

Si como consecuencia de la aceptación de una fianza se levanta una medida de embargo, el fiador no puede más tarde ampararse en el beneficio de excusión para oponerse al pago a que se obligó.

### DICTAMEN FISCAL

Señor:

A raíz del juicio seguido por la Cía. Agrícola Retes S. A. con don Dionisio Quispe, sobre pago de arrendamientos, cuando fue confirmada la sentencia de fs. 18, que declaró fundada la oposición promovida por el ejecutado, éste a fs. 29 solicita que se notifique a la ejecutante para que le haga entregar la cantidad de 130 quintales de algodón por concepto de pago del doble de la cantidad puesta a cobro. A fs. 30 aparece el pedido, que hace el mismo, para que se convierta en definitivo el embargo preventivo que en forma de intervención, se hizo, hasta por la cantidad de 140 quintales del citado producto, como es de verse a fs. 59, solicitud que fué amparada por el juez. El embargo dió lugar a la interposición de la tercera, que se tiene a la vista, incoada por la firma Exportadora Peruana S.A., la que concluyó por sentencia ejecutoriada, que amparó la demanda. Pero de otro lado, la obligada y ejecutante Cía. Agrícola Retes S.A., por escrito de fs. 46 pidió el levantamiento del embargo y ofreció la fianza del Banco de Crédito del Perú hasta por la suma de S/. 29,400, petición que habiendo sido denegada por el Juez fué admitida por la segunda Sala de la Superior de Lima, según auto de fs. 50 v., con fecha 11 de setiembre de 1953. Planteada la mejora de embargo, el Juzgado acepta a fs. 64v; pero la sala lo revoca a fs. 68v. Aceptada la fianza, de acuerdo con la ejecutoria Superior, Quispe pide que se notifique al Banco para que le pague la suma de dinero, que ha servido de garantía, a lo que accede el Juez, más el fiador se opone por no haberse aún levantado el embargo. Desestimada la oposición, el fiador hace valer recurso de alzada, que conocido por la sala,

ésta lo confirma; y como fuera denegado el recurso de nulidad interpuesto, él es amparado por esta Corte Suprema, mediante queja formulada por el opositorista.

Sería cansado repetir lo que he manifestado en mi dictamen, evacuado en otra causa de igual naturaleza a la vista, Juan Calero con Cía. Retes. Si la fianza fué dada con determinado objeto, la suspensión ó cesación de un embargo y no verificada ésta, el fiador queda eximido de toda obligación; más si en una tercería se define que el producto embargado debe pasar al tercerista, la garantía se extingue por el ministerio de la ley, ya que ésta fué limitada al levantamiento del embargo. La fianza, en el caso de autos, no puede pasar de los límites en que fué contraída. Sostener a la vez el embargo, y la fianza, con orden de pago, sin antes haber cesado la incautación del producto, sería no sólo ilógico sino notoriamente ilegal.

Por tantas consideraciones, opino se sirva declarar, que HAY NULIDAD, en el recurrido de fs. 114, confirmatorio del apelado de fs. 81., que declara sin lugar la oposición; reformando el primero y revocando el segundo, declarar fundada la oposición, caduca la fianza y sin efecto la consignación hecha.

Lima, 6 de mayo de 1955.

FEBRES

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que el Banco de Crédito del Perú por su escrito de fojas sesentiocho, se opone al requerimiento de pago decretado a fojas sesentisiete, mientras no se haga excusión de los bienes de la Sociedad Agrícola Retes Limitada, afirman-

do que la obligación que contrajo por el recurso de fojas cuarentiséis fué la de fiador simple de dicha sociedad para obtener el levantamiento del embargo definitivo mandado trabar a fojas treinta, en ejecución de la sentencia de fojas dieciocho que ordenaba a la entidad deudora entregar ciento treinta quintales de algodón a su acreedor don Dionisio Quispe; que dicha medida precautoria fue renovada en forma de retención sobre el precio de venta de ciento treinta quintales de algodón; estimado de común acuerdo en veintisiete mil trescientos soles que la Exportadora Peruana Sociedad Anónima debía abonar a la Sociedad Agrícola Retes Limitada, con la aceptación tácita del retenedor, y tuvo la calidad de mejora de embargo, por haber aquélla entablado tercería excluyente de dominio respecto a dicho producto que fué la única materia del primitivo embargo; que, por consiguiente, la resolución que declaró fundada la tercería, así como la de fojas sesenticinco, hicieron ineficaces los embargos a que ellas se contraen, pero carecen de trascendencia para apreciar el punto materia de controversia y no afectar la subsistencia de la mejora decretada a fojas sesenticuatro vuelta; que, vigente esta medida, y expedito el acreedor para hacerse pago de la suma reclamada, no podía el deudor liberar la cosa embargada sino cumpliendo la obligación, ya que ésta emanaba de una ejecutoria, por cantidad líquida y no estaba sujeta a plazo ni condición alguna; que, el recurso de fojas cuarentiseis tuvo el propósito claro y determinado de sustituir el embargo por la suma a que se obligó el Banco de Crédito; conforme aparece de su texto, y está de acuerdo con la situación preestablecida y el estado y naturaleza del procedimiento de ejecución de sentencia, sin que la denominación de fianza que se dá a la sustitución operada, cambie su naturaleza; que al aceptarse la titulada fianza se levantó la medida de mejora de embargo, por auto que quedó consentido, por lo cual la suma consignada por el Banco es lo único que en el juicio responde del pago ordenado por la resolución ejecutoriada a favor de Quispe; que siendo esta la realidad jurídica y procesal del punto controvertido, el Banco de Crédito del Perú, no puede ampararse en el beneficio de excusión para oponerse al pago a que está obligado; declararon NO HABER NULIDAD en la resolución

de vista, de fojas ciento catorce, su fecha veintisiete de julio de mil novecientos cincuenticuatro que confirmando la apelada, de fojas veintiuno vuelta, su fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cincuentitrés, declara sin lugar la oposición al mandato de pago formulada por el Banco de Crédito del Perú, en su escrito de fojas sesentiocho, en los autos seguidos por Compañía Agrícola Retes Sociedad Anónima con Dionisio Quispe; sobre pago de arrendamientos; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y, los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— LENGUA.— PONCE.— GAZATS.— Se publicó.— Walter Ortíz Acha.—Secretario.—

Exp. 857/54.—Procede de Lima.