

La hipoteca constituida por fiadores mancomunados, provoca una acción real distinta de la garantía personal.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Reformado el auto de pago en la resolución superior de fs. 27, en el sentido de dirigirlo contra la Sociedad Hoyle Hermanos, y no contra sus representantes y socios, individualmente, queda como único punto por el cual se objetó dicho auto, el de que el contrato que le sirve de recaudo contiene una fianza simple, que permite a los fiadores excepcionarse, para que la acción primeramente se dirija contra el deudor principal.

Esta defensa que constituye verdadera excepción y que importa una decisión sobre la calificación de la acción incoada y sobre los términos y alcances del contrato, no procede legalmente, sino como la oposición que autoriza el art. 663 del C. de P.C.

En tal virtud, el Suplente opina por la no nulidad.

Lima, 2 de abril de 1929.

SOLF.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 14 de mayo de 1929.

Vistos; de conformidad con las conclusiones del dictamen del Ministerio Fiscal; y considerando: que según consta de las cláusulas sexta y undécima de la escritura pública con que se recauda la demanda, don César, don Rómulo, don Juan Alberto y don Eudoro Hoyle, representantes de la razón social Hoyle Hermanos, concurriendo al otorgamiento de ese instrumento como fiadores mancomunados, hipotecaron a favor de los acreedores Kay Brothers (shippers) Limitada de Manchester, y en seguridad

de la suma que Loyer Hoyle reconocieron deber a aquellos, los fundos "Tomabal", "San Juan" y "San Ildefonso", situados en el valle de Virú: que la constitución de la hipoteca importa (art. 2022 del C.C.) el conceder al acreedor sobre los bienes gravados, un derecho real, distinto, sin duda, de la garantía meramente personal que resulta de la fianza, cuando un tercero se compromete a responder de las obligaciones que asume uno de los contratantes, para el caso de que este no las cumpla: que el derecho real que crea la hipoteca no está sujeto a los beneficios de que, conforme al artículo 2088 del C.C. gozan los fiadores, y en consecuencia resultan incongruentes y sin interés alguno para el solo efecto de apreciar la procedencia de la acción ejecutiva, el investigar si la fianza constituida por Hoyle Hermanos a favor de los ejecutantes, fue simple o mancomunada: que al dirigirse la demanda contra los Hoyle, dueños y poseedores de los bienes hipotecados; sobre los que debe recaer el embargo, el acreedor ejercita la acción real que de manera explícita le reconoce el artículo 2048 del C.C.: declararon no haber nulidad en la resolución de vista corriente a fojas 27, su fecha 27 de julio de 1928, confirmatoria del auto apelado de fs. 19, su fecha 6 de junio del mismo año, por el que se despacha ejecución contra don César, don Rómulo, don Juan Alberto y don Eudoro Hoyle propietarios de los bienes especialmente hipotecados en seguridad del crédito que se cobra, con lo demás que dicha resolución de vista contiene; condenaron en la multa de 20 libras y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Elías. — Cornejo. — Burga Larrea. — Burga. — Vélez.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero.

Recurso de nulidad interpuesto por Hoyle Hermanos en la causa que siguen Kay Brothers, sobre pago de soles.—Procede de la Libertad.—Expediente N° 1025.