

Es improcedente la acción de tercería, para el pago a prorrata, entre el acreedor y fiador, en caso de subrogación parcial, existiendo una garantía común a la obligación subrogada, y a otra extraña.

Pecurso de nulidad interpuesto por don Salvador Nesanovich y D. Tomás Marzano en la causa que sigue con The Royal Bank of Canadá y D. Orestes Ferro, sobre tercería.—Procede de Lima.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, octubre 30 de 1929.

Vistos: con el juicio principal en que incide la tercería; resulta de autos: el doctor don Juan A. Fernández, por poder de don Salvador Nesanovich y de don Tomás Marzano interpone demanda de tercería pretendiendo que el crédito de sus representados y el que cobra el Banco Mercantil Americano del Perú, hoy Royal Bank of Canadá, a don Orestes Ferro, sea pagado a prorrata con el valor de la fábrica de aceite de semilla de algodón, de propiedad del ejecutado, denominada "El Sol de Paíta". El demandante funda la acción manifestando: que la mencionada fábrica fué hipotecada por el deudor en seguridad de dos créditos en cuenta corriente abiertos por el Banco Mercantil

Americano del Perú, el primero hasta por la cantidad de doce mil libras con la fianza mancomunada y solidaria de los señores Solari Hermanos, Castagnino y Compañía y Nicolás Patiño Patroni, y el segundo, hasta por la cantidad de trece mil libras peruanas, con la fianza mancomunada y solidaria de sus representados y de don César Bentín; que cerradas las cuentas corrientes respectivas se otorgó la escritura de 10 de octubre de 1921, por la que se dejó constancia de que por razón de los créditos, don Orestes Ferro había quedado adeudando al Banco las cantidades de libras peruanas doce mil y libras peruanas trece mil, por las cuales había suscrito dos pagarés que continuaron afianzados por los respectivos grupos de fiadores y con la garantía común de la hipoteca de la fábrica "El Sol de Paita"; que no habiendo cumplido el deudor con abonar a su vencimiento los respectivos pagarés e intereses, los señores Nesanovich y Marsano, en la calidad de fiadores mancomunados y solidarios, verificaron el pago del que afianzaron, subrogándose por ministerio de la ley en todos los derechos y acciones que correspondían al Banco como acreedor, entre ellas, en la acción hipotecaria por razón de la garantía real constituida por el deudor Ferro sobre la citada fábrica; por lo que interpone la correspondiente tercería para que se declare que sus representados tienen derecho de ser pagados de su crédito a prorrata con el crédito del Banco, con el producto del remate de la fábrica de aceite de semilla de algodón "El Sol de Paita"; corrido traslado de la demanda el personero de The Royal Bank of Canadá, por el escrito de fs. 26, contesta la

acción contradiciéndola en sus fundamentos; seguida la causa de puro derecho, por los respectivos trámites, en rebeldía del ejecutado, ha llegado el estado de pronunciamiento y CONSIDERANDO: que siendo la finalidad de la fianza asegurar al acreedor que será pagado de su crédito, no puede el fiador hacer valer el derecho de subrogación de acciones que establece el art. 2099 del C. C. contra aquel a quien garantizó el cumplimiento de la obligación; que para interpretar el alcance de la disposición legislativa citada, en la que se apoya la demanda, es necesario acudir a la fuente del derecho que le ha dado origen. El antiguo derecho romano no concedía al fiador que satisfacía la deuda, ninguna acción contra los cofiadores y sólo le acordaba contra el deudor la acción personal del madatario o del gestor de negocios; posteriormente le permitió demandar el beneficio de cesión de acciones, o sea exigir al acreedor a quien se había desinteresado, la transferencia de las acciones que aquel tenía tanto contra los cofiadores como contra el deudor; así mismo las leyes españolas que nos rigieron, concedían taxativamente al fiador el beneficio de cesión de acciones el que lo hacían consistir en el derecho que tiene el fiador que paga toda la deuda de su fiado para pedir al acreedor le ceda sus acciones contra los demás compañeros en la fianza, a fin de poder reclamar de ellos la satisfacción y reembolso de la parte que le corresponda: (Ley undécima, título doce, Partida quinta); nuestro C. C. tomó el dispositivo que contiene el art. 2099 de precepto análogo del Código de Napoleón. el que se limita o contrae a otorgar al fiador, por ministerio de la

ley el derecho de subrogación en todas las acciones que tiene el acreedor contra el fiado, relativas a la deuda u obligación pagada o satisfecha por aquel: que ese derecho, mero beneficio legal, que no nace de la naturaleza del contrato unilateral de fianza, en el que el fiador se obliga hacia al acreedor, sin que este contraiga ninguna obligación con él, no puede hacerse valer por el primero contra el segundo, porque en realidad, el fiador solidario que en ejecución de sentencia paga la obligación que sancionó, no hace el pago en sustitución del deudor, sino como obligado mancomunado con el fiado, y porque la acción del antiguo acreedor, que es la ejercitada, presupone el apartamiento definitivo de éste a quien se le sustituye en las seguridades especiales dadas por el deudor, en virtud del pago total; que así se infiere obviamente del texto del art. 2099 del C. C. al otorgar de pleno derecho el beneficio de subrogación de acciones al fiador que paga la deuda o cumple la obligación que afianzó, porque la fianza puede ofrecerse no sólo para garantizar el pago de deuda, sino en general, para responder por las obligaciones de otro; que a desestimar la demanda de tercera de igual derecho concurren además las siguientes consideraciones legales: que para que el tercer opositor pretenda que su crédito y el del ejecutante sean pagados a prorrata con el valor del mismo bien, se requiere que la acción se funde en instrumento público o título del que resulte ostensiblemente la absoluta paridad en el derecho; que la hipoteca es indivisible y subsiste íntegra aunque se haya pagado parte de la deuda y aun cuando se divida entre muchos el dere-

cho al crédito hipotecado; y que la inscripción de un derecho en el Registro de la Propiedad Inmueble, beneficia al inscribiente y establece prelación en caso de concurrencia de acreedores; que en el evento subjujice contribuye también a desestimar la demanda la previsión del contrato, en el que se establece con intervención de los fiadores que la hipoteca constituída a favor del Banco, tiene el carácter de primera y única y se conviene expresamente que las diferentes garantías dadas al acreedor, no tenían entre si carácter sustitutivo, ni se hallaban, las unas respecto de las otras, sometidas a ninguna condición de dependencia ni orden sucesivo en su ejercicio, las que el Banco podría hacerlas valer conjunta o separadamente, en el orden que tuviera por conveniente, sin que el hecho de haber ejercitado alguna o algunas de ellas, le impidiese ejercitar las restantes, cuando lo considerase oportuno; lo que persuade que fué innegable intención de los fiadores, reconocer el derecho preferente del Banco al pago de su crédito con el valor de la fábrica hipotecada; que no existiendo en nuestra vigente legislación disposición especial para el caso de subrogación parcial, sin haberse desinteresado al acreedor, debe resolverse la controversia planteada a favor de éste, estando a la índole del contrato de fianza; al origen jurídico del beneficio de subrogación o cesión de los derechos del acreedor, mera ficción legal; al texto del art. 2099 del C. C. y demás disposiciones legales aplicables; y al espíritu y a la letra del pacto, que definen la controversia, tanto porque la intención expresa o tácita es el principio general de la caución,

como porque tratándose de una fianza convencional, debe estimarse el convenio en todo caso como una renuncia a favor del acreedor o limitación aceptada por los fiadores de los beneficios y acciones que contra aquel acordase o pudiera acordar la ley. Fallo: declarando sin lugar la demanda; sin costas.

Germán Aparicio y Gómez Sánchez.

Rosendo Fernández, Actuario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Banco Mercantil Americano, abrió a don Orestes Ferro, un crédito en cuenta corriente, que se hizo constar en documento privado, con la fianza mancomunada de Solari Hnos., E. Castagnino y Cía. y Nicolás Patiño. Este crédito fué ampliado después por 13,000 libras peruanas, con la fianza mancomunada de Tomás Marsano, César Bentín y Salvador Nesanovich.

Por escritura pública de 29 de octubre de 1920, que en testimonio corre a fs. 1, el señor Ferro constituyó primera hipoteca a favor del Banco, sobre su fábrica desmotadora de Paita, para garantizar los saldos deu-

dores, y los que en el futuro se establecieran hasta la suma de l.p. 25,000.

Se convino en la citada escritura, que el Banco conservaría íntegros sus derechos para hacer efectiva la hipoteca, la fianza o ambas sin subordinación una de otra, hasta ser pagado totalmente de su crédito.

Por escritura posterior de 10 de octubre de 1921, que corre a fs. 15, se hizo constar, que quedaban subsistentes las garantías pactadas en la escritura anterior, y en ella intervinieron los fiadores solidarios y mancomunados para declarar, que quedaban subsistentes las fianzas para el caso de no pagarse los pagarés y los intereses devengados y los que se devenguen.

Los señores Nesanovich y Marsano, que han pagado al Banco el pagaré que garantizaron han interpuesto la demanda de fs. 22 contra The Royal Bank que ha sucedido al Mercantil, para que se declare su derecho de ejercitar la acción hipotecaria y, hacerse pago, con el importe del bien hipotecado a prorrata con el Banco.

Con la contestación se ha debatido ampliamente la cuestión de derecho que ha sido resuelta, en dos instancias, declarándose sin lugar la demanda.

Según las escrituras a que se ha hecho referencia, el Banco se reservó sus derechos para hacer efectiva la totalidad del crédito, con las garantías pactadas, y este derecho no puede sufrir menoscabo por la intervención del tercero que paga parte del crédito; ese pacto obliga al fiador, que con conocimiento de la es-

critura que lo contiene paga parte de la deuda que la hipoteca garantiza.

La hipoteca constituye un derecho real a favor del acreedor que lo ha inscrito en el Registro, y solo él o quien lo suceda a título universal o por cesión puede ejercitarlo.

En este caso, no hay cesión del derecho, que el Banco se reservó, para hacerlo efectivo, entretanto su crédito no estuviera totalmente pagado; la hipoteca subsiste íntegramente, por lo establecido en el art. 2047 del C. C.

Los derechos que el art. 2039 del C. C. dá al fiador que paga, presupone como se infiere de su texto, que el pago es total y no en parte, y si como se alega, que en el C. C. no hay disposición que norme este caso, como lo estatuye el C. Francés, hay que juzgar por el mérito del contrato, que no es infractorio de la ley, que puede modificar los derechos del subrogante, interpretando el propósito que tuvieron las partes al celebrarlo; y si no fuera bastante; aplicando las normas legales para el ejercicio del derecho hipotecario reservado al acreedor en cuyo favor se ha establecido.

Por los motivos expuestos en el fallo de vista, opina el Fiscal por la NO NULIDAD.

Lima, abril 20 de 1931.

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 14 de 1932.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 74, su fecha 1° de julio de 1930, confirmatoria de la de primera instancia de fs. 46, su fecha 30 de octubre de 1929, por la que se declara infundada la demanda interpuesta a fs. 22 por don Salvador Nesanovich y don Tomás Marsano, sin costas; condenaron en las del recurso y multa de 200 soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

**Barreto. — Umeres. — Santa Gadea. — Campos. —
Zavala Loaiza.**

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero, Secretario.

Cuaderno No. 805.—Año 1930.
