

No es nula la adjudicación hecha en favor de un condómino, no obstante existir coparticipes menores de edad, siempre que el juicio de división se hubiera seguido con intervención del padre del menor y del Ministerio Público y si existiera, además, tasación aprobada de los bienes.

### DICTAMEN FISCAL

Señor:

A fojas 228 don Humberto Fernandini y Fernandini interpone recurso de nulidad contra el auto de vista de fojas 217 que confirmando el de primera instancia de fojas 205 declara fundada la nulidad de actuados deducida por don Augusto Cárpena Iturregui por medio del escrito de fojas 188 y, en consecuencia, nulo todo lo actuado a partir de fojas 99, repeniéndose el procedimiento al estado de fojas 98 vuelta.

El auto de vista recurrido confirmatorio del de primera instancia se apoya en consideraciones de orden legal que son de aplicación estricta al caso de que se trata y que son normas irrenunciables de procedimiento porque cautelan el interés patrimonial de menores cuya inobservancia acarrea la nulidad de lo actuado, según se prevé en los incisos 6º y 13º del artículo 1085 del C. de P. C. Por los fundamentos de la resolución de vista que ampara las razones que sirven de apoyo al auto de primera instancia, soy de parecer que procede declarar que NO HAY NULIDAD.

Lima, 12 de noviembre de 1954.

GARCIA ARRESE

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, once de enero de mil novecientos cincuenticinco.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que la nulidad de actuados propuesta a fojas ciento

ochentiocho por don Augusto Cárpena Iturregui se sustenta esencialmente en el hecho de que el bien común "Yéncala Boggiano" materia de la partición se ha adjudicado al condómino don Humberto Fernandini que ejercitó el derecho de tanteo y preferencia contrariando lo resuelto en el fallo de fojas setentidos que ordenó que dicho bien se vendiera en pública subasta, infringiéndose así el principio de la autoridad de la cosa juzgada y las reglas procesales que garantizan el interés de los menores copartícipes; que el referido fallo no puede tener los alcances que se le asignan sino en lo concerniente a lo que constituye su propia finalidad, o sea en cuanto señala la proporción en que el bien debe dividirse, según lo preceptúan los artículos quinientos diecisiete y quinientos dieciocho del Código de Procedimientos Civiles, siendo un complemento de él las diversas cuestiones que se suscitan con motivo de la adjudicación material de las hijuelas correspondientes dentro del procedimiento de la partición; que el ejercicio del derecho de tanteo o preferencia regido por el artículo novecientos veinte del Código Civil es una de estas incidencias complementarias que deriva del cumplimiento de la parte del fallo que ordena la subasta del bien común, para evitar la cual ha sido conferido precisamente al comunero que entrega en dinero el precio de la tasación siendo inconciliable con este precepto la exigencia de que la subasta se realice necesariamente; que el juicio de división del fundo "Yéncala" se ha seguido con intervención de don Enrique Cárpena Monsalve, padre del entonces menor Augusto Cárpena Iturregui, dándose audiencia al Ministerio Público antes de la expedición del fallo, existiendo además tasación judicial aprobada con lo que se han cumplido los únicos requisitos que en resguardo de los bienes de menores sujetos a la acción de partición prescribe el artículo quinientos treintitres del Código de Procedimientos Civiles, razón por la cual la subasta se ordenó en el referido fallo no en atención a la minoridad de Cárpena Iturregui, sino en la consideración expresada en la demanda de que el fundo no se prestaba a partición material ni había acuerdo al respecto; que don Humberto Fernandini para hacer uso del derecho de tanteo o preferencia formuló la propuesta de fojas ochentinueve consignando el valor de tasación de la cuota par-

te correspondiente al menor referido a fin de evitar el remate, sin que los demás condóminos procedieran en igual sentido ni opusieran reparos a la partición de aquel en vista de lo cual se le hizo la adjudicación por auto consentido de fojas noventinueve, la que quedó consumada con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente el trece de octubre de mil novecientos cuarentitres; que por otro lado el derecho del menor para impugnar los actos practicados por su padre en ejercicio de la patria potestad de acuerdo con lo que prescribe el inciso primero del artículo cuatrocientos catorce del Código Civil, sólo puede ejecutarse dentro de los dos años siguientes de alcanzar la mayor edad o de ser emancipado, plazo que en el presente caso se ha vencido con exceso; y que, además, don Augusto Cárpena Iturregui apenas emancipado pidió y obtuvo la entrega de las sumas consignadas por su participación en el bien materia del juicio, sin que en esa oportunidad hiciera reserva de su derecho para reclamar del modo en que fué ejercitada la patria potestad: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas doscientos diecisiete, su fecha veinticinco de octubre de mil novecientos cincuenticuatro, que confirmando el apelado de fojas doscientas cinco, su fecha nueve de setiembre del mismo año declara fundada la nulidad de actuados formulada a fojas ciento ochentiocho, por don Augusto Enrique Cárpena Iturregui en los seguidos con don Augusto Fernandini y otros, sobre división y partición; reformando el primero y revocando el segundo: declararon sin lugar dicha nulidad; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— VALVERDE.— GAZATS.— PONCE SOBREVILLA.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

El Secretario que suscribe, certifica: que los fundamentos del voto de los señores Valverde y Gazats son los siguientes: que la nulidad materia de la presente resolución tiene por finalidad que se declare nula la venta realizada entre los condóminos del fundo "Yéncala Boggiano" por aplicación de lo que dispone el artículo novecientos diecinueve del Código Civil; que dicha incidencia en el juicio de partición menciona-

do se rige por las disposiciones contenidas en el título de división y partición del citado Código, que son de estricta observancia; que según dichas disposiciones la venta efectuada con intervención exclusiva de los condóminos, sin haberse acreditado y resuelto que no era fácil y de cómoda partición el bien de que se trata, produce únicamente su ineficacia relativa ya que toda omisión por haberse infringido el artículo novecientos diecinueve sólo era susceptible de anulabilidad para la que el menor tenía la acción que le acuerda el artículo cuatrocientos catorce del Código Civil, ejercitable en el plazo señalado en ese precepto legal; que no usó oportunamente de esa acción dejando vencer el plazo indicado y, lo que es más, pidió y obtuvo el precio de la venta aceptada por su padre, como personero legal, quedando así plenamente confirmada la venta cuya ineficacia se pide; que no se trata por lo mismo, del caso de nulidad previsto en el inciso tercero del artículo mil ciento veintitres del ya citado cuerpo de leyes por no haberse vendido el bien en pública subasta en virtud de un mandato legal consentido, ya que no se trata de la nulidad cuya infracción sanciona el precitado mandato legal que se refiere a las solemnidades requeridas por la ley como esenciales para la validez del acto jurídico y la venta en pública subasta no reúne esa condición y lo que es más fué indebidamente provista porque en el presente caso no constituía requisito observable del juicio de división y partición y era, por consiguiente, extraño a la citada disposición contenida en el inciso tercero del artículo mil ciento veintitres.— VALVERDE.— GAZATS.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

Exp. 1027/54—Procede de Lambayeque