

próximo pasado año, en cuanto declara sin lugar la excepción de personería deducida contra el referido doctor Melgar; y los devolvieron.

Muñoz— Sánchez — Chacaltinna— Alvarez — Mariátegui — Guzmán — Galindo.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

Juan. E. Lama.

Cuaderno No. 960—Año de 1888.

29

No corre el término para el retracto en la venta que, a pesar de celebrada por escritura pública, se ha mantenido estudiosamente oculta.

Recurso de nulidad interpuesto por el doctor don José Miguel Vélez en la causa que sigue con don Rafael Díaz, sobre retracto.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo Señor:

En 7 de noviembre de 1878, don Daniel Antonio de Mendoza otorgó escritura de venta de tres undécimas partes que le correspondían en la hacienda denominada "La testamentaria", al doctor Rafael Díaz, en la cantidad de 1,291 S.

20 centavos, según aparece del testimonio de la respectiva escritura que obra a fojas 24 del cuaderno primero de estos autos. Como ese fundo correspondiese proindiviso al citado Mendoza y a sus hermanos, uno de éstos la señora doña Lutgarda Mendoza, por medio de su esposo el doctor don José Miguel Vélez, entabló demanda de retracto, en 10 de marzo del año 79, ante el juez de primera instancia de esta capital doctor Olivares, fundándose en que solamente ese día había tenido conocimiento de la venta, en virtud de la carta que le había escrito su primo don José B. Velez, que obra a fojas 18; pues la escritura se había otorgado a cuatro leguas de distancia de la ciudad de Moquegua, residencia del escribano don Lucas Becerra, llamándose para testigos a personas desconocidas y consultándose la mayor reserva a fin de que el contrato permaneciese oculto. Tramitada la solicitud de retracto por el juez de Moquegua, el comprador se opuso, como se ve en el recurso de fojas 8, alegando, entre otras razones, que no había habido ocultación de la venta, por cuanto se había otorgado escritura pública, con intervención de escribano y tres testigos, y que el retracto sólo podía tener lugar respecto de la acción que había heredado don Daniel, más no sobre las otras que compró a sus hermanos don Blás y don Ezequiel Mendoza, conforme al artículo 503 del Código Civil.

Recibida la causa a prueba, se ha acreditado con la declaración de don Daniel Antonio de Mendoza, corriente a fojas 27, que la escritura de venta hecha por éste a Díaz, se verificó fuera de la ciudad de Moquegua, a cuatro leguas de distancia de ésta, en un lugar aislado, buscando testigos de confianza de los otorgantes, para que

guardaran secreto sobre el contrato, como lo afirma Mendoza al contestar a la tercera pregunta, agregando, en su contestación a la quinta, que no dijo nada sobre este asunto ni a sus coherederos, ni a ninguna otra persona. Al contestar a la sexta pregunta, afirma también que Díaz continuó en su calidad de acreedor, sin ejercer derechos de propiedad en la cosa comprada, ni tomar posesión judicial ni extrajudicial de ella.

Iguales afirmaciones deben tenerse como hechas por el mismo Díaz, en virtud de haberse dado por absueltas en sentido afirmativo, y en su rebeldía, las mismas posiciones presentadas para Mendoza, según es de verse en el auto de fojas 46 vuelta, que fué confirmado a fojas 153 y de cuya resolución interpuso recurso de nulidad, que terminó por desistimiento del mismo Díaz, según consta a fojas 155.

Está, pues, acreditada la ocultación de la venta con la declaración expresa del vendedor y la ficta del comprador; lo cual se corrobora, además, con el escrito de fojas 44 y otros, presentados por el mismo Díaz, en que confiesa que no fué poseedor de la hacienda «Testamentaria», en una época muy posterior a la en que aparece hecha la venta.

La circunstancia de haberse otorgado escritura pública, no supone necesariamente la publicidad del acto, pues, existen mil medios para obtener el secreto de parte de los escribanos y testigos, y admitirse principio sin excepción, sería hacer ilusorio el derecho de retracto y favorecer las colusiones entre comprador y vendedor, con el objeto de perjudicar los legítimos derechos de aquellos a quienes la ley ha concedido la acción de retracto.

Los derechos del doctor Díaz, en cuanto a

los préstamos que ha hecho para conservar y mejorar el fundo vendido, ninguna relación tienen con la cuestión del retracto, puesto que tiene su derecho expedito para hacerlo valer contra los responsables, en virtud de la hipoteca legal que puede favorecerlo.

Finalmente, la disposición del artículo 1503 del Código Civil no es aplicable a este caso, porque el representante de la señora Lutgarda Mendoza no ha entablado su acción solamente en su carácter de consaguíneo, sino también en el de condómino en la cosa vendida, y la excepción del citado artículo sólo se refiere a los consanguíneos. Ni podía ser de otro modo, porque el retracto de comunidad se basa en un principio de conveniencia pública y privada, con el objeto de evitar los perjuicios que trae para el derecho de propiedad una comunidad forzada o inconveniente.

Por estas consideraciones, el Fiscal opina que hay nulidad en el auto de vista de fojas 232 vuelta que, revocando el de primera instancia de fojas 185, declara infundada la acción de retracto; y que reformando aquel, se confirme en todas sus partes el citado auto de primera instancia, por el cual se declara fundada la demanda de retracto, con lo demás que contiene; salvo que V. E.; con mejor acuerdo, estime más conveniente otra cosa.

Lima, 16 de mayo de 1889.

ESPINOSA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 21 de junio de 1889.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 232 vuelta, su fecha 15 de enero último; y reformándolo, confirmaron el de primera instancia de fojas 185, su fecha 28 de setiembre del año próximo pasado, por el que se declara fundada la demanda de retracto entablada por el señor doctor don José Miguel Vélez e infundadas en parte las excepciones deducidas por el doctor don Rafael Díaz; con lo demás que contiene el citado de primera instancia; y los devolvieron.

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

Se publicó conforme a ley; de que certifico.

Juan E. Lama.

Cuaderno N° 1137—Año 1889.
