

El acreedor refaccionario tiene preferencia sobre el hipotecario, cuando el dueño de este crédito no se opuso a la refacción.

Recurso de nulidad interpuesto por don Isaac David Jasahui, en la causa que sigue con don Saleh Elías Heressi y otro, sobre tercería.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Manuel Jasahui, como personero de Isaac D. Jasahui, inicia demanda de tercería a consecuencia de la ejecución que sigue Saleh Elías Heressi a don Max T. Vargas para el pago de cantidad de soles y seguida la acción por los trámites de la vía ordinaria de puro derecho, se resuelve en la sentencia de fojas 20 en que se declara sin lugar y que apelada es materia de la confirmatoria que contiene la fojas 58 vta. con los votos discordantes de fojas 59, de la que trae recurso de nulidad el tercerista.

Este celebró con Vargas un contrato de cuenta corriente con garantía de las mejoras que Vargas había introducido en una finca ubicada en la ciudad de Arequipa, cuyo usufructuo le correspondía, junto con

su esposa, pero la propiedad definitiva era de sus hijos, y existiendo tal contrato, dos de estos, dan poder a su padre para que celebre con Heressi el contrato de préstamo, con hipoteca de sus acciones en la mencionada finca, que sirve de recaudo a la ejecución que motiva la tercería. Es de advertir que en ese contrato Vargas renuncia a nombre propio y de su esposa el derecho de usufructuo para el caso de que su incumplimiento motivara la ejecución. Con motivo de ésta, el tercerista que es el inquilino de la finca, viene consignando los arrendamientos. En tales condiciones se realiza el terremoto de Arequipa, y la finca en cuestión queda en estado de casi completa destrucción, pues sin su reparación inmediata, habría desaparecido, y es entonces que Jasahui acudió al juez de Arequipa, manifestando que para poder continuar ocupando la finca necesitaba autorización judicial para proceder a su reparación inmediata; pero quedando en la condición de acreedor refaccionario, y pidiendo que esta autorización se le otorgara con conocimiento e intervención de Vargas, de Heressi y del Agente Fiscal, por haber menores entre los copropietarios. Se practicó la inspección ocular respectiva en que el perito nombrado manifestó la necesidad de la reparación inmediata; se avaluó esta; Vargas convino en ella, por carta, porque estaba fuera del país; el Agente Fiscal apoyó la necesidad de la autorización, y Heressi se limitó a manifestar que

en su condición de acreedor hipotecario perseguía el pago de su crédito, y que nada tenía que ver con los gastos de reparación, pero sin oponerse a que se realizaran, y consintiendo en el auto que así lo mandó. Concluída la refacción de la finca, como Heressi continúa su ejecución y pretende pagarse con los arrendamientos consignados, Jasahui, hace valer, por la acción de tercería, su derecho preferencial a esos arrendamientos, para pagarse con ellos el monto de su crédito proveniente de la suma empleada en reparaciones.

Si la finca no hubiera sido reparada, la hipoteca a favor de Heressi quedaba extinguida, por su destrucción, a tenor de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 2072 del C. C.; luego, esa hipoteca subsiste a merced de tales reparaciones, y si él no las hizo, como lo debió, para conservar sus derechos, no puede pretender preferencia, sobre quien las realizó, y merced a lo cual este subsiste; y al consentir en el auto que tales reparaciones ordenó, y no sustituirse como debió hacerlo, a lo solicitud del tercerista, convino en el derecho preferencial de este. Heressi es acreedor hipotecario, y solo subsidiariamente lo es el usufructuario, y estando garantizado su crédito, con la existencia del terreno y de la finca en él levantada, no puede oponer derecho preferencial, al acreedor por dinero empleado en levantarla, y que como refaccionario, tiene derecho al producto de esa finca, que directamente

le está afecto. Es un principio de justicia que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro, y es necesario no olvidarlo, cuando se trata de amparar los derechos que aquella sanciona. La forma en que ha procedido Jasahui al solicitar la autorización y llenar todos los trámites legales, prueba la sinceridad de su procedimiento y la buena fé con que ha actuado, simplemente en su deseo de conservar el contrato de arrendamiento, y beneficiando directamente a Heressi al acrecentar el valor de las acciones que le están hipotecadas, y en tal condición, no es posible que los productos rendidos por esa finca, sirvan primero para pagar el crédito de Heressi, dejando sin cancelar el de Jasahui.

El juez para denegar la tercería, estudia la prelación de la inscripción de las hipotecas, y sostiene que porque la de Heressi se inscribió con fecha anterior a la de Jasahui, la acción de éste, es improcedente para la preferencia que persigue; pero este argumento no es aplicable al caso que se estudia, si se tiene en cuenta: 1o. que al destruirse la finca, se extinguió la hipoteca, y su reconstrucción estableció una nueva situación de derecho, en que, la establecida y registrada por mandato judicial quedó como primera, sin que la simple inscripción pueda revalidar el hecho mismo, con referencia a la finca destruída, quedando solo subsistente en el terreno; 2o. que tratándose de una hipoteca proveniente de crédito refaccionario, este tiene preferencia, sobre la de un simple mutuo hipotecario, cuan-

do cómo en el caso estudiado, el dueño de este crédito no se opuso a esa refacción, sino más bien, como se ha dicho aceptó el auto que la ordenaba.

Por todas estas consideraciones, opina el Fiscal, que procede declarar la NULIDAD de la resolución de vista recurrida; reformándola, revocar la de primera instancia: declarar fundada la tercería interpuesta, y que el tercerista tiene derecho preferente al pago del crédito que por refacción de la finca reclama; salvo mejor y más ilustrado parecer.

Lima, abril 29 de 1931

PALACIOS

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 17 de 1931

Vistos; de conformidad con el dictámen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 58 vta., su fecha 12 de mayo del año próximo pasado: reformándola, y revocando la de primera instancia de fojas 20, su fecha 20 de setiembre de 1928,

declararon fundada la demanda de tercería interpuesta por don Isaac David Jasahui, y en consecuencia, que este debe ser pagado de su crédito de 617 libras 5 soles 58 centavos, con el dinero depositado en la Caja de Depósitos y Consignaciones, de preferencia al de don Saleh Elías Heressi, sin costas; y los devolvieron.

BARRETO.—QUIROGA.—SANTA GADEA.—CAMPOS.—
CARDENAS.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero, Secretario.

Cuaderno No. 1019—Año 1930.
