

El mantenimiento de un gravamen es infractorio de la obligación convencional de sanear un inmueble.

*Recurso de nulidad interpuesto por don José Manuel Herrera, en la causa que sigue con doña Catalina Mendoza viuda de Guarda, sobre traslación de censo.—Procede de Lima.*

## DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

En la escritura cuyo testimonio obra a fojas 58, aparece que cuando don Manuel Monasí y Bueno transfirió el dominio de la Calera de Valdivieso, llamada antiguamente "Lorenzana" valle de Ate, a doña Josefa Dufoo de Lama, se expresó, que doña Catalina Mendoza de la Guarda, que fué la primitiva dueña del fundo, como heredera de don José María Galdeano, se comprometía a responder de cualquiera obligación a que estuviera afecto a fin de que el comprador lo obtuviera libre de todo gravamen.

Después ha cobrado el síndico del convento de Trinitarias un gravamen censítico y el poseedor don José Manuel Herrera se ha dirigido contra la señora Guarda, para que libre al fundo del gravamen y esta señora ha contestado, que si bien se ha obligado a responder por las pensiones que afectan al fundo, no se ha comprometido a trasladar, ni a redimir el gravamen. El juez de primera instancia ha fallado a fojas 45 v. que la demanda es fundada y que la señora de la Guarda está obligada a

liberar el fundo Valdivieso, trasladando el gravamen a finca de su propiedad, si es que no quisiera redimirlo.

El Superior ha revocado a fojas 667 v., la sentencia apelada y ha declarado que la señora Mendoza de la Guarda puede redimir cuando le convenga el censo de la Calera y que no está obligada a otra cosa que al pago de las pensiones, cuando se las cobre quien tenga derecho a ello.

En concepto del Fiscal el auto de vista es nulo, porque reconociéndose en la Calera un gravamen a favor del Convento de las Trinitarias, el síndico tiene el derecho de dirigirse contra el poseedor para cobrar las pensiones, de manera que la obligación contraída por la señora Guarda de transferir el fundo libre de gravámenes, se hace ilusoria, porque el gravamen pesa siempre sobre dicho poseedor, aun cuando le quede el recurso de proceder contra dicha señora, para el reintegro, lo cual duplica los gastos y molestias de la operación.

Establecida la cláusula de dejar libre de gravámenes el fundo no quedan sino dos caminos: redimir el censo o trasladarlo y si la señora Guarda no puede o no le conviene hacer lo primero, tiene que resignarse a lo segundo.

Habiendo resuelto el Superior contra lo estipulado por las partes y contra lo probado en autos, hay nulidad conforme a lo dispuesto en el artículo 1,647 del C. de E. y el Fiscal opina, porque declare V. E. *haber nulidad* en la resolución de vista y reformándola, confirmar la sentencia de primera instancia de fojas 45 v. cuyos fundamentos se reproducen; salvo mejor acuerdo.

Lima, diciembre 12 de 1894.

Gálvez.

## RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, mayo 28 de 1895.*

Vistos: en segunda discordia, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; con el voto por escrito del señor Vocal doctor Espinosa, que se agregará, y por los fundamentos del citado voto, declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas sesenta y siete, vuelta, su fecha treinta de octubre último, y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas cuarenta y cinco, vuelta, su fecha once de noviembre de mil ochocientos noventa y tres, por la que se declara fundada la demanda entablada por don José Manuel Herrera, y que en consecuencia doña Catalina Mendoza viuda de Guarda, está obligada a quitar del fundo "Valdivieso" el capital censítico, trasladándolo a otro fundo de su propiedad; ordenaron el reintegro del papel sellado y los devolvieron.

*Sánchez. — Vélez. — Corzo. — Elmore. — Lama. — Solar.*

Se publicó conforme a ley, siendo el voto de los señores Corzo y Elmore por la no nulidad del fallo de vista; y el por escrito del señor Espinosa fué por la nulidad, de que certifico.

*Luis Delucchi.*

Causa N° 806. — Año 1894.

---