

sistente el auto superior de fojas 62 vuelta, su fecha 16 de mayo último; mandaron que se recibiera á prueba en 2ª. instancia por un término breve y perentorio el incidente promovido á fojas 60, sobre la fecha en que se presentó el recurso de nulidad de fojas 57 por doña Angela Laguna Gil; y los devolvieron.

Elmore.—Espinosa.—Castellanos.—Ortiz de Zevallos.—Ribeyro.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor Castellanos por la improcedencia de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: de que certifico.

Por autorización del Tribunal.

Ricardo Leoncio Elías.

Cuaderno No. 313.—Año 1906.

La entrega que se hace al ejecutante de un bien raíz para hacerse pago con sus frutos no obsta para que continúe la ejecución cuando el acreedor lo solicite.

Recurso de nulidad interpuesto por el Dr. Felix M. Camacho en la causa que sigue con los herederos de don Juan J. Valdivieso sobre cantidad de soles.—De Lima.

Excmo. Señor:

Don Ernesto Smith cesionario del menor hijo del doctor Felix M. Camacho, ejecutó á los herederos de don Juan F. Vadivieso para la cancelación de un crédito de un mil soles con el interés

de uno y medio por ciento mensual; y por no haberse presentado postores, á pesar de las tres convocatorias sucesivas, en el acto de la subasta de la casa hipotecada y embargada sita en el Callao, pidió en ejercicio del derecho, que al ejecutante confiere el artículo 1186 del Código de Enjuiciamientos Civil, que se le entregase el inmueble á fin de hacerse pago con sus productos. Defirió á tal pedimento el auto del 2 de noviembre de 1896 corriente á fojas 60.

Exponiendo que los alquileres no alcanzan ni para cubrir los intereses, y alegando que la anticresis está sujeta á las prescripciones relativas á los contratos de prenda y arrendamiento, solicitó el acreedor en junio de 1905 que se pusiera término á esa situación.

El Juez en rebeldía de los ejecutados, declaró sin lugar tal solicitud. Aquel auto, confirmado por la Ilma. Corte Superior de Lima, es el hoy pendiente de la resolución de VE.

El artículo 2041 del Código Civil, establece que si por algún procedimiento ejecutivo se entregan los bienes al acreedor con el objeto de atender á la seguridad de sus derechos, se constituye una prenda que debe arreglarse en lo que no exprese la sentencia, por lo determinado sobre la anticresis.

Tal podría reputarse el caso del citado artículo 1186 según cuyo precepto, al igual que en el contrato anticrético que define el 2009 del código substantivo, el actor adquiere la administración de la cosa, haciendo suyos sus frutos.

Es requisito de aquel pacto que alcancen éstos para cubrir el capital é intereses cuya cuantía garantiza; por lo que el 2010 manda que en la escritura constitutiva se exprese el valor del inmueble, sus gravámenes, su renta, etc.

Si por faltar esa base esencial, la situación

ha de prolongarse indefinidamente, es obvio que el anticresista puede exigir lo que á su derecho conviniere.

En la hipótesis de que tal fuese la calidad jurídica asumida por el actor, no fué pues incorrecto, al revelarse la deficiencia de seguridades, el pedimento del doctor Camacho; al que comprobadas ó aceptadas en rebeldía sus afirmaciones, debióse, por lo tanto, deferir con arreglo á lo dispuesto en la legislación sobre contratos.

Pero no existe perfecta similitud entre el prestador que *ab initio* pacta deliberadamente la anticresis, y el ejecutante cuyos actos procesales en pró de la íntegra é inmediata cancelación quedan de hecho en suspenso por causa eventual contraria á su voluntad y á la del legislador.

Luego sus derechos no se hallan sujetos á un mismo régimen.

Recaudada la acción forense con instrumento fehaciente, la característica del juicio extraordinario ejecutivo está en la celeridad de sus procedimientos que á fin de satisfacer el crédito, permitieron la adjudicación de los bienes suficientes del responsable hasta el 28 de setiembre de 1896 aún por las dos terceras partes de su avalúo, y después también por las tres quintas y la mitad en subastas distintas como lo estatuye la ley de la fecha indicada; motivo por el que la sentencia de remate no produce efectos de *res judicata* y deja expeditos á los litigantes para controvertir en la vía ordinaria la obligación causadora de la fenecida ejecución.

En el procedimiento francés, el ejecutante determina la base de venta y es adjudicatario si no concurren licitadores.

En el español, cuando no pide la entrega en administración del inmueble después de la segunda convocatoria estéril, se efectúa una tercera

subasta sin sujeción á precio. Nuestro Código no extrema hasta ese punto la coerción contra el deudor moroso, pero mantiene la doctrina de la jurisprudencia en pró del acreedor insoluto.

El acaso de la ausencia de compradores no justifica la alteración de la regla y por lo tanto no enerva en principio, desde la fecha del plazo vencido hasta el entero abono, la exequibilidad del crédito comprobado.

La entrega que autoriza el artículo 1186 no transforma pues la vía procesal ejecutiva en contrato de anticresis, desnaturalizando el rigor y propósito de la acción hasta entonces actuada, sin sentencia que le ponga término.

Es simplemente en la marcha forense una interrupción accidental; y como desde su comienzo con embargo y depósito, quedó el reo desposeído legalmente, la ley, previsoramente, permite que en vez del depositario entre el actor en la tenencia del bien para mayor seguridad de sus derechos, recibiendo directamente los frutos y cubriendo los gravámenes.

El intervalo de esa interrupción, así regido con *modus vivendi* anticrético, cesa por voluntad de uno ú otro de los litigantes al desaparecer la causa que la impuso.

Cuando tras algunos años de administración, el ejecutante solicita el proseguimiento de las actuaciones, mucho más fundándose en que los productos no alcanzan para la amortización, su instancia no es pues contraria sino conforme al espíritu y preceptos de la ley que de preferencia lo ampara.

Puesta en conocimiento del ejecutado que no la contradice ó la deja resolver en rebeldía, como en la especie *sub júdice*, debióse decidirla favorablemente; no rechazarla, estancando la propiedad á la vez que aplazando si no imposibili-

tando el finiquito con mengua del derecho no renunciado y de la ciencia procesal.

Corresponde á V. E. la enmienda de tan grave yerro, acatando la garantía de la forma ejecutiva en apoyo del crédito rehaciente, contemplada por el acreedor y el deudor al establecer su relación jurídica.

Dispone el artículo 2147 del Código Civil referente á la partición de bienes comunes, que los interesados pueden pedir nuevo justiprecio si han corrido dos años después del anterior.

Hecho el del inmueble embargado en octubre de 1895 (fojas 22) desde cuya fecha probablemente ha sufrido modificaciones, es de justicia que por analogía se autorice otra operación pericial con tanta mayor razón, cuanto que durante esos once años, casi completos, ha aumentado la riqueza pública y mejorado notoriamente la situación del Callao.

De las anteriores observaciones, concluye el Fiscal, que hay nulidad en el auto confirmatorio del que deniega el pedimento del doctor Camacho, desnaturalizando la causa; por lo cual, reformándolo y revocando el de 1ª instancia, V. E. puede servirse mandar que continúe la substanciación ejecutiva, dejando á salvo el derecho de las partes para que se proceda á una nueva tasación.

Lima, 1º de agosto de 1906.

SEOANE.

Lima, 9 de agosto de 1906.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, por los fundamentos de su dictámen y atendiendo además á que la resolución judicial por la que, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1186 del Código de Enjuiciamientos Civil, se manda á petición del ejecutante, que se le entreguen los bienes raíces que no han podido rematarse por falta de postores para hacerse pago con sus frutos ó arrendamientos del principal y de los réditos no pone término al juicio ejecutivo, ni importa la adjudicación del bien al acreedor y solo da lugar á una situación jurídica transitoria que termina cuando queda satisfecha la deuda con los productos ó cuando por no existir éstos ó ser insuficientes, se hace imposible ese pago y á que en consecuencia el auto de fojas 60, de 2 de noviembre de 1896, por el que se mandó entregar á D. Ernesto Smith la finca embargada no constituye cosa juzgada; declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 96 vuelta, su fecha 26 de marzo último; reformándolo y revocando el de 1^a instancia de fojas 88 vuelta su fecha 29 de diciembre del año próximo pasado, declararon fundada la solicitud del doctor Félix M. Camacho corriente á fojas 77 vuelta y expedito su derecho para continuar la ejecución; y los devolvieron.

Espinosa. — Ortiz de Zevallos. — Ribeyro. — Villarán. — León.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor León por la no nulidad, de que certifico.

Por autorización del Tribunal.

Ricardo Leoncio Elías.