

Embargada parte indeterminada de un bien indiviso, no procede la ejecución y venta de parte del inmueble.

*Recurso de nulidad interpuesto por doña Catalina del Valle de Carrillo, en la causa que sigue con la testamentaria de don Ignacio de Osma, sobre cantidad de soles.—Procede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL.

Excmo. Señor:

Por el auto de vista de fojas 353, vuelta, confirmando el apelado de fojas 348 vuelta, en que se declaró fundada la oposición deducida por don Ignacio de Osma y se suspendió los efectos del proveído de 28 de noviembre de 1892, se ordena el remate de la mitad del fundo, denominado "San José", partiéndose del supuesto, sin que se haya verificado la división y partición entre los herederos conyugales, copropietarios poseedores de ese fundo, que la testamentaria de don Julio Carrillo ejecutada por el finado acreedor don Ignacio de Osma es dueño de la mitad referida.

Examinados los de la materia, el Fiscal de V. E. encuentra: que al expedirse los autos confirmatorio y confirmado se ha incurrido en una abreviación de trámites; en una violación de las más claras disposiciones de nuestras leyes; que son nulos los autos referidos: y que V. E. debe declarar la nulidad e insubsistencia de estos y de todos sus referentes, ordenando se proceda

conforme a las prescripciones de las leyes citadas en el presente dictamen y las indicaciones en él contenidas.

La hacienda de "San José" perteneció al finado don Fernando Carrillo, quien falleció dejando por herederos, forzosos a sus dos hijos legítimos, que lo fueron don Julio Carrillo y doña María Luisa Carrillo, insana.

Ese bien estaba y está poseído, pues, en común, por los dos herederos citados; y por la esposa superviviente señora doña Catalina Mendoza de la Guarda.

Conforme a los artículos 2,131 y 2,132 del C. C., durante la comunidad, cada uno de los herederos tiene derecho a poseer y gozar los bienes de que es propietario pro-indiviso: puede enagenarlos, es cierto, por título gratuito u oneroso, gravarlos o celebrar sobre ellos cualquier contrato, pero no ejercerá estos derechos, dice la ley, "sino con la indeterminación a que está sujeta su parte de bienes (nótese bien estas palabras) hasta que la herencia sea dividida." Y ratificándose esta prescripción en el artículo 2,132, ya citado, se expresa que la enagenación que haga un coheredero de los bienes que posee pro-indiviso, las responsabilidades que contraiga, y los gravámenes que imponga sobre ellos no se extienden más allá de la parte que obtenga en la partición.

A rigor de estas clarísimas prescripciones es un axioma en nuestra Jurisprudencia, que el coheredero o comunero no tiene parte alguna determinada en la herencia mientras esté pro-indiviso y no sea dividida y que los acreedores particulares de ellos no pueden ejercer acción alguna sino sobre la parte que en la divi-

sión y partición corresponda al comunero o coheredero deudor.

Tienen el mismo carácter de axiomáticas las reglas de que una insana es considerada como menor, con todos los privilegios que la ley acuerda a éstos; y que cuando son interesados en bienes comunes se requiere que los bienes sean judicialmente inventariados, formalmente tasados y procederse forzosamente a la división y partición judicial, sin la cual no puede señalarse parte determinada, ni al coheredero menor, ni a ningún otro, aunque sea persona enteramente capaz.

Esta es la doctrina que el Fiscal repite es axiomática y que es enseñada, prescrita de una manera absoluta, por los artículos 2,149, 2,150, 2,151 y 2,152 del C. C.

Tiene además el coheredero el derecho que le acuerdan los artículos 2,153, 2,154, 2,155 y 2,157, de que siendo la división y partición una permuta entre los coherederos, en que cada uno cede el derecho que tiene en las cosas que se adjudica a los demás en cambio del derecho que le ceden en las que él recibe, no se le obligue a la celebración del acto, asignándose anticipadamente una parte determinada a otro coheredero, sino en la forma y en el modo que establecen las leyes: Que su haber se le adjudique en especie y en toda clase de bienes: que los bienes comunes—cosa que es muy esencial no se vendan en pública subasta sino en el caso previsto en el artículo 2,154, de que no sean materialmente partibles o que no presten cómoda división.

Concordante con todas estas disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, existen en nuestro Código de Procedimientos las prescripciones siguientes:

En el artículo 1,151 se establece que cuando se embargue el derecho que el deudor tiene en bienes que posee con otro pro-indiviso, mandará el juez que se entregue al depositario o interventor los productos de dichos bienes que correspondan al deudor. Y agrega la ley: puede también el acreedor pedir, en este caso, que se haga desde luego la partición, usando de la misma acción que compete al deudor.

De manera que sabiamente dispone la ley que desde el momento del embargo, el acreedor pueda usar, si no se conforma, con sólo percibir frutos, de la acción que se le acuerda para intentar la división y partición, porque el comunero no tiene derecho a una cosa determinada, sino después que se practique la debida partición.

Desde el artículo 1,057 hasta el 1,097, están establecidas las reglas que deben observarse en la partición, siendo de rotar especialmente que no puede efectuarse la venta del bien común sino después de llenarse las formalidades detalladas en los artículos 1,069, 1,070 y prescribiéndose en el 1,071 que la subasta del bien común no se verifique, sino en el caso de que no hayan tenido lugar las indicaciones contenidas en los artículos anteriores.

En los autos confirmatorio y confirmado, que motivan, Excmo. Señor, el presente dictamen, no hay una sola de las disposiciones legales citadas por el, Fiscal que no quedara violada si subsistieran las indicadas resoluciones.

Para adjuirir pleno convencimiento de la exactitud de estos asertos, basta recorrer los autos y examinar los incidentes que han tenido lugar.

De ellos aparece que en 5 de octubre de 1876, don Julio Carrillo, uno de los herederos de don Fernando Carrillo se obligó a pagar al señor don Ignacio de Osma la cantidad de veinte mil soles (S/. 20,000), que él había recibido sin más hipoteca sino la obligación que recaía sobre todos sus bienes habidos y por haber.

Carrillo murió sin haber pagado esta deuda.

Entonces el acreedor, por su recurso de fojas 3. cuaderno corriente, interpuso contra su testamentaria representada por su viuda, madre de sus hijos legítimos, menores y herederos forzosos, la correspondiente demanda.

Por el escrito de fojas 74, solicitó el acreedor la mejora de embargo, trabándose éste en la mitad del fundo denominado "San José".

Desde aquí comienzan, Excmo. Señor, los errores y procedimientos judiciales.

El acreedor tenía perfecto derecho para embargar la parte indeterminada que en ese fundo pertenecía a los representantes de don Julio Carrillo, pero no para señalar parte determinada diciendo que esta era la mitad.

El acreedor, después de haber sido cometida la irregularidad que el Fiscal acaba de anotar, no hace uso del derecho que le acuerda el artículo 1,151 del C. de E. C., no pide la división y partición como debía pedirla, sino que se continúa el juicio ejecutivo y pronunciada la sentencia de trance y remate, en rebeldía del deudor, procedé el perito nombrado por parte del acreedor señor Osma a tasar, como era natural, y como aparece de la operación de fojas 172 a fojas 174, todo el fundo "San José" dándole el valor de doscientos ochenta

ta y cinco mil novecientos diez y ocho soles y cinco centavos (S/. 285,918.95); y aprobada esta tasación sin audiencia ni intervención de los otros coherederos o co-interesados, sin saberse ni averiguarse si había acreedores a la masa de bienes de don Fernando Carrillo, sin esclarecerse cuáles eran los derechos de la viuda superviviente; en una palabra, sin practicarse la división y partición requerida por la ley, y sin que fuera llenada ninguna de las formalidades prescritas por ella, se aprueba la tasación por el auto de fojas 205 y se manda sacar a remate el fundo publicándose avisos en los diarios de esta Capital.

Así, Excmo. Señor, la coheredera insana doña Luisa Carrillo, menor de edad, que goza de todos los privilegios acordados por la ley, tenía que soportar todas las consecuencias de que fuese tasado sin intervención de sus legítimos representantes el fundo en que ella era copropietaria y comunera: que se le despojara de todos los derechos que la ley le dá sobre ese fundo sin ser citada ni oída y sin que se siguiera el respectivo juicio de división y partición; que sin que se supiera si ese bien admitía o no cóncada división, tratándose de un fundo que tiene más de 600 fanegadas de tierra y que es muy probable pueda ser partido fácilmente en dos o tres fundos, que todavía serían muy grandes, se procediera sin más trámite a la venta total, quedando de lado todos los derechos legítimos y sin cumplimiento las leyes protectoras de esas acciones.

Surgen con tal motivo, Excmo. Señor, incidencia tras incidencia: se forma un embrollo y un enredo; se multiplican las providencias y hasta que por fin, vienen los autos al Tribunal Superior y aperebido éste de

la monstruosidad que era sin haberse practicado división y partición, proceder a la venta total de un fundo común, por deuda de un coheredero que sólo es un copartícipe, manda llevar adelante el remate entendiéndose que sólo sea por la mitad.

Tiene así, V. E. que como vulgarmente se dice, a ojo de buen cubero, y por que son dos los herederos de don Fernando Carrillo, se resuelve que la venta se haga de la mitad.

¿Pero cuál es esa mitad?

¿Es la parte alta, la parte baja, la parte del medio?

Nada está determinado; ni puede determinarse por que falta la operación esencial cual es la división y partición.

Y por qué es; y por qué razón el haber de don Julio Carrillo, deudor del señor don Ignacio de Osma, es la mitad del fundo.

¿Es acaso porque son dos los herederos?

¿Y los derechos de la viuda, si acaso los tiene?

¿Y los derechos de los acreedores, si acaso existen?

¿Y la regla de que nada puede hacerse en juicio sin que se verifique en el modo y forma prevenidos por la ley, queda acaso cumplida con hacer una determinación, que a lo más puede ser justificada por conocimientos particulares que no deben influir en una decisión judicial?

La ley establece, y de ello no hay la más pequeña duda, que en un bien común y sobre todo cuando es interesado como coheredero un menor o un incapaz, no pueda determinarse la parte que corresponde a un coheredero sino por medio de la división y partición.

Lo expuesto es suficiente para que V. E. se penetre de la ilegalidad y nulidad de las resoluciones referidas.

Pero hay algo más.

La viuda, señora doña Catalina Mendoza viuda de la Guarda, entabla demanda de tercería excluyente por los capitales y valores del fundo, y esto consta del recurso de fojas 1, cuaderno agregado.

La tercería está pendiente hasta la presente.

Rematar todo un fundo o la mitad de él sin capitales de ninguna especie es hacer no sólo una venta anti-económica, sino enteramente dañosa a todos los interesados.

A esto se agrega que pendiente la tercería, no debía ejecutarse el remate.

Por otra parte, el representante de la insana pidió con razones muy fundadas y de evidente justicia, por su recurso de fojas 15, la nulidad de todo lo actuado en el juicio desde la tasación del fundo, y que se declarase que el acreedor señor Osma no tenía el derecho de rematar parte determinada alguna del fundo "San José", sino de pedir la partición de la testamentaria de don Fernando Carrillo y Zavala, como lo hacía el deudor.

Desgraciadamente calificóse este recurso como de acción excluyente, y se resolvió ventilarlo en cuerda separada cuando precisamente versaba sobre lo principal.

Aun todavía no ha sido resuelto lo pedido en ese recurso, que es en sí mismo un artículo de previo y especial pronunciamiento.

Es involucrar. Excmo. Señor, los trámites de un juicio, ordenar el remate de la mitad de un fundo y

ventilar por cuerda separada si es nulo e insubsistente ese remate y todos los procedimientos que lo han antecedido.

Más que ilegal sería verificar el remate y luego, resolviendo el artículo de previo y especial pronunciamiento de fojas 15, decidir, como indudablemente tiene que ser, que el remate era nulo, por que la testamentería de don Julio Carrillo, ejecutado por el acreedor particular señor Osma, no tenía ni tiene derecho a porción determinada del fundo "San José".

Necesario se hace, Excmo. Señor, que V. E. enmiende, repare y ponga término a todo este cúmulo de irregularidades y de ilegalidades, declarándose por V. E. la nulidad de los autos confirmatorio y confirmado, en los términos indicados en el presente dictamen.

Lima, abril 24 de 1895.

*Aranibar.*

---

RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, junio 7 de 1895.*

Vistos: en discordia de votos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se aducen y se reproducen; declararon *haber nulidad* en el auto de vista de fojas trescientas cincuenta y tres, vuelta, su fecha veintidós de agosto del año próximo pasado; reformándolo, declararon insubsistente el de primera

instancia de fojas trescientas cuarenta y ocho, vuelta, su fecha diez y ocho de julio anterior y sus referentes; mandaron se suspenda el remate de la hacienda "San José", dejando al ejecutante su derecho a salvo para que lo ejerce con arreglo a las leyes; y los devolvieron.

*Véles. — Corzo. — Elmore. — Lama. — Jiménez. — Solar.*

Se publicó conforme a ley, siendo el voto del señor Elmore por la no nulidad del auto de vista, de que certifico.

*Luis Delucchi.*

Causa N° 674. — Año 1894.

---

**Las manos muertas no pueden ser legatarias**

*Recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Fiscal en la causa que sigue la Beneficencia con el Monasterio de Santa Catalina, sobre entrega de una casa.—Procede de Cajamarca.*

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El cura de la parroquia de Santa Catalina de Cajamarca don José María de Sorogastúa, dispuso en su tes-