

**La entrega de un cheque sólo produce los efectos del pago cuando hubiese sido realizado, o cuando por culpa del acreedor se hubiese perjudicado. (Aplicación del art. 1248 del C. C.).**

### DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por escritura pública de 15 de diciembre de 1947 ante el Notario don Hugo Magill, que en testimonio corre a fs. 2 del juicio rescisorio agregado, don José C. Gianella M. vendió a su cóndomina doña Teresa Silva Vda. de Gianella, la mitad que le correspondía en el dominio del inmueble sito en Miraflores, calle Coronel Inclán N° 769, por el precio de S/. 22,500.00, que según fé notarial fué pagado con el Cheque N° 926535 a cargo del Banco Popular del Perú. Con esta compra doña Teresa Silva de Gianella quedó de única dueña del inmueble inscribiéndose su dominio el 24 de diciembre de 1947 en el asiento N° 22 de fs. 131 y siguientes del tomo 138 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, según se constata con la copia literal certificada de la citada partida que corre de fs. 1 a fs. 16 del presente juicio.

Dueña única del inmueble doña Teresa Silva de Gianella lo hipotecó al Banco Central Hipotecario del Perú el 17 de enero de 1949 en garantía de un préstamo concedido bajo el régimen de la Ley N° 6126, hipoteca que se inscribió en el asiento N° 28. Posteriormente el inmueble fué embargado por un acreedor de la citada señora, don Gerardo Beraún, con fecha 9 de diciembre de 1950 según se lee del asiento N° 29.

En esa situación, con fecha 1° de julio de 1951, el citado José Gianella M. entabla demanda ordinaria contra su cuñada doña Teresa Silva de Gianella para que se declare rescindida la venta que le hizo según la escritura de 15 de diciembre de 1947, sosteniendo que el precio no le había sido pagado, pues el cheque no fué hecho efectivo por falta de fondos. El cheque corre exhibido a fs. 13 del citado juicio rescisorio y no lleva ninguna constancia de haber sido presentado para su cobro. A pedido del actor el Juez ordenó la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que se cumplió con fecha 23 de julio de 1951 (asiento N° 30). En un primer momento la

demandada contradujo la acción sosteniendo que el precio había sido totalmente cubierto con fondos que su cuñado le tenía por razón de la venta de unas minas, imputó a éste conducta dolosa y le hizo el cargo de haber dilapidado los bienes de ella y de sus hijos menores. Sin embargo, antes de que se certificara sobre el vencimiento del término probatorio, con fecha 9 de abril de 1954, la demandada cambió de criterio y se allanó a la demanda, solicitando ella misma que se dictara sentencia lo que el Juez hizo, sin preocuparse de conocer si existían o no acreedores que hubieran contratado con doña Teresa Silva de Gianella al figurar ésta en el Registro como propietaria única del bien. La sentencia de 23 de abril de 1954 ampara la demanda y declara la rescisión de la citada compra-venta, inscribiéndose el 18 de junio del mismo año en el asiento N° 36.

Entre la anotación de la demanda rescisoria el 23 de junio de 1951 y la inscripción de la sentencia el 18 de junio de 1954, ó sea, cuando todavía el inmueble estaba a nombre de doña Teresa Silva de Gianella, cuatro acreedores, entre ellos don Alberto Benavides Milera embargaron el bien (asientos N° 31, 32, 33 y 34).

Don Alberto Benavides Milera que había iniciado su juicio a doña Teresa Silva de Gianella el 28 de agosto de 1952 llevó adelante su ejecución, tasándose el bien embargado en la suma de S/. 81,666.66 y en un primer momento no pidió el remate pues ya el Banco Central Hipotecario del Perú había dispuesto que se realizara según se lee a fs. 10, pero suspendido éste remate, fs. 12, por haberse pagado las cuotas atrasadas, el ejecutante Benavides solicitó que se rematara el inmueble señalándose para el acto el 29 de marzo de 1954, diligencia que se cumplió, previas las publicaciones de ley, según acta de fs. 21, obteniendo la buena pró don Alex Belmont por la suma de S/. 62,000.00, que consignó el 2 de abril de 1954, ordenándose el otorgamiento de la escritura.

La comparación de las fechas de las actuaciones practicadas tanto en el juicio rescisorio como en el juicio ejecutivo en que se remató el inmueble, convencen plenamente que el allanamiento a la demanda de rescisión se produjo cuando ya el inmueble había sido rematado, su precio consignado y en consecuencia doña Teresa de Gianella no podía practicar ningún acto de disposición sobre el mismo. Con ese allanamiento el juicio rescisorio se redujo a una comedia para perjudicar a los legítimos acreedores de la compradora, tanto más que la rescisión fué demandada apoyándose en que el precio no había sido pagado, al no hacerse efectivo el cheque, cuando por haberse dejado perjudicar el

cheque, no presentándolo al Banco girado, produjo los efectos del pago, de acuerdo con el artículo 1248 del C. C. y el vendedor, por lo tanto, no tenía acción rescisoria, sino la de cobro del dinero, para evitar un enriquecimiento ilícito, en el supuesto de que efectivamente no hubiera sido cancelado. La rescisión declarada judicialmente resultó así consecuencia de una colusión, en contradicción con la verdad material que los litigantes ocultaron.

Después del remate, cuyo precio sirvió para pagar la hipoteca y el embargo anteriores aún a la anotación de la demanda y parte de los embargos posteriores a esa anotación pero anteriores a la inscripción de la rescisión, el Juzgado a solicitud del subastador y con citación expresa de don José Gianella, fs. 121, a quien se acusó rebeldía, dispuso el 19 de octubre de 1955 fs. 123 vta., la cancelación de todos los gravámenes y cargas anteriores al remate, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 718 del C. de P. C. En esta misma resolución se mandó cancelar expresamente el asiento en que se inscribió la rescisión por cuanto había sido ordenado en contravención del art. 28 de la ley N.º 6126 que prohíbe disponer del bien hipotecado sin el consentimiento de dicho Banco. Esa resolución fue confirmada por la Corte Superior de Lima el 27 de junio de 1956, denegándose el recurso de nulidad por improcedente, sin sustanciarse la queja para la cual se solicitaron las copias.

Ya ordenado el saneamiento del inmueble, don Alex Belmont lo vendió a don Augusto Fontcuberta, según escritura de 7 de noviembre de 1956, fs. 53.

Es entonces que don José C. Gianella, inicia el presente juicio ordinario contra don Augusto Fontcuberta y don Alejandro Belmont para que se declare que no adquirieron sino el 50% del dominio del inmueble tantas veces mencionado, por corresponderle a él la otra mitad a mérito del juicio rescisorio que se ha resumido. Sostiene que las adquisiciones de los demandados no han sido de buena fé porque en el Registro figuraba anotada la demanda rescisoria. No se dan fundamentos de derecho. Contradicha la demanda la prueba actuada consiste en la copia literal de la partida de inscripción del inmueble fs. 1/16 presentada por el actor y el testimonio de las escrituras de compra y cancelación a favor de don Augusto Fontcuberta fs. 53-59. La sentencia de primera instancia fs. 68 declara improcedente la demanda, sin costas, por considerar que pretende desconocer los efectos de la resolución que se dictó en el juicio ejecutivo, después del remate, ordenándose la cancelación de los gravámenes y cargas pretensión que

se considera violatoria del Art. 228 de la Constitución Política del Estado. Apelada la sentencia por el demandante, la Corte Superior de Lima la ha confirmado fs. 90 vta., interponiéndose recurso de nulidad por don José Carlos Gianella.

Fluye de lo expuesto que la demanda de don José Gianella es infundada, no precisamente porque no proceda oponer en la vía ordinaria y en proceso independiente la pretensión de mejor derecho derivada de una anotación de la demanda a la que se dió publicidad registral, sino porque todo lo actuado en el juicio rescisorio con posterioridad al allanamiento no puede producir efecto alguno frente a terceros ya que el inmueble no pertenecía a la demandada en ese proceso sino al subastador; aparte de que se manifiesta la colusión para burlar los derechos de los acreedores.

No se trata de la anotación de un juicio normal, que sí tendría alcances contra los que contrataron o inscribieron derechos con posterioridad a ella, sino, repetimos, de un juicio francamente colusorio.

Por esas consideraciones, soy de opinión que **NO HAY NULIDAD** en la resolución de vista confirmatoria de la de primera instancia y que debe declararse infundada la demanda.

Lima, 26 de setiembre de 1966.

NAVARRO IRVINE.

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, quince de noviembre de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas noventa vuelta, su fecha dos de diciembre de mil novecientos sesenticinco que, confirmando la apelada de fojas sesentiocho, su fecha veintiocho de setiembre de mil novecientos sesenticuatro, declara infundada la demanda de declaración de derecho interpuesta a fojas dieciocho por don José Gianella contra don Augusto Fontcuberta y otro; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— **MAGUÑA SUERO**.— **VIVANCO MUJICA**.— **PERAL PALACIOS**.— **ARBULU**.— Se publicó conforme a ley.—Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 312 '66.— Prócede de Lima.