

Los acreedores pueden contradecir los actos de liberalidad indirecta practicados por su deudor, en perjuicio de sus créditos.

Recurso de nulidad interpuesto por don Carlos Orezzaoli y otro, en la causa que sigue con don Luis Solari y otros sobre terceraía excluyente. — Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Carlos Orezzaoli y don Guillermo F. Sebastián, cesionario de don Francisco Botto, interpusieron acciones ejecutivas contra los herederos de don Carlos Solari y contra su esposa, doña Virginia Swayne de Solari, para hacer efectivos los contratos de mutuo hipotecario que tenía celebrados; y para este efecto trabaron embargo, en la finca alta y baja, ubicada en el jirón Moquegua de esta capital.

Los acreedores de los esposos Solari, fundamentan el embargo trabado, en los derechos que por el prematuro fallecimiento del menor Guillermo Solari Swayne, suponen que ha adquirido su señora madre en el inmueble comprado en el jirón Moquegua como su heredera forzosa, y en el monto del crédito, que había entregado como precio de la expresada finca.

Don Luis Solari Swayne en su nombre y en representación de sus hermanos María Virginia y Car-

los Solari Swayne han deducido la acción de tercería de dominio contra los ejecutantes Orezzaoli y Botto, a la que se ha adherido doña Virginia en nombre de sus hijos menores. Se funda esta acción en el hecho de que el menor don Guillermo, no tenía participación en el dominio de la finca de Moquegua, y en la circunstancia de que el crédito de su señora madre, por el precio que anticipó para la adquisición del inmueble estaba cancelado, en época anterior a la traba de los embargos de Orezzaoli y Botto.

La acción de tercería ha sido tramitada legalmente y resuelta por el fallo de 1a. Instancia de fs. 89, que ha sido confirmado por el de vista de fs. 136 vta., en todas sus partes, y por el que se declara fundada la tercería interpuesta y en su consecuencia se ordena el levantamiento de los embargos trabados en el inmueble de Mogollón y en el crédito de la señora Swayne de Solari, en cuanto se refieran a la participación atribuida al menor don Guillermo Solari Swayne.

En concepto del suscrito, los fallos pronunciados son correctos y legales, desde el momento que en autos está comprobado con la exhibición de documentos auténticos e intachables, que el menor don Guillermo Swayne Solari, nacido en 1923, en la fecha en la que sus hermanos adquirieron el legado de las señoras Barrera, 1920, no podía ser legatario conforme a lo dispuesto en los arts. 934 y 771 del C. C.

Y este hecho se ratifica por la circunstancia, que, la inscripción de dominio de la finca de la Rifa y la toma de posesión, se hizo por don Carlos Solari a nombre de sus hijos Carlos, María Virginia, Manuel, Enrique y Felipe.

En la escritura de adquisición de la finca de Moquegua, don Carlos dió participación en ella a su hijo don Guillermo, que no la tenía, desde el momento que ese inmueble se compraba con el valor de la venta del de la calle de la Rifa, en el que don Guillermo no tenía derecho alguno de propiedad, y no era bastante para otorgárselo, la voluntad del padre. No era en realidad el acto realizado por don Carlos Solari, sino la transferencia de la propiedad del inmueble de la calle de la Rifa, a la de la finca de la calle de Moquegua, aprovechando de la oportunidad que se presentó por la construcción del inmueble denominado "La Auxiliar". El acto practicado fué pues sólo una mejor inversión en favor de los propietarios de la finca de la calle de la Rifa.

Con relación al cobro del crédito de la señora Swayne de Solari, basta referirse a las fechas de cancelación del crédito y de los embargos para que quede justificado el fundamento de los fallos pronunciados.

En consecuencia de las consideraciones expuestas, ampliamente manifestadas en el fallo de 1a. Instancia y en la defensa presentada de la tercera interpuesta, el suscrito opina que dichos fallos deben ser aprobados, declarándose que NO HAY NULIDAD, salvo más ilustrado acuerdo.

Lima, julio 30 de 1936.

Gazzani.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diciembre 9 de 1936.

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal; por los fundamentos de la sentencia confirmada y los aducidos por su ministerio respecto al levantamiento del embargo en la parte de la finca de la calle de Mogollón, que se supone perteneciente a la sucesión del menor Guillermo Solari Swayne; y considerando, en cuanto a la tercería basada en el crédito de doña María Virginia Swayne viuda de Solari: que este crédito de 12,188 soles 9 centavos, proviene del aporte con que dicha señora contribuyó para completar el precio de compra de la casa mencionada, celebrada en nombre y para sus menores hijos, por escritura pública de 1º de febrero de 1927, y el cual han embargado los ejecutantes, como acreedores de los esposos Solari: que la tercería excluyente de los hermanos Solari Swayne se funda, en esta parte, en el mérito de la escritura pública de 3 de marzo de 1934, corriente a fs. 21, en la que declaró doña María Virginia Swayne que su aludido crédito se encontraba cancelado, por haberse dedicado a este objeto los alquileres del expresado inmueble, hasta la concurrencia de la suma necesaria para reintegrarle de la que prestó sin ningún interés: que, por noble que fuese el

propósito, que inspira esta declaración, los productos de la finca que se destinaron a la amortización del crédito, eran parte del usufructo que legalmente corresponde a los padres, en los bienes de sus hijos, y por consiguiente no pudo pagarse válidamente al acreedor con un bien perteneciente al propio acreedor, conforme al artículo 2218 del Código Civil, vigente entonces: que si los padres pueden renunciar al usufructo de esa clase, porque para ellos constituye un derecho de orden privado, la renuncia no se ha efectuado antes del otorgamiento de esa escritura, y la declaración que ella contiene, envuelve un acto de liberalidad indirecta, que perjudica a los acreedores de la persona de quien emana, los mismos que pueden contradecirlo, como lo han hecho: que, por esta razón, que afecta a la esencia del acto jurídico, carece de importancia que la escritura de declaración se haya otorgado unos días antes de la traba del embargo: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 136 vta., su fecha 23 de octubre del año próximo pasado, en cuanto confirmando la de primera instancia de fs. 89, su fecha 12 de abril del propio año, declara fundada la tercería excluyente interpuesta a fs. 24 respecto a la participación que se atribuye, en la finca de la calle de Mogollón, a doña María Virginia Swayne viuda de Solari como heredera de su menor hijo Guillermo, y se manda levantar el embargo en esta parte: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista en lo demás que contiene: reformándola, y revocando la de primera instancia, declararon infundada la demanda acerca del embargo trabado en el referido crédito que la misma se-

ñora tiene sobre el enunciado inmueble, sin costas y los devolvieron.

**Barreto. — Elías. — Quiroga. — Campos.
Zavala Loaiza.**

No. 1556.—Año 1935.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

Se publicó conforme a ley.
