

Sentido de la colindancia en las acciones de retracto.

Recurso de nulidad interpuesto por don Guillermo Montoya, en la causa que sigue con don Jesús Yáñez, sobre retracto.

Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Guillermo Montoya propietario de unos terrenos en el pago de Chuñuño, provincia de Caravelí, inició acción de retracto contra doña Jesús Yáñez compradora y doña Rosa H. viuda de Ortega, vendedora, respecto de unos terrenos que dijo eran colindantes con los suyos, habiéndose otorgado la correspondiente escritura por ante el Notario Córdova, de esta capital.—Ignorando el monto del precio consignó mil trescientos soles en documentos de fojas tres.—En el comparendo la compradora dijo que había celebrado el contrato para su hijo Oscar Salazar Yáñez, lo que dió lugar a que admitiendo el demandante la excepción de inoficiosidad, iniciara por separado acción contra el verdadero comprador. —Acumulados ambos cuadernos, se siguió la causa hasta pronunciarse la sentencia de fojas 86 que declara fundada la demanda y ordena que la escritura se extienda a favor de Montoya.—Este pidió aclaración para que el Juzgado

dispusiera que Salazar estaba obligado a devolverle el monto de los frutos desde que entró en posesión de los terrenos retraídos, y a pagarle los intereses legales del precio, a lo que el Juzgado accedió llanamente, según es de verse en el auto de fs. 91.—Formulada apelación contra la sentencia, la Corte Superior la confirmó a fs. 102 vuelta, exonerando al demandado de las costas causadas.

Considero que hay error en la sentencia de Primera Instancia y por consiguiente, nulidad en la confirmatoria.

Don Guillermo Montoya invoca en su favor el inc. 5o. del art. 1450 del Código Civil, pero la ubicación de sus tierras y las que son materia del retracto no llena, en mi concepto, la condición de colindancia exigida por la ley. Durante la secuela del juicio se practicó la inspección ocular de fs. 86, en la que hay constancia de que entre uno y otro terreno existe una acequia por medio de la cual riegan sus terrenos muchas personas, además de Montoya y Salazar; — que esa acequia divide (o separa) los terrenos de los que son materia del retracto y que estos no lindan por ninguna otra parte con los del demandante; habiendo una acequia (que debe ser la misma) en medio de ambos.— Se apreció también que hay un camino, llamado “Callejón de los Molinos” de dos metros de ancho, y que a cada lado de ese camino están los terrenos de demandante y demandado, encontrándose ambos cercados con muros de piedra y tierra. El camino, se hace constar, es de tránsito público, o sea que lo utilizan Montoya, la vendedora y otros vecinos.— Se deja constancia en la escritura que dió origen al retracto, que no se ha hecho mensura de los terrenos que la viuda de

Ortega vende a Salazar, porque aún no ha sido calculada el área que les corresponde.

Las circunstancias que se dejan expuestas y que más ampliamente aparecen de la inspección ocular de fs. 43, están demostrando que no existe la colindancia invocada por el retracto, porque entre ambas propiedades existe un camino público que es usado por todos los que tienen terrenos en esa parte, luego es indudable que existe solución de continuidad entre uno y otro; y que si Montoya adquiere para sí lo que fué propiedad de la vendedora podrá cerrar el camino y entonces no sólo interceptará el paso a terceros, sino que, con ello, dará lugar a una serie de litigios por actos atentatorios a la servidumbre existente, que aprovechan personas que no han sido parte en este juicio. Además de la servidumbre de paso, existe la acequia por la cual riegan varias personas, con la que se mueve un molino y por la que discurre el agua destinada al servicio público en la ciudad de Caravelí.

Si a lo anterior se agrega que no se conoce la extensión de las tierras materia del retracto, no puede saberse si se cumple lo establecido en la última parte de la disposición citada, respecto a la cabida de la finca vendida y de la que resulte por la unión de ambas.—Este es un punto de importancia, porque cuando la ley fija determinada extensión, debe establecerse en la escritura, y en el juicio, con toda precisión a fin de evitar que, saliéndose de una omisión, pueda burlarse el espíritu y la letra de la disposición legal.

Si la Corte Suprema encontrara aceptables las consideraciones que preceden, puede declarar que hay nulidad en el fallo de vista de fs. 102 vuelta, confirmatorio del de Primera Instancia de fs. 86, y reformándolo, revocar el segundo, declarando infundadas las acciones de retracto que interpuso don Guillermo Montoya, y que fueron materia de los expedientes acumulados a que este dictamen se refiere.

Lima, 27 de mayo de 1945.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 12 de mayo de 1945.

Vistos; — en discordia de votos — de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento doce vuelta, su fecha veinueve de agosto último, que confirmando la apelada de fojas ochentiseis, su fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarentitrés, declara fundada la demanda de retracto interpuesta por don Guillermo Montoya contra doña Rosa Herminia Navarro viuda de Ortega y otro; reformando la primera y revocando la segunda: declararon infundada dicha demanda y los devolvieron.

Portocarrero — Arenas — Samanamud — Vásquez.

Por los fundamentos de la sentencia de primera instancia, nuestro voto es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la confirmatoria que declara fundada la demanda.

Ballón — Valdivia

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reyna, Secretario.

Cuaderno No. 2111 de 1944.