

**Terceria excluyente de dominio**

Excmo. señor:

En virtud de lo dispuesto por VE. en la suprema resolución de 21 de abril de 1869 (f. 37 c. 2º) se ha seguido el juicio ordinario entre los terceros opositores excluyentes doña María Santos Manrique y compartes, la ejecutante doña Juana Robles de Neyra y el ejecutado don Juan de Dios Agustín Neyra esposo de esta última.

Como los terceros opositores acreditaron su dominio en la casa que poseían y les fué embargada en virtud de acción hipotecaria de la ejecutante, presentaron á f. 3 c. 2º la escritura de adjudicación de la casa en pago, otorgada en 27 de abril de 1865, y á f. 14 vuelta cuaderno id. la primitiva escritura de esa obligación contraída, en 23 de enero de 1860, por el dicho Neyra cuando era dueño de la mencionada casa. Este juicio ordinario según dijo este ministerio en el dictamen que mereció la conformidad de VE., ha tenido y tiene por objeto principal saber si hay vicio que anule la obligación principal ó la hipoteca que aparece de la escritura de 3 de junio de 1863 en la cual dijo el mismo Neyra que debía y pagaría en cuatro años á su esposa, la cantidad de 10,000 pesos, que del patrimonio de ésta ó sean sus parafrenales había recibido en tres partidas y en diferentes épocas.

De cualquier modo que se considere la hipoteca, ya sea judicial por haberse registrado la

convencional en febrero de 1864 de orden del juez (f. 4 vuelta c. 1º), ya sea legal por ser de bienes parafernales la obligación principal; si es nula esa obligación queda extinguida también la hipoteca que es accesoria, conforme al inciso 1º artículo 2072 del código civil.

Por estar prohibidas las donaciones entre marido y mujer durante el matrimonio (inciso 1º artículo 627 del código civil), es indispensable que se pruebe que procede realmente de bienes parafernales la obligación contraída en favor de aquella por el marido, de otra suerte no sería más que una donación simulada. Los parafernales pueden ser entregados por la mujer al marido, quedando éste obligado á devolverlos cuando aquella los pida [artículo 1032 del código civil] estando garantida esta obligación con hipoteca legal que establece el artículo 1044. Fuera de los bienes dotales y parafernales, no se concibe legalmente que haya ninguna obligación eficaz, por valores que se entreguen recíprocamente los cónyuges durante el matrimonio, y menos cuando sea quien los recibe el marido que tiene absoluto derecho de administrar los bienes de la sociedad conyugal (artículo 955 del código civil).

La única prueba de ser parafernales los 10 mil pesos demandados por la mujer ejecutante, es el testimonio que corre de f. 78 á f. 90 c. 3º, presentado por parte de ella misma á f. 91, como el laudo de particiones que acreditaban "los pingües fondos de sus bienes patrimoniales, á más de otros exclusivamente suyos; que todos constituían sus bienes parafernales, de los cuales había hecho disipación el marido". — Este documento, sin embargo, es contraproducente.

Esa partición fué practicada en 31 de enero de 1864; y en ella se vé que entonces se le adjudicó á doña Juana Robles de Neyra en deudas por cobrar 32,344 pesos y en efectivo 14,323 pesos [f. 89]. Más como en el caudal efectivo que se distribuía, se consideró el valor de la casa rematada en 11,449 pesos 5 reales [f. 85 vuelta] y como en esa casa, sacada á remate tan sólo por no haber cómoda partición, quedó por retracto en poder de la propia doña Juana, mes y medio antes de firmarse las particiones [f. 88 y 70]; evidente es que la adjudicación hereditaria de los 14323 pesos en efectivo, se compuso de la casa ó sean 11,449 pesos precio del remate; y de 2874 pesos en dinero de las deudas cobradas.

El retracto aparece cual una evolución destinada á tomar la casa en cuenta de haber hereditario, pero no por su justo precio, sino rebajado las tres décimas, según se vé en las diligencias del remate, cohonestándose así el proporcional menoscabo que resultaba en la legítima de los menores. No es por eso de extrañarse que el licitador no compareciese al juicio de retracto, sentenciado en su rebeldía á los 18 días del remate, ni que estuviese ausente cuando se le buscaba para notificarle que todo había concluido con decir el juez que se le devolviese el dinero [f. 83 y 84].

Más suponiendo que doña Juana, en calidad de retrayente, hubiese entregado los 11,449 pesos para formar con ellos el fondo efectivo, del cual debía ella recibir 14,323 pesos en su carácter de heredera; siempre resultará ser falso que ésta misma, en clase de esposa, hubiera dado a su marido Neyra en años anteriores los parafernales que ella recibió en 1864.

Cuando los terceros opositores han argumentado de una manera semejante en este juicio, se ha contestado por parte de la esposa-ejecutante: que su madre falleció antes que el padre: que la partición de 1864 se contrajo exclusivamente á los bienes paternos y otras cantidades por anticipación de legítima.

La falsedad de estos hechos se comprueba, sin embargo, con el mismo testimonio de f. 78, contraproducente en todo.

La madre sobrevivió al padre común, quien dijo en su testamento: "soy casado con doña Juana Cartagena, etc. [f. 49]; y los derechos de esta madre común, cuando fué viuda, se redujeron á una pensión alimenticia con que se mantuvo; esa partición se halla rebajada del caudal efectivo, en las particiones con estas palabras: "por la pensión á la señora viuda 950 pesos (f. 88 vuelta).

Que las particiones en 1864, se hicieron de todos los bienes de la sociedad conyugal de los padres comunes, se conoce sin más que advertir: que don Mariano Robles murió antes que su mujer, y que esas particiones se hicieron con arreglo al inventario de los bienes dejados por éste [f. 78 vuelta]; se practicaron con vista de este inventario, cuentas del albacea y demás documentos [f. 85]; y tuvieron por objeto la distribución de la masa testamentaria, y la adjudicación á doña Juana Robles de Neyra de lo que le cupo por herencia y por mejoras.

Ninguna anticipación á cuenta de legítima recibió tampoco ésta de su padre, lo cual se acredita con la misma partición en que no aparece colacionada cantidad alguna.

Demostrado que és falsa la causa de la obli-

gación de los bienes parafernales, que contrajo el marido á favor de su mujer doña Juana Robles de Neyra en junio de 1863, y atendiendo á lo dispuesto en el artículo 1253 del código civil; ño puede dudarse la nulidad de esa obligación principal, y de la consiguiente extinción de todas las hipotecas inherentes ó accesorias á ella.

Si de un lado desaparece en la ejecutante doña Juana, el derecho de hipotecario con que persigue la casa en poder de terceros poseedores; se encuentra que está plenamente probado el dominio y recto proceder de los terceros opositores, porque éstos fueron acreedores de Neyra desde 1860, según la escritura de f. 14 vuelta c. 2.º cuando éste habitaba con dicha doña Juana su esposa; se le adjudicó en pago de la casa tasada en 6149 pesos, quedando cancelada la deuda que ascendía á 4327 pesos, y satisfaciendo en dinero al propietario el superavit de 1822 pesos, lo cual consta de la escritura de 27 de abril de 1865 a f. 3 c. 2.º

Debe pues hacerse justicia á estos terceros opositores conforme á la primera parte del artículo 1221 del código de enjuiciamiento civil.

Por estas razones, y las demás pertinentes de la sentencia revocatoria, que la Il<sup>ta</sup>. Corte Superior de Arequipa pronunció en 19 de febrero último á f. 28 c. 4.º; puede V.E. servirse declarar que no hay nulidad en la referida sentencia, que se dá por bien probado el derecho de los terceros opositores doña María Santos Manrique y compartes; se manda entregarles la casa embargada con sus frutos y se deja á salvo el derecho que pueda tener contra su esposo la ejecutante, doña

Juana Robles de Neyra, para que lo haga valer como le convenga.

Lima, á 19 de junio de 1874.

URETA.

---

FALLO

*Lima, octubre 22 de 1874.*

Vistos; de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal, declararon no haber nulidad en la sentencia de vista, pronunciada por la Ilustrísima Corte Superior del departamento de Arequipa, por la que revocando la de primera instancia de f. 101 e. 3<sup>o</sup>, se dá por bien probado el derecho de los terceros opositores doña María Santos Manrique y compartes, se manda entregarles la casa embargada con sus frutos y se deja á salvo el derecho que pueda tener contra su esposo la ejecutante doña Juana Robles de Neyra para que lo haga valer como le convenga, y los devolvieron.

Muñoz—Cossio—Alvarez —Ribeyro—Vidaurre—Arenas — Oaxiedo.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

*Manuel L. Castellanos.*