

Procede la tercería excluyente cuando el actor aparea su demanda con instrumento donde conste la existencia de algún derecho incompatible con el remate.

Recurso de nulidad interpuesto por don Nicanor Masías, en la causa que sigue con la Sociedad de Beneficencia y la testamentaria de don José María Morante, sobre tercería—Procede de Arequipa.

SENTENCIA DE 1.^a INSTANCIA

Arequipa, 30 de octubre de 1914.

Autos y vistos; y considerando: que el doctor Adolfo Chávez, por su escrito de fojas 6, como apoderado de la Sociedad de Beneficencia interpuso tercería excluyente de dominio, aparejándola con el testimonio de escritura de fianza en fojas 5, la que se mandó tramitar legalmente, y absueltos los traslados respectivos quedó en estado de resolución: que aparenciendo del mencionado testimonio que la fianza hipotecaria constituida por don José María Morante en una chacra de su propiedad situada en Porongoche, del distrito de Paucarpata para responder en el caso hipotético de que resultara alguna responsabilidad proveniente de un juicio sobre los bienes del finado don Pablo Quintana, no puede calificar derecho de propiedad sobre el fundo hipotecado, ni hacerse valer ese derecho como terce-

ría excluyente de dominio, y cuando más podría estimarse como tercería de pago preferente, conforme al artículo 757 del Código de Procedimientos Civiles, y en este caso seguirá la ejecución hasta la venta de los bienes embargados y depósito de su precio; y que últimamente habiéndose trabado embargo sobre una pequeña parte del fundo hipotecado á aquella responsabilidad, puede realizarse el remate, quedando subsistente la hipoteca sobre el resto. Se declara sin lugar la tercería excluyente de dominio que tiene interpuesta el doctor Adolfo Chávez en su citado escrito de fojas 6; llevándose adelante el remate de los bienes embargados.

Tómese razón y hágase saber.

Cornejo.

Ante mí.

MANUEL MELGAR SPADA.

SENTENCIA DE VISTA

Arequipa, 27 de mayo de 1915.

Vistos; con el informe presentado, y considerando: que según el artículo 743 del Código de Procedimientos Civiles, «la tercería excluyente procede cuando el tercero alega la propiedad ó algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate; y de pago, cuando pretende que su crédito sea cubierto con el valor de dichos bienes antes que el de ejecutante ó concurriendo con él»: que estando hipotecada la chacra de Perongoche á favor de la Beneficencia

Pública de esta ciudad para responder de las resultas de juicio iniciado por ella sobre intestado de don Pablo Quintana y hallándose en trámite dicho juicio, es evidente que el derecho de la Beneficencia es incompatible con el remate de la indicada finca de Porogoche; pero no va ni puede ir por ahora hasta pretender la preferencia en el pago: que, en consecuencia, la tercería interpuesta está claramente comprendida en la primera parte del artículo citado, y es por consiguiente, excluyente: que á mayor abundamiento la Beneficencia ha deducido la tercería con ese carácter y no con el de pago, que tampoco lo tiene: revocaron la sentencia apelada corriente á fojas, 13, su fecha 30 de octubre último, que declara sin lugar la tercería excluyente de dominio interpuesta por la Sociedad de Beneficencia Pública, con lo demás que contiene: la declararon fundada y mandaron, en consecuencia, que se suspenda el embargo trabado en la chacra de Porogoche en el juicio ejecutivo seguido por el guardador del menor don Nicanor Masías, contra los herederos de don José María Morante; y los devolvieron.

Gonzalez Ramírez - Morales—Ballón.

M. J. GIRONDA.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Don Pablo Quintana, en su testamento otorgado en La Paz, Bolivia, instituyó uno de sus herederos á don Enrique Masías. La Beneficencia

de Arequipa, tachó aquél de nulo y pidió para sí la herencia. Se mandó ministrar á Masías posesión de los bienes que le correspondían bajo fianza. Se aceptó la hipotecaria de don José María Morante, constituida en su chacara de Porongoché, por valor de soles 17.314, según escritura de agosto de 1898.

Morante en su testamento de diciembre de 1907, dejó un legado de soles 2000 á su sobrino el menor Nicanor Masías. El defensor de este, doctor Gómez de la Torre, entabló ejecución, en abril de 1911, para el pago de ese legado y trabó embargo en parte de la chacara Porongoché, especialmente señalada en el testamento para cubrir los legados, constante de dos topos tres cuartos, tasados en soles 3.407.

La Beneficencia ha interpuesto tercería excluyente, invocando la fianza hipotecaria constituida por Morante en 1908. El juez la desechó; más la Corte la ha declarado fundada.

El primero está en la razón. La tercería no procede como excluyente, porque la Beneficencia no es dueño del bien embargado. Tampoco es de pago, porque no tiene crédito preferente al del ejecutante. Alégase que la fianza hipotecaria importa un derecho sobre aquel incompatible con el remate. Absolutamente: se puede vender el bien con ese gravámen indeterminado; con mayor razón si, valiendo todo la chacara soles 17.314, sólo se pretende vender la quinta parte.

Hay nulidad, por tanto, en la sentencia revocatoria. Puede V. E. servirse reformarla, confirmando la apelada; salvo mejor parecer.

Lima, 15 de marzo de 1916.

L.AVALLE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 13 de junio de 1916.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 20, su fecha 27 de mayo del año próximo pasado, que revocando la de primera instancia de fojas 13, su fecha 30 de octubre anterior, declara fundada la demanda interpuesta por la Sociedad de Beneficencia de Arequipa, y en consecuencia, se manda levantar el embargo trabado en el fundo materia de la acción; condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Eguigúren—Eráusquin—Leguía y Martínez.
—Osma.*

Mi voto es porque se declare la nulidad de la sentencia de vista y la insubsistencia de la de primera instancia, y se proceda con arreglo á lo dispuesto en el artículo 750 del Código de Procedimientos Civiles.

Washburn.

Se publicó conforme á ley.

J. Gallagher y Canaval.

Cuaderno No. 728.—Año 1915.