

confirmaron el de primera instancia de fojas nueve, de veinte de noviembre anterior, por el que se despacha ejecución contra don Juan N. Armas por la suma de doscientas veinte libras peruanas seiscientos cincuenta y tres milésimos, gastos de protesto, intereses y costas; y los devolvieron.

Villa García. — Barreto. — Pérez. — Granda. — Panizo.

Se publicó conforme a ley.

Benjamin Gandolfo.

Cuaderno Núm. 123. — Año 1924.

El recurso de apelación interpuesto por una parte por medio de adhesión, no se extingue por el desistimiento del primer apelante.

Recurso de nulidad interpuesto por don Daniel Herrera Vargas en la causa que sigue con don Pablo D. Herrera sobre declaratoria de herederos. — Procede de La Libertad.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El juez de primera instancia de Pacasmayo ha pronunciado a fojas 53 vuelta de este expediente, so-

bre declaratoria de herederos del Canónigo doctor don Francisco del Carmen Herrera Vargas, la resolución correspondiente, por la cual remite el conocimiento del presente juicio a la vía ordinaria; declarando insubsistente el auto que corre a fojas 42 vuelta, por el que había corrido traslado de la nulidad y falsedad formulada a fojas 40 por el apoderado de don Daniel Herrera, hermano del referido Canónigo. Interpuesta apelación, por éste, de la referida resolución, y concedida, por decreto de fojas 57, se adhirió a ella, en segunda instancia el apoderado de la parte de don Daniel Herrera Vargas, al que se le dió por adherido, mandando a la vez tener presente el informe escrito que formuló. Vista la causa, y producida discordia, como aparece a fojas 70 vuelta, se desiste de la apelación interpuesta don Pablo Daniel Herrera, expresando, en su condición de hijo del canónigo, que se sometía a los resultados del juicio ordinario, al que se había remitido la causa por el juzgado. La Sala, en mérito de lo expuesto, y de la legalización respectiva, por auto de fojas 73 vuelta, dió por desistido a don Pablo Daniel Herrera, mandando que se devolviesen los autos al juzgado de su procedencia, para los efectos legales correspondientes. Notificado el apoderado de don Daniel Herrera Vargas, pidió reposición del auto expedido, manifestando que el desistimiento de la parte contraria podía perjudicar sólo al apelante, mas no a él, que mantiene su apelación, pidiendo en consecuencia, que se declare insubsistente la segunda parte del auto mencionado, para que, restituyéndose

la causa a la tabla se pronuncie la resolución que corresponda, teniendo en cuenta que, oportunamente se adhirió a la apelación de la sentencia de fojas 53, como aparece a fojas 65 de este expediente. Declarada sin lugar la reposición solicitada por auto de fojas 74, se interpuso recurso de nulidad, que fué declarado sin lugar; por cuya razón se ocurrió de queja ante este Supremo Tribunal, el cual declarándola fundada, como aparece por la resolución transcrita que obra a fojas 86, mandó que la Corte de Trujillo diera por interpuesto el mencionado recurso, lo que se ha cumplido por decreto de fojas 87 vuelta.

Pedida vista a este Ministerio, el Fiscal, después de haber estudiado el punto que es objeto del recurso, expresa: que en su concepto hay nulidad en el auto expedido por la sala respectiva de la Corte Superior de Trujillo de fojas 74 vuelta, su fecha 26 de agosto de 1923 y su referido de 31 de julio del mismo año, porque el derecho que ha ejercitado la parte que se adhirió al recurso de apelación en segunda instancia, está suficientemente autorizado, por lo prescrito en el artículo 1091 del C. de P. C., no siendo susceptible de perderse por la consideración alegada, de que no puede subsistir, en razón de que ha desaparecido, por desistimiento, el derecho que había ejercitado el que había interpuesto la apelación originaria.

Sentar este principio, que en concepto del suscrito no es el que más se conforma con la justicia y la ley, es establecer que el derecho del que se adhiere a una apelación, depende exclusivamente del in-

terés o capricho del que primitivamente lo interpuso. Puede convenir a éste desistirse de un recurso, por no considerarlo procedente al fin que persigue, pero esto no priva al que, ejercitando una facultad que le concede la ley, consiga que la justicia se pronuncie acerca de lo que considera que lastima o lesiona su derecho.

Cree, pues, el Fiscal, que la resolución expedida por la Corte Superior de Trujillo, que manda devolver los autos al juzgado de su procedencia, para los efectos legales correspondientes, y que desestima la reposición solicitada por la parte que se adhirió a la apelación en segunda instancia, infringen el espíritu de la ley procesal y claras disposiciones al respecto, y así como cuando se interpone un recurso de nulidad, la adhesión al recurso en esta Suprema Corte se prosigue y resuelve, aun en el caso de que se desista del recurso de nulidad el que lo interpuso; de idéntica manera no puede ni debe perjudicar la prosecución y resolución de la adhesión de la apelación, en segunda instancia, cuando, por razones más o menos fundadas, se desista de la apelación concedida el que la interpuso en primera instancia, por creer que así convenía a su derecho.

Basta lo expuesto, en concepto del Fiscal, para considerar que hay nulidad en los autos recurridos, y si la Suprema Corte fuese de la misma *opinión*, se ha de servir declararla, reformando, en consecuencia, los autos de fojas 72 y 74 vuelta, expedidos por la sala respectiva de la Corte Superior de Trujillo, en el sentido que dicha Corte ordene que la causa que

ha originado este recurso de nulidad, vuelva a ser puesta en tabla, para el efecto de resolver, sin más trámite, la adhesión de la apelación interpuesta a fojas 67 por la parte de don Daniel Herrera Vargas, el cual, por no haberse desistido de ella, tiene derecho a que sea resuelta la causa en el modo y forma que la ley prescribe. Salvo mejor parecer.

Lima, 21 de mayo de 1924.

ELÍAS.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 6 de junio de 1924.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de fojas 74 vuelta, su fecha veintisiete de agosto último y en la parte correspondiente del de fojas 72 vuelta, de 31 de julio anterior: reformándolos, declararon fundada la reposición pedida a fojas 74 por el personero de don Daniel Herrera Vargas; mandaron que, en consecuencia, continúe sustanciándose la apelación pendiente con arreglo a su estado; y los devolvieron.

Villa García. — Romero. — Granda. — Panizo. — Piérola.

Se publicó conforme a ley.

Por autorización del Tribunal.

Pedro Gazaty.

Cuad. N° 168 — Año 1924.