

declararon haber nulidad en el auto superior de fojas 13, su fecha 29 de agosto del corriente año y reformándolo declararon fundada la excusa del señor vocal de la Iltra. Corte Superior de Piura, doctor Montenegro, y en consecuencia que no se halla expedito para conocer en este juicio seguido por los herederos de don Pedro Enrique Arrese y Paredes con doña Genara Delgado sobre cantidad de soles; y los devolvieron;

*Castellanos. — Villarán. — León. — Villanueva. — Almenara.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*

Cuaderno N.º 686. — Año 1908.

---

**No procede la demanda contra el albacea mandatario para el pago de una deuda del testador sobre la que no ha recibido aquel encargo expreso.**

---

*Juicio seguido por el doctor don Carlos Menéndez con el doctor don José M. Salinas Gárate sobre cantidad de soles. De Arequipa.*

BOLETA DE FOJAS 4 QUE SE INVOKA COMO TÍTULO DE LA PERSONERÍA DEL DEMANDADO

Certifico: que ante mí y con fecha 11 de diciembre de 1907, el señor José María Morante de esta vecindad, otorgó su codicilo en el que apa-

rece la siguiente cláusula:—“En mi testamento  
“ cerrado nombré por mis albaceas, en primer  
“ lugar al doctor don José Mariano Salinas, y  
“ en segundo al doctor don Manuel Francisco  
“ Hurtado, con el carácter de mandatarios, para  
“ que inmediatamente después de mi fallecimien-  
“ to entren en el ejercicio del cargo en el orden en  
“ que han sido nombrados, cautelando mis inte-  
“ reses, mientras dan estricto cumplimiento á  
“ mis disposiciones, en virtud de las facultades  
“ que les confiero.”—Así consta de dicho codici-  
lo que se otorgó y firmó con las formalidades  
de ley, al que me remito; y á solicitud del doc-  
tor don Carlos Menéndez expido la presente en  
Arequipa, á 20 de marzo de 1908.—**JOSÉ MARÍA  
TEJADA.**—(Un sello).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: y teniendo en consideración: que in-  
terpuesta la demanda de fojas 5 y en mérito de  
aparejar ejecución el instrumento de fojas 1 y de  
hallarse acreditada la representación del albacea  
con la boleta de fojas 4, se expidió el decreto de  
solvendo y se trabó el embargo de fojas 8, que fué  
sustituído con el de fojas 17; que citado de re-  
mate el albacea mandatario, se opuso á dicha  
citación, deduciendo las excepciones de inoficio-  
sidad y nulidad, por cuya razón se abrió el tér-  
mino de prueba durante el cual se han ofrecido  
como tales el testimonio de fojas 1, la boleta de  
fojas 4 y los certificados de fojas 20, y testimo-  
nio de fojas 30; que el derecho del actor está ple-  
namente comprobado con el instrumento que en-

cabeza este proceso, sin que se haya justificado las excepciones deducidas, pues si bien es cierto que el albacea simple no puede demandar ni ser demandado por razón de la testamentaría, no sucede lo mismo con el albacea mandatario; que en el presente caso á mayor abundamiento ha intervenido en representación de la testamentaría en los contratos de fojas 20 y 31 á lo cual se agrega que improbadamente la ineptitud de la demanda, cae por tierra la excepción de nulidad fundada en aquella. Por estos fundamentos y demás que aparecen de autos administrando justicia á nombre de la Nación: Fallo; que debe continuar la ejecución hasta que el acreedor se haga pago del capital de 10,000 soles, con más sus intereses en la forma estipulada en el instrumento de fojas 1 y las costas del juicio con cuyo objeto se hará trance y remate de los bienes embargados. Y por ésta mi sentencia, así lo promuncio mando y ordeno, haciendo audiencia pública en la sala de mi despacho á presencia del actuario y testigos de ley, en Arequipa á 17 de julio de 1908.

A. VARGAS TAYLOR.

El señor Juez de Primera Instancia dió, etc...

*Tadeo Torres.*

---

SENTENCIA DE VISTA

*Arequipa, 1º de setiembre de 1908.*

Vistos: con el informe que precede y por los mismos fundamentos de la sentencia apelada de fojas 40, su fecha 17 de julio último que manda

que debe continuar la ejecución hasta que el acreedor se haga pago del capital de 10,000 soles, con más sus intereses, en la forma estipulada en el instrumento de fojas 1 y las costas del juicio, con cuyo objeto se hará trance y remate de los bienes embargados; la confirmaron y los devolvieron.

*Soto.—Delgado.—Leguía y Martínez.*

Certifico su expedición legal, siendo el voto del señor Soto por la confirmatoria del fallo apelado y considerando además: que la masa testamentaria del finado don José María Morante, es directamente responsable de la deuda materia de ésta ejecución, sin que la cláusula cuarta del instrumento de fojas 1 imponga restricción de ningún género al pago demandado en la fecha de su vencimiento.

*J. Miguel de La Rosa.*

---

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El doctor don Carlos Menéndez entabla demanda ejecutiva contra la testamentaria de don José María Morante, representada por el doctor don Mariano Salinas Gárate en su calidad de albacea mandatario.

Este último funda su oposición en que la demanda es inoficiosa, por cuanto no ha recibido

encargo del testador para cancelar el crédito reclamado.

La sentencia confirmada manda, que se lleve adelante la ejecución, desestimando la oposición.

En concepto del Fiscal, ese fallo es erróneo.

En el codicilo al que se refiere el certificado de fojas 4 con el cual recaudó el autor su acción, Morante ratifica el nombramiento de albacea á favor del doctor Salinas y otro, con el carácter de mandatarios para que inmediatamente después de su fallecimiento entren en el orden en que están nombrados en el ejercicio del cargo, cautelando sus intereses, mientras dan estricto cumplimiento á sus disposiciones.

Ese mandato para cautelar intereses es tan vago que solo en determinados casos ha creído el albacea que podía ejercerlo legalmente como en los dos contratos con don Toribio Carpio, y don Francisco Velazco á fin de evitar á la testamentaría el pago de una multa de 6,000 soles.

El albacea es la persona á quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad; pero esa voluntad que indica el artículo 805 del Código Civil, no es la expresada en documentos como el de la escritura pública, cuyo testimonio corre á fojas 1, sino única y exclusivamente en las disposiciones testamentarias.

El crédito del doctor Menéndez reconocido en dicha escritura pública, es pagadero dentro del término de cuatro meses; pero prevé la posibilidad de la mora en cláusula segunda, aumentando al uno el interés pactado del medio por ciento mensual.

Los directamente responsables, los que pueden aceptar ó contradecir ese crédito son los herederos, como dueños de la testamentaría de la que son únicos personeros, salvo el caso de mandato especial á tercero.

El artículo 820 del Código Civil, estatuye que los albaceas no tienen tal personería, sino en los asuntos para los que se les hubiese hecho encargo expreso por el testador.

Con ese precepto concuerda el consignado en el artículo 816 del mismo Código.

Si pues el doctor Salinas no quiere asumir la responsabilidad del pago del crédito del doctor Menéndez, si por no haberse abierto el testamento, que fué cerrado según lo indica el codicilo citado á fojas 4, no hay constancia de que Morante haya hecho encargo especial á su albacea para pagar dicho crédito, ó responder en juicio acerca de él, es obvio que en esta ejecución no incumbe al doctor Salinas la representación de la testamentaría.

Es pues infractorio de las leyes citadas la sentencia que le atribuye tal representación.

Además ese fallo produce el caso previsto en el artículo 1649 inciso 4.º del Código de Enjuiciamientos Civil, por cuanto lleva adelante la ejecución contra la testamentaría, es decir contra los herederos sin haberseles citado.

El Fiscal concluye que hay nulidad en el fallo; por lo que, reformando el de vista y revocando el de primera instancia, puede V.E., salvo mejor acuerdo, declarar fundada la oposición del doctor Salinas.

Lima, á 12 de diciembre de 1908.

SEOANE.

---

*Lima, 16 de diciembre de 1908.*

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon haber nulidad en la sentencia de vis-

ta de fojas 48 vuelta, su fecha primero de setiembre último, que confirmando la de primera instancia de fojas 40, su fecha 17 de julio anterior, manda continuar la ejecución, hasta que el acreedor se haga pago de la suma demandada, con sus intereses y las costas del juicio; reformando la primera y revocando la segunda declararon fundada la oposición deducida á fojas 11 por el doctor don José M. Salinas Gárate, mandaron se levante el embargo trabado á fojas 17; y los devolvieron.

*Guzmán.— Elmore.— León.— Eguiguren. — Villanueva.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*

Cuaderno N.º. 584—Año 1908.

---

**La consignación hecha para evitar los gastos del embargo, que autoriza el artículo 9.º de la ley del juicio ejecutivo, no suspende el pago de los intereses.**

---

*Juicio seguido por don Emilio Barreto con don Miguel A. Vegas, sobre cantidad de soles.--De Piura.*

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos los autos de este juicio ejecutivo seguido por don Miguel A. Vegas contra don Emilio Barreto, de los que resulta lo siguiente. En