4 de diciembre último: declararon fundada la demanda de retracto interpuesta á fojas 4 por don José D'Veggio y sin lugar la oposición del subastador; y los devolvieron.

Eráusquin.—Villagarcía.—Barreto.—Icjalde.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor Vocal doctor Eráusquin el siguiente: con

los pedidos para mejor resolver que se separarán por los fundamentos de la sentencia apelada, considerando: que aceptada por los dos coherederos la licitación ó venta en pública subasta, como el modo de dividir la casa común ejercitando la acción *familie circumde* ninguna de ellas ha podido sustraerse al convenio, realizando enajenación privada de su derecho en favor de persona extraña: que el único recaudo de la demanda es la escritura de venta que en testimonio corre á fojas 1 de estos autos; que aunque el subastador no ha deducido en forma la nulidad de este instrumento, la prueba actuada acredita, que no se han observado en su otorgamiento todas las formalidades requeridas por la ley y por lo mismo carece de eficacia contra terceros, mi voto es por la confirmatoria de la sentencia; de que certifico.

Ricardo Leoncio Elías

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Don Bartolomé Tasso, por el testamento que obra á fojas 7 del cuaderno acompañado, dispuso, que la finca que poseía en la calle de Santa Catalina de ésta capital se dividiera por partes iguales entre sus dos hijas, doña Etelvina y doña María Tasso; y no habiendo convenido éstas en poseerla, en común resolvieron hacer la partición judicialmente para cuyo efecto nombraron el correspondiente perito y sacaron la finca á remate con las formalidades de ley, habiendo obtenido,

en la subasta verificada el 31 de agosto de 1905 la buena pró don Lázaro Debernardi, á cuyo favor se mandó otorgar la correspondiente escritura; pero antes de aprobarse el remate, inició acción de retracto don José D'Aveggio, alegando que había comprado la porción perteneciente á doña María Tasso de Soltán en la misma fecha 31 de agosto y que siendo comunero tenía expedita la expresada acción de retracto, para cuyo efecto consignaba la mitad del precio correspondiente á la parte de doña Etlvina y esa acción de retracto es la que ha motivado el presente juicio.

Don José D'Aveggio, sostiene que como dueño de la mitad de la finca es comunero y le favorece la ley para obtener el dominio de toda la finca, abonando el precio en que se ha realizado la subasta. El opositor don Lázaro Debernardi alega que habiendo comprado la finca en remate público por solicitud de la misma doña María Tasso, no procede la acción; pues no es posible que la venta privada hecha el mismo día del remate dé derecho al que compró la mitad para ser preferido á quien compró toda la finca en acto público judicial, realizado con consentimiento de todos los dueños de la finca. Los Jueces acompañados Dres. Pedraza y Carranza han expedido la sentencia de fojas 91 vuelta en la que declaran sin lugar la acción de retracto intentada por D' Aveggio, sosteniendo entre otras muchas razones la de haberse sacado la finca á remate con consentimiento de todos los interesados; la de no ser ninguno de ellos el que intenta el retracto, sino un tercero que compró privadamente una acción el mismo día del remate, venta que no puede invalidar los derechos adquiridos por el rematista; porque solo se consignó al pedir el retracto la mitad del precio de la subas-

ta, aunque después se haya consignado la diferencia y porque, habiéndose publicado los avisos para el remate, dando lugar á que se presentaran postores que tenían que hacer consignación del precio, era indispensable que la venta que intentara hacer de un modo particular doña María se avisara al Juez para evitar perjuicios y la irregularidad en celebrar la venta de una parte que por consentimiento de la misma interesada se vendía en remate público á distinta persona.

El superior ha revocado en discordia de votos esa sentencia por la de vista de fojas 131 fundándose en que doña María Tasso dueño de la mitad de la finca, podía vender su parte en cualquier momento, antes de la aprobación del remate y que el comprador que se sustituía en su derecho, tenía como comunero la acción de retracto á cuyo ejercicio había hecho la consignación de la totalidad del precio en su oportunidad y que era, por consiguiente, legal su pretensión correspondiente á la propiedad de la finca.

En concepto del Fiscal, no está arreglada á la ley la resolución de vista, porque además de las poderosas razones aducidas en la sentencia de 1.^a Instancia y apoyadas con el voto discordante del señor Vocal Dr. Eránquin considera el Fiscal que el título de comunero que aduce D' Aveggio no es en ninguna manera mejor que el que sirve á Debernardi para fundamentar su derecho también como comunero para adquirir toda la finca; pues D' Aveggio si compró la mitad de doña María Debernardi, compró el mismo día en remate público la acción de doña Etelvina y además la de doña María; de modo que siendo del mismo día ambos títulos y más amplio, más completo, más solemne y sin tacha de perjuicio de tercero el que sostiene la oposición de Debernardi, no es dudosa la conclusión en favor de la

sentencia de 1.^a Instancia. Si doña María Tasso podía vender su acción que es la base de la resolución de vista, esa venta solo podía autorizar al comprador D'Aveggio para pedir que la mitad del valor del remate se le adjudicara á él, por haberse sustituido en los derechos de doña María, sustitución que no comprendía el derecho de retracto porque éste es esencialmente personal y privilegiado, no puede cederse ni transferirse.

Por otra parte el retracto como doctrina jurídica tiende á limitarse, por que entraba la libre disposición de los bienes y suscita cuestiones enojosas y solo debe respetarse, por consiguiente en los casos claros y perentoriamente comprendidos en la ley; y, en la presente cuestión, lejos de ser dudosa la legalidad de la oposición al retracto, es perfectamente clara y precisa desde que entre ambos contratos de venta es manifiestamente preferible, bajo de cualquiera aspecto que se le considere, el realizado con las formalidades judiciales; por todo lo que concluye este Ministerio que hay nulidad en la resolución de vista, y que reformándola, confirme V.E. la de 1.^a Instancia, salvo mejor acuerdo.

Lima, 27 de setiembre de 1906.

GÁLVEZ

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 3 de octubre de 1906.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vis-

ta de fojas 131, su fecha 9 de julio del presente año, reformándola, confirmaron la de 1ª instancia de fojas 91 vuelta, su fecha 4 de diciembre del año próximo pasado, que declara sin lugar la acción de retracto interpuesta por don José D'Avoggio en su demanda de fojas 4 y fundada la oposición deducida por don Lázaro Debernardi, y los devolvieron.

Gusmán. — Castellanos. — Ribeyro. — León. — Figueroa.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas

Cuaderno No. 384—Año 1906.

El Albacea mientras no haya dado cuenta de su administración y pagado el saldo, no puede retraer bienes de la testamentaría.

Juicio seguido por don Julián A. Valdivia con doña Josefa Valdivia de Salinas sobre retracto. Procede de Arequipa.

AUTO DE 1ª INSTANCIA

Arequipa, marzo 28 de 1906.

Vistos: y teniendo en consideración: que intentada la acción de retracto de fojas 1 por doña Josefa Valdivia de Salinas se presentó interponiendo idéntica acción, á fojas 3, don Julian Adolfo Valdivia, con la circunstancia de ser ambos copropietarios del fundo materia del retracto, que se ha mandado adjudicar á don Luis Guillen, como consecuencia del juicio que seguía contra los herederos de don Manuel Valdivia,