

Por tanto: mi voto es porque se declare haber nulidad en la sentencia de vista, y que, reformándose ella y revocándose la de primera instancia, se declare fundada la acción de retracto interpuesta por doña María Teresa González La Rosa viuda de Melena y hermanos, pero sólo en la parte proporcional, que tienen en el dominio útil; de modo, que el dominio directo y el útil quede distribuido entre comprador y retrayentes en idéntica proporción; de que certifico.

*César de Cardenas.*

Cuaderno N.º 279—Año 1907.

---

Pago bajo de fianza al acreedor hipotecario en el juicio de concurso.

---

*Recurso de nulidad interpuesto por el doctor don Augusto J. Barrios en la causa que sigue con el Síndico del concurso de los bienes del doctor J. Arturo Carreño y hermanas.—De Lima.*

Excmo. Señor:

El 10 de octubre de 1888, doña Elvira Minetti viuda de Carreño prestó 700 soles al 1 y medio % á doña Dorlisca y doña María Evangelina Carreño, quienes garantizaron el pago especialmente con la parte que pudiera corresponderles en una casa de esta capital sita en la calle de

Arequipa número 51. El 7 de febrero de 1890, las mismas personas aumentaron el crédito con 250 soles, subsistiendo la dicha garantía hipotecaria y reduciendo al 1 por ciento el interés del total de los 950 soles. Con el testimonio de ambas escrituras cuya copia certificada corre desde fojas 25 vuelta del proceso anexo, seguido por la prestadora contra sus deudoras, la ejecución se llevó hasta el estado de los avisos insertos en "El Diario Judicial" para el remate del inmueble mencionado.

El 31 de mayo de 1897, las mismas doña Dorlisca y doña María Evangelina junto con su hermano el doctor Arturo Carreño recibieron de don Domingo Barrios, de quien es cesionario el doctor J. Augusto Barrios, 5000 soles al 1 por ciento con hipoteca especial del dominio útil de la dicha casa de la calle de Arequipa, según lo comprueba la copia certificada corriente á fojas 86 del proceso también anexo, seguido ejecutivamente por el acreedor.

A consecuencia de la cesión de bienes hecha por los referidos hermanos Carreño, quedó formado el presente juicio de concurso al que fueron acumuladas las dos ejecuciones, sin interrumpir su secuela.

Existen además las dos acciones sobre tercera de preferencia planteadas recíprocamente por ambos ejecutantes, que aún se hallan en sustanciación.

Siendo ese el estado procesal, en vísperas de la subasta de la casa hipotecada en la ejecución del doctor Barrios la viuda de Carreño á fojas 258 y 267 y doña Dorlisca á fojas 263 se opusieron á toda adjudicación y pago; y por considerar que el embargo de ambos ejecutantes en el mismo bien hace oportuna la aplicación del artículo 1224 del Código de Enjuiciamientos Civil, el

Juez doctor Olachea desestimó tal oposición en el auto de fojas 282 vuelta.

Se llevó entonces adelante la venta de la finca que resultó adjudicada á don Domingo Barrios como mejor postor, y en el auto de fojas 339, al aprobar el remate, el Juez doctor Rada y Paz Soldán ordenó que se efectuase la oblación del precio en la Caja de Depósitos y Consignaciones.

Invocando el artículo 19 de la ley de 28 de setiembre de 1896 sobre juicio ejecutivo que autoriza, en los casos de concurso ó quiebra, el pago al ejecutante que presta la fianza de mejor derecho prescrita por el artículo 1006 del Código de Enjuiciamientos, el doctor Barrios pidió que fuese cubierto el importe de su crédito bajo la del doctor don Manuel C. Barrios; y aceptando éste, el mismo juez defirió á la solicitud, disponiendo que el subastador consignase el sobrante en la antes nombrada Caja.

La viuda de Carreño planteó por tal causa la nueva articulación sometida hoy al conocimiento de VE.

En ella cita el artículo 1224 considerado á fojas 282 vuelta por el doctor Olachea para solicitar que se deposite el precio de la subasta.

Por cuanto en su concepto el dicho artículo 19 de la ley de 1896 modifica el 1224, el juez doctor Correa y Veyán desecha tal articulación.

Alegando que los dos autos, antes indicados, corrientes á fojas 282 vuelta y 339 de la ejecución del doctor Barrios establecen que el producto del inmueble debe depositarse hasta que se resuelva la preferencia entre ambos ejecutantes, la ltima. Corte Superior manda en el revocatorio recurrido que se deposite el valor del bien subastado.

Ese considerando es erróneo.

Lo que únicamente establece el auto de fojas 282 vuelta expedido por el doctor Olacchea es la procedencia del artículo 1224 cuyo mandato debe por lo tanto cumplirse, dándole un verdadero alcance, sin extralimitaciones.

Ese artículo estatuye en su primera parte que si el tercer opositor coadyuvante al derecho del actor se presenta con instrumento que trae aparejada ejecución "sigue la causa ejecutiva hasta la venta y depósito de los bienes embargados"; y en la segunda y última, que también se ventilará "por cuerda separada, otro juicio ordinario entre el acreedor y tercer opositor, sobre quien debe ser pagado de preferencia."

La controversia en dicho litigio entre ambos ejecutantes tiene, en consecuencia, como objetivo, á más del derecho que invocaren, una cantidad líquida que puede ser mayor ó menor que el importe de la subasta.

Luego, si la que reclama el tercerista no llega al total del precio, es obvio que está plenamente garantido, para el caso de que la preferencia se decidiese á su favor, con el depósito de la cuantía de su crédito; y en nada le daña la entrega al otro ejecutante de la diferencia que no le disputa ya ningún opositor con recaudo ejecutivo.

El artículo 1224 no manda pues en forma absoluta, como lo supone la Corte, la retención arbitraria de todo el producto de la licitación, con prescindencia de la suma cuyo pago contempla.

Sólo se limita su alcance á la que es materia de controversia; y en cuanto al exceso, cuando lo hay, no presenta implicancia con el citado artículo 19 de la ley novísima de 1896.

El auto de fojas 339 expedido por el Juez

doctor Rada y Paz Soldán, no tiene el carácter de definitivo que le atribuye el Superior.

Al tiempo de aprobar el remate, ese funcionario ordena la oblación del precio en la Caja, sujetándose al régimen del artículo 1224. Pero esa guarda es provisional; y llegada la oportunidad cuando formuló su pedimento el doctor Barrios, el Juez doctor Correa y Veyán pudo correctamente proveer acerca de la entrega conforme á aquel artículo 19 de la ley especial, de la cuantía que según el 1224 del Código de Enjuiciamientos, no formaba parte del depósito forzoso.

También es erróneo el considerando de primera instancia.

El artículo 19 no modifica en efecto el 1224.

Aquel se contrae á la ejecución aislada, con independencia de los trámites del concurso en el cual esperan los acreedores no ejecutantes la sentencia de grados y preferidos; motivo por el cual autoriza el procedimiento aparte, con citación del síndico, el remate de los bienes especialmente afectos, y el pago de la deuda con cargo de prestar fianza de acreedor de mejor derecho.

Pero cuando las ejecuciones aisladas son varias y recaen sobre el mismo bien; cuando, como ocurre en el presente negocio, dos ejecutantes han continuado la sustanciación hasta el fin colocándose en idéntica situación jurídica, ambos aducen igual derecho al abono bajo fianza.

La entrega al uno quedando el otro en la condición de los demás acreedores del concurso, es, en lo que al preterido concierne, la infracción del artículo 19, el desconocimiento de la eficacia de su acción *in rem*.

Se impone entonces justicieramente la solución del conflicto, mediante el depósito prevenido en el artículo 1224 hasta que se resuelva la

contienda de preferencia; contienda que como se ha dicho antes, se encuentra pendiente entre el doctor Barrios y la viuda de Carreño.

El auto revocado está sin embargo arreglado á derecho en cuanto desestima la articulación de la viuda mencionada, á que defiere la Corte, para que se deposite íntegro el precio de la subasta.

En cumplimiento del artículo 19 de la ley sobre juicio ejecutivo y del 1224 del Código Procesal, está en consecuencia, correcto el pago al doctor Barrios, á la vez que el mandato de oblación en la Caja de Depósitos y Consignaciones, siempre que dicha oblación represente el importe de la suma en controversia.

El Fiscal concluye que hay nulidad en el auto de vista; por lo que, reformándolo, puede V.E. dignarse confirmar el apelado en su parte resolutive, con la calidad de que la suma depositable sea—en vez del exceso después de cubierto el adeudo al doctor Barrios, como lo considera ese auto de primera instancia—el importe del crédito de la viuda de Carreño.

Lima, á 27 de Agosto de 1907.

SEOANE.

---

*Lima, 9 de setiembre de 1907.*

Vistos: de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal y atendiendo: á que formado el concurso á los bienes de don J. Arturo Carreño y hermanas, el depósito del precio de los subastados, la entrega de dicho valor á los acreedores y la graduación de los créditos para

determinar el orden en que han de ser pagados, deben hacerse con sujeción á las prescripciones legales relativas á esa clase de juicios; y á que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 19 de la ley de 28 de setiembre de 1896 se ha hecho pago al acreedor hipotecario don J. Augusto Barrios, bajo la fianza de que se encarga dicho artículo, con parte del precio del remate verificado en la ejecución seguida por él: declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 286, su fecha 5 de enero último, por el que se ordena que el valor del bien subastado se deposite hasta que se resuelva la preferencia que se controvierte entre el expresado Barrios y la señora Elvira M. viuda de Carreño; reformándolo, confirmaron el de primera instancia de fojas 271, su fecha 21 de setiembre del año próximo pasado, que declara sin lugar lo pedido por la referida Minetti viuda de Carreño en sus escritos de fojas 276 y 278; y los devolvieron.

*Espinosa. —Castellanos. —Villarán. —Eguiguren. —Villanueva.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*