

**En el arrendamiento de una botica, hay cosas susceptibles de locación, y otras que no lo son.**

*Recurso de nulidad interpuesto por don Julio T. Zagal, en la causa que sigue con don Teófilo Santillana sobre desahucio. — Procede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La presente cuestión, que viene ventilándose entre don Teófilo Santillán y don Julio T. Zagal, aquel demandando a éste sobre desahucio de la Botica "Moderna", de su propiedad, establecida en la calle de "El Comercio", N° 65, del pueblo de San Luis de Cañete; ha dado lugar a la duda y confusión, de que es exponente la sentencia del inferior, dictada a fs. 59 vuelta, donde se entra a formular argumentos tendientes a la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del contrato, origen y fuente de las relaciones existentes entre Santillán y Zagal, cual es el que por escrito se presenta a fs. 26 de estos autos, en atención al cual el juez de primera instancia se pronuncia en el sentido de ser ese contrato, de mutuo y no de arrendamiento, para concluir como así lo hace, declarando infundada la demanda de fs. 1, entablada según lo es, por el actor, en el sentido de obtener por vía de desahucio la desocupación y entrega de la Botica sujeta a materia. En verdad que entrar en argumentaciones de semejante

índole, para el efecto de pronunciar sentencia en juicio de desahucio, no sólo se peca contra el precepto general que contiene el artículo 306, inciso 3 y 4 del C. de Procedimientos Civiles, que hacen al actor dueño de concebir e interponer la acción que a su derecho viere convenirle, si que también se procede por dicho juez a llevar a cabo un examen del memorado contrato, con evidente erróneo criterio. Esto último, lo pone en plena transparencia la sentencia revocatoria de vista, en los luminosos y correctos fundamentos, que contiene la parte considerativa del pronunciado a fs. 67. Sólo padeciendo manifiesto error, puede verse, que se califique el citado contrato escrito de fs. 26, de otro distinto al de arrendamiento, que es el que verdaderamente constituye su materia y forma. Siendo sobre el particular, como queda insinuado, los razonamientos en que se apoya la revocatoria del fallo de segunda instancia y abundando este Ministerio en el concepto jurídico que abrazan; los reproduce en todas sus partes, sin que quede nada que agregarse.

En consecuencia, no hay nulidad en el recurrido ya citado, por el que es declara fundada la acción de desahucio de fs. 1, e infundada la excepción de naturaleza de juicio, debiendo don Julio T. Zagal desocupar, en el término de seis días, la Botica "Moderna", materia del desahucio. Opinando el Fiscal que puede la Suprema Corte resolver en tal sentido; salvo mejor parecer.

Lima, 6 de noviembre de 1926.

GADFA.

## RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, 22 de noviembre de 1926.*

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que por el contrato de 11 de noviembre de 1923, a que se refiere el instrumento privado de fs. 26, don Teófilo Santillán entregó a don Julio T. Zagal en calidad de arrendamiento, la Botica denominada "Moderna", de San Luis de Cañete, por el plazo de dos años, uno forzoso, y otro voluntario, que comprendía el local, medicinas y enseres, según el respectivo inventario valorizado; conviniéndose en que, a la expiración del contrato, el primero satisfaría el valor de las medicinas que hubiesen demás, siempre que no excediera de un mil soles, y el segundo pagaría las que resultase de menos: que Zagal se obligó a pagar, como arrendamiento mensual la suma de ciento veinticinco soles y adelantar en concepto de arrendamientos, como en efecto adelantó, la cantidad de quinientos soles: que después de ejecutado ese convenio por algún tiempo ha demandado Santillán el desahucio en 24 de marzo de 1925, por falta de pago de ocho mensualidades: que en el comparendo, el demandado, sin negar la deuda contradice la naturaleza del contrato en que se basa la acción, sosteniendo que el celebrado entre ambos, no es de locación, sino de mutuo, por referirse a cosas fungibles, y que es, por tanto, improcedente la acción de desahucio: que analizando, para los fines de la controversia, el contrato contenido en el instrumen-

to de fs. 26, es evidente que él se contrae a cosas que son susceptibles de arrendarse, y a otras, que no lo son: que, entre las primeras, se hallan el local, el mobiliario, el mostrador, anaqueles, balanzas, envases y utensilios, propios del establecimiento; y entre las segundas, las drogas, pues el artículo 1544 del Código Civil, prescribe, que puede arrendarse toda cosa mueble o inmueble que está en el comercio de los hombres y que no se consume con el uso: que las medicinas no se pueden usar sin consumirlas, y las partes, al celebrar el contrato han entendido que su consumo estaba expresamente autorizado, conforme a la naturaleza de la explotación del establecimiento, estipulando lo conveniente para el reemplazo de las drogas expendidas, por otras iguales, y para el pago del valor de las diferencias: que carece de objeto averiguar cuáles cosas podrían considerarse como principales, en una Botica, y cuáles como accesorias, porque de todos modos, es de esencia en la locación, que no se transmite al conductor la propiedad de la cosa locada, sino el uso, y que el arrendatario debe devolver a la terminación del contrato, la misma cosa a su dueño y en el estado en que la recibió sin más deterioro que el del uso ordinario de ella: que, siendo esto así, el contrato celebrado, respecto a las medicinas, fué un préstamo de consumo o mutuo, conforme a los artículos 1800, 1801 y 1805 del Código mencionado, y era lícito pactar una remuneración por su uso: y que no habiendo pagado el demandado renta alguna por las cosas susceptibles de arrendamiento, durante el plazo a que la demanda se refiere, la acción de desahucio estuvo expedita en la época en

que se interpuso: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fs. 67, su fecha 4 de agosto último, que revocando la de primera instancia de fs. 59 vuelta, su fecha 17 de junio de 1925, declara fundada la demanda de desahucio interpuesta a fs. 1 por don Teófilo Sanjillán; con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso al litigante que lo interpuso; y los devolvieron.

*Barreto. — Huamán de los Heros — Elías. — Quiroga. — Burqa Larrea.*

Se publicó conforme a ley.

*Agustín M. Escudero.*

Cuaderno N<sup>o</sup> 724. --- Año 1926.

---