

**Procede la acción sumaria de misión en posesión para obtener la devolución de un bien dado en anticrédito.**

*Recurso de nulidad interpuesto por doña Eduviges Zagarra vda. de Vargas en la causa que sigue con don Leonardo Delgado sobre posesión.—De Arequipa*

Excmo. Señor:

En 2 de junio de 1892 doña Eduviges Zagarra vda. de Vargas que administraba como guardadora legal de sus hijos una casa de la propiedad de éstos en Arequipa, previa licencia judicial la empeño á doña Salomé Paulete de Cuadros en mil cuatrocientos soles, comprometiéndose á pagar por esta suma el interés del dos por ciento (2%) mensual; estipulando que este interés sería compensado con los arrendamientos que produzca la casa, debiendo durar el contrato por cinco años; todo lo cual consta del instrumento de fojas 1.

En 26 de mayo de 1901 doña Salomé Paulete de Cuadros, con autorización suficiente transfirió el crédito anticrédito anterior á don Leonardo Delgado, de quien declaró haber recibido los mil cuatrocientos soles que prestó á doña Eduviges Zagarra como está también comprobado por la escritura de fojas 3.

Acompañando estos instrumentos, el doctor don Enrique Vargas se presentó al Juez en 3 de junio de 1903 y expuso que don Leonardo Delgado se niega á recibir su dinero y por consiguiente á devolver la casa que tiene en anticrédito; por lo cual á nombre de sus hermanas y en

el suyo propio consigna los \$ 1400 que la señora Zegarra su madre recibió á mutuo y pidiendo que á mérito de esa consignación y de haberse vencido superabundantemente el término del contrato, se le mande dar misión en posesión de la casa materia de la anticresis; expresando que la acción que le compete no puede ser otra que el interdicto que interpone, porque se trata de demandar con títulos y documentos de indiscutible fuerza ejecutiva, la entrega de un inmueble.

Don Leonardo Delgado en cuyo conocimiento se puso la demanda relacionada, se opuso á fojas 26, alegando que mientras no se declare concluído judicialmente el contrato anticrético, tiene derecho de poseer la casa é invocando en su apoyo el artículo 1351 del Código de Enjuiciamientos Civil, pidió que se mandara sustanciar la acción del doctor Enrique Vargas por la vía ordinaria.

Absueltos varios traslados, el Juez por auto de fojas 52 ha resuelto declarando inadmisibile la oposición de don Leonardo Delgado y mandado que se dé la posesión solicitada por el doctor Vargas, con el objeto de que cese la anticrética de la casa que tiene en prenda Delgado, á cuyo efecto ordena se haga efectivo el cheque consignado por el actor, entregándose al demandado los mil cuatrocientos soles de su importe, debiéndose cancelar por dicho Delgado en seguida la escritura de anticrética y reservándose la posesión para cuando quede ejecutoriada dicho auto.

El Tribunal Superior considerando que no corresponde la acción de misión en posesión al propietario para la recuperación del fundo locado, pues el poseedor no posee para sí sino para el propietario, conforme al artículo 1469 del Código Civil, y que Delgado que se substituyó á la

Cuadros no posee para si sino para Vargas y hermanos, ha revocado la resolución anterior, declarando inadmisibile la misión en posesión solicitada por el doctor Vargas dejando á salvo el derecho de éstos para que lo hagan valer como crean conveniente, en la forma legal respectiva.

De la sencilla exposición anterior, se depren- de que el auto de 1<sup>a</sup> Instancia ha resuelto en jus- ticia la cuestión y que el Tribunal Superior atri- buyendo á la cuestión de forma una importan- cia capital que no tiene, ha inferido con su deci- sión agravio á la justicia, y al derecho probado de la parte actora.

Comprobado con los instrumentos públicos, que hacen plena prueba, que el plazo del contra- to anticrético celebrado por la señora Zegarra vda. de Vargas, estaba vencido y hecha la con- signación de la cantidad recibida en préstamo, ó lo que es lo mismo, pagada la deuda, puesto que la consignación es la forma legal del pago cuando el acreedor se niega á recibirlo, la devolución del inmueble dado en prenda se impone de tal mane- ra, que el Juez no puede negarse á ordenarla.

Pagada la deuda, aunque sea antes del venci- miento del plazo, el dueño tiene derecho de reco- brar el inmueble que dió en prenda, dice el artí- culo 2018 del Código Civil, y en sustancia lo que el doctor Vargas demanda, con instrumentos in- controvertibles es la devolución del inmueble que su señora madre dió en prenda y que le pertene- ce á él y sus hermanos.

El auto de vista recurrido es, pues, nulo por ser contrario á ley y á justicia. Si VE. no fuese de opinión contaria puede servirse declararlo así y reformándolo, confirmar en todas sus partes la resolución de primera instancia de fojas 52

Lima, 9 de agosto de 1906.

CALLE.

*Lima, 14 de agosto de 1906.*

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 64 vuelta, su fecha 9 de noviembre del año próximo pasado, en cuanto revoca el de 1.<sup>a</sup> instancia de fojas 52, su fecha 17 de julio del mismo año; reformando el primero, confirmaron el segundo por el que se declara inadmisibile la oposición de don Leonardo Delgado y se manda ministrar la posesión solicitada por don José Enrique Vargas y hermanas; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

*Guzmán.—Castellanos.—Ribeyro.—León.—Eguiguren.*

Se publicó conforme á ley.

Por autorización del Tribunal.

*Ricardo Leoncio Elías.*