

13 del año próximo pasado; reformando la 1.^a y revocando la 2.^a declararon sin lugar la acción restitutoria entablada por don Mariano Jesús Salas; y los devolvieron.

Guzmán—Castellanos—Ribeyro—León—Figueroa.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 653.—Año 1905.

Restitución in integrum

Del juicio seguido en Arequipa por don Juan y doña Fortunata Tamayo, con los herederos de don Enrique de Romaña.

Excmo. Señor:

En el juicio ejecutivo seguido por don Enrique de Romaña para el pago de 1,331 pesos 2 centavos con más intereses y costas, contra los herederos menores de doña Gregoria Cárdenas de Tamayo, representados por su padre don Santiago Tamayo, fueron embargados varios topos de los especialmente hipotecados según el testimonio de fojas 1; y luego, subastados por la suma de 1,880 soles y aprobado el remate, el Juez, con fecha de octubre de 1886, mandó extender la escritura de venta al mencionado Romaña como subastador, (expediente anexo letra A).

En mayo de 1890, don Pascual Cornejo, en calidad de guardador de dichos herederos, liquidó el crédito

y celebró con el mismo Romaña, la escritura de fojas 1 de éste proceso, sobre adjudicación de los cuatro y medio topos rematados, resultando un saldo de 348 soles á favor de los menores.

Alegando la existencia de irregularidades en el juicio ejecutivo, la falta de autorización de Cornejo, y además lesión, los indicados herederos demandan la restitución de los terrenos vendidos y sus productos.

El beneficio de restitución *in integrum* anulador de los contratos y ejecutorias judiciales, que torna insegura la propiedad con buena fé adquirida por terceros, no puede menos de interpretarse en sentido restrictivo, con sujeción estricta al texto de la ley.

El artículo 2,286 del Código Civil lo instituye como principio en pró de los menores, por sus actos y *los de sus guardadores*, y el concordante 2,292, establece que no embaraza la acción *contra los guardadores* por los daños sufridos por culpa de éstos.

Ni esos artículos, ni otro alguno, menciona como originarios de restitución los actos de quienes ejercen la patria potestad.

Por tal razón, el artículo 2,289, que no es sino una aclaratoria lógica de aquel principio, no se refiere á la administración de los padres, cuyo amor natural garantiza su celo.

Así lo resolvió el fallo de V. E. expedido el 13 de junio de 1891 en el caso Paredes—Soubirón.

Aunque Tamayo, se haya opuesto á la ejecución aparejada con escritura pública, el juicio no deja pues de subsistir eficaz, y por lo tanto es válida la subasta en dicho expediente aprobada.

El contrato de fojas 1, entre Cornejo y Romaña que no está en litigio sino en cuanto á la adjudicación de terrenos concierne, no puede por lo mismo tildarse de ilícito, porque se reduce al cumplimiento del

mandato judicial, del que no era dable eximir á los obligados.

La venta es un contrato consensual que en la ejecución quedó consumado con la aprobación de la subasta; y por lo tanto, aún cuando procediere la demanda por lesión como excepción de la regla general prohibitiva del artículo 1,479 del Código Civil referente á cosas litigiosas, solo serían pertinentes para apreciar la causal anuladora, las tasaciones anteriores, no posteriores á dicho acto.

El Fiscal concluye que no hay nulidad en la sentencia del 2 de julio último, corriente á fojas 290, confirmatoria de la de 1.ª Instancia, que declara infundada la demanda de restitución.

Lima, 16 de noviembre de 1905.

SEOANE.

Lima, enero 5 de 1906.

Vistos: con lo expuesto por el Señor Fiscal; y teniendo en consideración: que en el juicio ejecutivo seguido por L. Enrique Romaña contra los herederos de doña Gregoria Cárdenas, menores de edad, figuró como personero de los demandados su padre legítimo don Santiago Tamayo; que al intentarse la notificación del auto de fojas 21 vuelta, quedó constancia de haberse ausentado el personero de los menores, ignorándose su paradero, según resulta de las diligencias de fojas 22 del expresado expediente ejecutivo; que si tratándose de responsabilidad personal de Tamayo le habría perjudicado el abandono de su defensa después de haber sido legalmente emplazado, no sucede

lo mismo cuando los representados en el juicio por el ausente eran menores de edad, que quedaron desde entonces sin representación ni defensa en la mencionada ejecución; que el caso de que se trata se encuentra previsto en el artículo 149 del Código de Enjuiciamientos Civil que declara no ser perjudicial para el menor lo que se resuelva en un juicio en que ha litigado sin la debida representación; que esta contingencia pudo evitarla el actor haciendo la gestión á que se refiere la parte final de la ley citada; que la procedencia de la acción restitutoria respecto de lo hecho en el juicio con el defecto sustancial acotado se encuentra establecida por el artículo 2,289 del Código Civil y el 1,651 del Código de Enjuiciamientos Civil; que las condiciones exigidas por la ley últimamente citada han sido demostradas por los que solicitan la restitución, según resulta además de lo expuesto del documento de fojas 9, cuaderno corriente, y de los resultados contradictorios de los peritajes que establecen el valor del fundo perseguido en el juicio ejecutivo y en el de restitución y así mismo del diverso resultado que en uno y otro ha tenido la liquidación de los cargos recíprocos entre acreedor y deudores en que entran como elementos los intereses del crédito y los productos del bien embargado; que la escritura de adjudicación del fundo de los deudores otorgada por don Pascual Cornejo titulándose guardador de los menores, que en testimonio corre á fojas 1 de estos autos, carece de todo valor, aún aparente porque no consta en ella el cargo que se atribuye el otorgante y por contener un arreglo ó composición sin los requisitos legales para trasferir bienes de menores; que es objeto de la restitución el reponer el juicio al estado que tenía cuando se originó el vicio ó defecto en daño de los menores que litigan, á tenor de lo estableci

do en el artículo 1,658 del Código de Enjuiciamientos Civil, en su última parte; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 290 vuelta, su fecha, 2 de junio último, reformándola y revocando la de 1.^a Instancia de fojas 250, su fecha abril 9 de 1904, declararon igualmente que hay lugar á la restitución demandada por don Juan y doña Fortunata Tamayo y que en consecuencia están habilitados para salir al juicio ejecutivo en defensa de sus intereses desde el estado de fojas 21 en que dejaron de ser representados; y los devolvieron.

Guzmán—Castellanos—Ribeyro—León—Eguiguren—Figueroa—Villanueva.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto de los Señores Castellanos y Figueroa, también por la nulidad, para que se declare sin valor la escritura de adjudicación de fojas 1, por no haberse insertado el comprobante de la capacidad de don Pascual Cornejo, como lo previene el inciso 3.^o del artículo 745 del Código de Enjuiciamientos Civil; y además por contener estipulaciones para las que se requería la intervención judicial tratándose de bienes de menores; de que certifico.

Luis Delucchi.