

Es infundada la demanda sobre extracción de mejoras si anteriormente se ha declarado que éstas no son de abono.

Juicio seguido por don Claudio Jesús Mollo con don Pedro Pablo Mollo. sobre extracción de mejoras.— De Arequipa.

SENTENCIA DE VISTA

Arequipa 7 de agosto de 1907.

Vistos: en discordia y con mayor número de votos; por los fundamentos pertinentes de la sentencia apelada de fojas 81, fecha 17 de mayo del año último; y considerando además: que no todas las mejoras que dicha sentencia reconoce á favor del demandante Mollo, son separables del fundo sin destruirse; y que no ha mediado solicitud de parte para la inscripción de dichas mejoras en el Registro de la Propiedad Inmueble: confirmaron la indicada sentencia en cuanto declara que corresponden á don Claudio Mollo las siguientes mejoras: puertas de madera y reja de fierro de la habitación de la derecha que hace frente en la casa, la puerta de calle, la puerta de la habitación de la izquierda, las puertas de las otras habitaciones del patio, los corredores de calamina con sus respectivos pilares de madera, la pila de madera con su respectiva balaustrada que se encuentra en el patio, las rejas de fierro del zaguán y la que existe atrás de la casa; y que puede extraer dichas mejoras el actor, salvo el caso de que el síndico del concurso, en el que se

halla comprendida la casa mencionada, haga gestión para que proponga abonarlas á justa tasación; la revocaron en lo demás que dicha sentencia contiene; y por cuanto de los recursos de fojas 1 y 61 y de la declaración de fojas 63 aparecen notables alteraciones, cuya procedencia es indispensable esclarecer; mandaron en concordia, que se inicie el sumario respectivo para los fines de ley, desglosándose de los autos las referidas piezas de las que se dejará copia certificada en este expediente; y los devolvieron previo reintegro del papel.

Calle.—Talavera.—Montoya.—Soto,

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor vocal doctor Soto en la forma siguiente:

Resultando de autos: primero, que la demanda de fojas 1 se entabló después que la ejecutoria suprema de fojas 217 del expediente acompañado, en la que se declaró que don Claudio Mollo no tenía derecho á cobrar ninguna clase de mejoras que pudiera haber puesto en la casa de sus padres; lo cual envuelve la declaratoria de que quedaron en favor del fundo, porque de otro modo, se habría dejado á salvo el derecho de aquél para que exigiese la entrega de las separables; segundo, que la referida demanda de fojas 1 ha sido tan sustancial y visiblemente alterada, como está de manifiesto, que sólo se halla claro que se demandó como mejoras los corredores, una reja del zaguán de la casa, mamparas, *lamparines*, *cortinas*, *celosías*, *cornizas*, las puertas y puertas mamparas, *muebles*, *estantes*, *libros* y demás “que se notan á la vista”; de cuyos objetos sólo pueden considerarse como mejoras la reja, las mamparas, los corredores y puertas, siendo estas últimas de las que no pueden separarse; ter-

cero, que reducida la demanda á sólo las mamparas y reja del zaguán, como queda expresado en el considerando anterior, la prueba debió concretarse únicamente á esas puertas puesto que aquello de celosías, cortinas, estantes, libros, etc. jamás puede considerarse como mejoras; cuarto, que aún suponiendo gratuitamente que no hubiera implicancia entre el fallo recaído en el expediente acompañado y la prosecución de este juicio, las pruebas actuadas en aquél no pueden hacerse valer en éste; quinto, que con olvido de lo dispuesto en el artículo 664 del Código de Enjuiciamientos Civil el interrogatorio de fojas 34, única prueba apreciable en estos autos, no abraza únicamente los hechos que constituyen la demanda, indicados en el considerando tercero, sino que se refieren á construcción de habitaciones, enladrillados, pinturas y otras que no se expresaron en la demanda aunque después por medio de las suplantaciones que están á la vista se ha querido inerustar "los materiales de cuatro habitaciones y una paja de agua"; sexto, que concediendo que dicha prueba de fojas 34 se hubiera concretado á los hechos deducidos en el juicio, no habría la plena que exige todo fallo para ser justo, pues que de las tres únicas declaraciones tomadas á fojas 62, 63 y 64, la primera sólo constata que el demandante construyó una sola habitación en la casa referida, ignorando la segunda y tercera pregunta que se hace; la segunda declaración ha sido alterada en parte esencial, pues en la parte donde el testigo dijo, *no le consta*, se ha puesto *si le consta*, lo cual la invalida de acuerdo con lo que preceptúa el inciso 2.º del artículo 731 del Código de Enjuiciamientos Civil; y la tercera es singular, pues, contesta que es cierto todo el contenido de la primera pregunta y que ha oído decir lo que indi-

can las otras dos preguntas; sétimo, que no habiendo reunido la prueba testimonial actuada los requisitos de los artículos 947 y siguientes de dicho Código de Enjuiciamientos Civil, el actor no ha comprobado su acción por ese medio, ni con la minuta de fojas 165 que no puede invocarse al presente, tanto porque se refiere á una transacción en que no entró el demandante cuanto porque su reconocimiento incidió en un proceso fenecido, que es el presentado como prueba; que constando á fojas 32 que la casa donde se dice existir mejoras, fué vendida á don R. Beaumont, debió hacerse valer cualquier derecho sobre dichas mejoras en el concurso, puesto que ya la tal casa no está en poder del demandado cuyo hecho afirmado en el indicado recurso de fojas 32 no ha sido contradicho por nadie; noveno, que aún en el caso de considerar como identificadas tales mejoras, desde que pasaron á extraño poder (el subastador Beaumont), es aplicable el artículo 999 del Código de Enjuiciamientos Civil; y, décimo, que las suplantaciones que también se notan en el recurso de fojas 61 fuera de las ya indicadas de fojas 1 y 63 arguyen la mala fé con que se ha litigado por parte del actor. Por tales fundamentos: revocaron el fallo apelado, por no estar probada la acción incoada, declarándose ésta infundada é ilegal, subsanándose previamente la grave omisión en que se ha incurrido desde fojas 91, no citando á la demandada Ollachica, ó á quien represente sus derechos; si es que ha muerto; declararon nulo el auto de su referencia de fojas 88 vuelta y condenaron en costas al actor, sin perjuicio del esclarecimiento que requieren las suplantaciones anotadas.

J. Miguel de La Rosa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Don Claudio J. Mollo litigó con su padre don Pedro P. Mollo, sobre derecho á mejoras hechas, con permiso de éste, en la casa que habitaba gratuitamente el primero, de propiedad del segundo, pretendiendo el pago de dichas mejoras; este pleito concluyó por sentencia ejecutoriada, que corre á fojas 217 del cuaderno acompañado.

Perdido en este juicio, el mismo demandante entabló nueva demanda para que se permita extraer las mismas mejoras. Mientras tanto, los bienes del demandado habían entrado en concurso, con ellos la casa, y cuando el síndico del concurso fué citado con la demanda, la casa había pasado á poder de tercera persona, mediante remate público.

Seguida la causa por los trámites que señala el artículo 998 E., el Juzgado declaró que el demandante tenía derecho á extraer ciertas mejoras, consistentes en puertas, ropas, enladrillados, empedrados, corredor de calaminas con sus pilares de sustentación, etc., salvo que el síndico de la quiebra las quisiera abonar á justa tasación. Con modificación pequeña la Il.ª Corte Superior de Arequipa confirmó esta sentencia, de la cual se ha interpuesto el extraordinario de nulidad.

El recurso es fundado porque la sentencia va directamente contra la ejecutoria citada. En ésta no se ha decidido simplemente sobre la obligación de don Pedro P. Mollo á indemnizar á su

hijo, sino que se ha negado á éste todo derecho á las mejoras. En el dictamen fiscal que VE. aceptó reproduciendo sus fundamentos, se explica bien claro que el derecho de don Claudio á las mejoras se reducía á gozar de ellas. Dice el dictamen: “Pero además de estas consideraciones, la presunción natural es defecto de prueba en contrario, que el demandante hizo ó costó las mejoras sin ánimo de cobrarlas, en virtud de esa especie de copropiedad que hay entre los padres y los hijos y además con el objeto de gozar de ellas, pues él mismo habitaba la casa donde tenía un departamento, etc.” Por éste y otros pasajes debe deducirse que la ejecutoria, es la liberación absoluta para el dueño de la finca y siendo así, el fallo recurrido es insostenible.

Por lo expuesto y por los fundamentos del voto discordante del señor vocal Soto, créese el infrascrito que hay nulidad y que declarando infundada la demanda debe absolverse de ella al demandado, salvo más ilustrado parecer.

Chosica, á 7 de agosto de 1908.

TORRE GONZÁLEZ.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 21 de agosto de 1908.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal que se reproduce y considerando: que la sentencia de vista de fojas 101 vuelta, su fecha 7 de agosto del año próximo pasado, es opuesta á la ejecutoria suprema que en copia

corre á fojas 217 del expediente acompañado en que se declaró que no son de abono á don Claudio Jesús Mollo, las mejoras cuyo pago había reclamado, las cuales por tanto deben quedar á beneficio de la finca; que á mayor abundamiento las expresadas mejoras son inseparables de la misma finca; de manera que no pueden estar sujetas á lo dispuesto en la primera parte del artículo 1626 del Código Civil y estando á lo prescrito en el inciso 12 del artículo 1649 del Código de Enjuiciamientos en materia civil; declararon haber nulidad en la expresada sentencia de vista en cuanto confirmando en una parte y revocando en otra la de primera instancia de fojas 81, su fecha 17 de mayo del citado año, declara fundada la demanda respecto á las mejoras que enumera; reformando la primera en esa parte y revocando la segunda en todos los puntos que contiene, declararon infundada la referida demanda de la que absolvieron á don Pedro Pablo Mollo; y los devolvieron.

Guzman.—Elmore.—Ribeyro.—Leon.—Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno N.º. 634.—Año 1907.

NOTA.—En el juicio seguido entre los mismos interesados sobre cantidad de soles se expidió el dictamen y resolución suprema siguiente:

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Por el escrito de fojas 1 don Claudio Jesús Mollo demandó á su padre don Pedro Pablo Mollo cobrándole 5000 soles que según sus afirmaciones le adeudaba en esta forma: 3000 soles por mejoras hechas á sus expensas en la casa que ambos habitaban, y 2000 soles por un legado que para la compra del sitio donde está construída la casa le dejó su madrina doña Josefa Sollasi; y en la contestación absolutamente negativa del padre demandado, éste interpuso reconvencción, para que el demandante le abonase 2000 y pico de soles por alquileres del departamento que ocupaba en la referida casa de su propiedad, desde que llegó á la edad de la mayoría.

Las dos acciones debatidas con abundancia de prueba, principalmente testimonial, han sido resueltas en la sentencia de primera instancia declarándose que es fundada en parte la acción de mejoras y que el demandado tiene derecho también á los arrendamientos que cobra; todo previa valorización por peritos.

El Tribunal Superior de Arequipa ha confirmado y ampliado en favor del demandante la sentencia en lo relativo al pago de mejoras, y la ha revocado en la parte que falla sobre los arrendamientos, declarando, en consecuencia, sin lugar la reconvencción; por lo cual el actor no ha interpuesto recurso de nulidad.

El adjunto se ha formado un concepto muy distinto de las pretensiones de ambas partes, y cree que unas y otras deben ser declaradas sin lugar.

La demanda, en cuanto al legado de 2000 soles, ha resultado completamente infundada, por los motivos que se expresan en la sentencia apelada, confirmada en esa parte por la de vista; y sobre este punto, no versa el recurso.

Respecto de las mejoras hechas en la casa de San Antonio, hay que estar al principio general de que las mejoras no son de abono por el propietario, sino cuando éste se ha obligado á pagarlas, salvo el caso de los reparos necesarios. Este principio que constituye un precepto legal en el contrato de arrendamiento, y en el de enfiteusis, rige tambien en este caso por analogía, conforme á lo dispuesto en el artículo 515 del Código Civil.

Don Claudio José Mollo, sólo ha probado, con la absolución de posiciones del demandado y las declaraciones citadas en la sentencia del Juez, que hizo en la casa las mejoras consistentes en la apertura de 3 portadas, construcción de un corredor de madera con calamina, de 6 portones de vidrios, una ventana de rcja para la calle, y en la pintura de la casa, ninguna de las cuales tiene el carácter de mejoras necesarias; y en cuanto al concepto en que las hizo, el mismo demandante afirma en el recurso de fojas 100 que sus padres le dieron permiso, para mejorar la casa; hecho que no puede servir de título, para demandar el valor de lo que gastó en eso porque permitir que se hicieran las mejoras no es obligarse á pagarlas.

Pero, además de estas consideraciones, la presunción natural es en defecto de prueba en contrario, que el demandante hizo ó costó las mejoras sin ánimo de cobrarlas, en virtud de esa especie de co-propiedad, que hay entre los padres y los hijos y además, con el objeto de gozar de ellas, pues él mismo habitaba la casa, donde tenía

un departamento de 4 habitaciones, según resulta del escrito de fojas 11 y de su propia confesión de fojas 33; obediendo quizá la demanda al propósito nacido posteriormente, de hacerse dueño de la finca de acuerdo con su madre, doña María Ollachica de Mollo, quien según por entones diversos juicios con su marido sobre devolución de bienes y divorcio. Así autoriza á suponerlo la declaración prestada por la Ollachica á fojas 120, cuyo testimonio se aceptó á mérito de la ejecutoria de fojas 111 pronunciada por la Ilustrísima Corte de Arequipa, contra las terminantes disposiciones de la ley.

La reconvencción para el pago de los alquileres del departamento ocupado por el demandante es tambien infundada, por la razón de que aquel vivía en familia, con sus padres y no hay prueba alguna de que se hubiese pactado el pago de arrendamientos como se establece en el fallo de vista al revocar en esa parte el de primera instancia.

El adjunto hace notar, para concluir, que dicho fallo es en todo caso nulo, en la parte, que amplía la responsabilidad del demandado por razón de las otras mejoras mencionadas en la parte considerativa, porque habiendo el demandante excluido expresamente de la apelación ese punto, como se vé en el escrito de fojas 191, estaba ejecutoriado en cuanto á él lo resuelto, por el Juez, y el Tribunal no ha podido legalmente hacer ninguna ampliación, sobre tales mejoras; siendo por lo demás impertinentes los artículos sobre accesión que se invocan como fundamento, porque el litigio, no es de esa especie.

Por las consideraciones expuestas que el adjunto estima concluyentes, opina, porque VE. puede servirse declarar nula la sentencia de fojas 207, revocar la de fojas 188 y resolver que son infundadas la demanda y la reconvencción; salvo el más ilustrado parecer de VE.

Lima, 21 de julio de 1904.

ALZAMORA.

Lima, 27 de julio de 1904

Vistos: de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declarar en haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 208, su fecha 20 de noviembre de 1902, y reformándola y revocando la de primera instancia de fojas 188, su fecha 2 de junio del mismo año, declararon infundada la demanda de fojas 1, interpuesta por don Claudio Jesús Mollo y la mútua reconvencción deducida á fojas 3 por el demandado, y los devolvieron.

Guzman.—Castellanos.—Ribeyro.—Villarán.—Figueroa.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno No. 313.—Año 1904.