

Declarada la nulidad é insubsistencia de todo lo actuado en una ejecución contra menores, no corre el término para la prescripción de la acción ejecutiva cuando por falta de representación de éstos no puede hacerse efectiva la obligación.

Juicio seguido por don Lorenzo Alberto Solari con la testamentaria de don Manuel Eulogio Velarde, sobre cantidad de soles.—De Lima.

Excmo. Señor:

Por escritura pública de 24 de mayo de 1892 ante el Notario J. Ramón Valdivia (testimonio de fojas 1) don Lorenzo M. Solari declaró haber recibido de don Manuel Eulogio Velarde, la cantidad de tres mil soles de plata, en la calidad de mútuo, por el término de dos años, intereses de 1 $\frac{1}{2}$ por ciento al mes, y con hipoteca especial de dos casas situadas en la esquina que forman las calles de Huancavelica y la Oroya.

Solari falleció bajo el testamento que otorgó en el Callao en 3 de febrero de 1894, ante el Notario Luis F. Perez Egaña, (fojas 6). En él instituyó único heredero á su hijo natural Lorenzo Alberto Solari, de 5 años de edad, y nombró guardador de los bienes del menor á D. Enrique Macchi y de su persona á doña Manuela Campos viuda de Canales.

Con el recaudo de fojas 1 entabló D. Manuel Eulogio Velarde á fojas 5, demanda ejecutiva contra el guardador Macchi, en 3 de enero de 1898, por el capital y los intereses de dos meses, y pidió que, conforme á lo pactado en la cláusula cuarta de la escritara de mútuo se notificara

á los inquilinos de la finca hipotecada para que le pagaran directamente el alquiler para aplicarlo al pago de la deuda. A fojas 28 se dictó auto de solvendo contra Macchi y se ordenó la notificación á los inquilinos; á fojas 9 vuelta, se trabó embargo. La ejecución siguió por sus trámites y con pequeños incidentes hasta fojas 59 vuelta, en que, por mediar intereses de menor, se pidió vista al Agente Fiscal, Dr. Felipe de Osma, el cual formuló á fojas 65, artículo de nulidad é insubsistencia de todo lo actuado, por cuanto, careciendo Macchi de la representación del menor, por no habérsele discernido el cargo de guardador, no había podido seguirse con él la ejecución promovida por Velarde contra la sucesión de Solari. El juez de la causa, de conformidad con ese dictamen, declaró á fojas 65 vuelta nulo é insubsistente todo lo actuado, dejando á salvo el derecho de Velarde para dirigir su acción contra quien legalmente representara á la testamentaria Solari. La Corte Superior revocó aquel auto á fojas 73 vuelta y mandó continuar la causa con arreglo á su estado; pero VE., conociendo por recurso de nulidad, declaró en noviembre de 1900 haberla en el auto de vista y confirmó el de primera instancia (fojas 78).

El juicio quedó entonces paralizado desde julio de 1901 (fojas 83 vuelta) hasta abril de 1907 (fojas 89), en que se presentó el menor Lorenzo Alberto Solari, ya emancipado, pidiendo se le tuviera como parte y se alzara el embargo, á mérito de la ejecutoria referida, á lo cual accedió el juez. Con tal motivo y habiendo ya fallecido D. Manuel Eulogio Velarde (testamento de fojas 104), su hija y única heredera doña María Mercedes Velarde, casada con D. José B. Ferreira, salió también al juicio á fojas 107, y pidió que se sobrecartara el auto de solvendo de fojas 8, enten-

diéndose con el hijo de Solari y oponiéndose al alzamiento del embargo. El juez de la causa Dr. César Goycochea sobrecartó el auto referido, lo cual ha dado lugar al artículo que viene á conocimiento de VE.

Efectivamente, plantea Solari á fojas 109 la cuestión jurídica de que habiéndose anulado todo lo actuado por la ejecutoria de fojas 78, no puede ya darse á la demanda tramitación ejecutiva, sino ordinaria, por haber perdido el instrumento de fojas 1 su fuerza ejecutiva, en virtud del trascurso de más de 10 años desde el vencimiento del plazo señalado en él hasta la interposición de la nueva acción, conforme al artículo 1130 del Código de Enjuiciamientos Civil. El juez, dando á la cuestión el caracter de contradicción al requerimiento de pago, lo declaró sin lugar á fojas 110, fundándose en que la demanda fué interpuesta en 23 de marzo de 1898, (fecha del auto de solvendo de fojas 8) y que en esa fecha solo habían transcurrido menos de 8 años desde la escritura de obligación con que se aparejó aquella. Ese auto fué confirmado á fojas 116 y contra éste de vista, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Expuestos los antecedentes con toda precisión pasa el Adjunto á expresar la opinión que se ha formado sobre la cuestión planteada.

Por la resolución de VE. de fojas 78 expedida de conformidad con el dictamen del entonces Adjunto á los señores fiscales y hoy digno miembro de este Tribunal, Dr. Ramón Ribeyro, cuyos fundamentos se reprodujeron, quedó ejecutoria-do que era nulo é insubsistente todo lo actuado en el juicio, y se dejó á salvo el derecho de Velarde para dirigir su acción contra quien legalmente representara la testamentaria de Solari. A mérito de esa ejecutoria, todo lo hecho en este

juicio, desde su principio, es nulo, es decir que carece de valor y fuerza, y es insubsistente, es decir que no subsiste, como si no hubiera existido. En el ejercicio del derecho dejado á salvo á Velarde, su hija y heredera dirige ahora su acción contra el hijo y heredero de Solari. Se entabla, pues, nuevamente la acción ejecutiva por un nuevo demandante. Siendo esta acción posterior á la ejecutoria y consecuencia de ella, nada tiene ya que ver la fecha en que se entabló la primitiva ejecución á fojas 5. Desde que nada de lo anterior subsiste y se inicia nuevamente la acción, débese apreciar la condición jurídica del instrumento con que se apareja, no con referencia á la fecha en que se entabló la primera demanda ya anulada sino en la fecha en que se entabla nuevamente. La nulidad declarada por VE. tuvo por fundamento la necesidad legal de que los derechos del menor fuesen defendidos en debida forma. Esa defensa, en la nueva acción dejada á salvo, debe gozar de toda la amplitud permitida por las leyes y no estar restringida por actuación judicial alguna anterior, declarada insubsistente. El oponer á la defensa de esta nueva acción un actuado del proceso anterior anulado importaría limitar, restringir esa defensa, lo que no es admisible, ni se desprende de la ejecutoria de fojas 78. Por tanto debe quedar establecido que, tratándose de nueva demanda contra nuevo demandado, la defensa de éste no puede estar subordinada á actuados anteriores en que no fué parte. Débese considerar, por tanto, la relación jurídica entre actor y reo en la fecha de la nueva demanda, con prescindencia de lo antes actuado. Sentado este principio, fácil es ya resolver el punto de derecho procesal que motiva el recurso.

La nueva demanda está contenida en el escrito de fojas 107, en que se pide que se libere de nue-

vo auto de solvendo por el mérito de la escritura de fojas 1, y que dicho auto se entienda con D. Lorenzo Alberto Solari. Este puede ejercitar en su defensa todos los recursos que permiten las leyes, siendo uno de estos el de contradecir el requerimiento de pago, por no aparejar mérito ejecutivo el instrumento en que se entabla la demanda conforme al artículo 1137 del Código de Enjuiciamientos Civil. Así lo ha hecho Solari, alegando que, por haber transcurrido más de 10 años, la escritura de fojas 1 ha perdido su fuerza ejecutiva con arreglo al artículo 1130. La contradicción es fundada, á juicio de este Ministerio. Efectivamente otorgado ese instrumento en mayo de 1892, con plazo de 2 años, perdió su fuerza ejecutiva en el mismo mes de 1904, (artículos 559 y 560, inciso 2.º del Código Civil). La interposición de la demanda de fojas 5 no ha interrumpido la prescripción, pues no tiene tal efecto la simple interposición, sino la citación y emplazamiento del deudor (artículo 563, inciso 3.º del Código Civil), es decir, del obligado ó de quien legalmente lo representa. La citación hecha á Macchi no ha producido ese efecto, porque, no representando legalmente al menor, V.E. la ha declarado insubsistente. Ha corrido, pues, sin interrupción el término y débese estimar que ahora por primera vez se cita al deudor. Median entonces casi exactamente trece años entre el plazo de la escritura de fojas 1 y la citación á Solari, ó sea más del tiempo exigido por la ley para que los instrumentos públicos pierdan su fuerza ejecutiva, resultando así fundada la contradicción al requerimiento de pago.

A mayor abundamiento, de autos consta que las fincas hipotecadas están embargadas por el acreedor desde 1898, percibiéndose sus productos. Esas circunstancias hacen presumir

que los intereses, y tal vez parte del capital, están pagados con esos productos, ó por lo menos, que la deuda requiere liquidación, por cuyo motivo, no podría el actor cumplir lo preceptuado en el inciso 3.º del artículo 1132 del Código de Enjuiciamientos Civil, ni tampoco demanda los intereses indicados en la escritura de fojas 5, que, si entonces se adeudaban, deben estar pagados con el bien embargado.

De todo lo expuesto se desprende que el auto superior confirmatorio infringe las disposiciones legales arriba citadas, y adolece de nulidad por desnaturalizar la causa, haciendo ejecutiva la que es ordinaria, (artículo 1733 inciso, 3º del Código de Enjuiciamientos Civil). En consecuencia, el Adjunto es de sentir que VE. puede servir-se declarar que hay nulidad en él, reformarlo y revocar el de primera instancia; declarar fundada la contradicción formulada por Solari; y mandar se corra traslado en vía ordinaria de la demanda nuevamente entablada por la sucesora de Velarde para hacer efectiva la obligación contenida en la escritura de fojas 1, salvo más acertado parecer.

Lima, 31 de octubre de 1907.

LAVALLE.

Lima, 5 de noviembre de 1907.

Vistos: con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 116, su fecha 14 de junio del presente año, confirmatorio del de primera instan-

cia de fojas 110, su fecha 27 de abril anterior, por el que se declara sin lugar la contradicción al requerimiento de pago formulada por D. Lorenzo A. Solari; condenaron en las costas del recurso y en la multa de 16 libras peruanas á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Espinosa.—Castellanos.—Villaran.—Eguiguren.—Villanueva.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto de los señores Espinosa y Villanueva, por la nulidad de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal.

César de Cárdenas.

Cuaderno N.º 286.—Año 1907.

El abandono de la instancia no da mérito para que se oponga la excepción de cosa juzgada al coheredero que, no habiendo intervenido en el juicio abandonado, renueva la acción.

Juicio seguido por doña Donatilda Vivas con don Juan O'Brien y Carreño, sobre exclusión de un bien.—De Lima

Excmo. Señor:

El abandono de la instancia no justifica la excepción de cosa juzgada en la nueva acción que se promueva.

Así lo declaró fundadamente V.E. en la reso-