

La hipoteca queda subordinada a las restricciones a que está sujeto el derecho del hipotecario.

Recurso de nulidad interpuesto por don Juan Parra en la causa que sigue con los herederos de don Fidel Sosa, sobre tercería excluyente.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Examinados los de la materia el Fiscal encuentra: que las sentencias de 1.^a Instancia, corriente a fojas 36, y la de vista confirmatoria de ésta de fojas 50, no están arregladas a la ley y reglas de Derecho; y que en consecuencia debe V. E., revocando la una y reformando la otra, declarar fundada la demanda de tercería interpuesta a fojas 1, en los términos expresados en el presente dictamen.

En julio 4 de 1876, Santos Chumbiray, indígena, se obligó a favor del finado don Fidel Sosa, por la cantidad de soles 300, que de éste recibió; y en garantía hipotecó un rancho situado en la villa de Chorrillos, expresándose en la escritura de obligación, según consta del testimonio corriente a fojas 4, que Santos Chumbiray, la deudora, adquirió o hubo ese rancho en unión de su finado esposo, Diego Toledo, en 8 de marzo de 1829.

Bastaba esta sola circunstancia para que el acreedor tuviese entendido que la hipoteca que a su favor le constituía la Chumbiray no se extendía, no podía extenderse a la propiedad de todo el rancho: que a lo más éste

era un bien común de los esposos Toledo y Chumbiray, y que por muerte de aquel correspondía la mitad de la finca, libre de gravámenes impuestos por la viuda, a los herederos del marido.

Esto era tan trivial y manoseado, que no podía esperarse que en caso de no ser pagada la deuda contraída por la viuda, fuese ejecutado todo el rancho.

Y esto era tanto menos de esperarse, cuanto que según consta de la copia certificada de fojas 9, vuelta, está plenamente probado que la adjudicación del rancho, materia de la disputa, fué hecha en la forma que se acostumbraba en 1829, a Diego Toledo y su esposa Santos Chumbiray: y que en virtud de ese título el finado señor doctor Quiroga, Juez de 1.^a Instancia, declaró el retracto que Juan Parra interpuso contra la señora doña Carmen Osma de Barreda, que había comprado el rancho referido.

No podía pues haber, E. S., un título más claro en favor de los herederos de Toledo, que justificara el dominio de estos en el rancho mencionado.

Militan en favor de sus herederos la adjudicación que les fué hecha a los esposos Toledo y Chumbiray en 1829, que conforme a las prescripciones de la ley, da a ese bien el carácter de común, perteneciente a ambos esposos por iguales partes; y por consiguiente a sus herederos respectivos; y el retracto declarado por una sentencia en que se les reconoce a esos herederos el derecho a la finca cuestionada.

No obstante esto, Excmo. Señor, los herederos de don Fidel Sosa, a cuyo favor la Chumbiray contrajo una obligación en 1876 de pagarle soles 300, hipotecándole el rancho referido, entablan la ejecución contra la

mencionada Chumbiray y embargan todo el rancho indicado.

La ejecución avanza hasta el estado de trance y remate y entonces Parra, marido de Simona Toledo,, una de las herederas del marido Diego Toledo, interpuso la tercería excluyente de fojas 1, que ha sido desechada por la sentencia de vista y de 1ª Instancia.

Pero, cuál es el fundamento, Excmo. Señor, de estas resoluciones?

Si V. E. las examina verá que el único fundamento en que se apoya la sentencia es la consideración de que la hipoteca concede un derecho real al acreedor, que subsiste aun cuando los bienes gravados pasen a terceras personas. Y de esta consideración se deduce que como el retracto declarado a favor de Parra fué posterior a la fecha de la constitución de la hipoteca: que el retrayente adquirió la finca con ese gravamen, y que la familia de la Chumbiray ha tenido conocimiento de la hipoteca, se concluye por declarar que es infundada la tercería.

Pero al hacer el juez tales consideraciones ha dejado de lado la cuestión cardinal y el único punto de Derecho, que era investigar cuáles eran los derechos que tenía la Chumbiray a la finca que hipotecó; porque conforme a lo prevenido en el artículo 2,027 del C. C., basado en el principio de justicia de que nadie puede dar ni gravar más de lo que tiene, la hipoteca queda subordinada a las mismas condiciones y restricciones a que está sujeto el derecho del hipotecario.

Si según los títulos de dominio de la finca y según la misma escritura de hipoteca, por la ley y por la verdad de las cosas, la Chumbiray no era a lo más sino

dueño de la mitad del rancho, no podía dar a don Fidel Sosa ni a sus herederos un derecho a la propiedad de todo ese rancho, porque evidentemente no le correspondía.

Cierto que la hipoteca da acción real al acreedor y que el gravamen persigue la cosa hipotecada aun cuando pase a terceros poseedores. Pero esto es, y se entiende, legal y jurídicamente, cuando el que constituyó la hipoteca ha sido dueño de la cosa hipotecada.

Declarar que la hipoteca constituída sobre toda la finca por el que sólo es dueño de la mitad, persigue y subsiste sobre toda la cosa, es una regla que el Fiscal no puede jamás admitir y que cree que choca contra todo principio de justicia.

Los herederos de Diego Toledo son dueños de la mitad del rancho materia de la disputa: ellos no lo han hipotecado: la hipoteca es constituída sólo por la viuda, a quien no le correspondía sino la mitad de esa finca.

En esta virtud es incuestionable, que la tercería es fundada en cuanto a la mitad del rancho y sus frutos respectivos; y que las sentencias de vista y de 1^a instancia, en que se desconoce derecho tan incontestable, adolecen de nulidad; y que V. E. debe revocarlas y reformarlas, declarando fundada la tercería en los términos indicados.

Lima, noviembre 16 de 1894.

Aranibar.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, diciembre 18 de 1894.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon *haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas cincuenta, su fecha tres de octubre último; reformándola y revocando la de primera instancia de fojas treinta y seis, su fecha diez de abril próximo pasado, declararon fundada la tercería interpuesta a fojas una por don Juan Parra, y mandaron que la ejecución entablada por don Fidel Sosa, continúe solo sobre la mitad de la finca que corresponde a doña Santos Chumbiray; y los devolvieron.

Sánchez. — Vélez. — Espinosa. — Elmore. — Jiménez.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

Luis Delucchi.

Causa N° 719. — Año 1894.
