

En caso de discordia, es imprescindible la consignación del voto del dirimiente o dirimientes que hubiesen votado, aunque se uniformasen las opiniones de los señores vocales originarios.

*Recurso de nulidad interpuesto por don Ernesto Castillo en la causa que sigue con don Antonio Samamé y otro, sobre tercera excluyente.- Precede de Lambayeque.*

## DICTAMEN FISCAL

Señor:

Estudiada legalmente la presente tercera excluyente de dominio, instaurada por don Ernesto Castillo a fojas 1, y proseguida hasta la expedición de las sentencias de primera y segunda instancia, se advierte la nulidad de su procedimiento, porque uno de los co-litigantes, don Antonio Samamé, al interponer la demanda ejecutiva, en la que incide, contra don José Santos Casiano, con los documentos aparejados, reconocidos judicialmente, no expresó ni presentó instrumento alguno, que acreditara su calidad de heredero de don José Samamé, a favor del cual Casiano reconoce el crédito y que, no obstante, de haberlo declarado así la Corte Superior de Lambayeque en los autos ejecutivos, el inferior admitió el recurso de embargo, hasta el extremo de verificarlo en el inmueble materia de la tercera.

Seguidos los trámites de este procedimiento irregular, consentido por la instancia, en el que el tercerista Castillo, como fundamento central de su defensa, arguyó la improcedencia del embargo, por nulidad de todo lo actuado en la demanda ejecutiva, y el ejecutante Samamé, por su parte, en el estado de las pruebas, no presentó ninguna, dejando vencer los términos y abandonando, en buena cuenta, su defensa, para convenir, al fin, con el contrario, expresamente en la acción, por su recurso de fs. 47 del cuaderno principal, cuando dice "que si al iniciarse la tercería, tuvo razón sobrada para litigar, posteriormente no ha hecho gestión, ni presentado recurso alguno, porque la anulación del embargo hacía inútil la acción de tercería", el Superior, al que se elevó en apelación la tercería en vez de anular todo lo actuado en ella, basado en los ejecutivos que había anulado anteriormente, como aparece a fs. 51 y los que tuvo a la vista, al tiempo de resolver, por haberlos pedido, revoca la sentencia de primera instancia, declarando improcedente la demanda de tercería y condenando, además, a Castillo y a Casiano al pago de veinte libras cada uno, como multa por manifiesta colusión.

Basta lo expuesto anteriormente para convenirse que la tercería se ha sustentado a base de un procedimiento nulo, declarado como tal en segunda instancia, al conocer, como se ha dicho, en apelación de los autos ejecutivos originarios del embargo, por cuya razón ha carecido de sentido legal dicha tercería.

Siendo, pues, fundamental la causa que vicia el procedimiento en los autos que motivan este dicta-

men, el Fiscal opina porque se declare la nulidad de la resolución de vista, e insubsistente la de primera instancia, así como todo lo actuado en la presente tercera, por carecer de fundamento legal su iniciación, como resultado del estudio del presente expediente que se ha seguido para sustentarlo.—Salvo mejor parecer.

Lima, 31 de julio de 1924.

ELIAS.

---

RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, 17 de noviembre de 1924.*

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que vista la causa en segunda instancia, resultó discordia y se llamó como dirimiente al señor Vocal doctor Llontop, como aparece de la providencia de fojas cuarenta y nueve: que vista por el dirimente, continuó la discordia, y se llamó como segundo dirimente al señor Presidente, según consta a fojas cuarenta y nueve, vuelta: que después de vista la causa por este señor Vocal, se ha pronunciado la sentencia de fojas cincuenta y una vuelta, por los tres señores originarios, con prescindencia de los dos dirimientes, aplicándose, erróneamente, el artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: que esta ley sólo puede

ejecutarse respecto del dirimente o dirimientes que no han llegado a votar, pero no con los que lo han efectuado, y por consiguiente la uniformidad de los votos de los que han conocido, no excluye la intervención de los que han votado, como el señor Llontop: declararon subsistente la sentencia de vista de fojas cincuenta y una vuelta, su fecha quince de abril último: mandaron que la Corte Superior de Lambayeque proceda conforme a la ley; y los devolvieron.

*Barreto -- Pérez -- Romero -- Correa y Veyán -- Ballón.*

Se publicó conforme a ley.

*Agustín M. Escudero.*

Cuaderno No. 223 — Año 1924.

---