49

Son nulas las enagenaciones hechas por el quebrado dentro del período de la retroacción de la quiebra.

Recurso de nulidad interpuesto por los herederos de don Ramón Aspillaga y el concurso de Zاراcondegui.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

La sentencia revocatoria de fojas 114 vuelta, que ha sido completada con el auto de fojas 150, a causa de la aclaratoria, ampliación y modificación pedidas por demandante y demandado, contiene diversos puntos que es necesario examinar por separado al resolver el recurso de nulidad de que se trata.

En la demanda de fojas 19, que originó la mútua reconvencción sobre devolución de precio e intereses, el síndico del concurso de don Julián Zاراcondegui pidió que se declarase la nulidad de la venta que éste hizo a don Ramón Aspillaga, de la mitad del fundo de "Cayaltí", por la escritura de 10 de abril de 1874, cuaderno N.º 9. En ese documento no se hace referencia alguna a la carta presentada por el demandado para sostener la legalidad de la venta, no se expresa

siquiera que tal carta contiene el contrato. La escritura constituye, pues, el verdadero título del comprador, y de consiguiente le son aplicables las razones expuestas por el Tribunal Superior para justificar la declaratoria de nulidad.

Desapareciendo legalmente el título, el concurso tiene el derecho, que le reconoce la misma sentencia, de recibir la mitad del fundo mencionado, cuyo derecho supone la obligación correlativa de la entrega, respecto de la cual la Ilustrísima Corte cree que pesa sobre los herederos del señor Aspíllaga. El que suscribe juzga que en este punto no está conforme lo resuelto por el Superior con el mérito de los autos.

A consecuencia de la ejecución promovida por don Manuel Elguera, se sacó a remate el fundo, y éste pasó, como era natural y legal, a poder del subastador, que lo posee desde entonces con perfecto derecho, cualquiera que él sea, independientemente de la personalidad jurídica que se llama la testamentaría de don Ramón Aspíllaga, representante de la persona demandada. Si esto es así, no puede imponerse a dicha testamentaría la obligación de entregar lo que no posee, lo que otro posee legalmente o sea en ejecución de las resoluciones judiciales que ordenaron el remate y lo aprobaron.

No hay, por otra parte, inconveniente alguno para que el concurso exija la entrega al rematista, porque, prescindiendo de los motivos legales que se hayan tenido para ordenar la venta en los términos y condiciones que aparecen del acta de remate, el hecho es que esa acta y sus antecedentes originaron las resoluciones ejecutoriadas de fojas 108 vuelta y 122 vuelta, cuaderno 3º, en virtud de las cuales el subastador quedó obligado a estar a las resultas del presen-

te juicio. En consecuencia, declarada la nulidad de la venta, declarado que pertenece al concurso la mitad del fondo, no al ejecutado, el subastador deberá hacer la devolución de lo que recibió por el remate y sin que ella afecte los derechos derivados de su justo título y de su posesión legal.

Tal devolución, como efecto inmediato y necesario de la declaratoria de nulidad de la venta, según lo expresa el mismo Tribunal Superior en su resolución complementaria de fojas 150, debe verificarse con los respectivos frutos. Pero si esto es legal y justo, el infrascrito no cree que hay la misma legalidad y justicia en cuanto a la fecha señalada por la Ilustrísima Corte para la percepción de tales frutos por el concurso.

Puesto que el señor Aspíllaga creyó haber adquirido la mitad de "Cayaltí" por la escritura de 10 de abril de 1874; puesto que la sentencia revocatoria no considera legal dicho título; puesto que por esa causa se declara la nulidad de la venta, es claro que el dueño fué indebidamente privado de los frutos de su propiedad desde la fecha de la venta nula.

Dedúcese de aquí que el Tribunal Superior ha fijado indebidamente como punto de partida la fecha de la demanda, respecto de lo cual no alega justificativo alguno, y que la devolución de frutos debe hacerla la testamentaría desde la fecha de la venta declarada nula.

Al ordenarse la entrega de la mitad de "Cayaltí", la sentencia manda también, por los fundamentos que ella contiene, que el concurso, al cual debe hacerse dicha entrega como representante de las obligaciones y derechos de Zaracondegui, dé a la testamentaría de Aspíllaga la mitad del crédito mancomunado, o sea la suma de

162,250 soles. Ese mandato ha sido aclarado y ampliado en la citada resolución de fojas 150, disponiéndose que la entrega del precio y la del fundo sean simultáneas y que la de la expresada cantidad se haga con los intereses legales correspondientes.

Si no es justo, según se ha manifestado antes, que los frutos se entiendan desde la fecha de la demanda, tampoco lo es que los intereses tengan el mismo punto de partida y que se limiten al legal cuando hay un pacto del que no se puede prescindir y es el mismo que ha servido para ejecutar a la testamentaria Aspíllaga. El se encuentra en la escritura de obligación con la cual se ejecutó y con que principia el cuaderno 3°. En ella se expresa que los intereses [cláusula 2ª] de las cédulas prestadas, pertenecían a los prestamistas y que, además de esos intereses, los deudores se obligaban [cláusula 3ª] a abonar el del 6 % al año sobre la suma prestada. Por esto y porque si los frutos corresponden al dueño de la mitad indebidamente vendida, desde la fecha de la venta nula, como corolario inevitable, la devolución de la suma expresada debe necesariamente hacerse con los intereses a que haya lugar según el mencionado pacto, computados desde el 10 de abril de 1874.

Por lo expuesto, en la sentencia revocatoria es indispensable hacer las reformas expresadas, para armonizarla con el mérito de los autos. Ellos se reducen a declarar: 1° que la entrega de la mitad del fundo de "Cayalti" debe entenderse con el subastador, no con la testamentaria, que es personalidad jurídica completamente distinta; 2° que dicha testamentaria está obligada a devolver los frutos correspondientes a la mitad del fundo desde el 10 de abril de 1874; 3° que el con-

curso debe entregar a la testamentaria, al tiempo de recibir la mitad de "Cayaltí", la suma de 162,250 soles, con los intereses respectivos según la escritura de obligación, computados desde la fecha del otorgamiento de la escritura declarada nula.

En consecuencia, el adjunto que suscribe opina: 1º que no hay nulidad en la sentencia revocatoria de fojas 114 vuelta y auto de fojas 150, en cuanto declaran nula y de ningún valor ni efecto la escritura de venta de la mitad del fundo "Cayaltí", hecha por don Julián Zaraqondegui a don Ramón Aspíllaga, y mandan que dicha mitad sea entregada al depositario del concurso, ordenando al mismo tiempo que éste entregue a la vez a la testamentaria Aspíllaga la suma de 162,250 soles, con intereses, debiendo estarse, en cuanto al crédito de 120.832 soles, que es uno de los puntos de la mútua petición, a lo resuelto en el fallo de 4 de junio de 1878; y 2º que hay nulidad en lo demás que dichos fallos contienen y por lo cual deben ser reformados en el sentido que se expresa en el párrafo precedente.

Tal es el parecer del infrascrito; salvo el más ilustrado acuerdo del Tribunal.

Lima, 11 de octubre de 1890.

SOLAR.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, junio 6 de 1891.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del Ministerio Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 114 vuelta, su fecha 6 de agosto de 1889, que revocando la de primera instancia de fojas 71 vuelta, su fecha 27 de enero de 1888, declara nula la escritura de venta de la mitad de la hacienda "Cayalti", que a favor de don Ramón Aspíllaga otorgó don Julián Zараcondegui en 10 de abril de 1874; y resultando discordia respecto de los demás puntos que contienen dicha sentencia de vista y el auto ampliatorio de fojas 150, su fecha 21 de setiembre de 1889, remitieron su conocimiento a mayor número de Señores Vocales, llamándose para dirimirla al señor Vocal Doctor don Antonio Arenas; restituyéndose la causa a la tabla.

Sánchez — Muñoz — Chacaltana — Alvarez — Mariátegui — Guzmán — Galindo.

Se publico conforme a ley; de que certifico.

Juan E. Lama.

Lima, 20 de junio de 1891.

Vistos; sobre los puntos en discordia, concordada en parte al tiempo de la votación, y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon ha-

ber nulidad en la sentencia de vista de fojos 115, su fecha 6 de agosto de 1889, y auto ampliatorio de fojas 150, su fecha 21 de setiembre del mismo año, en cuanto mandan que la restitución de frutos y pago de intereses se computen desde la fecha de la demanda, y que sea el interés legal el que deba abonarse a la testamentaria de Aspíllaga; y reformando la referida sentencia, declararon que los frutos de la mitad de la hacienda "Cayaltí" se computen desde la fecha de la celebración de la venta declarada nula, así como que los intereses que deben pagarse, sean los pactados en las escrituras de transferencia que representaban los créditos de don Manuel Elguera y el Banco de Lima; ordenaron el reintegro del doble del papel sellado; y los devolvieron.

Sánchez—Muñoz—Arenas—Chacaltana—Alvarez—Mariátegui—Guzmán—Galindo.

Se publicó conforme a ley, siendo el voto del señor Alvarez el siguiente: En 12 de diciembre de 1873 don Julián Zاراcondegui y don Ramón Aspíllaga otorgaron escritura de deuda a favor del Banco de Lima, y de don Manuel Elguera, por 324,500 soles en cédulas hipotecarias, con el plazo de 6 meses, interés del 6 % e hipoteca de la hacienda de "Cayaltí", de la que eran propietarios; de cuya suma 273,000 pertenecían a Elguera, y 51,000 al Banco de Lima, según en ella se declara. Esta obligación cumplía en 12 de junio de 1874, y no era mancomunada. Tampoco la otorgaron Zاراcondegui y Aspíllaga, como socios de la Compañía celebrada entre ellos, en

18 de febrero de 1871 [cuaderno 4º], según se ha alegado, porque ya en 1871 la Compañía había terminado; sino que la otorgaron como copropietarios del bien hipotecado. En 16 de mayo de ese año de 1874, Zاراcondogui se presentó en quiebra ante el Tribunal del Consulado, y por auto de 25 de junio del mismo, se retrotrajo la quiebra al 12 de febrero. En escritura de 10 de abril de dicho año, esto es, un mes antes de presentarse en quiebra, dos meses después de la fecha retrotraída, Zاراcondogui, avaluando la hacienda en 649,000 soles, vende su mitad a Aspíllaga en la mitad de esta suma, es decir, en 324,500 soles; cantidad igual a la que ambos debían a Elguera y Banco de Lima; declarando Zاراcondogui que él era el único deudor, que Aspíllaga no había recibido un solo real de ese préstamo, y comprometiéndose éste a solucionarlo, considerando este pago como precio de la venta; pero como tal exoneración no podía perjudicar a terceros, interesados en los bienes de Zاراcondogui, y como éste sólo debía en realidad la mitad de dicho préstamo, Aspíllaga no habría podido en ningún caso ser visto pagar por Zاراcondogui, sino solo la mitad de los 324,500, esto es, 162,250 soles [Cuaderno 9º]. En 6 de mayo del mismo año de 1874 don Ramón Aspíllaga dió poder a sus hijos don Ramón y don Antero para enagenar, hipotecar, transar y para pleitos, ante José de Selaya, y con este poder don Ramón dió en arrendamiento a don Antero la hacienda de "Cayaltí" por 20 años, y 20,000 soles anuales, en 4 de julio de dicho año, ante Manuel Sumillán, escribano público de Lambayeque (fojas 194 a 199, ejecución Elguera). En aquella escritura de venta de 10 de abril, en la que no intervinieron terceras personas, dice Zاراcondogui que él y Aspí-

llaga fueron deudores mancomunados, en la de 1873; pero este hecho no era exacto, pues, esa escritura de obligación a Elguera y Banco de Lima no habla de mancomunidad. Según estos hechos y fechas, y lo dispuesto en el título 3º, libro 4.º del Código de Comercio, Zaracondegui ni pudo vender a Aspíllaga la mitad de la Hacienda, ni declarar una mancomunidad que no existía, ni asumir la responsabilidad de Aspíllaga en una deuda común, ni estipular que Aspíllaga pagase a Elguera y Banco de Lima un crédito de plazo no cumplido, que debió ser comprendido en la quiebra y entrar en el concurso. Para hacer aparecer esta venta como celebrada antes de la retroacción, se hace mérito de la carta de doce de diciembre de 1873, en la que Zaracondegui dice a Aspíllaga que le vende la mitad de la Hacienda por la suma de los 324,500 soles, valor de la obligación de la misma fecha, a favor de Elguera y Banco de Lima; habiéndose legalizado la firma de Zaracondegui por un escribano público, y la de éste por otros tres; pero esta carta no tiene valor, ni significado alguno en juicio; porque esa legalización no es, ni es permitido que sea, sino de la firma, no de la verdad de la fecha, ni de la verdad del contenido, y a un documento privado no puede reputársele, contra terceros, otra fecha, que la de su presentación en juicio, o muerte del otorgante, a causa de la facilidad de antidatarlos; habiéndose presentado aquella carta solamente en el alegato de buena prueba de fojas 67, cuaderno de nulidad, y muerto Zaracondegui mucho después de la quiebra; no habiendo sido reconocida por éste en ninguna época, ni aceptádose tampoco por Aspíllaga la venta que se dice contener, sino en la referida escritura de 10 de abril de 1874. En 18 de junio

del mismo año de 1874, Elguera demandó a Aspíllaga, ante el juzgado ordinario del doctor Quiroga, los 273,000 soles, cédulas del Banco Territorial Hipotecario, que era su parte en la escritura de 12 de diciembre de 1873; fundándose en esta escritura, y en la de 10 de abril de 1874 de venta de la mitad de "Cayaltí". El Banco de Lima, demandó los 51,500 que le correspondían, en cuaderno aparte que no corre agregado; pero del que se hacen continuas referencias en los que se tienen a la vista. El concurso estaba ya formado, y Aspíllaga opuso a la demanda las excepciones, primero de jurisdicción, por cuanto el juez de la causa debía ser el de la quiebra; segundo, de personería, porque la suma demandada era el precio de la venta, y los síndicos eran los que debían cobrarlo; y tercero, de demanda inoficiosa, porque siendo comprador de la mitad de "Cayaltí", y no habiendo mancomunidad con Zaracondegui, no estaba obligado a pagar el precio de la venta, sino al concurso (fojas 13). Estas excepciones fueron declaradas sin lugar por ejecutorias de 10 de agosto de 1874, fojas 44, y 9 de abril de 1875, fojas 76. Los síndicos del concurso no fueron citados, ni oídos. En consecuencia de estas ejecutorias y por auto de 22 de noviembre de 1875, a fojas 71, se mandó sacar a remate la Hacienda de Cayaltí, avaluada según el importe de la contribución, en 333,333 soles 33 centavos. Con motivo de este auto, los síndicos de la quiebra se opusieron al remate en 10 de diciembre del mismo año, fojas 72, alegando que tenían interpuesta tercería excluyente sobre aquella hacienda; y por el de fojas 74 vuelta, diciembre 16, se mandó suspender el remate hasta que la tercería se resolviese. Esta

tercería interpuesta en 23 de abril de 1875, bajo el concepto de que Zaracondegui era dueño de toda la Hacienda, se declaró infundada e ilegal en primera y segunda instancia, en 21 de julio y 13 de noviembre de 1877, fojas 118 y 160, mandándose llevar adelante el remate; pero, habiéndose promovido con antelación, y en cuerda separada, por los mismos síndicos, juicio de nulidad de la venta de Zaracondegui a Aspíllaga, se puso en aquellas sentencias la calidad del artículo 1344 del Código Civil, esto es, que se instruyese al comprador de la existencia de aquel juicio. En consecuencia de este fallo, se sacó a remate la hacienda, y se remató, en efecto, por don José Remigio Alvarez, en 4 de febrero de 1878, a fojas 106 de la ejecución de Elguera, en la cantidad de 166,670 soles en billetes de Banco. El subastador reconoció el arrendamiento de 20 años a favor de don Antero Aspíllaga, y declaró estar a las resultas del juicio promovido por los síndicos. El auto aprobatorio del remate de fojas 108 vuelta, fecha 9 de febrero, dice textualmente: «entendiéndose, que el comprador queda a las resultas del juicio pendiente sobre nulidad de la transferencia hecha por don Julián Zaracondegui a don Ramón Aspíllaga». El subastador Remigio Alvarez declaró 2 años 8 meses después, a fojas 217. en 10. de octubre de 1880, que el remate lo había hecho por cuenta y encargo de la señora Barrera de Aspíllaga, y de don Ramón, don Ismael y don Baldomero Aspíllaga, y con su dinero, y legalizada la firma, se ordenó que la escritura de adjudicación se extendiese a favor de ellos; pero no hay constancia en autos de que se hubiese extendido. En el intervalo se sustanciaron varios incidentes. Uno de ellos fué el suscitado por el Banco de Lima con-

tra don Manuel Elguera, solicitando ser pagado proporcionalmente con el precio del remate. En este incidente se alegó, por parte de Elguera, que el crédito del Banco había sido simulado, que no prestó nada, que no entregó ninguna cédula, ni a Zaraqondegni, ni a Aspíllaga, y que esto quedaría probado en el juicio de tercería que seguía el Banco, fojas 131 vuelta, juicio que tampoco está agregado. Otro de esos incidentes es el de fianza de resultas, que pidieron los herederos de Aspíllaga, conforme al artículo 1189 del Código de Enjuiciamientos, y que el juez mandó otorgar a don Manuel Elguera por auto de fojas 171 vuelta, fecha 23 de febrero de 1878, mandado llevar adelante en auto de 26 de junio; auto que, por el desorden con que se ha seguido esta causa, aparece a fojas 156, antes del originario de fojas 171, que fué también reiterado en el de fojas 172, fecha 21 de setiembre. En este mismo auto de fojas 172, dice el juez que el Juzgado no ha librado contra el subastador, y a favor del acreedor, sobre el precio del remate, como lo previene el artículo 1180 del Código de Enjuiciamientos, y que, si el pago se ha hecho de un modo privado, esto no puede perjudicar los derechos de tercero, y en consecuencia ordena que el subastador deposite 65,000 soles, para responder en el juicio de preferencia entre Elguera y el Banco de Lima, auto confirmado a fojas 191, en 9 de junio de 1879, con la calidad de que el depósito se verificase de un modo proporcional. A fojas 200, y con fecha 13 de julio de 1880, el subastador Remigio Alvarez solicitó que se cancelase la hipoteca de 12 de diciembre de 1873, por haber hecho la entrega del precio del remate en cumplimiento de la providencia de 8 del mismo. Esta providencia no corre en los

autos agregados; pero a fojas 200 vuelta corre aquella en que el juez mandó cancelar esa hipoteca. Elguera se opuso a la cancelación, alegando que el precio del remate no había alcanzado para pagarle sino una parte de su crédito, y que el litigio sobre la nulidad de la venta de la mitad de la hacienda no afectaba la integridad de la hipoteca. Sin embargo de que el remate no había sido de una mitad de la hacienda, sino de toda ella, y que el remate extingue toda hipoteca, aunque su precio no alcance para pagarlas, artículo 75 del Reglamento de Tribunales, el juez, al mismo tiempo que reconoció estos principios en el auto de 23 de setiembre de 1880, fojas 215, declaró la hipoteca subsistente por la parte de la deuda no cubierta, con la calidad de ser preferente en todo caso el pago del precio oblado por el subastador y sus intereses, por cuanto éste había convenido a fojas 213 en la integridad de la hipoteca. Estas irregularidades se sustanciaban y decidían sin conocimientos de los síndicos. Por escritura de 7 de mayo de 1880, ante el Escribano Terrazas, don Antero Aspíllaga reasumió el crédito del Banco de Lima, y por otra de 2 de diciembre del mismo, reasumió el de don Manuel Elguera, ante el mismo Escribano. A la demanda de nulidad entablada por los síndicos, se opuso por los herederos de Aspíllaga mútua reconvencción, para que, en caso de declararse fundado esa demanda, se declarase también que el concurso les abonase previamente 324,500 soles, precio de la venta, y sus intereses desde 10 del abril de 1874, y otra suma de 120,832, valor del crédito que ellos representan como acreedores en el concurso. El juez de primera instancia declaró sin lugar la demanda, y por consiguiente sin objeto la

mútua reconvencción, fojas 71; pero, la Ilustrísima Corte revocó esta sentencia, fojas 114, agosto 6 de 1889; declaró la nulidad de la escritura de venta, ordenó la entrega al concurso de la mitad de la hacienda, declaró fundada en parte la mútua petición, y que el concurso devolviese a los herederos de Aspíllaga, en el modo y forma que se designase en el juicio de la quiebra, la cantidad de 162,250 soles, precio efectivo, dice esta sentencia, que pagó por razón de la venta declarada nula, debiendo estarse, en cuanto al crédito de 122,832 soles, objeto también de la mútua petición, a lo resuelto en el fallo de 4 de junio de 1878 del cuaderno respectivo. En 21 de setiembre de dicho año, expidió el mismo Superior Tribunal el auto ampliatorio de fojas 150, declarando que la entrega de la mitad de la hacienda, se entendiase con sus frutos desde 20 de febrero de 1886, fecha de la demanda de fojas 12, y que la devolución del precio se entendiase también con los intereses legales, desde la misma fecha; debiendo hacerse, a la vez, la entrega del fundo y la del precio. Expuestos estos hechos, y considerando: Que, interpuesto por ambas partes recurso de nulidad, resolvió, en 6 del presente, este Supremo Tribunal no haberla, en cuanto la sentencia de vista declara nula la escritura de venta de la mitad de la hacienda, quedando en discordia los demás puntos en dicha sentencia y auto ampliatorio resueltos: que estos puntos son: primero, la mútua reconvencción deducida por Aspíllaga, esto es, el pago de la deuda a Elguera y Banco de Lima 324,500 soles, con sus intereses, y además 120,832 de un crédito de Aspíllaga contra el concurso; y segundo, la entrega de la mitad de la hacienda, con sus frutos: que anula la venta, deben reponerse las

cosas al estado que tuvieron antes de ella, esto es, el 9 de abril de 1874, día anterior al de la escritura anulada: que en esta fecha estaban vigentes los créditos de Elguera y Banco de Lima, de los que el concurso era responsable en su mitad, sin intereses, desde su formación, conforme al artículo 980 del Código de Enjuiciamientos: que, en la misma fecha, la mitad de la hacienda pertenecía al concurso, como asimismo la mitad de su frutos: que declarada nula la escritura de venta de 10 de abril de 1874, por haberse celebrado dentro de la retroacción de la quiebra, queda también nula, y por la misma razón, la estipulación en ella contenida, entre Zاراcondégui y Aspíllaga, acerca de que éste pagase la parte de aquél, en la deuda de Elguera y Banco de Lima; pues, tal estipulación de pago de crédito de plazo no cumplido, era contraria a los artículos 1059 y 1091 del Código de Comercio, y prefería uno del quebrado a los demás del mismo, fuera de los trámites de todo concurso, eludiéndolos y abreviándolos: que, sin embargo de esta estipulación, ni Aspíllaga, ni sus herederos pagaron a aquellos acreedores los 324,500 soles de su crédito, sino que para pagarse ejecutaron la hacienda y la hicieron rematar, y se remató en 166,670 billetes en febrero de 1878: que si ni Aspíllaga, ni sus herederos pagaron los 324,500 soles, es equivocado el concepto contrario en la sentencia de vista, y no hay razón para obligar al concurso a devolverles, ni en el todo, ni en su mitad, una suma que no han desembolsado; ni a un concurso se le puede obligar tampoco a pagar deudas del concursado, fuera de las reglas impuestas por la ley, por cuya razón se les ha eximido de pagar, fuera de esas reglas, los 120,832 soles, materia también de la

mútua petición: que, declarada nula la venta de la mitad de la hacienda, lo cual significa que esa mitad es de la propiedad del concurso, el remate es y debe reputarse nulo; pues aquella declaración de nulidad y aquella propiedad del concurso, serían nugatorias si al mismo tiempo se reputase que la mitad de la hacienda era del subastador: que siendo nulo el remate por esta razón, por ser su nulidad consecuencia de la reposición de cosas al 9 de abril de 1874, y por haberse sometido el subastador a las resultas del juicio de nulidad, debe devolversele el precio que hubiese oblado: que habiéndose ejecutoriado que dicho subastador depositase una suma proporcional al crédito del Banco de Lima, para responder a este acreedor, mandándose, además, que Elguera otorgase la fianza de resultas del artículo 1189 a solicitud de los mismos herederos de Aspíllaga, y no habiéndose expedido por el juzgado libramiento alguno contra el subastador, es exequible por éste la recuperación de los fondos que representen el precio del remate: que si estos fondos han sido distraídos privadamente, en todo o en parte, de la situación judicial que se les impuso por las resoluciones anteriormente referidas, o si estos hechos ilegales hubiesen sido tolerados, no podrían, sin embargo, perjudicar a terceros, como se tiene declarado en los autos de fojas 156 y 172: que nula la venta, nulo por consiguiente el remate y todo lo que de él se ha derivado, y debiendo recuperar el subastador los fondos mandados depositar y afianzar, si acaso los hubiese desembolsado, queda vigente la deuda de Zarándegui por el valor de 162,250 soles, en cédulas del Banco Territorial Hipotecario, en la fecha del préstamo, valor que no debiendo

ser pagado fuera del concurso, como pretendió ilegalmente Zaracondegui en la escritura de abril de 1874, deberá ser hoy considerado en él, conforme a su naturaleza. Por estos fundamentos, mi voto sobre los puntos en discordia, es que no hay nulidad en la parte de la sentencia de vista, que manda que los herederos y representantes de Aspíllaga entreguen al depositario de la quiebra la mitad de la hacienda de Cayaltí: que tampoco la hay en cuanto declara que respecto al crédito de 120.832 soles se esté a lo resuelto en el fallo de 4 de junio de 1878: que la hay tanto en dicha sentencia, como en el auto ampliatorio, en cuanto mandan que el concurso devuelva a aquellos herederos 162,250, que no pagaron por Zaracondegui, ni ellos ni su causante: que también la hay, en cuanto dicho auto manda que los frutos de la mitad de la hacienda se computen desde la fecha de la demanda, y que el concurso abone intereses desde la misma fecha y que debe declararse que la devolución de frutos sea desde la fecha de la venta anulada; que el concurso no está obligado a devolver tales 162,250 soles, y que debe dejarse su derecho a salvo, primero, al subastador o a quienes lo representen, para, con arreglo a la fianza y depósito ordenados, recuperar el precio del remate, de las personas a quienes lo hubiese entregado; y segundo, a Elguera y Banco de Lima, o a quienes lo representen, para reclamar del concurso el valor correspondiente a Zaracondegui, de las cédulas del préstamo de 1873, con sujeción a las leyes, de que certifico.

Juan E. Lama.