

El retracto por consanguinidad no tiene lugar cuando el vendedor ha adquirido la cosa á título oneroso. Precio que debe oblar el retrayente. Cómputo del término para entablar la acción.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Trinidad Barrera de Llosa en la causa que sigue con don Antonio Alvistur sobre retracto.

Excmo. Señor:

A juicio del Fiscal la acción de retracto deducida por don Antonio Alvistur, para ser preferido en la compra de las tierras subastadas, para pagar á doña Trinidad Barrera de Llosa el crédito que, en juicio ejecutivo siguió contra los herederos de don Mariano Hurtado; quedó completamente perdida por la ejecutoria de V. E. de 2 de setiembre de 1873, corriente á fojas 17 del C. 3.º de los acompañados. En ella se declaró que no había nulidad en la resolución de vista de fojas 13, del mismo cuaderno que confirmó la de primera instancia, en que se falló que don Francisco Noriega, en representación de su esposa doña Eulalia Hurtado, tenía derecho preferente al de don Antonio Alvistur, para retraer las tierras rematadas. El hecho de haberse vendido por Noriega esas tierras que pasaron á su propiedad, en virtud del remate, venta que ha hecho á la misma doña Trinidad, en mayor precio que el de la

subasta, no hace revivir el derecho que Alvistur perdió en el citado fallo ejecutoriado. Una vez adquirida por Noriega la propiedad de las tierras, dejaron éstas de pertenecer á los ascendientes de Hurtado y desapareció el derecho de retracto para su familia. Por lo mismo la venta hecha por Noriega, dueño yá de las tierras, no está sujeta al retracto, por razón de familia, porque según el artículo 1503 del Código Civil, el consanguíneo sólo tiene derecho á retraer el inmueble que haya pertenecido á un ascendiente común del retrayente y del vendedor, pero sólo cuando éste no lo hubiese adquirido, por título oneroso anteriormente, y á este título adquirió Noriega las tierras. Los fundamentos aducidos por la Ilustrísima Corte de Justicia, para revocar la resolución que en este juicio se ha pronunciado en primera instancia, no son legales, ni conformes con el mérito de los antecedentes á que se refiere. El juicio en que recayó la resolución ejecutoriada, que como se ha dicho, declaró sin lugar la acción de retracto deducida por Alvistur y preferente el derecho de Noriega, quedó terminado en todas sus instancias. No puede hacerle revivir, y menos para controvertir la misma acción, que fué su materia, y que quedó extinguida, sin incurrir en el caso del inciso 4.º artículo 25 del Código de Enjuiciamientos, principio radical que no necesita ser repetido por la Constitución de cualquier Estado, para ser uno de los más sagrados de la administración de justicia. La circunstancia de no haberse redactado la escritura de adjudicación de las tierras á Noriega, que en el juicio de retracto, obló el precio que fué en-

tregado á la acreedora, que ejecutó á los herederos de Hurtado (fojas 34, cuaderno citado), no cambia la condición de Noriega, como comprador que substituyó al subastador, porque conforme al artículo 1306 del Código Civil, desde que se conviene en la cosa y el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquella no haya sido entregada, ni éste pagado. La falta de esa entrega ó de este pago, dan acción para que se realicen, pero la compraventa subsiste, á no ser que la extensión de la escritura sea una condición del contrato. El hecho de haber prestado doña Trinidad Barreda al retrayente Noriega el dinero que éste consignó, para retraer las tierras, préstamo que tuvo lugar, según aquella lo ha declarado, para facilitar el pago de su crédito, no arguye contra la validez del contrato. Lo que la ley quiere es que el retrayente jure que quiere la cosa para sí y no para otro. Prestado ese juramento, se ha satisfecho esa exigencia, sin que los actos posteriores del retrayente, respecto de la cosa que ha retraído, después de terminado y ejecutoriado el juicio, puedan dar acción para obligarlo á conservarla siempre en su dominio, ó hacerle perder el derecho en cuya virtud la obtuvo. La Ilustrísima Corte motiva su resolución en el supuesto de hallarse vigente la acción de retracto de Alvistur á pesar de la ejecutoria que recayó en el juicio yá fenecido, pero ese juicio no puede considerarse como abierto ante el artículo 277 del Código de Enjuiciamientos que lo declara terminado con la resolución ó sentencia ejecutoria que en él se expidió. Si la acción últimamente deducida por Alvistur, se refiere á la venta hecha

por los herederos del deudor, ejecutados por doña Trinidad Barreda, cuya escritura corre á fojas 3, tampoco tiene lugar.

En esa escritura aparece que el retrayente Noriega, de acuerdo y con intervención de dichos herederos, y con el fin de pagar á la Barreda su crédito, vendió las tierras de la disputa, en 7565 pesos 3 reales, precio de su tasación, en vez de los 4,500 en que las subastó Noriega. En este estado, no puede considerarse á Noriega sino convenido con los deudores, para que la Barreda quedase pagada con las tierras, con mayor suma de la que debería oblar como retrayente; pero estos arreglos entre éste y los ejecutados, no son prohibidos por ley alguna, ni hacen perder á Noriega su carácter de retrayente, ni en ellos tiene interés Alvistur, cuya acción como retrayente, desapareció con la ejecutoria de fojas 3 como se ha manifestado. Pero aun suponiendo que la venta hecha por Noriega y los deudores, implicase la renuncia del derecho de retracto, que le declaró aquella ejecutoria, esa renuncia en este supuesto, no podría favorecer á Alvistur sino á los deudores, á quienes quiso favorecer, para que pagasen mayor suma, á cuenta del crédito que se les demandó. La calidad de retrayente con los derechos que le reconoce la ley, entre ellos, con el de haber sustituido al subastador de la finca, fué para Noriega un derecho adquirido, por virtud de una ejecutoria, y podría cederlo á los deudores, que al aceptarla para pagar á su acreedor, estaban en su derecho, y no dañaban el de ninguno, menos el que Alvistur perdió con la ejecutoria. Si esa misma

ejecutoria importara la renuncia de Noriega de su derecho de retrayente, y si la acción deducida últimamente por Alvistur, se dirige á la venta hecha por Noriega y los deudores de doña Trinidad, porque legal y lógicamente, es imposible que se refiera á la primera, que fué la consecuencia de la subasta, entonces habría que examinar si Alvistur ha cumplido con los requisitos de la ley, y el juicio que V. E. tiene á la vista manifiesta que no se han llenado.

Esa escritura se hizo por la suma de 7565 \$ 3rs. Según la diligencia de consignación de fojas 2, sólo se pusieron en depósito por Alvistur 4300 \$ después de haberse impuesto en la escritura á que se refiere. El artículo 1465 del Código de Enjuiciamientos en su inciso 4º impone al retrayente la obligación, *sine qua non*, de consignar el valor de la cosa, si la venta es al contado. No ha cumplido, pues, Alvistur con esta obligación; para excusarse de ella, ha sostenido, que refiriéndose la venta hecha por Noriega, á la que tuvo lugar cuando se remató la finca y por esto no estaba obligado sino á consignar el precio de la primera venta y no el de la segunda; pero esta alegación es insostenible ante la citada ejecutoria que terminó el juicio de retracto, entablado á consecuencia de la primera venta; y ante el artículo 1507 Código Civil que declara que ha lugar al retracto, aunque se hayan hecho dos ó más ventas, antes que espire el término para pedirlo. Ese término no fué otro que aquel en que usó Alvistur de su acción, en el juicio fenecido, y no puede hacerse revivir en otro juicio, sin atacar la inviolabilidad

de la cosa juzgada. Conforme al artículo 1483 del Código Civil, el derecho de retracto no dura sino por el término perentorio de nueve días que en el presente caso y según el inciso 2º artículo 1485, habría principiado á correr desde el día del otorgamiento de la escritura. — Ella fué otorgada el 21 de agosto de 1874; y el escrito en que se pidió el retracto fué presentado el 3 de octubre siguiente; y aun cuando se ha alegado que no fué firmada, en ese día, por todos los que aparecen como vendedores; la certificación dada á fojas 163 por el escribano que la autorizó, manifiesta que todos los otorgantes la suscribieron el día de su otorgamiento, á excepción de uno de los herederos de Hurtado, y como tal deudor de doña Trinidad Barreda, que se excusó á firmar en ese día y que posteriormente lo hizo. Esta circunstancia, cuando no hay prueba que determine el día preciso en que firmó aquel heredero, y cuando el verdadero vendedor era el retrayente, no siendo la firma de los deudores necesaria sino en la escritura que debía otorgarse al mismo retrayente, pues en la venta que éste hizo, no tenían los deudores otra intervención, que la de aceptantes del beneficio, pagando al acreedor 7565 \$ 3 rs. en vez de los 4,500 que el retrayente estaba obligado á oblar; esa circunstancia no era bastante para prolongar el término de los nueve días á más de cuarenta.

Bajo cualquier aspecto en que se examine la sentencia de vista es contradictoria, á juicio del Fiscal, á los artículos de ambos Códigos que se ha permitido recordar, y por lo expuesto, y por los fundamentos con que se motiva la sentencia apela-

da; cree que puede V. E. servirse declarar que hay nulidad en la de vista, corriente á fojas 206, vuelta y reformándola confirmar la de primera instancia, de fojas 279 vuelta, salvo el más acertado juicio de V. E.

Lima, 2 de octubre de 1880.

LA ROSA.

Lima, 6 de octubre de 1880.

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 206, vuelta, cuaderno cuarto, su fecha 21 de julio de 1880, y reformándola, *confirmaron* la de primera instancia, su fecha 18 de julio de 1879, corriente á fojas 179, vuelta, del mismo cuaderno, por la que se declara sin lugar la presente demanda, sobre retracto, con lo demás que contiene y los devolvieron.

Ribeyro. — Muñoz. — Arenas. — Oviedo. — Calderón. — Galindo. — Luna.

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Claudio Osambela.

Procede de Arequipa. -- Cuaderno Núm. 506.
