

En las tercerías de pago, las cuestiones sobre preferencia de créditos, se resuelven por la naturaleza de los títulos que los sustentan y no por la fecha de los embargos.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Cristina Cassinelli de Monge en la causa que sigue con Zettel y Kohler y otro, sobre tercería de pago. — Procede de Lima.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, julio 13 de 1931.

Vistos; con los pedidos que se devolverán y los traídos que se separarán; y resultando de autos que: a fs. 41, el doctor don Ernesto de la Jara y Ureta, en representación de la señora Cristina Cassinelli de Monge, de las señoritas Catalina y María Cassinelli y de la señora Catalina M. viuda de Bacigalupo, manifiesta que en la ejecución seguida ante este mismo Juzgado por la firma Zettel y Kohler, contra la señora Isabel viuda de Delgado, se ha trabado embargo sobre la finca situada en el barrio de La Victoria, avenida Santa Teresa, inscrita a fs. 286 del tomo 160, embargo que estorbaba el ejercicio del derecho preferente que tienen sus representantes, para hacer efectivo un crédito garantizado, con primera hipoteca sobre esa finca, y para cuyo cobro tiene entablada ejecución ante el Juzgado del doctor García Irigoyen para cuyo efecto entabla tercería de pago pre-

ferente, invocando su calidad de acreedores hipotecarios; que a fs. 42 los demandados contradicen la demanda expresando que los demandantes no tienen derecho hipotecario sobre la totalidad del inmueble, por las razones que aduce a ese propósito y a fs. 43, ampliando su contestación, declaran que se allanan a la tercería en relación con los derechos que tengan los terceristas sobre el bien hipotecado, así como sus productos desde el momento en que han ejercido sus derechos para reembolsarlos, pero contradiciendo la referida demanda con respecto a los productos recaudados por su depositario con anterioridad a la medida del embargo; en rebeldía de la ejecutada doña Isabel M. viuda de Delgado se recibió la causa a prueba, siguiéndose esta por sus trámites legales y citadas las partes para sentencia a fs. 54, ha llegado la oportunidad de expedirla; y considerando: que con el allanamiento que contiene el escrito de fs. 44, la cuestión controvertida en este juicio, se refiere únicamente a los productos de la finca, recaudados por el depositario de los ejecutantes antes del embargo trabado por los terceristas; que siendo los señores Zettel y Kohler acreedores quirografarios y teniendo los terceristas la calidad de acreedores hipotecarios de la finca materia de la ejecución en la que incide esta tercería, es incuestionable el derecho preferencial de estos últimos sobre los señores Zettel y Kohler, para ser pagados de sus créditos, y no solamente con el bien inmueble sino también con sus productos, preferencia que se establece expresamente por el art. 884 del C. de P. C.; que el embargo que primero trabaron los ejecutantes, en nada enerva el derecho preferente de los terceristas, pues el embargo constituye una medida de seguridad que

está subordinado al derecho de preferencia a que se acaba de aludir, y que se apoya en terminantes disposiciones de la ley; que esto es tanto más evidente si se tiene en cuenta que los productos recaudados se hallan en poder del depositario judicial, según lo manifestaron los ejecutantes señores Zettel y Kohler en su escrito de fs. 44; por estas razones, Fallo: declarando fundada la demanda de tercería de fs. 41 y en consecuencia, que el tercerista, debe ser pagado preferentemente de su crédito garantizado con primera hipoteca, no sólo con el bien hipotecado, sino con los productos del mismo bien, comprendiendo los recaudados por el depositario de los señores Zettel y Kohler con anterioridad a la medida de reembargo.

José G. Ramírez.

V. M. Villacorta, Actuario.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, noviembre 6 de 1933.

Vistos; con los pedidos, atendiendo: a que en virtud de la transacción de diciembre de 1928, que corre a fs. 15 del cuaderno de embargo, se convino en abonar el producto de la intervención en parte de pago de la suma cobrada por los ejecutantes Zettel y Kohler; a que el derecho de preferente pago de los terceristas doña Cristina Casinelli de Monge, y otros, sólo puede surtir

sus efectos desde la interposición de la demanda o sea desde el 25 de abril de 1929, toda vez que no es posible legalmente retrotraer dichos efectos a época anterior, en que no se había iniciado acción, ni ejercitado derecho alguno que enervara la libre disposición de los frutos del inmueble embargado, y estando a lo dispuesto en el art. 756 del C. de P. C.: revocaron la sentencia de fs. 55, su fecha 13 de julio de 1931, en cuanto declara que la preferencia de pago demandada comprende también los frutos recaudados por el depositario de la firma Zettel y Kohler con anterioridad a la medida de reembolso; declararon que dichos frutos pertenecen a los ejecutantes; la confirmaron en lo demás que contiene y es materia de la alzada; y los devolvieron.

**Velarde Alvarez. — Aparicio y Gómez Sánchez.
Ballón.**

Se publicó conforme a ley.

E. Vivanco, Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Si bien es cierto que la hipoteca comprende el bien hipotecado y sus productos, éstos no se aplican a pagar al acreedor hipotecario sino desde el momento en que

ejercita acción para limitar respecto de tales productos, el derecho de libre disposición del dueño del inmueble, respetándose sus actos y contratos consumados anteriormente, en provecho de otros acreedores sobre los frutos vencidos hasta entonces.

Tal es la doctrina legal que sustenta la sentencia de vista que ha sido recurrida por doña Cristina Cassinelli de Monge y en la que NO HAY NULIDAD.

Lima, abril 26 de 1935.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 9 de 1935.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 76, su fecha 6 de noviembre de 1933; y reformándola, confirmaron la apelada de fs. 55, su fecha 3 de julio de 1931, que declara fundada la demanda de tercera de preferencia interpuesta a fs. 41 por el apoderado de doña Cristina Cassinelli de Monge y compartes, con lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.

Barreto. — Campos. — Villa García. — Arenas.

Mi voto es por la NO NULIDAD de la sentencia de vista, de conformidad con el dictámen del Señor Fiscal y por sus fundamentos.

Quiroga.

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

No. 1563.—Año 1933.
