

Procede la acción de tercería excluyente cuando sobre los bienes embargados incide algún derecho incompatible con el remate.

Recurso de nulidad interpuesto por don Miguel A. Tenorio en la causa que sigue con don Alejandro Vigil y Castillo hermanos sobre tercería. Procede de Loreto.

DICTAMEN FISCAL.

Señor:

Con motivo de estarse publicando avisos para el remate del fundo Santa Elena de Anca-yo, en la ejecución seguida por don Alejandro C. Vigil contra Castillo hermanos, se presentó al juez de Iquitos don Miguel A Tenorio y expuso que ese fundo no pertenecía a Castillo hermanos sino a don Marcial del Castillo, quien se lo había hipotecado para asegurar el pago de la suma de 248 libras según aparecía de la escritura que en testimonio acompañaba; y que por ello deducía tercería excluyente de dominio, haciendo uso de la facultad que le confiere la ley de substituirse a los derechos del deudor, ya que éste no lo ha hecho, en perjuicio suyo, por haberse puesto de acuerdo con el ejecutante. Expresó también que la cantidad reclamada a Cas-

tillo hermanos, ha sido totalmente pagada y que él tiene embargado el mencionado fundo en la ejecución que sigue contra Marcial del Castillo, cobrando la cantidad que le adeuda y a que tiene hecha referencia.

El ejecutante don Alejandro Vigil, a quien se corrió traslado, contestando a fojas tres dijo:— que la demanda debe ser declarada sin lugar, porque las tercerías de dominio sólo proceden, conforme al artº 743 del C. de P. C., cuando se reclama la propiedad para sí y no para otro, como sucede en el caso actual, en que Tenorio alega que la propiedad es de Marcial Castillo, su deudor.

Don Marcial del Castillo, representante de la firma Castillo hermanos, dijo que la tercería era infundada por las razones expuestas en su contestación de fojas seis: entre las cuales adujo también la improcedencia de la acción, porque si el título que invoca Tenorio es la hipoteca, con ella debe pedir la preferencia en el pago pero no la propiedad; porque su título no es de dominio sino de crédito.

Vencido el término de prueba a que se recibió la causa, se ha pronunciado sentencia a fojas sesenta y ocho vuelta, declarando infundada la demanda de tercería de dominio interpuesta a fojas dos por don Miguel A. Tenorio, dejando su derecho a salvo para que lo haga valer con derecho a ley.

En síntesis, la sentencia está motivada en que si bien Tenorio tiene su derecho expedito para ejercitarlo en los términos del artº 2048 del C. C., como acreedor hipotecario, haciendo uso de la acción personal contra su deudor don Marcial del Castillo, o de la real contra el po-

seedor de la hipoteca, no puede reclamar el fundo Ancayo, porque no ha probado que le pertenece, ni que su derecho hipotecario sea incompatible con el remate, lo que hace la tercería del todo improcedente.

Como éste fundamento está arreglado al artº 743 del C. de P. C. el Fiscal es de parecer, que no hay nulidad en el fallo de fs. 81 que la confirma. Si el Tribunal Supremo no fuese de opinión contraria, puede servirse declararlo así.

Lima, 28 de Agosto de 1918.

CALLE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 9 de Setiembre de 1918.

Vistos; con lo dictaminado por el señor Fiscal; teniendo en consideración: que don Miguel A. Tenorio es acreedor de don Marcial del Castillo, y su deuda garantizada con la hipoteca del fundo Ancayo; que don Alejandro C. Vigil ha embargado este bien en la ejecución que sigue contra Castillo hermanos por suma de soles, considerándolo como de la propiedad de los ejecutados; que el remate del bien embargado para cubrir con su valor el crédito de Vigil, perjudica

y hace ilusorio el derecho hipotecario que sobre el mismo tiene Tenorio, siendo por lo tanto incompatibles el derecho real de éste proveniente de la hipoteca constituida a su favor y el remate de la cosa hipotecada para el pago de una responsabilidad de Castillo hermano, que no es deudor común de Tenorio y de Vigil; que por esta razón, es procedente la demanda de tercería excluyente entablada por Tenorio, con arreglo a lo que establece el artículo setecientos cuarenta y tres del C. de P. C., que concede tal acción a quien alegue sobre los bienes embargados algún derecho incompatible con el remate, lo que claramente significa que no es indispensable para que la tercería excluyente tenga lugar, que el actor pretenda que le corresponde el dominio total o parcial de la cosa; que de no ser así, Tenorio y todos los que se encontrasen en situación igual, no tendrían un medio legal para hacer respetar su derecho hipotecario; pues no cabe la interposición de una tercería de pago tratándose de dos ejecutados diferentes, por créditos distintos, entre los cuales no es dable establecer ni preferencia ni prorrata; que con el documento de fojas catorce y con la confesión del ejecutante y del ejecutado corriente a fojas diez y seis y veinte ha acreditado el tercerista que el fundo Ancayo, que anteriormente perteneció a Castillo hermano, pasó a ser de propiedad exclusiva de don Marcial del Castillo, desde el año 1908, en virtud de la disolución de aquella firma social y la adjudicación que se le hizo por su haber en la Compañía; que el embargo en el el juicio seguido por Vigil se trabó el once de Mayo de mil novecientos once, a fs. 6 del cuaderno respectivo, cuando ya la cosa no era de Castillo Hermano sino de don Marcial, como se ha manifestado; y que, a mayor abundamiento, a

la acreencia de Vigil no está afecto el fundo varias veces mencionado, pues consta de documento privado. Por estas razones: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fs. 81, su fecha 30 de mayo del año próximo pasado; reformándola y revocando la de primera instancia de fojas 68 vuelta, su fecha 11 de Enero del mismo año; declararon fundada la demanda de don Miguel A. Tenorio de fojas dos y que debe levantarse el embargo del fundo «Ancayo» trabado por don Alejandro Vigil, en el juicio ejecutivo que éste sigue contra Castillo Hermano; sin costas; y los devolvieron.

Eguiguren—Alzamora—Washburn—Pérez—Torre González.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega

Cuaderno N° 641.—Año 1917.
