

El propietario no está obligado á respetar los subarriendos efectuados sin su anuencia, aunque consten por escritura pública, en caso de que se rescinda el contrato de arrendamiento.

---

*Recurso de nulidad interpuesto por don Juan Portal en la causa que sigue con don Eduardo Sánchez Concha y otros sobre desahucio.*

Excmo. Señor:

Doña Francisca Sánchez Concha de Ortiz dió en arrendamiento á don Francisco Bazo la casa de su propiedad, situada en la calle de Malambito número 192, por diez años, con cargo de hacer algunas mejoras, con prohibición de traspasar la escritura en todo ó en parte, sin el consentimiento por escrito de la propietaria, y por la pensión mensual de 230 soles, escritura otorgada en febrero de 1879 y que obra á fojas 26 cuaderno principal.

El coronel Bazo, considerando que era potestativo para él, subarrendar la casa, la subarrendó al doctor don Juan Portal por seis años, con la pensión mensual de 50 soles de plata, por escritura privada de enero de 1883 que corre á fojas 86.

Al fallecimiento de la señora Sánchez Concha de Ortiz, le sucedieron sus sobrinos el doctor don Eduardo Sánchez Concha y hermanas, testamento á fojas 141, y estos herederos rescindieron en setiembre de 1884 la escritura principal de arren-

damiento, libertándose Bazo de las obligaciones relativas á las mejoras de la casa, testimonio de fojas 93.

El doctor Sánchez Concha notificó inmediatamente de desahucio por la carta de fojas 1 al doctor Portal, y para conminarlo, le señaló la pensión de 120 soles al mes. Portal, sin darse por notificado, intentó entenderse con el arrendatario Bazo, y promovió el incidente de consignación en el que el propietario doctor Sánchez Concha, se hizo depositario de los arrendamientos consignados.

En noviembre inmediato entabló el doctor Concha demanda de desocupación en la vía ordinaria; y durante el juicio ha sostenido, que habiéndose rescindido el contrato de arrendamiento con Bazo, y no teniendo compromiso con Portal, no tenía motivo para consentir en la prolongación del arrendamiento, que éste estaba fenecido y pedía la entrega de la finca y el pago de las pensiones á razón de 120 soles al mes.

El doctor Portal ha aducido por su parte, que los contratos de locación no son rescindibles por mutuo disenso, sobre todo cuando hay de por medio los derechos del subarrendatario, que el subarriendo está autorizado por la ley, cuando no hay prohibición del propietario, y que el tal arrendatario no puede sufrir las consecuencias de una rescisión ilegal hecha por Bazo; que además ha pagado con toda puntualidad las pensiones, que su contrato de subarriendo ha sido por escritura privada, reconocida judicialmente y que debe respetarse, y

finalmente que hay nulidad en el procedimiento, por cuanto la acción de desahucio se ha tramitado en la vía ordinaria, contra lo prevenido en la ley especial de 1873, que establece un procedimiento particular para estos juicios.

En primera instancia los jueces acompañados doctores Puente Arnao y Morote, fundándose: 1º en que la ley, artículo 1581 Código Civil, permite el subarriendo, cuando no hay prohibición expresa del propietario y que tal prohibición no existe en la escritura primitiva, porque lo único que se prohibió, fué traspasar la escritura en todo ó parte, y el subarrendamiento no es traspaso; 2º que hecho el subarriendo en favor de Portal, por escritura reconocida, se estableció un vínculo jurídico, que no ha podido romperse por mutuo disenso del propietario y arrendatario con perjuicio de tercero, el subarrendatario, segunda parte del artículo 2272 Código Civil; 3º que la rescisión se debe tener por no hecha, al tenor del artículo 2273 Código Civil; y 4º que debía continuar el subarrendamiento; han fallado á fojas 121, declarando sin lugar la demanda de desahucio y que el doctor Portal continúe en la finca por el término del subarriendo abonando la pensión mensual de 50 soles.

El superior, apoyándose en que la escritura privada, hecha por Bazo á Portal, no ha sido reconocida, desde que Bazo, al absolver las posiciones de fojas 55 afirma que el subarriendo fué de mes á mes y confidencial; que por el subarriendo no se modifican las obligaciones que del contrato de locación se derivan, según el artículo 1583 Código Ci-

vil, por lo cual el propietario no está obligado á aceptar la novación hecha por el arrendatario, y que habiéndose instaurado en la vía ordinaria la acción de la insubsistencia del subarriendo, no hay derecho para alterar las condiciones de la ocupación, ha fallado, revocando el de primera instancia, que es fundada la acción de desahucio, que se debe entregar la casa y que se abone la pensión de 50 soles, que regía al instaurarse la demanda.

Para el Fiscal, la resolución de vista es justa en todas sus partes, y reforzando sus razonamientos, agrega que siendo el contrato de subarriendo subsidiario y dependiente del de arrendamiento, no tiene el subarrendatario derecho para imponerse al propietario, cuando éste directa ó voluntariamente no intervino en el subarrendamiento, artículo 1599 Código Civil.

La permisión de la ley, artículo 1581 Código Civil, no altera el contrato primitivo, el arrendamiento continúa entre el propietario y el conductor, con prescindencia del subarrendatario artículo 1583 Código Civil, con el cual sólo se entiende el propietario en los casos previstos en los artículos 1598 y siguientes del mismo código.

Cuando no hay solidaridad entre el conductor y el subarrendatario, y el propietario no ha intervenido en el subarriendo, tiene éste expedito su derecho para entenderse con el arrendatario y puede rescindir el contrato por mutuo disenso, que es el modo más general de poner término á la locación. Pretender que el propietario respete los subarrendos hechos sin su anuencia y subordine sus dere-

chos á los de un tercero con quien no ha contratado, es dejar el derecho de propiedad á merced de los caprichos del arrendatario; y en el presente caso sería tanto más inadmisible esa pretensión, cuanto que la señora Sánchez Concha estipuló con Bazo, que no se hiciera traspaso alguno sin su intervención, y traspaso es el que intenta sostener el doctor Portal.

Cuando la señora Sánchez Concha prohibió los traspasos en todo ó en parte, estableció clara y perentoriamente que no quería entenderse con otra persona que con el conductor Bazo; y esa voluntad se contrariaría, si por medio del subarriendo se obligase á la propietaria, representada por sus herederos, á entenderse con quien no fué parte en ese contrato. Si el subarriendo ha de tener el alcance de sustituir al conductor por el subarrendatario, es evidente que el subarriendo se confunde en sus efectos con el traspaso, y se cae en el mismo escollo que el doctor Portal trata de evitar.

Los herederos de la señora Sánchez Concha no han tenido pues ningún impedimento para rescindir el contrato, y en efecto lo han rescindido por mutuo disenso y han puesto fin al arrendamiento. El desahucio, pedido por los Sánchez Concha, y resuelto por el Superior, está pues ajustado á los principios que rigen el contrato de locación, y está también ajustada á la ley, la declaración de no haber nulidad en la forma del procedimiento, por cuanto está ejecutoriado á fojas 105 que el juicio se siga por la vía ordinaria.

El Fiscal cree que es asimismo justo que no se obligue al doctor Portal á pagar mayor pensión que la que abonaba en el momento de instaurarse la acción de desahucio, porque la pensión que el doctor Concha señaló en la carta de fojas 3, tuvo el carácter de pensión recargada y penal, para obligar al doctor Portal á desocupar la finca, puesto que esa pensión era mayor del doble de la que estipuló Portal con Bazo, mayor intrínsecamente que la estipulada con la misma señora Ortiz en 1879, y superior á la producida corrientemente en 1884, por las fincas urbanas. Así es que no conceptuándose la pensión de 120 soles como producto natural, sino como recargo penal, la Ilustrísima Corte ha procedido en justicia al fijar como pensión la misma que corría al instaurarse la acción en la vía ordinaria, pensión que es la misma que el doctor Concha ha ido percibiendo mensualmente en su doble carácter de depositario y propietario de la finca.

El Fiscal en definitiva opina porque V. E. declare que no hay nulidad en el auto de vista, salvo más acertado acuerdo.

Lima, 26 de noviembre de 1887.

GÁLVEZ.

---

*Lima, diciembre 26 de 1887.*

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal; declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 151 vuelta, su fecha 25 de julio próximo pasado, que revoca la de primera instancia de fojas 121 vuelta, en cuanto declara sin lugar la demanda entablada por parte de los herederos de doña Francisca Sánchez de Ortiz; y declara fundada dicha demanda, y acabado con la rescisión pactada entre los locadores y el conductor el subarriendo de la finca en cuestión, la que deberá ser desocupada por el subarrendatario en el término legal, sin que sea responsable de otra renta que la que ha estado abonando; y que confirma la expresada sentencia en cuanto declara sin lugar el pago de la suma pedida por los demandantes desde el 1º de octubre de 1884; condenaron en las costas del recurso á las partes que lo interpusieron, y los devolvieron.

*Muñoz. — Arenas. — Chacaltana. — Alvarez. — Mariátegui. — Loayza. — Guzmán.*

Se publicó conforme á ley, siendo el voto de los señores Arenas y Mariátegui por la nulidad en la parte de la sentencia de vista en que se deniega el pago del mayor arrendamiento solicitado por Sánchez Concha y el del señor Alvarez de conformidad con las conclusiones de la mayoría; pero por estos fundamentos: que la escritura pública de fojas 26 fecha 10 de febrero de 1879 contiene no sólo una

locación sino un pacto de mejoras: que la escritura privada de fojas 86 fecha 29 de enero de 1883 no es un traspaso de toda la anterior, sino de la parte relativa al uso de la casa, mas no á la obligación de mejoras, á que el conductor Bazo estaba obligado; pues, el conductor Portal se obligaba únicamente á no poner impedimento á que Bazo las ejecutase: que, rescindido por mutuo disenso, á fojas 93 el contrato originario, no se puede establecer, que el propietario renunciase á las mejoras, y quedase al propio tiempo obligado á reconocer un subconductor libre de ese pacto, ni se estipuló tal cosa, ni el propietario queda obligado para con los subarrendatarios, pues, conforme al artículo 1583 del Código Civil los derechos de aquél respecto al arrendatario, no se menoscaban por el subarriendo: que el subarrendatario no puede tampoco considerarse como tercero entre el arrendatario, su causante y el propietario y no puede por lo tanto invocar el artículo 2273 del Código Civil: por estos fundamentos y los de la sentencia de vista, mi voto es que no hay nulidad en ella: de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Lima. — Cuaderno Núm. 417.