

La prueba de testigos es inadmisibile para acreditar el condominio invocado como fundamento de una acción de retracto.

Recurso de nulidad interpuesto por don Julián Ponce en la causa que sigue con doña Dolores Ponce, sobre retracto.—Procede de Puno.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Julián Ponce Paredes, hace valer acción de retracto de la mitad del fundo "Talamarca-Patjuta", alegando derechos de condominio con la vendedora, que por escritura pública de 8 de enero de 1940, transfirió a doña Sofía Pineda viuda de Cabala, siendo dicha vendedora doña Domitila Ponce Chacalla; y tramitada la causa, con el comparendo respectivo y la prueba ofrecida, el Juez de Primera Instancia de Puno, la resuelve (fs. 48) declarando fundada la demanda; pero como la Corte Superior (fs. 83), en discordia, revoca la sentencia de Primera Instancia y declara sin lugar la demanda de Ponce Paredes; éste hace valer recurso de nulidad, concedido a fs. 85.

Ponce Paredes, no ha acreditado, en la forma que lo exige la ley, y como lo demuestra el Tribunal Superior, el título que tiene para justificar la acción de retracto, ya que el condominio a un inmueble solo

puede comprobarse con la escritura pública respectiva; pues las declaraciones testimoniales que ha ofrecido y obran en autos, no pueden, legalmente, acreditar esa propiedad o condominio, ya que la simple posesión, tratándose de la acción de retracto, no puede justificar la propiedad, aunque establezca la ley, como regla general, que al poseedor se le reputa propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Desde fs. 16, la demandada, Domitila Ponce ha exigido que el demandante presente el título que justifique su acción de retracto, y el Tribunal Superior insistió en el mandato de esa presentación, lo que no ha cumplido dicho demandante; así como tampoco con presentar los documentos a que se refiere el decreto de fs. 77, no obstante el requerimiento de fs. 79 vta., para justificar el otro fundamento de su demanda, o sea el entroncamiento del primitivo dueño con él.

El voto discordante de fs. 84, considera que la demanda es fundada, porque estima que habiéndose comprobado testimonialmente la posesión, se presume, con arreglo al art. 827 del C. C., que el poseedor es reputado propietario; pero olvida que esa presunción no funciona en el caso del retracto, en que cuando se hace valer, y no están las partes de acuerdo, es obligatoria la presentación del título que justifique el condominio en que se apoya la acción, como se desprende del tenor de los artículos 1446, 1450 y 1451 del C. C.

Además, la venta ha sido de la mitad del fundo, estableciéndose en la escritura, quienes son los propietarios de la otra mitad (fs. 74); y, por tanto, dividido

el inmueble, sin que conste en cual de sus partes tiene derecho el demandante; la simple prueba de una posesión, en abstracto, no puede justificar una acción para retraer, con el título de propietario, ya que no se sabe si esa propiedad del actor, está en la parte que se vende o en la otra, que no es materia del contrato; y sin que se explique que si esa posesión es cierta, se haya podido verificar la traslación de dominio a favor de la compradora, sin oposición del demandante que tal posesión decía tener.

Si el demandante que afirma un derecho y la demandada niega, está obligado a probarlo, conforme a la ley, en todo juicio; si esa prueba es tanto más necesaria, en forma concreta, respecto del derecho de propiedad, en acciones de retracto como la que se estudia; y si el demandante no ha acreditado el fundamento de su acción, ni por razón de copropiedad, aducido en la demanda, ni de entroncamiento, aducido en el comparendo, hay que concluir que la resolución Superior revocatoria, está arreglada a ley, opinando el Fiscal que la Suprema Corte debe declarar que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, mayo 4 de 1942.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 13 de 1942.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 83, su fecha 10 de octubre de 1941, que revocando la de primera instancia de fs. 48, su fecha 9 de enero anterior, declara infundada, sin costas, la demanda interpuesta a fs. 1 por don Julián Ponce Paredes; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

**Zavala Loaiza. — Valdivia. — Ballón. — Pastor.
Samanmud.**

Se publicó conforme a ley.

A. Equren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 192.---Año 1942.
