

89

La hipoteca constituida sobre el haber hereditario, pesa sobre los inmuebles que se adjudiquen por efecto de la partición.

Recurso de nulidad interpuesto por don Juan Torrico y Mesa, en la causa que sigue con don Carlos Gardella, sobre tercería.—Procede del Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

I

Por escritura pública de 10 de marzo de 1886, otorgada ante el doctor don Carlos Sotomayor, consta que don Fernando Francisco Soria recibió a mútuo de don Carlos Gardella, veinte mil soles billetes, con el plazo de dos años, al interés del cuatro por ciento mensual e hipoteca de la parte que le corresponde en la testamentaría de su finada madre doña Francisca Irribarren de Soria, que en esa fecha estaba indivisa. Esta hipoteca fué debidamente registrada el día mismo de su constitución, según aparece del certificado de fojas 13 del cuaderno de tercería.

Tres años después, esto es, en 27 de febrero de 1889, se hizo la división y partición de los bienes que fincó a su fallecimiento la señora Irribarren de Soria; correspondiendo a don Fernando Francisco, entre otros bienes, la mitad de la hacienda «Casa Blanca».

Silenciando Soria la hipoteca que había constituido sobre *todo* su haber materno, en virtud de la cláusula 3.^a de la escritura de obligación a favor de Gardella, vendió a don Juan Torrico y Mesa, con pacto de retroventa, la mitad de la Hacienda Casa Blanca, en 5.600 soles plata y con las demás condiciones que aparecen de la escritura otorgada en 15 de setiembre de 1890, escritura que obra en testimonio de fojas 1 a fojas 4 del cuaderno de misión en posesión.

Vencido con exceso el plazo dentro del cual debió Soria pagar el capital y los intereses, vióse Gardella en la necesidad de demandarlo judicialmente; habiendo progresado la ejecución hasta trabarse embargo en la mitad de la hacienda «Casa Blanca», en cuya estación ha salido al juicio don Juan Torrico y Mesa, deduciendo tercería excluyente de dominio, apoyado en los documentos que acompaña a la demanda de tercería de fojas 9 del cuaderno corriente.

II

Para resolver el punto de si la mitad de la hacienda «Casa Blanca» está expedita para llevar a cabo la ejecución de Gardella, es preciso saber si el 10 de marzo de 1886, fecha de la obligación, pudo o no don Fernando Soria hipotecar la parte que le correspondía en la testamentaria de su madre, cuyos bienes estaban a la sa-

zón indivisos. Los artículos 2,131 y 2132 del Código Civil absuelven la pregunta en sentido afirmativo: durante la comunidad—dicen—cada uno de los herederos tiene derecho a poseer y gozar los bienes de que es propietario *pro-indiviso*: puede enagenarlos por título gratuito u oneroso *gravarlos* o celebrar sobre ellos cualquier contrato; pero no ejercer estos derechos sino con la *indeterminación* a que está sujeta su parte de bienes hasta que la herencia sea dividida: la enagenación que haga un coheredero de los bienes que posee *pro-indiviso*, las responsabilidades que contraiga y los gravámenes que imponga sobre ellos, no se extienden más allá de la *parte que obtengan* en la partición.

De estos artículos, literalmente trascritos, resulta que Soria pudo legalmente gravar con hipoteca la parte que le correspondía en la testamentaria de su madre, sin más límite que la indeterminación consiguiente a la indivisión de los bienes.

La hipoteca a favor de Gardella consta de escritura pública, y fué debidamente registrada, de modo que le concede derecho para llevar a término la ejecución sobre la mitad de la hacienda «Casa Blanca». El que constituye una hipoteca—dice el artículo 2022 del Código Civil—concede al acreedor sobre los bienes gravados un derecho real, que subsiste aun cuando pasen a terceras personas.

De manera, pues, que la venta hecha por Soria a Torrico y Mesa en 1890, no ha extinguido la hipoteca que constituyó en 1886 sobre todo su haber materno.

La ley ha previsto el caso en que se venda como realengo un bien que no está en semejante

condición; y, para tales casos, el artículo 2028 del Código Civil prescribe que «el que constituye una hipoteca en bienes ajenos, o en los propios, *ocultando* los gravámenes anteriores que sufren o callando las restricciones de su derecho sobre los bienes, será condenado en los daños, perjuicios e intereses, además de las penas impuestas a este delito». Tal delito está previsto y castigado en el artículo 384 del Código Penal: «el que fingiéndose dueño de una cosa—dice—la *enagene*, grave, arriende o empeñe o disponga de ella como libre *a sabiendas que está gravada*, será castigado con una multa del tanto al doble del valor del perjuicio que cause».

En conclusión, puede establecerse, como resumen de las disposiciones legales citadas, que la hipoteca como todo gravamen real, grava sobre el fundo, cualquiera que sea el poseedor de este, o lo que es lo mismo, la venta de «Casa Blanca» hecha en 1890, no ha extinguido la hipoteca con que cuatro años antes gravó su haber materno don Fernando Francisco Soria.

III

La defensa de Torrico y Mesa se funda, sustancialmente, en que antes de comprar el fundo «Casa Blanca», se cercioró de que sobre él no pesaba la hipoteca que hoy se hace valer, como resultado del certificado del Registro de la Propiedad Inmueble que acompaña. Esta objeción desaparece considerando que, la hipoteca de Gardella se constituyó y registró en 1886, y que el certificado de la Propiedad Inmueble dice simplemente que desde el 20 de noviembre de 1889 hasta el 14 de mayo de 1891, no ha sido registrada la hipoteca materia de este juicio. Mas previsor Torrico y Mesa, debió inquirir si Soria había

gravado o no su haber materno después de la muerte de la señora Iribarren de Soria; y es indudable que, si así hubiera procedido, se habría guardado bien de comprar «Casa Blanca», ahorrándose así las molestias de este pleito y los perjuicios consiguientes.

Se alega también, por parte de Torrito y Masa, que la hipoteca a favor de Gardella no contiene el nombre de la cosa gravada, su situación, linderos y demás circunstancias que detalla el artículo 2053 del Código Civil, y que, por lo tanto, no puede producir los efectos de una hipoteca debidamente registrada.

Esta atingencia no tiene la importancia que se le atribuye, desde que la cosa hipotecada fué todo el haber materno, cuando los bienes de la testamentaria se hallaban indivisos. La hipoteca tenía que ser con la indeterminación consiguiente a la indivisión.

En tésis general, la hipoteca convencional se constituye de modo que el bien sobre que grava, no pueda confundirse con otro, salvo el caso de que el gravamen pese sobre bienes poseídos *pro indiviso*, pues entonces se hace el registro con la misma indeterminación.

De todo esto se deduce, no la invalidez de la hipoteca de 1886, sino que el artículo 2,131 del Código Civil es una excepción a la regla general establecida en el artículo 2,053 del mismo Código.

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Fiscal es de sentir que no hay nulidad en el auto de vista de fojas 44 vuelta.

V. E. resolverá, sin embargo, lo que considere más arreglado a derecho.

Lima, 30 de junio de 1893.

ALBARRACÍN.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 26 de julio de 1893.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 44 vuelta, su fecha 17 de mayo último, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 33, su fecha 20 de octubre próximo pasado, por la que se declara sin lugar la demanda de tercería excluyente, interpuesta por don Juan Torrico y Mesa, y manda llevar adelante la ejecución de la mitad de la hacienda «Casa Blanca»; condenaron en las costas del recurso y en la multa de ciento sesenta soles a la parte que lo interpuso; ordenaron que se reintegre el valor del papel sellado; y los devolvieron.

Sánchez - Guzmán - Vélez - Corzo - Elmore.

Se publicó conforme a ley, siendo el voto del señor Elmore el siguiente:

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que a tenor del inciso 2º artículo 2,043 del Código Civil, se requiere para la validez de la hipoteca convencional la designación de la finca gravada: que de esta prescripción no está exceptuada la hipoteca que se constituya sobre bienes poseídos proindiviso, porque la indeterminación del gravamen se refiere solo a la parte que el deudor obtenga en la partición, conforme al artículo 2,132, pero no a los bienes ob-

jeto del contrato y cuya determinación es indispensable, según el citado artículo 2043: que por otra parte, según los artículos 206, 207 y 208 del Reglamento del Registro de la Propiedad Inmueble de 11 de setiembre de 1888, cuando un derecho real anterior a dicho reglamento no se inscriba dentro de los 180 días allí expresados, un tercero solo pueda resultar perjudicado desde la fecha de la inscripción; y que no habiendo don Carlos Gárdella hecho inscribir el gravamen sobre el fundo «Casa Blanca» con arreglo al artículo 76 de ese Reglamento, con especificación del inmueble y su situación dentro del plazo expresado, no perjudica la hipoteca a don Juan Torrico y Mesa, con arreglo a los artículos 7º y 9º de la ley del Registro de la Propiedad, promulgada el 28 de enero de 1888: Mi voto es por que se declare haber nulidad en el fallo de vista de 17 de mayo último, confirmatorio del de 20 de octubre anterior; que se resuelva que es fundada la tercera interpuesta por don Juan Torrico y Mesa; y que se mande alzar el embargo trabado en el fundo «Casa Blanca»; de que certifico.

LUIS DELUCCHI.

Cuaderno N° 204.—Año 1893.
