

La hipoteca de un bien común se limita por el derecho del deudor.

Recurso de nulidad interpuesto por don Juan Fermín Valdez, en la causa que sigue con el Presbítero don Juan A. de la Cadena y don Maximiliano Maldonado, sobre tercería.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

La resolución de vista de fojas 23 vuelta, cuaderno de tercería, confirmatoria del auto apelado de fojas 16, declara sin lugar la tercería excluyente de dominio deducida por don Juan Fermín Valdez, en representación de sus menores hijos, ordenando continúe la ejecución entablada por el acreedor, presbítero señor don Juan A. de la Cadena, contra don Maximiliano Maldonado, a quien se considera como dueño de la finca embargada y mandada subastar.

El Fiscal encuentra, Excmo. Señor, que a su juicio, los autos confirmatorio y confirmado son evidentemente nulos, y que en ellos se manda continuar la ejecución sobre un bien común, considerándolo como propiedad exclusiva del deudor, y se desecha la tercería excluyente interpuesta

por el representante de los comuneros, que tienen derecho a la parte que les corresponde legalmente en esa finca y en los demás bienes que deben poseer proindiviso con el deudor.

Según consta del testimonio del testamento de fojas 3 vuelta, la finca denominada «Casa Blanca» que, como aparece de la diligencia de fojas 12 vuelta del cuaderno ejecutivo, fué embargada al deudor, pertenecía a doña María Alzamora de Maldonado, la que instituyó por su heredero a su hijo legítimo Arturo Melitón Maximiliano Maldonado [fojas 4], declarando antes, en la cláusula 15 de fojas 3 vuelta, que el quinto de sus bienes, que es lo único que la ley daba a los hijos naturales, se reconociese en favor de Orfelina Matilde, Juan Fermín y María Zoraida Natalia Valdez, a quienes había reconocido por tales, sus hijos naturales.

Desde el momento de la muerte de la testadora, en virtud del precepto contenido en el artículo 2,128 del Código Civil, cada uno de los herederos, tanto el hijo legítimo, por la cuatro quintas partes de la herencia, como los hijos naturales, por la quinta parte, fueron, pues, propietarios proindiviso de la casa mencionada y demás bienes que constituían la herencia.

De modo que de un instrumento público consta que el bien embargado es un bien común, que en sus cuatro quintas partes corresponde al deudor, y en la quinta parte corresponde a los hijos naturales de la testadora.

Conforme a lo prevenido en los artículos 2131 y 2132 del Código citado, el coheredero puede gravar o celebrar cualquier contrato sobre el bien poseído proindiviso; pero la enagenación que haga, las responsabilidades que con-

traiga y los gravámenes que imponga sobre el bien, no se extienden mas allá de la parte que obtenga en la partición.

Nótese bien, Excmo. Señor, que la ley no afecta al pago de las responsabilidades contraídas por el heredero, una parte determinada del bien común, sino unicamente lo que le corresponda a éste en la partición.

Y esta disposición legal está de acuerdo con la contenida en el artículo 1151 del Código de Enjuiciamientos Civil, en que se concede al acreedor el derecho de pedir que se haga la partición de los bienes que el deudor posee proindiviso.

Y no se alegue, Excmo. Señor, que el deudor Maximiliano Maldonado, en la escritura de obligación que otorgó a favor del presbítero don Juan A. de la Cadena, hipotecó como suya la finca referida, porque ese acto tiene el límite establecido en el artículo 2132 ya citado.

Ni tampoco se aduzca la razón de que los hijos naturales, herederos del quinto de los bienes de su finada madre, puedan hacer efectivo su derecho sobre otros bienes, porque esto importaría limitarles la acción que les da la ley, por la parte que les corresponda sobre todos los bienes mientras no se haga la partición.

Las consideraciones apuntadas dejan ver que al desecharse la tercería interpuesta por Valdez a nombre de sus hijos, y al mandar continuar la ejecución sobre el bien común, considerándolo como de la propiedad exclusivo del deudor, han sido infringidas las leyes citadas.

Ciertamente que el acreedor tiene derecho para haber embargado ese bien y perseguir las cuatro quintas partes de sus productos, pero no lo tiene, ni puede tenerlo, para hacerlo subastar;

su derecho es otro: el que establece la última parte del artículo 1151 del Código citado, esto es, pedir la partición.

En esta virtud, el Fiscal opina: que puede V.E. servirse declarar la nulidad de los autos confirmatorio y confirmado, y revocando el uno y reformando el otro, declarar fundada la tercería interpuesta por don Juan Fermín Valdez, en nombre de sus hijos menores, por la quinta parte que a éstos corresponde en los bienes dejados por su finada madre doña María Alzamora de Maldonado; dejando al acreedor don Juan A. de la Cadena su derecho a salvo, para que lo ejercite conforme a lo prevenido en la última parte del artículo 1151 del Código de Enjuiciamientos Civil ya citado.

Lima, 30 de junio de 1893.

ARANÍBAR.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 12 de julio de 1893.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 23 vuelta, su fecha 3 de enero último, y reformándola, revocaron la de primera instancia de fojas 16, su fecha 31 de octubre próximo pasado: declararon fundada la tercería interpuesta por don Juan Fermín Valdez, en nombre de sus menores hijos, por la quinta parte que

a estos corresponde en los bienes dejados por su finada madre doña María Alzamora de Maldonado; y los devolvieron.

Sánchez — Guzmán — Vélez — Corzo — Elmore.

Se publicó conforme a ley; de que certifico.

LUIS DELUCCHI.

Cuaderno N° 107—Año de 1893.

87

Nulidad de una memoria testamentaria por falta de capacidad del testador e infracción de la ley en su otorgamiento.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Catalina Boggiano, en la causa que sigue con doña María y don Miguel Boggiano, sobre nulidad y falsedad de un testamento.—Procede de Trujillo.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

La atenta lectura de estas actuaciones, formadas en cuatro años de incesante litigar, per-