

Terceria de preferencia para el pago de un crédito.

Excmo. Señor:

En agosto de 1876 don Luis José Arce dió á mutuo á doña Teodora Villareal la suma de 4.000 soles, y para seguridad en el pago se otorgó la escritura de obligación de fs. 1^a cuaderno 1^o obligando la deudora todos sus bienes é hipotecando especialmente una casa de su propiedad situada en la calle de los "Perros" cuyo gravamen fué registrado.

Por el testamento de dicha Villareal, ya finada, dejó tres fincas situadas, la una, en la calle de la Recoleta, otra en la de Malambo y la tercera en dicha calle de los Perros que fué la hipotecada al crédito de Arce.

En ese testamento que corre á f. 3, legó á doña Manuela Villarreal la casa hipotecada; la situada en Malambo fué legada á doña Lorenza Bravo de Rueda y á la hija de esta doña Amalia Solis. Habiendo muerto la legataria de la casa de la calle de los Perros antes que la testadora, dispuso esta por su codicilo de f. 6 que esta finca la gozasen como legatarios usufructuarios, doña Amalia Silva y doña Eudisia Rueda y que al terminar el usufructo volviese la casa á la masa hereditaria, y por consiguiente á doña Lorenza Bravo de Rueda á quien instituyó de su heredera y albacea.

Muerta doña Teodora Villarreal, su albacea legataria y heredera doña Lorenza Bravo de Rueda, tomó á mútuo de doña Francisca Reina en distintas fechas las cantidades que ga-

rantizan las tres escrituras de fs. 1^a hasta la 5^a del cuaderno 2^o, é hipotecó en resguardo de dos de ellas la mencionada casa situada en la calle de Malambo que como se ha dicho le fué legada por doña Teodora Villarreal.

En noviembre de 1877 don Luis Arce acreedor de esta última, demandó ejecutivamente el pago de los 4.000 soles que le prestó á la misma doña Teodora y dirigió su acción contra doña Lorenza Bravo como albacea y heredera de la deudora, y á consecuencia de ella fueron embargadas la referida casa de Malambo y otra situada en la calle de la Recoleta cuyas fincas como se ha dicho pertenecieron á doña Teodora.

Sentenciada la causa y practicado el remate de la casa de Malambo, interpuso doña Francisca Reinaga tercería coadyuvante para ser pagada con el producto de la subasta de sus citados créditos contra doña Lorenza Bravo albacea legatária y heredera de doña Teodora; y fundó la tercería en el hecho de haber pasado aquella finca á su dominio, con el título de legataria, y el de haberse hipotecado la casa rematada para seguridad de su crédito, mientras que el contraído por doña Teodora fué asegurado con la hipoteca, de la otra casa situada en la calle de los Perros. Esta acción ha sido combatida por la ejecutante con el hecho de gravar su crédito sobre todos los bienes dejados por su deudora y con la facultad que tiene de perseguir cualquiera de ellos, sin que esta facultad le sea limitada á perseguir sólo la casa de los Perros que le fué hipotecada. En ambas instancias se ha declarado fundada la tercería resolviendose que doña Francisca Reinaga debe ser pagada de preferencia con el producto del remate de la casa de Ma-

lambo. Tal es la cuestión sometida al conocimiento de V.E. en virtud del recurso de nulidad interpuesto por el hijo del acreedor don Luis Arce.

A juicio del fiscal no se ha tratado esta cuestión en su verdadero aspecto. Es un hecho que el crédito de Arce fué contraído por doña Teodora propietaria de la referida casa de Malambo, y que la hipoteca constituida en la casa de la calle de los Perros, no exoneraba sus otros bienes de la responsabilidad de aquel crédito, si la casa hipotecada no bastaba á cubrirlo ó no podía realizarse en ella la ejecución por algún motivo ó causa legítima. La hipoteca constituida en la casa de Malambo por doña Lorenza Bravo no libertó á esta finca de aquella responsabilidad. Conforme al artículo 2133 del código civil sobre los bienes hereditarios grabita la responsabilidad de las deudas del difunto, y no se varia ni se menoscaba por que sean muchos los herederos. ni por que se divida la herencia.

La satisfacción de esta responsabilidad es preferida á cualquier obligación por hipotecaria ó privilegiada que sea la que contraiga el heredero ó legatario, sobre los bienes que ha heredado ó que se le dejan legados, pues no los hace suyos sino en cuanto no se hallen sujetos á pagar las deudas y obligaciones del difunto. Así pues la hipoteca que se constituye sobre bienes heredados no se considera eficaz sino en cuanto recaiga en la parte de bienes heredados ó legados que no se hallen afectos á las responsabilidades del testador.

Por otra parte la muerte de éste no hace variar de naturaleza los derechos de sus acreedores, ni las responsabilidades de sus bienes. La segunda parte del artículo 2181 del código cita-

do prescribe, que cuando ese crédito sea hipotecario se haga la ejecución en los bienes gravados, lo mismo que debería hacerse si el testador viviese. Así pues la ejecución entablada por el acreedor Arce debió dirigirse contra la casa de la calle de los Perros, que le fué hipotecada por la testadora, y si el precio de la subasta no era bastante á pagar el crédito tenía su acción expedita para reintegrarse con los demás bienes de su deudora. La obligación de la albacea y heredera era satisfacer este crédito antes de dividir la herencia y entregar los legados. No habiendose procedido en este orden, subsiste la hipoteca de la calle de los Perros así como el derecho de Arce de perseguir esa finca y de ser pagado con los demás bienes sino bastase el precio en que se remate aquella finca.

El pago que se haga al acreedor de la heredera y legataria de la casa de Malambo tenga ó no hipoteca sobre ella está afecto en los terminos indicados al crédito de Arce por cuya satisfacción responden todos los bienes de la testadora y no debe hacerse efectivo sino bajo la fianza que asegure los derechos de aquel acreedor. Como no se sabe si la casa de la calle de los Perros sea bastante para satisfacer ese crédito es ineludible la obligación del que recibe ó es pagado con su precio, de afianzar en la proporción que le corresponda las resultas de la ejecución que el acreedor Arce ha debido dirigir contra la finca que le fué especialmedte hipotecada como lo previene el referido artículo 2181 del C. C.

Por lo expuesto cree el fiscal que hay nulidad en la sentencia de vista de 20 de enero último á f. 23 que confirma la apelada de f. 13, su fecha 6 de diciembre anterior en cuanto manda

que doña Francisca Reinaga sea pagada *preferentemente* con el producto de la finca de Malambo, y que V.E. puede servirse reformar dicha sentencia de vista, revocar la apelada, y declarar que el pago á la Reinaga se verifique bajo de fianza para responder del crédito de Arce si no basta para cubrirlo el valor en que se remate la casa de la calle de los Perros que le fué hipotecada, salvo el más acertado acuerdo de V.E.

Lima, abril 20 de 1879.

LA ROSA.

Lima, mayo 10 de 1879.

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor fiscal, y reproduciendo los fundamentos de su dictamen; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de f. 23, pronunciada por la ilustrísima corte superior de este distrito en 20 de enero último; y reformándola, revocaron la de 1ª instancia de f. 13, en cuanto manda que doña Francisca Reinaga sea pagada *preferentemente* con el producto de la finca de Malambo: mandaron que el pago á la Reinaga se verifique bajo de fianza, para reponer del crédito de Arce si no basta para cubrirlo el valor en que se remate la casa de la calle de los Perros, que le fué hipotecada; y los devolvieron, reintegrándose el valor del papel sellado.

Ribeyro. — Muñoz. — Vidaurre. — Cisneros. — Sánchez. — León. — Morales.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Juan E. Lama.