

hijos naturales del testador, declararon que el legado de que se ha hecho mérito debe reducirse al quinto de libre disposición; declararon no haber nulidad en la referida sentencia de vista en lo demás que contiene; y los devolvieron.

*Elmore. — León. — Eguiguren. — Figueroa. — Villanueva.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*

Cuaderno N.º 329—Año 1907.

---

**No procede la tercería del acreedor hipotecario de un heredero concursado cuando ha consentido la sentencia de grados y preferidos que califica su crédito, en concurrencia con acreedores del instituyente.**

*Juicio ordinario seguido por don Tomás Schutte contra doña Albina Alegría viuda de Castro sobre tercería. — (Juzgado del Callao).*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: con los traídos ad-effectum videndi que se separarán y considerando: primero, que por haber sido rematada judicialmente la finca de la calle de la calle de la Constitución núme-

ros 82 al 86, que pertenecía á la testamentaria de don José M. Castro, con el objeto de cancelar una hipoteca que éste tenía constituida sobre una finca de la calle de Lima, que cedió al doctor don Celso Alvarez, en la transacción que contiene el testimonio que corre á fojas 3 del cuaderno respectivo, obligándose á hacer esa cancelación durante su vida ó á su muerte por sus herederos: don José Drew, á nombre de don Tomás Schutte, ha interpuesto la demanda de tercería coadyuvante de fojas 4 para ser pagado de preferencia del crédito de \$ 6,000 y sus intereses, que á favor de su representado, contra-jo en marzo de 1893, doña Albina Alegría, viuda y heredera del mencionado Castro, con hipoteca de la misma finca, de la calle de la Constitución, fundando principalmente su acción, en que antes de esta hipoteca, no se había registrado ningún otro gravamen; segundo, que doña Virginia Lertzundi de Olivera, como representante legal del menor hijo del doctor Alvarez, contradice la acción, manifestando que donde hay deudas, no hay herencia y que por consiguiente doña Albina no tuvo derecho para hipotecar á Schutte dicha finca, antes de pagar la responsabilidad á que estaba afecta; para liberrar á la de Lima, que le debía ser entregada sin gravamen alguno; tercero, que seguido el procedimiento marcado por el artículo 1225 del Código de Enjuiciamientos, ha llegado la vez de expedir la sentencia definitiva; cuarto, que conforme á lo prescrito en los artículos 756, 933 y 2173 del Código Civil, el heredero está obligado á pagar las deudas de la persona á quien hereda, sin lo que no hay masa hereditaria, que deba distribuirse, subsistiendo mientras tanto sobre los bienes del heredado, la responsabilidad de esas deudas, que no varía ni menoscaba, por-

que sean muchos los herederos, ni por que se divida la herencia; quinto, que así mismo, por lo dispuesto, en los artículos 2023 y 2027 del citado Código Civil, solo pueden hipotecarse bienes inmuebles de libre disposición; y la hipoteca queda subordinada á las mismas condiciones y restricciones á que está sujeto el derecho del hipotecario; sexto, que también debe tenerse en cuenta, que por lo establecido en el artículo 93 del Reglamento del Registro de la Propiedad Inmueble, las inscripciones hipotecarias son nulas si no contienen la naturaleza, calidad y cargos de la cosa sobre la cual se constituye; séptima, que juzgada la demanda de tercería, materia de esta controversia, con arreglo á los principios legales citados, don Tomás Schutte, no tiene derecho para ser pagado de un crédito, contraído por la heredera de Castro, antes de que lo sean los acreedores de éste, con los bienes que dejó á su fallecimiento; octavo, que además, esto mismo ha quedado sancionado por la sentencia de grados y preferidos, expedida en el juicio de concurso de los bienes de la testamentaria de doña Albina Alegría viuda de Castro, del que ha formado parte el crédito de Schutte en cumplimiento de la resolución suprema de 31 de diciembre de 1896 que se registra á fojas 58, del cuaderno agregado, correspondiente al juicio ejecutivo iniciado por Schutte para el pago de los 6,000 soles que persigue. Por estos fundamentos administrando justicia á nombre de la Nación:

Fallo, que debo declarar, como declaro, sin lugar la demanda de tercería coadyuvante de fojas 4; y que en consecuencia, don Tomás Schutte, no puede ser pagado de su crédito, antes que lo sean los de la testamentaria de don José Manuel Castro; sin costas. I por esta mi sentencia definitivamente juzgando en 1.<sup>a</sup> Instancia, así

lo pronuncio, mando y firmo, en el Callao á 14 de noviembre de 1900.

MANUEL PANIZO.

Actuario.—*Edgardo Becerra.*

---

DICTAMEN FISCAL

Don José Manuel Castro y el doctor don Celso Alvarez, celebraron un contrato de transacción; por el cual: don José Manuel Castro adquirió el dominio completo y absoluto de una finca en la calle de la Constitución en el Callao, obligándose á cancelar la hipoteca que gravaba en una casa de la calle de Lima, en el mismo puerto y habiendo fallecido Castro, sin cancelar esa hipoteca, pasó la casa de la calle de la Constitución á la heredera universal doña Albina Alegría viuda de Castro, la cual sin cancelar las obligaciones á que estaba sujeta la masa hereditaria, hipotecó la finca de la Constitución á don Tomás Schutte. Fallecida doña Albina y formado el concurso de sus bienes se expidió la sentencia de grados y preferidos de fojas 169 del cuaderno respectivo, sentencia que quedó ejecutoriada y en la que se establece que antes de pagarse las deudas contraídas, por doña Albina Alegría se paguen las contraídas por su causante Castro; porque antes de depurarse la masa testamentaria de éste, no podían estar afectados los bienes á las deudas contraídas por la heredera. Rematada la finca de la Constitución á consecuencia del juicio seguido por la señora Lertzundi viuda de Olivera, representante de los

menores hijos del doctor Alvarez y depositado el precio se ha seguido juicio entre Schutte y la señora Lerzundi de Olivera, sobre preferencia de créditos en el cual se expidió la sentencia á fojas 51 en que se ha declarado sin lugar la demanda de tercería coadyuvante de fojas 4 y en consecuencia que don Tomás Schutte no puede ser pagado de su crédito antes que lo sean los acreedores de la testamentaria de don José Manuel Castro, sin costas.

El Superior en discordia de votos, ha revocado esa sentencia á fojas 108, fundándose en que cuando se cedió á Castro la casa de la Constitución, si bien se le impuso la obligación de cancelar la hipoteca de la casa de la calle de Lima, no se dijo que la hipoteca gravaba sobre la otra finca, sino que quedó la obligación, como de carácter personal en cuya condición pasó á la heredera de Castro doña Albina Alegría, la cual por su cuenta hipotecó la finca á Schutte, hipoteca que se registró antes de que la señora Olivera, embargase la misma finca para el pago de la hipoteca que afectaba á la casa de la calle de Lima y que estando garantizado el crédito de Schutte, con la obligación real mientras que la acción de la señora Olivera, venía de una obligación personal de Castro, debía darse la preferencia al crédito contraído por la señora Alegría.

En concepto del Fiscal, no está arreglada á la ley la resolución de vista, porque las obligaciones contraídas por la señora Alegría, cualquiera que fuera la garantía ofrecida por ella en los bienes que heredó de Castro, estos estaban subordinados por la ley y la justicia á las obligaciones con que recibió la herencia, y por eso con sobrada razón, se declaró en la sentencia de grados y preferidos, del concurso de la señora

Alegría de Castro, que sólo después de satisfecidas las obligaciones de la testamentaría de Castro debían pagarse por su orden las contraídas por la del tercerista señor Schutte, sin que la circunstancia de haberse registrado la hipoteca que favorece á éste antes del embargo de la finca, para pagar las deudas de la testamentaría de Castro, perjudicase á éstas, sin contrariar el principio jurídico relativo á la herencia, que sólo concede al heredero el derecho á los bienes que quedan libres después de depurada la masa y ésta no lo estaba mientras no estuviera cubierta la responsabilidad contraída por Castro en favor de don Celso Alvarez, representado en el juicio por la señora Olivera. I, en mérito de estas consideraciones y de conformidad con el voto discordante del señor Vocal doctor Arbulú, opina este Ministerio porque declare VE. la nulidad de la sentencia de vista y reformándola se confirme la de 1.<sup>a</sup> Instancia que declara la preferencia del crédito representado por la señora Olivera; salvo mejor acuerdo.

Lima, 21 de agosto de 1907.

GÁLVEZ.

---

RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, 2 de setiembre de 1907.*

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal y considerando: que por la ejecutoria suprema de fojas 58 del cuaderno A, se declaró que el juicio seguido por don Tomás Schutte, contra doña Albina Alegría, quedase acumula-

do al juicio de concurso formado á los bienes de ésta; que en la sentencia de grados y preferidos de fojas 179, cuaderno de su materia, se dispuso, que debía pagarse primero á los acreedores de don José Manuel Castro y con lo que quedase se pagase á los acreedores de su viuda y heredera la Alegría de Castro; que esta sentencia no sólo fué consentida, sino defendida por Schutte, porque concedida la apelación de ella que interpuso otro acreedor, Schutte pidió el abandono de la alzada á fojas 227 de ese cuaderno, en cuya virtud esa sentencia quedó ejecutoriada; y que es nula la sentencia pronunciada, contra otra que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, según lo prescribe el artículo 1649 del Código de Enjuiciamientos Civil; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 108, su fecha 12 de enero de 1907, que revocando la de 1ª Instancia de fojas 51, su fecha 14 de noviembre de 1900, declara fundada la tercería coadyuvante al actor deducida por don Tomás Schutte: reformando la expresada sentencia de vista confirmaron la citada de 1ª Instancia que declara infundada la referida tercería y en consecuencia, que don Tomás Schutte no puede ser pagado de su crédito antes que lo sea doña Virginia Lorzundi de Olivera, como acreedora de la testamentaría de don José Manuel Castro; y los devolvieron.

*Elmore.—Ribeyro.—León.—Figueroa. — Villanueva.*

Se publicó conforme á ley.

*César de Cárdenas.*