

y ocho, su fecha siete de junio del año próximo pasado, declara infundada la querrela de despojo interpuesta por la Sociedad de Beneficencia Pública del Callao, contra el Supremo Gobierno, con lo demás que dicho auto de vista contiene; y los devolvieron.

Loaysa. — Vélez. — Corso. — Elmore. — Paredes.

Se publicó conforme a ley.

Luis Delucchi.

Causa N° 421. — Año 1897.

No hay condominio entre los dueños de los diversos pisos de una misma casa.

Causa seguida por don Juan Terré con don Calixto Romero sobre retracto. — Procede de Lima.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, mayo 12 de 1897.

Vistos; y resultando de autos: que por el escrito de fojas 1, ampliado a fojas 27 y fojas 29, don Juan Terré entabla acción de retracto de la finca de la Plaza de Santo Domingo comprada por don Calixto Romero a la familia Tejada, fundándose en que es condó-

mino de dicha propiedad; que conferido traslado de la demanda, el demandado por su recurso de fojas 3, dedujo la excepción de no parte que fué declarada sin lugar por la ejecutoria superior de fojas 24 vuelta, y a fojas 32 absuelve el trámite contradiciendo la acción por extemporánea, por no reunir la demanda los requisitos legales y por no existir el condominio que se invoca; que sustanciada la causa por sus debidos trámites, se halla en estado de resolver; y considerando:

1° — Que el demandante por su recurso de fojas 35 explica el fundamento de su acción, esto es, que existe el condominio, porque parte de los altos de la finca adquirida por el demandado se hallan contruidos sobre parte de la finca contigua de propiedad de Terré;

2° — Que de los expedientes acompañados seguidos entre los mismos interesados sobre inspección ocular, no innovación y obra nueva, resulta constatado el hecho a que se refiere el considerando anterior;

3° — Que el dominio jurídicamente considerado es el derecho de gozar y disponer libremente de las cosas y es evidente que teniendo la propiedad de Terré la limitación a que se ha hecho referencia, no tiene éste aquel derecho;

4° — Que donde no existen todos los derechos que la propiedad supone, como en el presente caso, en que no puede ninguno de los dueños de las dos fincas gozar de esos derechos en toda su plenitud excluyendo al otro, no existe el verdadero dominio, sino un dominio limitado o sea el condominio;

5° — Que la extemporaneidad de la demanda, alegada por el demandado, no puede tomarse en considera-

ción por cuanto que ese punto ha quedado resuelto por la ejecutoria superior de fojas 24 vuelta; y

6° — Que los demás requisitos legales han sido llenados por los recursos de fojas 27 y fojas 29 antes de contestarse la demanda.

Por estos fundamentos declaramos haber lugar a la acción de retracto entablada por don Juan Terré a fojas 1, y sin lugar la oposición de don Calixto Romero corriente a fojas 32; y hágase saber.

Sánchez Benavides. — Morote.

Ante mí.

A. Solano.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Lima, setiembre 21 de 1897.

Vistos: considerando: que el principal fundamento del derecho de retracto es el de facilitar la acción para el perfecto ejercicio del dominio: que la comunidad de los derechos de propiedad sobre una cosa puede existir en el modo y forma como se ejerce el dominio sobre ellas: que la tendencia general de la legislación moderna es la de facilitar la traslación del dominio, libertando la propiedad de las trabas que impiden su expedita transmisión: y que las paredes y techo de la parte de la finca, propiedad de don Juan Terré, sirven de apoyo y de piso de la

parte alta que constituye la finca, cuyo retracto se solicita; y por los fundamentos del auto apelado de fojas 88 vuelta, su fecha 12 de mayo último, en discordia de votos, confirmaron dicho auto por el que se declara haber lugar a la acción de retracto entablada por don Juan Terré a fojas 1 y sin lugar la oposición de don Calixto Romero, corriente a fojas 32, y los devolvieron; reintegrándose el doble de esta foja.

Varela. — Arias. — Serpa. — Badani.

Se publicó conforme a ley, de que certifico, siendo el voto del señor Vocal doctor Serpa, porque se revoque el auto apelado y se declare sin lugar la demanda, por cuanto el condominio o copropiedad, título legal para el retracto, no lo constituye el simple hecho de ser colindante o vecino de fundos.

Plácido Jiménez.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

Don Juan Terré ha interpuesto acción de retracto para sustituirse a don Calixto Romero en la compra de una finca enfitéutica que le han vendido la viuda e hijos del finado doctor don José Simeón Tejeda.

El fundamento de la acción, es la calidad de comunero, que dice Terré le favorece, por estar edificada

parte de los altos vendidos a Romero sobre la finca que le pertenece. Agrega que ambas fincas, la de la familia Tejada y la suya, fueron poseídas por el mismo enfiteuta, siendo el señor directo el Convento de Santo Domingo. El hecho de estar edificados los altos sobre la parte baja, establece, según Terré, la copropiedad entre los dueños, porque el dominio de cada uno está limitado por el otro, de manera que las paredes y los techos son comunes, no pudiendo ninguno de ellos disponer de la parte que le pertenece libremente, sino respetando el derecho del comunero. Sostiene, además, que por la conveniencia de consolidar el dominio, de evitar cuestiones entre los poseedores de la finca por los daños que recíprocamente pueden ocasionarse, y por la mayor facilidad para entenderse con el Convento para el pago del canon y con el Fisco para las contribuciones y ordenanzas municipales, debe accederse al retracto, a fin de reunir el dominio útil en una sola persona.

Don Calixto Romero argumenta por su parte, que, si bien es cierto que el dominio directo de la finca fronteriza de la Iglesia de Santo Domingo, y que se conocía con la denominación de Portalito, es del Convento Dominicano, no es cierto que la enfiteusis haya sido de una sola persona, pues la parte que hoy es de Terré, fué antes de la señora Pando, quien la compró de la testamentaria del señor Diéguez, Obispo de Trujillo, y éste, de don Isidro Perla, quien en 1830 adquirió el dominio útil, del Convento, con las formalidades de ley; mientras que la finca vendida por la familia de Tejada a Romero, fué antes de don José Bresani, quien la adquirió de don José Jiménez y éste, en el remate de los bienes de doña Francisca Tirado de Lozano, quien en 1854 la adquirió direc-

tamente del Convento por contrato enfiteútico, celebrado con arreglo a las leyes; siendo de advertir que don José Panizo, esposo de la señora González, heredera de la señora Pando, intentó el retracto de la finca rematada por Jiménez, alegando las mismas razones que hoy aduce Terré, y fué desechada su pretensión. Sostiene además el expresado Romero, que la comunidad no existe, porque cada uno de los enfiteutas ha dispuesto de su parte sin restricción ninguna; y que si en una pequeña parte de los bajos se sustenta parte de los altos, habrá servidumbre de vecindad y medianería, con las obligaciones anexas para las reparaciones, pero no copropiedad.

Respecto de las formalidades, dice Romero, que la acción de retracto ha sido extemporánea y no ha reunido los requisitos del juramento y consignación del dinero, a lo que ha contestado Terré que el depósito se hizo en la cantidad suficiente con lo debido y consignado por la familia Tejada, y que la acción y el juramento se reprodujeron tan luego como concluyó la incidencia promovida por Romero sobre su falta de personería, por no haberse realizado todavía la venta en que intentaba sustituirse don Juan Terré o su esposa doña Francisco Pujó de Terré.

En primera instancia han fallado los jueces acompañados doctores Sánchez Benavides y Merote, que hay lugar al retracto, y esa resolución que obra a fojas 88 vuelta, se apoya en el principio del condominio por estar edificada parte de los altos, comprados por Romero, sobre los bajos de la Terré, condominio deducido de las respectivas limitaciones de los derechos de los enfiteutas y falta de plenitud en el ejercicio del derecho de propie-

dad; y en que se han cumplido las formalidades legales respecto al tiempo, juramento y consignación del precio.

El Superior ha confirmado a fojas 112 el fallo del inferior, agregando como razón, que la tendencia general de la legislación moderna es la de consolidar o unificar el dominio para facilitar la traslación de los derechos de propiedad.

Planteadas las cuestiones en los expresados términos, cumple al Fiscal expresar la siguiente opinión:

El retracto de comunidad se funda claramente en la conveniencia privada y pública de consolidar o unificar el dominio, y por eso lo concede el Código Civil del Perú al dueño del dominio directo en la venta del dominio útil y viceversa, de manera que si el Convento de Santo Domingo fuera el que intentara retraer la finca vendida a Romero, su derecho sería incontestable. Sería también arreglada al artículo 1501 del Código Civil la acción intentada por uno de varios dueños del dominio útil; por ejemplo, si uno de los herederos del doctor Tejada hubiera intentado sustituirse a don Calixto Romero. Pero la comunidad entre dos enfiteutas de fincas distintas, aunque colindantes, por el hecho de tener el uno parte de la suya edificadas en los aires de la otra, no está expresamente comprendida en la ley, ni no lo está tampoco en su interpretación doctrinal.

Comunidad no hay por la simple limitación del derecho de propiedad en favor de otro; porque toda servidumbre pasiva es una limitación y los que gozan de la servidumbre activa no se han llamado ni se llamarán copropietarios del fundo gravado. La limitación del derecho de propiedad puede venir de la división de los dominios, de las servidumbres personales o reales, o de los

contratos, y no es de ninguna de ellas de las que se ocupa la ley civil al hablar de la comunidad de bienes.

Por comunidad se entiende la posesión en común de una cosa indivisa, la que si no se presta a fácil división, se vende para distribuir su precio en la proporción que corresponda, siendo característico de esa posesión el derecho de pedir la división.

En la posesión que tienen dos personas, una de los altos y otra de los bajos de una finca, no hay tal derecho, porque cada una dispone de lo suyo libremente, sin otra limitación que la de no perjudicar al vecino y de contribuir al sostenimiento de la propiedad, reparando las partes que sirven a uno y otro edificio.

En el Código Civil francés y en casi todos los Códigos que lo han tomado por modelo, se habla de las casas de habitación de varios pisos que pertenecen a distintos dueños, y se trata de esa situación en el título de las servidumbres por medianería, porque si todos los dueños están interesados en la conservación de las paredes principales, del techo que cubre la casa, de la entrada y de las escaleras, ese interés no priva al propietario de cada piso para disponer como quiera de él mientras no dañe a los vecinos.

Tal vez en una finca de varios pisos perfectamente superpuestos y en que cada uno de los dueños del respectivo piso, es propietario, podría suscitarse cuestión de preferencia en el caso de venderse uno de ellos, pero tratándose de una casa en que sólo una parte y pequeña se apoya en la otra y en que no hay consolidación de los dominios, por ser ambos enfiteutas, no es dudosa la respuesta.

Don Calixto Romero y la señora Terré no poseen en común, según la ley civil del Perú, porque cada uno es dueño del dominio útil que ha adquirido; y en la parte en que los altos del uno se apoyan en los bajos de la otra, hay una servidumbre de medianería que se rige y se resuelve por los principios que sobre esta materia establece el Derecho.

El Fiscal no desconoce que en el Código español y en algunos comentadores del Derecho, se trata como cuestiones de comunidad de bienes, las que otros tratan como servidumbres; pero de ahí no se deduce otra cosa, sino que por razón de método o semejanza se habla de cada materia como se cree más a propósito para la claridad de la exposición.

En nuestro Código Civil, en el de Chile, en el Argentino, en el del Uruguay y puede decirse en todos los sudamericanos, se ha prescindido de detallar el caso de los edificios de varios pisos poseídos por diversos dueños; pero es evidente que en el Perú se han regido las obligaciones entre los propietarios por las de las servidumbres, tomando por modelo el Código francés.

El Fiscal no analiza con detención la parte formal de la acción de retracto, porque considera que el juramento y la consignación se han realizado con oportunidad, a lo menos, discutible; pero se detiene en la fundamental, que es el condominio, por tratarse de principios que rigen relaciones permanentes en que es necesario tener reglas fijas y seguras para las cuestiones que surjan en el porvenir.

La acción de retracto intentada por don Juan Terré y su esposa no está clara y expresamente consignada en la ley; la comunidad a que se acogen no está sanciona-

da en el Derecho patrio, ni está aceptada en la Jurisprudencia Universal; no se apoya tampoco en la edificación completa de los altos sobre los bajos, sino en una parte pequeña que no autoriza la regla de seguir lo accesorio la suerte de lo principal; porque no hay tampoco consolidación de dominios; ni se soluciona cuestión alguna desde que cada finca tal cual ésta, tiene canon independiente y pensiones distintas, y porque no deben ampliarse sino restringirse los privilegios y excepciones, como el retracto.

Por todo esto, concluye el Fiscal que hay nulidad en la resolución de vista que motiva el recurso, y apoyado en el artículo 1647 del Código de Enjuiciamientos, puede declararla V.E., y reformándola revocar la de primera instancia y declarar que no procede la acción de retracto de don Juan Terré y su esposa doña Francisca Pujó de Terré, salvo mejor acuerdo.

Lima, diciembre 1° de 1897.

Gálvez.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, enero 8 de 1898.

Vistos: de conformidad con las conclusiones del dictamen del señor Fiscal, atendiendo, además, a que la constitución y existencia de edificios de dos o más pisos, está subordinada a las necesidades y condiciones espe-

ciales de habitación de cada país, sin que sea permitido por tanto, establecer una paridad absoluta, entre todos ellos, ni sujetarlos a una regla común; a que no habiendo el Código Civil, reglamentado la manera particular de poseer y gozar cada una de las partes sobrepuestas de un edificio, debe estarse en este caso, a las disposiciones generales del Derecho: a que fundando don Juan Terré la acción del retracto en la indivisibilidad de la cosa que es su materia, y en la comunidad y condominio sobre su casa y la que ha adquirido por compra don Calixto Romero, conviene examinar si en efecto existen o no en el caso presente, tales condiciones: a que la comunidad voluntaria de bienes, que nace de los contratos o de la sucesión, requiere como condición esencial, el goce o posesión en común, porque comunidad es la cualidad que constituye común una cosa, en términos de ser dado a cualquiera de los interesados, gozar y usar libremente de ella, sin exclusión de ninguno; pero, la comunidad cesa desde que la cosa se divide y pasa al dominio y posesión de los copartícipes en ella: a que en el caso actual la división está hecha en dos partes que se denominan, finca alta y finca baja, que pertenecen a distintas personas, que las poseen y gozan separadamente con absoluta independencia una de la otra y sin que exista ningún vínculo que las una y que baste por sí solo para constituir la comunidad de derecho: a que no pudiendo argüirse contra el hecho tangible de la división en dos partes de la finca que se trata de retraer, y de la separación y exclusión del uso en común; puesto que Terré no posee y goza de su finca y a la vez de la de Romero; no puede sostenerse con mejores razones la idea del condominio, fundamento principal del retracto demandado por Terré, porque la pro-

piedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas, siendo sus efectos, la facultad que tiene el propietario de hacer suyos los frutos y todo lo accesorio a ella; el de disponer libremente de la cosa y excluir a otros de su posesión o uso; condiciones que reviste y caracteriza el derecho de propiedad que corresponde a Romero y Terré, respectivamente, y quienes, en consecuencia, pueden arrendar, enajenar, gravar y ejercer todos los actos inherentes al dominio útil, con absoluta independencia el uno del otro: a que además, resulta acreditado que la casa de don Juan Terré sustenta una parte relativamente pequeña de la comprada por don Calixto Romero; por manera, que suponiendo que aquél tuviese algún derecho para retraer, tal derecho, estaría limitado y circunscrito a la parte superpuesta y no podría sin embargo hacerse efectivo, sino por desmembración, con menoscabo y daño del resto libre de la finca, o lo que es lo mismo de la propiedad ajena: declararon *haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas 112, su fecha 21 de setiembre del año próximo pasado; y reformando ésta y revocando la de primera instancia de fojas 88 vuelta, su fecha 12 de mayo del mismo: declararon infundada la demanda de retrac-to entablada por don Juan Terré, de la que absolvieron a don Calixto Romero; y los devolvieron.

*Loaysa. — Vélez. — Corso. — Jiménez. — Figue-
redo.*

Se publicó conforme a ley, siendo el voto del señor Jiménez el siguiente:

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, por los fundamentos del fallo de primera instancia y del confir-

matorio de segunda instancia de fojas 88 vuelta, fecha mayo 12 de 1897 y de fojas 112, fecha 21 de setiembre del mismo año; y teniendo además en consideración: que la ley ha establecido de un modo general, sin hacer distinciones, el derecho de retracto a favor del comunero en la venta de las cosas comunes, inciso 2º del artículo 1501 del Código Civil; por lo que puede aplicarse a toda especie de comunidad, ya sea plena o menos plena: que ha reconocido igual derecho en otros incisos del mismo artículo que tratan de la comunidad por fraccionamiento del dominio, como en la venta del dominio directo, respecto al dueño del dominio útil y al contrario: que del mismo modo concede el retracto en la venta del usufructo respecto al propietario, y en la venta de la propiedad respecto al usufructuario: que aun en los casos de la posesión de un bien, declara que, el poseedor de un fundo tiene derecho al retracto en la venta de los capitales o pensiones radicadas en él, y que tiene igual derecho, el dueño de los capitales y pensiones en la venta del fundo gravado con ellos; como la tiene el socio en la venta de las cosas de la sociedad: que de tales disposiciones legales, se deduce que nuestra legislación civil reconoce el retracto en el condominio pleno, cuando es indeterminado el derecho de cada una de las personas, a la misma cosa indivisa, como en la enajenación del derecho de un copartícipe a la herencia común, artículo 2133 del Código Civil; sino que, también, reconoce el retracto en el condominio menos pleno, cuando hay diversos dueños del mismo bien, considerado bajo aspectos distintos, o son dueños de partes que constituyen la materia del mismo derecho, o son dueños de cada cosa en particular, pero cuyo conjunto o unión, impide ejercer el dominio ple-

no y por lo que, la limitación recíproca de los derechos del propietario establece el condominio y en consecuencia el retracto: que en todos estos casos, alguno de los cuales considera nuestro Código, el retracto de condominio persigue dos fines importantes, a saber: primero, propender a la tranquilidad social, haciendo desaparecer una de las causas que turban la paz de las familias, con las molestias que resultan de ejercer derechos de propiedad sobre cosas limitadas por el condominio; y segundo, favorecer la consolidación de dicho dominio reuniendo por el retracto, derechos dispersos sobre la misma cosa, para que resulte después más fácilmente enajenable, y la contratación en general quede expedita, y circule en provecho de todos libremente la propiedad: que, por consiguiente, cuando en los casos de duda, se resuelve el retracto de condominio, favoreciendo la consolidación de los derechos de propiedad en las mismas personas, se procede de conformidad al espíritu de nuestras leyes y a la sana doctrina del Derecho Civil; porque no se perjudica al vendedor, que recibe el mismo precio pactado y bajo las mismas condiciones de la venta; se le devuelve al comprador extraño la cantidad que obló en la venta, rescindida por razones de economía política para la consolidación y libre circulación de la propiedad, por convenir a la paz de las familias que se libentan de presentes y futuras molestias, al paso que se satisface la legítima aspiración del retrayente, de reunir en su persona todos o el mayor número de los derechos sobre la misma finca: que estas consideraciones son aplicables al presente caso en que don Juan Terré ha promovido la acción de retracto, como dueño del dominio útil de los bajos del hotel situado en un costado de la plazuela de Santo Domingo.

de esta capital, para sustituirse como comprador a don Calixto Romero, en la venta de los altos que hace la señora Igarza viuda de Tejeda; por cuanto de la superposición de los altos, sobre ocho habitaciones de los bajos, según los planos, resultan inevitables daños y molestias entre ambos propietarios, en uno de cuyos techos que es piso de los altos, hay un desagüe que humedece la pared y el menaje de la sala de los bajos, en otro de cuyos techos hay ventana por donde suelen caer desperdicios, originando por estos defectos en la construcción de los edificios, frecuentes reclamos y disgustos, sin que le sea lícito al dueño de dichos bajos modificar su finca, pues no puede variar no sólo las paredes medianeras y comunes a ambos edificios, sino que no puede alterar ni las paredes bajas intermedias que son de la exclusiva propiedad de Terré, porque si lo hace hay peligro de que los altos se desplomen o destruyan, razón por la que el dueño de la fábrica alta se opone a toda variación proyectada sobre dichas paredes: que limitados de este modo los derechos de Terré, no puede ejercer todos los que comprende el dominio de su propiedad y en este sentido hay el condominio menos pleno que proviene de estar los altos radicados sobre propiedad ajena; como el condominio menos pleno que resulta de existir capitales de un dueño radicados sobre fundo de distinto dueño, caso en el que expresamente admite el retracto el inciso 6° del artículo 1501 del Código Civil: que esta clase de comunidad en la que el dominio de cada dueño sobre lo que es suyo, está limitado por el dominio del otro, sobre cosas adheridas entre sí, superpuestas o radicadas una sobre otra y que, no obstante su separación, forman en conjunto un todo o unidad jurídica, no son aplicables las re-

glas de la divisibilidad de cosas comunes proindivisas, que constituyen la comunidad plena, en la que por ser indeterminado el derecho de cada copartícipe a la cosa común, tienen facultad de pedir que ésta se divida y se les adjudique la porción que les corresponda: que en la comunidad menos plena, cada condómino conoce la extensión de su derecho y sabe de antemano sobre lo que recae; como el dominio del señor directo o del útil, en la enfiteusis; como el que es dueño de los capitales y pensiones radicadas sobre un fundo; como el socio que conociendo el capital que aportó al fondo común y la proporción en que han de dividirse las ganancias y aplicarse las pérdidas de la sociedad o compañía, puede apreciar el monto de su acción al venderla; sin que por lo tanto pueda decirse que, en estos casos de retracto, expresamente declarados por la ley, no debiera haberlo, porque la comunidad a que ellos se refieren, no permite la acción de división de cosas comunes; que por razones análogas, la comunidad que resulta de la superposición de fábricas altas, sobre otras bajas que pertenecen a dueños distintos, no se puede negar, porque no procede la divisibilidad en este caso, como no procede en los demás analizados; ni se debe deducir que, por no haber divisibilidad de cosas comunes, no hay retracto, porque ya se han puntualizado los casos de la ley en los que, a pesar de que es conocido el derecho de propiedad a cosas o partes del inmueble que sirve de unidad jurídica, los condóminos gozan del derecho de retracto, conforme al Código Civil: que así como con el condominio pleno, los copropietarios tienen derecho para pedir la división de las cosas comunes, porque no están obligados jurídicamente a conservar la comunidad o indivisión, artículo 2137 del

Código Civil, y si por tal circunstancia, hecha la división, alguno vende su parte, o si por consecuencia de los inconvenientes de la comunidad mientras la cosa permanece indivisa, en aquél o en este caso, alguno de los comuneros vende su acción y en tal supuesto, pueden hacer uso del derecho de retracto los condóminos, para sustituirse al comprador extraño; del mismo modo aun cuando en el condominio menos pleno, no se puede pedir la división, por estar determinado el derecho de cada condómino, si alguno de los copropietarios vende su propiedad o su derecho a la parte de la cosa donde existe el condominio, el otro condómino puede legalmente sustituirse al comprador extraño; sin que de tal doctrina se deduzca que los condóminos pueden compeler o forzar a una de las partes, a que venda su propiedad, para aprovechar del retracto, porque no tienen tal derecho por grandes que sean los inconvenientes del condominio que debe soportar tanto el menos como el más perjudicado, hasta que le convenga a alguno de ellos vender lo que es suyo, en cuya oportunidad procederá el retracto.

Por estas razones, mi voto es porque *no hay nulidad* en la resolución de vista que confirma la apelada, que declara haber lugar al retracto intentado por don Juan Terré, de la fábrica alta comprada por don Calixto Romero y a que se contrae este juicio"; de que certifico.

Luis Delucchi.

Causa N° 454. — Año 1897.
