

El acreedor con segundo hipoteca, puede reclamar sus derechos y los de sus deudores en la medida necesaria para asegurar la eficacia de su garantía.

Recurso de nulidad interpuesto por Kay Brother's Shippers Ltd., en la causa que sigue, con D. Antonio M. de la Guerra y la Sociedad Hoyle Hermanos, sobre tercería de pago.—Procede de La Libertad.

DICTAMEN FISCAL

Señor :

Don Antonio de la Guerra, demandó ejecutivamente a la firma Hoyle Hnos., para que le pagara el capital de Lp. 15,000 que recibió a mutuo, con sus intereses del 10% al año y penales del 5% sumando capital e intereses a la fecha de la demanda, 31 de mayo de 1928 Lp. 21,180.6.26.

Tres meses después, Kay Brothers Limited, acreedor de la misma firma Hoyle, con segunda hipoteca sobre el fundo "Tomabal", ha ejercitado acción, con el nombre de tercería de preferencia, para que se declare que de la Guerra ha inflado indebidamente su crédito por razón de intereses, excediéndose en Lp. 6,183.6.26.

El ejecutante ha hecho declaración expresa a fs. 219 del expediente acompañado, de que en el curso del juicio le han sido pagados los intereses hasta el 11 de noviembre de 1929; pago que fue tomado en cuenta al hacerse la liquidación de fs. 249, aprobada por auto de

fs. 254, confirmado por el de vista de fs. 335, que ha quedado ejecutoriado.

Esto no obstante, Kay Brothers insiste en su demanda, sosteniendo que es tardía e inexacta aquella confesión, que tales intereses estaban abonados antes de la fecha de la ejecución y que de la Guerra, por su tenaz negativa, ha incurrido en la sanción prevista en el art. 679 del C. de P. C. y debe, por lo tanto, ser obligado a pagar la cantidad de S/o. 54,206.66 a que ha quedado reducida la inflación (fs. 326).

La insistencia no está justificada, porque no hay en autos prueba de que hubiere habido en el acreedor propósito de simulación o confabulación con el deudor, con el fin de burlar los derechos del segundo hipotecario; y sobre todo, porque reducido el crédito a sus legítimos límites, ha desaparecido el fundamento de la acción de tercería, la que carece ya de objeto.

El art. 679 del C. de P. C. es inaplicable al caso; y, además, no puede ser invocado por un tercero, sino cuando ese derecho se hubiera declarado a favor de su deudor.

NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, que desestima la demanda de fs. 18.

Lima, mayo 18 de 1935.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 26 de 1935.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que sin que hubiera vencido el plazo del mútuo, ni se realizara la condición pactada en la cláusula novena de la escritura pública de 11 de setiembre de 1925, pues, Hoyle Hermanos sólo adeudaban los intereses de un trimestre vencido el 11 de marzo de 1928, o sea 375 libras, don Antonio M. de la Guerra los demandó, ejecutivamente, el 31 de dicho mes y año, para el pago de la suma de 21,180 libras peruanas 626 milésimos, que representaba 15,000 libras de capital, 4,120 libras 417 milésimos de intereses al diez por ciento y 2,060 libras 209 milésimos de intereses penales del cinco por ciento e hizo trabar embargo en los bienes hipotecados “Tomabal” con sus anexos y “San Ildefonso”: que este procedimiento, seguido de acuerdo con los ejecutados, como lo revela el estado de cuenta inexacto de fs. 206, que ostenta la anotación de conformidad de los mismos, no tuvo más fin que colocar a los segundos hipotecarios, Kay Brothers (Shippers) Limitada de Manchester, que debían ejecutar días después para el pago de su crédito, como lo hicieron, en la condición de reembargantes de los bienes que garantizaban ambas deudas: que los reembargantes objetaron la inflación caprichosa del crédito de Guerra y se opusieron sin éxito a la tasación y al remate de los bienes, que el mismo ejecutante llegó a subastar por el precio global de 198,664 soles 71 centavos: que liquidado entonces su crédito por

el actuario, bajo la declaración que por primera vez hiciera el acreedor a fs. 219, de hallarse pagado de los intereses hasta el 11 de noviembre de 1929, se estableció que la deuda ascendía, al 25 de agosto de 1931, a la suma de 190,451 soles 32 centavos, mucho menor de la indicada en la demanda, si se considera el volúmen de los intereses de tres años corridos en el tiempo intermedio: que en consecuencia, se mandó extender la escritura de adjudicación, compensándose la deuda con el precio del remate e imputándose la diferencia a la alcabala y a las costas, que no han llegado, sin embargo, a liquidarse: que entre tanto, y desde antes de que quedase ejecutoriado el auto de solvendo, Kay Brothers interpusieron la tercería de fs. 18, para que se declare la preferencia de su derecho a ser pagados de su crédito, con el exceso de más de 6,000 libras, que después han reducido a poco más de 5,000 libras, en que el ejecutante Guerra infló indebidamente su acreencia, y en el curso del juicio han pedido se aplique a éste la pena del art. 679 del C. de P. C.: que a los actores corresponde como segundos hipotecarios y por la acción indirecta a que se refiere el art. 1261 del C. C., reclamar los derechos que sus deudores tienen adquiridos por su contrato, en cuanto la omisión de estos perjudica la integridad de su crédito y la eficacia de la garantía que les favorece: que el exceso de la cosa demandada o plus petición no ha llegado a constituir parte del precio del remate, porque en la liquidación que le sirvió de base, sólo se consideró los intereses del diez por ciento realmente debidos por los ejecutados: que no sucede lo propio con los penales, pues, no sólo no se adeudaban cuando se interpuso la demanda, sino que el pacto relativo

a ellos es nulo ipso jure, conforme a la ley N° 2760, porque unido este cinco por ciento al interés corriente, excede del tipo de rédito que es permitido cobrar: que habiéndose incluido en esa liquidación la suma de 13,416 soles 69 centavos, en razón de dichos intereses penales, y computándose esta cantidad como parte del precio, el subastador, se halla obligado a devolverla y a restituir así mismo lo que hubiere producido el embargo trabado de su cuenta y riesgo; y que, por lo antes expresado, no es de aplicación la multa indicada: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 318, su fecha 19 de julio de 1933, en cuanto confirmando la de primera instancia de fs. 286, su fecha 10 de diciembre de 1932, declara infundada en todas sus partes la demanda de Kay Brothers (Shippers) Limitada de Manchester: reformando la primera, y revocando la segunda, declararon fundada en parte dicha demanda y que don Antonio M. de la Guerra debe devolver la suma de 13,416 soles 69 centavos, más el producto del embargo; condenaron al mismo ejecutante en las costas del juicio: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista en lo demás que contiene; y los devolvieron.

**Barreto. — Quiroga. — Campos. — Villa García,
Arenas.**

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno N° 1542.—Año 1933.