

Si la cosa es común y no se ha verificado la división, los comuneros gozan y usan libremente de la misma: ninguno de ellos, sin que medie contrato de locación entre los condóminos, puede fijar determinada suma en concepto del alquiler que deben pagar los demás por el hecho de que él no vive en el bien. La acción que corresponde ejercitar contra los que están en posesión de la cosa común no es la de fijación y cobro de merced conductiva.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Angel Bottino Farfán promueve acción ordinaria contra sus hermanos Rosa María, Héctor Dionisio y Graciela Bottino Farfán a efecto de que se le reconozca al demandante el derecho que le asiste a percibir los frutos o la renta de la parte alta de la casa vivienda que ocupan los demandados; y fija para ello la suma mensual de S/. 1,800.00 por alquiler. Contestada negativamente la demanda, después de haber sido desestimada la excepción de cosa juzgada, planteada a fs. 4, se abre la causa a prueba y se actúa la ofrecida por los interesados. Vencido el término probatorio y presentados los respectivos alegatos, el Juez dicta sentencia a fs. 85, su fecha 7 de Agosto de 1959, declarando fundada la demanda, ordenando que los demandados paguen al demandante, cada uno, la suma de 600 soles a partir del 12 de Junio de 1961, con costas.

Apelada, la Superior a fs. 107, su fecha 15 de Diciembre de 1959, la revoca en el extremo por el que declara fundada la demanda, reformándola, la declara en parte fundada y manda que los demandados deben pagar al actor el importe de los alquileres por el período comprendido entre el 12 de Junio de 1951 y 31 de

Diciembre del mismo año a razón de sesenta soles mensuales, del 1º de Enero de 1952 a razón de 120 soles mensuales, sin costas; declarando a su vez infundada la excepción de cosa juzgada planteada por los demandados. Estos acuden a la Corte Suprema por recurso de nulidad.

Hay error en ambas sentencias, pues, la aplicación del dispositivo legal contenido en el Art. 899 del C. C. por el Juez no es para el caso, ya que tal precepto se refiere a los frutos que deben distribuirse entre los comuneros o condóminos en proporción a su haber hereditario. Si el inmueble urbano que ocupan los demandados no produce frutos ni renta, nada hay que distribuir, lo que pretende el actor es que sus hermanos que ocupan el bien por derecho propio, le paguen arrendamientos y los fija caprichosamente siendo amparado en su pretensión por el Juez de Primera Instancia. La Superior de acuerdo con la certificación de la Superintendencia de Contribuciones, de fs. 69, para el efecto del impuesto predial, cuando todos los copartícipes están obligados a concurrir, en proporción a su parte, a los gastos de conservación y al pago de los impuestos y gravámenes, Art. 900 del C. C., ha fijado el monto de la renta.

Si la cosa es común y no se ha verificado la división los comuneros gozan y usan libremente de ella. No puede, pues, ninguno de ellos fijar el alquiler para los demás, por el hecho de que no viva en la casa, como lo pretende el demandante, cuando sus coherederos dicen que tiene su derecho expedito a ocupar la parte que le corresponde. De aquí, que opine por la improcedencia de la demanda, ya que la ley no faculta a los Jueces a declarar como obligación de pagar arrendamientos a condóminos, porque uno de ellos lo solicite, sin fundamento legal cuando no media contrato de locación entre los mismos.

Por lo expuesto, opino, se sirva declarar NULA la recurrida, insubsistente la apelada y nulo todo lo actuado, por ser improcedente la demanda interpuesta.

Lima, 18 de Mayo de 1960.

PONCE SOBREVILLA

RESOLUCION SUPREMA

Lima, quince de Setiembre de mil novecientos sesenta.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal; y considerando además; que la acción que corresponde ejercitar al copartícipe don Angel Bottino Farfán contra los demás condóminos que están en posesión de la cosa común no es la de fijación y cobro de merced conductiva: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento siete, su fecha quince de Diciembre de mil novecientos cincuentinueve, que revocando la apelada de fojas ochentisiete, su fecha siete de Agosto de mil novecientos cincuentinueve, declara fundada en parte la demanda de declaración de derecho interpuesta a fojas una por don Angel Bottino Farfán contra doña Rosa María Bottino Farfán y otros; reformando la recurrida y revocando la apelada: declararon improcedente la demanda; dejaron a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la forma legal que vicra conveniente; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA.— TELLO VELEZ.— VALDEZ TUDELA.— EGUREN.— Se publicó conforme a ley. — Walter Ortiz Acha.—Secretario.

Causa N° 182/60. - - Procede de Lima.