

Si el marido enajena un bien común después de planteado el divorcio por la esposa, es fundada la demanda de retracto interpuesta por la última.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por escritura pública de 11 de abril de 1944, don César A. Avilés casado con doña Amelia Herrera, vendió al Dr. Pedro Ricardo Quijandría, por la suma de seis mil soles oro, sus derechos y acciones en un terreno situado en la manzana No. 10 de la Urbanización Chacra Colorada, adquirido a plazos por el vendedor, que adeudaba todavía a don Laureano Rodrigo la cantidad de seis mil ochocientos setenta soles. En la venta se comprendieron 3 cuartos, las instalaciones de agua y desagüe, etc., como consta en la cláusula quinta.

La indicada venta ha originado que doña Amelia Herrera de Avilés, como miembro de la sociedad conyugal, interpusiera acción de retracto, consignando la mitad del precio pactado que correspondía a la acción de su esposo don César A. Avilés, de quien, posteriormente, se ha divorciado por mutuo disenso. Contemporáneamente inició juicio sobre nulidad de la venta referida, según es de verse del expediente acompañado.

El Juzgado de Primera Instancia, declaró fundada la demanda sobre nulidad del contrato de venta de 11 de abril de 1944; y al resolver el presente juicio sobre retracto lo declaró sin lugar, por la razón de que, como consecuencia de la nulidad declarada en los autos de nulidad, el inmueble litigado debía restituirse a la sociedad conyugal y quedar sujeto a la liquidación del patrimonio por haberse disuelto el vínculo matrimonial.

Apelada la sentencia del juicio de nulidad, la Corte Superior revocó la sentencia en cuestión, y declaró infundada la demanda; y en el presente juicio confirmó la sentencia que resolvió que el retracto era infundado. Doña Amelia Herrera interpone recurso de nulidad.

Es verdad que cuando don César Avilés vendió sus derechos y acciones en el inmueble materia del juicio, la sociedad

conyugal estaba vigente; pero no es menos cierto que ya existían desavenencias, que motivaron un juicio por causales interpuesto por la esposa, del que se desistió por haber convenido con su cónyuge en iniciar el divorcio por mutuo disenso.

De manera que el inmueble en referencia, adquirido durante la sociedad conyugal, quedaba sujeto a los resultados del juicio de divorcio, teniendo la actora un derecho sobre el mismo, que hace viable el retracto sobre el 50 % de la cosa, lo que, por otra parte, atenúa el abuso del derecho que importa la venta por el marido de la totalidad de un bien común mediante la circunstancia de seguirse juicio de divorcio.

Por lo expuesto, el Fiscal es de opinión que procede declarar que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida; reformándola, y revocando la de primera instancia, declarar fundada la demanda sobre el 50 % materia de la misma.

Lima, 30 de junio de 1949.

GARCIA ARRESE.

RESOLUCION SUPREMA

Lim, diecisiete de agosto de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y considerando además: que iniciada la acción de divorcio por doña Amelia Herrera contra su esposo don César Avilés, en cinco de abril de mil novecientos cuarenticuatro, por las causales que allí se invocan, la cónyuge se desistió y apartó del procedimiento para iniciar de acuerdo con su esposo la separación por mutuo disenso, procedimiento que terminó con la disolución del vínculo matrimonial en siete de agosto de mil novecientos cuarentisiete, como consta de los correspondientes expedientes acompañados; que en el primero de los procedimientos iniciados, la demandante doña Amelia Herrera de Avilés hizo presente en el escrito de demanda que el único bien de la sociedad conyugal consistía en un terreno con su construcción situado en la calle Jorge Chávez de esta Capital, y el demandado en el acto de comparendo realizado el diez de mayo del mismo año, expuso que "respetando la parte proporcional que le toca a la demandante la he reservado para entregársela tan luego como ella lo crea conveniente"; que no obstante tan perentoria

declaración ante la autoridad del Juzgado, el propio Avilés vendió con fecha once de abril de mil novecientos cuarenticuatro, días después de iniciada por la esposa la acción, de divorcio, al doctor Pedro Ricardo Quijandría, el lote de terreno de la Urbanización Chacra Colorada, calle Jorge Chávez, que pertenecía a la sociedad conyugal, aprovechando de su condición de jefe de dicha sociedad, para burlar así los derechos que correspondían a su cónyuge y que en el acto del comparendo ofreció respetar; que habiendo quedado consentida y ejecutoriada la sentencia de segunda instancia que reconoció la validez de la escritura de venta del terreno con su construcción, otorgada por don César Avilés al doctor Pedro Ricardo Quijandría, queda por definir y resolver si en el presente caso procede la acción de retracto que de la mitad de dicho bien ha interpuesto doña Amelia Herrera por el derecho que le corresponde al haber adquirido el bien durante su matrimonio con don César Avilés; que este último al llevar a cabo la venta del inmueble que pertenecía a la sociedad conyugal, ha cometido un abuso del derecho que rechaza el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil, por lo que debe reparar el daño material causado a la que fué su esposa; y que bajo este concepto la acción de retracto interpuesta está amparada por la disposición del inciso primero del artículo mil cuatrocientos cincuenta del Código Civil: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas sesentisiete, su fecha veinticuatro de agosto del año próximo pasado, en cuanto confirma la de primera instancia de fojas cuarentiuna, su fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cuarentisiete, y declara sin lugar la demanda de retracto interpuesta a fojas cinco por doña Amelia Herrera de Avilés contra el doctor Pedro Ricardo Quijandría y otro; reformándola en este punto y revocando en el mismo la apelada: declararon fundada dicha demanda, y que la actora se sustituya al comprador en el cincuenta por ciento del terreno y construcción materia de la escritura pública de once de abril de mil novecientos cuarenticuatro otorgada ante el Notario doctor Velarde Aizcorbe, previo pago de la mitad del precio y de la de los gastos sufragados según la indicada escritura; declararon **NO HABER NULIDAD** en la referida resolución de vista en la parte en que declara sin lugar las excepciones de naturaleza de juicio

y de irresponsabilidad deducidas a fojas diecisiete; sin costas; y los devolvieron.

VALDIVIA.— FUENTES ARAGON.— COX.— PINTO.—

CONSIDERANDO: que doña Amelia Herrera de Avilés inició juicio de divorcio contra don César Avilés el 10 de abril de mil novecientos cuarenticuatro, siendo notificado al día siguiente once, efectuándose el comparendo el diez de mayo del propio año y se le dió por desistida el treintiuno de mayo, según consta del cuaderno respectivo (fojas dos, diez y catorce); que se inició la separación de cuerpos promovidas por la misma actora el seis de junio de mil novecientos cuarenticuatro, lográndose setencia favorable el quince de junio de mil novecientos cuarenticinco y fué aprobada por sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos cuarentiseis, la cual se convirtió en divorcio en primera instancia por resolución de veintisiete de junio de mil novecientos cuarentisiete aprobada por la de vista en siete de agosto de mil novecientos cuarentisiete, según es de verse de las piezas de fojas una, doce, veintidos, veintiocho y treintitres del correspondiente cuaderno; que don César Avilés transfirió sus derechos y acciones emanadas de la promesa de venta a que se refiere el documento corriente a fojas seis del cuaderno sobre rescisión de contrato, habiéndose efectuado dicha trasferencia por escritura pública de once de abril de mil novecientos cuarenticuatro o sea del mismo día en que se notificó a Avilés la demanda de divorcio. La escritura de trasferencia obra en copia simple a fojas dos de estos autos y en testimonio a fojas cinco del juicio de nulidad; que el día cuatro de mayo en que se inició esta acción de retracto (fojas cinco) por la actora, inició también otra demanda contra Avilés, la testamentaría de don Miguel Echenique y don Pedro Ricardo Quijandría, solicitando acumulativamente dos acciones diversas; una destinada a obtener la nulidad del contrato de trasferencia de acciones y otra para obtener la nulidad de la adjudicación de propiedad efectuada por la testamentaría Echenique a favor de Quijandría objeto de la escritura pública de 20 de abril de mil novecientos cuarenticuatro, corriente a fojas cincuentinueve del referido juicio de nulidad; que la sentencia de primera instancia

de veinticinco de agosto de mil novecientos cuarentisiete resolvió solo una de las acciones: la de nulidad de transferencia de acciones, dejando sin decisión lo concerniente a la nulidad de adjudicación, y con la misma omisión fué revocada por la de vista de veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarentiocho, estableciendo ésta ser infundada la acción respecto de la transferencia (fojas una, ochentisiete y ciento diecisiete del juicio de nulidad); que la demanda de retracto expresa claramente su objeto o sea la transferencia de los derechos y acciones emanados del documento privado de fojas seis del cuaderno de rescisión y no respecto del bien mismo adjudicado por la testamentaria por escritura de veinte de abril de mil novecientos cuarenticuatro, y por éso no se ha demandado ni citado a la testamentaria adjudicante; que de lo expuesto resulta que la transferencia de acciones se efectuó el mismo día en que fué notificado Avilés con la demanda de divorcio y pudo vender a tenor del artículo ciento ochentiocho del Código Civil; que las acciones crediticias y las de simple promesa de venta no están comprendidas en los únicos casos de retracto enumerados en el artículo mil cuatrocientos cincuenta del Código Civil; y que por otra parte al incoarse el juicio de retracto no se ha consignado el importe de la alcabala cuyo monto aparece del recibo inserto en la escritura acompañada por la demandante (fojas cincuentiseis del expediente sobre nulidad); mi voto, con lo expuesto por el señor Fiscal, es porque se declare no haber nulidad en la recurrida que confirmando la de primera instancia, declara infundada la demanda; sin costas.

LEON Y LEON .—

Se publicó.

Jorge Vega García.— Secretario.—

Cuaderno No. 208. Año 1949.

Procede de Lima.