

Ortiz de Zevallos.—Espinosa.—Castellanos.
—Villaran.—Eguiguren.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno N.º 421—Año 1907.

Los comuneros en el dominio útil no pueden ejercer la acción de retracto respecto del dominio directo adquirido totalmente por uno de ellos.

—

Juicio seguido por doña María Teresa González La Rosa viuda de Melena y hermanos con doña Eudomilia B. de Alvarez sobre retracto.—Procede de Lima.

RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, enero 14 de 1907.

Autos y vistos: atendiendo: á que doña Maria Teresa González La Rosa viuda de Melena, doña Juana González La Rosa y don Toribio González La Rosa, por su escrito de fojas 11, iniciaron la acción de retracto, apoyándose en los incisos 8.º y 5.º de los artículos 1501 y 1900 del Código Civil en su carácter de poseedores del dominio útil de la finca situada en la calle de Santa Clara hoy Ancachs, signada con el número 195 al 199 solicitando la rescisión de la venta

hecha del dominio directo, por el Convento de Santo Domingo á favor de doña Eudomilia B. de Alvarez en 25 de julio de 1906, sustituyéndose en ella, en la proporción correspondiente; á que, corrido traslado de la demanda á la compradora, el esposo de ésta don Arístides Alvarez, por su escrito de fojas 33 se opuso negando á los retrayentes la causa de su derecho alegando, que como lo acredita la escritura, acompañada el 30 de enero de 1906 se le adjudicó en remate el dominio útil de la referida finca en la parte correspondiente al hijo menor de don Teodomiro González La Rosa y que habiendo sido adquirido el bien á título oneroso, durante su matrimonio, correspondía por mitad á ambos cónyuges; que en su calidad de comuneros tuvieron derecho, para proponer y comprar al mencionado Convento, el dominio directo de la finca, lo que se llevó á efecto otorgándose la escritura á nombre de su esposa, siendo por lo tanto inadmisibile el retracto conforme al artículo 1510 del Código citado:—á que recibida la causa á prueba por el término de doce días perentorios conforme á su naturaleza se han actuado las ofrecidas quedando expedita la causa para su resolución en virtud del desistimiento de fojas 46. I considerando: primero, que por la partida de fojas 35 consta que don Arístides Alvarez contrajo matrimonio con doña Eudomilia Bunce el 24 de Diciembre de 1903, constituyéndose en consecuencia desde esa fecha la sociedad legal; segundo, que del testimonio corriente á fojas 13 consta que don Arístides Alvarez obtuvo en remate judicial dos séptimas partes del dominio útil de la finca objeto del retracto correspondiente al heredero de don Teodomiro González La Rosa; tercero, que con esta compra, no sólo se obtuvo el dominio útil referido; sino también el de-

recho de comunidad adquirido igualmente, por la esposa del comprador, quien tuvo perfecto derecho, para efectuar la compra referida; cuarto, que según los testimonios de fojas 2 y fojas 13, ambas compras se han realizado durante la sociedad legal estimándose por lo tanto, como bienes comunes, con arreglo á lo prescrito por el artículo 964, inciso 2.º del antedicho Código; y quinto, que las posiciones absueltas á fojas 42, en nada desvirtúan el derecho legalmente adquirido por la compradora. Por estos motivos, y de conformidad con el artículo 1510 del Código Civil:—Se declara sin lugar la acción de retracto interpuesta por doña María Teresa, doña Juana y don Toribio González La Rosa, á quienes se devolverá la cantidad oblada como precio de la venta y que se ha consignado según recibo acompañado á la demanda.

GOICOCHEA.

Ante mí.—*J. I. Ortega.*

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El adjunto créese que es infundada la demanda de retracto interpuesta por doña María Teresa González La Rosa y hermanas contra doña Eudomilia B. de Alvarez, para sustituirse en la compra hecha por ésta al Convento de Santo Domingo, del dominio directo de una finca, no por aplicación estricta del artículo 1510 del Código Civil en que se fundan los autos de pri-

mera y segunda instancia, sino por una razón de analogía, derivada de lo que ese artículo prescribe.

Demostrado como se hace en el auto apelado, que la compra de las dos séptimas partes del dominio útil hecha por el esposo de la demandada, constituyó también á ésta en comuna en dicho dominio, con las demandantes es claro, para el adjunto, que aún, cuando no hubiera comunidad, en el dominio directo, que es el objeto del retracto, la acción no puede hacerse valer contra doña Eudomilia B. de Alvarez, porque cuando compró al Convento de Santo Domingo tenía aunque en menor porción el mismo carácter de enfiteuta que las demandantes, quienes no pueden invocar su título contra un título igual, para disputar la preferencia en la adquisición del dominio directo, solamente porque representan mayor número de partes en el dominio útil. Falta pues el motivo de la ley, para conceder la acción de retracto y por consiguiente ésta no procede. I aún cuando el caso no fuera claro, siempre habría que resolver en favor de la demandada, por tratarse de un derecho odioso, como el que se concede al retrayente, que debe restringirse en lugar de ampliarse.

Por lo expuesto opina el adjunto que VE. puede servirse declarar, que no hay nulidad en el auto de fojas 54 confirmatorio del de fojas 49, por el que se declara sin lugar la acción de retracto intentada á fojas 1, salvo el más ilustrado parecer de VE.

Lima, agosto 7 de 1907.

ALZAMORA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 6 de setiembre de 1907.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 54 vuelta, su fecha 25 de mayo último, confirmatorio del de primera instancia de fojas 49, su fecha 14 de enero del presente año, por el que se declara sin lugar la acción de retracto interpuesta por doña María Teresa, doña Juana y don Toribio González La Rosa, con lo demás que el expresado auto de vista contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de diez y seis libras peruanas á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Elmore.—Ribeyro.—León. — Figueroa.—Villanueva.

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

El retracto de comunidad establecido por el Código Civil (artículo 1501, inciso 2.º y artículos 505 y 2154) se refiere á la copropiedad entre el vendedor y el retrayente; y este retracto es diferente, y de diversa gerarquía, del retracto concedido al dueño del dominio útil en la venta del dominio directo, (artículo 1501, inciso 8.º y artículo 1502). I es tan preferente este retracto de comunidad, que él existe aún respecto de cosas muebles: (artículo 1499) lo que no sucede con el retracto concedido al señor útil.

Habiendo pues, uno ó varios comuneros en el dominio útil, si se vende el dominio directo, el

retracto que aquellos pueden intentar, no es el de comunidad con el vendedor, de la segunda gerarquía; desde que éste tiene un derecho diverso del derecho común correspondiente á los primeros; ese retracto será pues el de señores útiles en la venta del dominio directo, de la octava gerarquía del citado artículo 1501.

Sucede lo mismo, cuando existen varios dueños de capitales radicados en el fundo ó varios cusufructuarios; el retracto que uno de ellos pueda reclamar en la venta de la propiedad, no es retracto de comunidad; porque la naturaleza del título del vendedor es diferente de la del título del retrayente.

Así, no tratándose de venta de cosas que son comunes al vendedor y comprador, no tiene aplicación el artículo 1510 del citado Código, que suprime el retracto, cuando el comprador es uno de los comuneros ó socios; disposición que se refiere al caso, en que siendo más de dos los copropietarios, uno de ellos venda á otro; y en tal supuesto no procede el retracto, que los demás copropietarios quisieran intentar.

De lo expuesto se deduce, que siendo doña María Teresa González La Rosa viuda de Melena y doña Eudomilia Bunce de Alvarez comuneras en el dominio útil, y el Convento de Santo Domingo el dueño del dominio directo, y habiendo uno de esos señores útiles, doña Eudomilia Bunce de Alvarez, comprado el dominio directo á dicho Convento, no es de aplicación el citado artículo 1510, que suprime el retracto en la venta, que hace uno de los comuneros á otro.

Subsiste pues el retracto intentado por doña María Teresa González La Rosa viuda de Melena y hermanos, con sujeción al inciso 2.º artículo 1501 y artículo 2154. Pero este retracto tiene la limitación del igual derecho que co-

respondería á la compradora doña Eudomilia Bunce de Alvarez que tiene el mismo título de señor útil en la venta del dominio directo. Si ambos tienen por la ley igual derecho, ambos derechos se limitan mutuamente, y cada uno de ellos debe ejercerse en proporción á su haber en el dominio útil: esta regla es de tan evidente justicia, que no necesitaba ser reconocida expresamente; y ella se halla declarada en el caso de retracto de abolengo y de comunidad (primera parte artículo 1504 y artículos 1506 y 505); esta enumeración en casos especiales, no importa excluir la regla general de justicia y de equidad, que dá idéntico derecho á los que se hallan en igual condición; y se necesitaría de una ley expresa y especial, que prescribiera una excepción. Tal excepción se halla establecida en el retracto, que intenten varios censualistas en la venta del fundo; pues siendo ellos de igual antigüedad prefiere el de mayor capital (artículo 1915, tercera parte.)

Según la expresada interpretación de las leyes de la materia, en el caso objeto del juicio, el retracto intentado por la señora González La Rosa y hermanos debe limitarse á una parte del dominio directo vendido, proporcional á su haber en el dominio útil: de esta manera los comuneros en el dominio útil lo serán también en el dominio directo; habrá consolidación de dominio; y todos los interesados llegarán á ser condóminos en la propiedad de la casa, desapareciendo el fraccionamiento de la propiedad entre dominio directo y útil.

Esta consecuencia de reintegrarse el pleno dominio de la casa, que quedará únicamente en la condición provisoria de indivisa, demuestra que esa interpretación es la que corresponde según el manifiesto espíritu de nuestras leyes.

Por tanto: mi voto es porque se declare haber nulidad en la sentencia de vista, y que, reformándose ella y revocándose la de primera instancia, se declare fundada la acción de retracto interpuesta por doña María Teresa González La Rosa viuda de Melena y hermanos, pero sólo en la parte proporcional, que tienen en el dominio útil; de modo, que el dominio directo y el útil quede distribuído entre comprador y retrayentes en idéntica proporción; de que certifico.

César de Cardenas.

Cuaderno N.º 279—Año 1907.

Pago bajo de fianza al acreedor hipotecario en el juicio de concurso.

Recurso de nulidad interpuesto por el doctor don Augusto J. Barrios en la causa que sigue con el Síndico del concurso de los bienes del doctor J. Arturo Carreño y hermanas.—De Lima.

Excmo. Señor:

El 10 de octubre de 1888, doña Elvira Minetti viuda de Carreño prestó 700 soles al 1 y medio % á doña Dorlisca y doña María Evangelina Carreño, quienes garantizaron el pago especialmente con la parte que pudiera corresponderles en una casa de esta capital sita en la calle de