

**Condición resolutoria implícita en una partición extrajudicial.—Prescripción de la acción rescisoria.**

*Recurso de nulidad interpuesto por el Dr. D. Mario Sosa en la causa que sigue Da. María Adriana C. Pardo de Zela de Ríos y otra con Da. Mercedes Pardo de Zela de Sosa, sobre rescisión de contrato. —Procede de Lima.*

**DICTAMEN FISCAL**

Señor:

De los términos de las contestaciones de fs. 11 y 15, y especialmente de los de esta última, y de las alegaciones posteriores de los litigantes, se desprende que la cuestión controvertida o sea la rescisión del contrato de partición celebrado entre los hermanos Pardo de Zela, no ha sido un asunto de puro derecho, sino que envuelve hechos que han requerido esclarecimiento.

Y aunque por resolución de la Corte de Lima, se estableció lo primero, no obstante la oposición de los demandados, cabe legalmente declarar la nulidad de lo actuado con dicha omisión porque así lo preceptúa el inciso 5° del art. 1085 del C. de P. C.

La sentencia recurrida es insubsistente, así como lo actuado desde fs. 67 vta., a cuyo estado debe reponerse la causa para que se reciba a prueba con arreglo a ley.

Lima, marzo 23 de 1935.

**Araujo Alvarez.**

**RESOLUCION SUPREMA**

Lima, abril 10 de 1935.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que consultando la igualdad de los lotes, los tres hermanos, coherederos y comuneros, doña Carlota Pardo de Zela de Ríos, doña Mercedes Pardo de Zela de Sosa y don Francisco Pardo de Zela, celebraron, de mútuo acuerdo, el convenio de partición extrajudicial contenido en la escritura pública de 11 de junio de 1924, corriente a fs. 1, por el cual se dividieron, por igual, entre los tres, los inmuebles de las calles de Mercaderes, Plateros de San Agustín, Boza y Animitas de esta capital, valorizados en 38,000 libras peruanas de oro, debiendo ser cada hijuela de 12,666 libras 667 milésimos: que a doña Mercedes se adjudicaron las fincas de Boza, avaluada en 6,000 libras, y de Animitas, en 1,000 libras, quedándole un remanente que se situó en la de Mercaderes: que hallándose gravada la casa de Boza con una hipoteca de 2,500 libras a favor de la señora de Silva, doña Carlota asumió por entero la obligación de cancelarla, dentro de 60 días, contados desde la fecha de la partición, conviniendo los tres hermanos en facilitar esta liberación, cooperando a que doña Carlota constituyese segunda hipoteca sobre la finca de Mercaderes, de la que ella era mayor porcionista, hasta por la suma de 2,500 libras, quedando así realenga, para doña Mercedes, la expresada casa de Boza: que en 10 de mayo de 1926, doña Carlota constituyó esta segunda hipoteca, según aparece de la escritura de fs.

2, por 2,500 libras esterlinas con la autorización de los otros dos copartícipes, suma que debía destinarse al fin antes indicado: que, sin embargo, doña Carlota no ha cumplido con cancelar el gravamen de la casa de Boza; por lo que, el esposo de doña Mercedes ha interpuesto, en setiembre de 1930, la acción rescisoria a que se refiere la demanda de fs. 8, dirigida contra sus hermanos mencionados, para que se tenga por no celebrada la partición, por haberse realizado la condición resolutoria a que se contrae el art. 1286 del C. C.: que los demandados exponen que la división no se ajustó bajo la expresa condición de que se levantara el gravamen de dicho inmueble, y don Francisco deduce, además, la excepción de prescripción de la acción rescisoria: que hallándose conformes las partes en estos hechos, y fundándose el debate en el tenor de lo estipulado en las escrituras mencionadas y en lo dispuesto por la ley no se requiere mayor investigación para resolver la causa: que según el art. 2150 del C. C., los herederos capaces que celebran una partición extrajudicial, por convenio recíproco, quedan obligados a los efectos de la división conforme a las reglas de los contratos: que la ley supone (art. 1286) que hay condición resolutoria en todo contrato bilateral, cuando uno de los contratantes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne; y realizada una condición resolutoria, o de la cual depende la extinción del contrato, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse: que no es necesario que se estipule expresamente que la inejecución de un convenio por una de las partes ha de producir la rescisión, para que ésta se realice, porque la cláusula resolutoria es por su naturaleza implí-

cita en los contratos bilaterales, y autoriza al otro contratante a pedir, a su arbitrio, o la rescisión, o el cumplimiento de lo convenido: que la desigualdad en las hijuelas se produciría fatalmente, contra el tenor y la finalidad del convenio, si se entrega, gravado, a uno de los partícipes, el bien que otro se obligó a sanear: que aunque los actos y operaciones de partición son complicados, y tienen o pueden tener interés en su subsistencia partícipes a quienes no incumbe tal vez la ejecución o inejecución de ciertos hechos relacionados con otros, las leyes a que están sujetos son las mismas, sea que la división se pacte entre dos o entre mayor número de interesados: que el art. 2162 del C. C., dispone de un modo absoluto que son rescindibles las particiones por lesión en más de tercera parte, y por las otras causas que producen la rescisión de los contratos: que, no obstante, la acción rescisoria se ha intentado, pasados los dos años señalados en el art. 2300 del indicado código: que si bien doña Carlota de Ríos se obligó a cancelar el gravamen de la finca de Boza dentro de 60 días, contados desde la fecha de la escritura de división, de 11 de junio de 1924, el punto de partida para la prescripción no puede ser esta fecha, desde que los tres interesados pactaron que para ello se constituyera, con intervención de todos, una segunda hipoteca sobre la finca de Mercaderes; lo que sólo se efectuó el 10 de mayo de 1926: que computados los 60 días desde esta última fecha, el término de la prescripción comenzó a correr el 10 de julio del mismo año, pues, sólo desde entonces quedó de manifiesto la inejecución de lo estipulado y pudo ser ejercitada la acción rescisoria, por tratarse de una condición resolutoria y no de una condición sus-

pensiva; y que si el actor desmejorase de situación por la pérdida de la finca o por las molestias de la ejecución que se le ha promovido, puede hacer uso de su derecho con arreglo a la ley: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 99, su fecha 26 de setiembre de 1933, por la que revocando la de primera instancia de fs. 69, su fecha 19 de abril del año anterior, declara fundada la excepción de prescripción deducida a fs. 15 por don Francisco de Pardo de Zela y en consecuencia, sin lugar la demanda de fs. 8, sin costas; dejaron a salvo el derecho de la parte actora para que lo haga valer en el modo y forma que viere convenirle; y los devolvieron.

**Barreto. — Quiroga. — Santa Gadea. — Campos,  
Villa García.**

Se publicó conforme a ley; siendo el fundamento del voto de los señores Quiroga y Villa García, el siguiente: que las particiones sólo son rescindibles por las causales enumeradas en el último título del C. C. para la rescisión de los contratos, según lo establece el art. 2162 de este código, y en ninguna de ellas se funda la demanda del doctor Sosa; que, en efecto, la alegada por el actor se refiere a la subsistencia de la hipoteca impuesta sobre una de las fincas adjudicadas a su esposa, por lo que ha sido demandada ya su parte, siendo así que en la división contractual celebrada entre todos los coherederos, el que de estos se obligó a sanear el predio, extinguiendo aquel gravámen, no ha cumplido con hacerlo; que tal situación no sólo ha sido conocida y aceptada libremente en dicho pacto, sino que está contem-

plada en el propio código que en sus artículos 2184 y siguientes, fija el medio de resolverla, en su propósito de dar mayor firmeza a las particiones; disposiciones de la ley que por ser especiales para el caso que se juzga, deben aplicarse preferentemente; y que, en consecuencia, no procediendo la acción rescisoria intentada, no ha lugar tampoco a la prescripción que se le ha opuesto; de que certifico.

*M. Arnillas O. de V.*, Secretario.

N° 1305.—Año 1933.

---