

Levantado el embargo con la garantía de una fianza, queda el fiador responsable de la deuda si el fiado no tuviera bienes suficientes que respondan de su pago y este hecho fuera acreditado en el juicio correspondiente.

Recurso de nulidad interpuesto por don Samuel Palacios Gálvez, en la causa que sigue con don Luis F. Morey y don José de la Rosa Cárdenas, sobre cantidad de soles.—Procede de Loreto.

AUTO SUPERIOR

Iquitos, 10 de setiembre de 1917.

Autos y vistos; en discordia; con los pedidos para resolver que se devolverán, y atendiendo: a que don Luis Felipe Morey en el escrito de fs. 10 del cuaderno de embargo no se ha mancomunado con su fiador don José de la Rosa Cárdenas ni ha renunciado expresamente los beneficios que le corresponden conforme al artº 2094 del Código Civil, por lo que debe entenderse que es fiador simple, a quien favorecen los beneficios de orden

y excusión, desde que no consta haber ocurrido el caso del artº 2089 del mismo código: revocaron la resolución apelada corriente a fs. una vuelta de estas copias, su fecha 17 de julio último, que ordena notificar al expresado Morey, pague la suma adeudada por su fiado Cárdenas; mandaron que se siga la ejecución contra don José de la Rosa Cárdenas, hasta comprobarse que no puede satisfacer la deuda, por no tener bienes con que responder; mandaron asimismo se agreguen estos actuados a los autos principales; y los devolvieron, debiendo reintegrarse el papel sellado correspondiente.

Rúbrica de los señores *García—Alvariño—Espinoza.*

El voto del Vocal que suscribe es el siguiente: vistos, en discordia, con los pedidos para resolver, a los que se agregará este cuaderno; por los fundamentos del auto apelado de fs. una vuelta, su fecha 17 de julio último, y atendiendo además: a que la condición puntualizada por el demandado y fiador con su firma legalizada don José de la Rosa Cárdenas y don Luis Felipe Morey, respectivamente, en su escrito de fs. 10 del cuaderno de embargo preventivo, se halla cumplida con la sentencia corriente a fs. 30 del ordinario seguido por don Samuel Palacios Gálvez, con el expresado Cárdenas sobre pago de honorarios; a que levantado el embargo trabado el 9 de noviembre de 1912, en el fundo «San Antonio», situado en la margen izquierda del río Tigre por auto del 13 del mes y año citado, como aparece de la diligencia de fs. 17 vuelta, del citado cuaderno de embargo, por ser bastante la fianza ofrecida por el relacionado Mo—

rey; el nominado Cárdenas cedió a dicho Morey, en pago de la suma de mil libras, los siguientes bienes: el fundo «San Antonio», del río Tigre, el gomal «Misin» con casas, chacras y maquinarias; el «San José» y cinco cabezas de ganado y la cuenta del personal de peones deudores, como se lee en la boleta corriente a fs. 22, expedida por el Notario Público don Roberto Valdelomar, correspondiente a la escritura pública extendida el 29 de mayo de 1913; dicha cesión irrogaría grave perjuicio al demandante Palacios Gálvez, si su derecho no estuviera garantido, como lo está, con la solvencia del relacionado fiador señor Morey; a que si bien es verdad que el demandado Cárdenas, por su escrito de fs. 29, convino en la demanda, tal hecho no desvirtúa ni menos anula la indicada condición pactada en el citado escrito de fs. 10; y a que en el caso *sublitis*, no es de aplicación lo estatuido por el artº 2094 del C. C., por haber pactado el demandado y el fiador la condición tantas veces citada, la que importa no otra cosa que la renuncia tácita de los derechos que a los fiadores simples acuerda el artº 2088 del Código acabado de nombrar, y realizada dicha condición con la sentencia de 3 de mayo último: confirmaron el auto de fs. una vuelta de las copias acompañadas, su fecha 17 de julio último, por el que se manda notificar a don Luis F. Morey para que pague a don Samuel Palacios Gálvez la suma de doscientos cincuenta y cinco libras oro y ciento veintidos milésimos, e intereses legales, con lo demás que contiene; y los devolvieron; debiendo reintegrarse el papel común de que se ha hecho uso con el sellado correspondiente.

Pinillos Rossel

Santolalla, secretario

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Ingeniero don Samuel Palacios Gálvez, solicitó y obtuvo el embargo preventivo del fundo «San Antonio» de propiedad de don José de la Rosa Cárdenas, para asegurar el pago de la suma de doscientas cincuenta y cinco libras oro ciento veintitres milésimos, que le debía por honorarios.

Este embargo se levantó en virtud de la fianza otorgada por don Luis F. Morey, mediante firma legalizada puesta en el escrito de fs. 10 del cuaderno respectivo, presentado por el interesado Cárdenas, en que se dice que Morey se compromete a pagar la cantidad antes mencionada, si aquél fuera condenado al pago de esa suma,

Esta fianza es evidentemente, simple y el fiador goza de los beneficios indicados en el artº 2088 del C.C., el beneficio de orden que consiste en que el fiador sea ejecutado después que lo haya sido el fiado, no se ha cumplido aun, porque si bien se ha pronunciado ya sentencia en juicio ordinario contra Cárdenas por haber éste allanado-se a la demanda de su acreedor, no se ha hecho más que iniciar el juicio coactivo para el cumplimiento de la sentencia, como es de verse en el cuaderno correspondiente. Es pues, indispensable que ese procedimiento concluya y en él, además, se demuestre que el fiado o deudor principal no tiene bien con que satisfacer la obligación para

que quede realizado el otro beneficio de excusión de que habla el artº del C. C. antes acotado.

La afirmación de que Cárdenas ha dado a Morey en pago de otras obligaciones el fundo «San Antonio» que se embargó, aparte de que no está plenamente acreditada por la insuficiencia del documento presentado, no prueba que Cárdenas carezca de bienes con que satisfacer la obligación que se le demanda.

Por las anteriores consideraciones, el Fiscal es de parecer que no hay nulidad en el auto de vista de fs. 8, su fecha 10 de setiembre de 1917, que revocando el apelado de fs. 1 vuelta de las copias, del 17 de julio del mismo año, manda que se siga la ejecución contra don José de la Rosa Cárdenas hasta comprobarse que no puede satisfacer la deuda, por no tener bienes con que responder. Si el Supremo Tribunal no fuese de opinión contraria, puede servirse declararlo así.

Lima, 20 de Octubre de 1918.

CALLE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 29 de octubre de 1918.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y por los fundamentos del voto singular del señor Vocal doctor Pinillos Rossel: declararon haber

nulidad en el auto de vista de fs. 8, su fecha 10 de setiembre de 1917; reformándolo, confirmaron el de primera instancia de fs. una vuelta, su fecha 17 de julio anterior que manda notificar a don Luis Felipe Morey para que abone la suma adeudada por su fiado don José de la Rosa Cárdenas; y los devolvieron.

Eguiguren.—Almenara.—Villa García.—E-rausquin.—Leguía y Martínez.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno N° 42—Año 1918.
