

Caduca la acción ejecutiva si el auto de pago dictado como su consecuencia no se ha notificado dentro del plazo de vigencia de ella.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Eulogia Andrade Tapia en la causa seguida con doña Victoria Soto, sobre cantidad de soles.—Procede del Cuzco.

DICTAMEN FISCAL

Señor :

En 29 de diciembre de 1905, se celebró un contrato de mutuo hipotecario, por don Mariano Andrade y su esposa, a favor de don Fernando Tamayo, por la suma de 200 soles y sus intereses, a razón de 18% al año; y en setiembre de 1911, el acreedor ejecutó a los deudores, Eusebia Tapia viuda de Andrade y demás que cita como hijos legítimos y herederos de don Mariano Andrade, dictándose auto de pago a fs. 5. Son muchas las tramitaciones que se han seguido, pero que carece de objeto enunciarlas, porque por auto de fs. 116, se anuló todo lo actuado desde fs. 5 vta., y esa resolución quedó confirmada por la Superior de fs. 123 vta.

Posteriormente se ha seguido una sustanciación, con respecto al pago de porte para la devolución del expediente apelado, y en noviembre del año 37, la viuda del acreedor Tamayo, por su propio derecho, y el de

los hijos que nombra, modifica la demanda de fs. 4. en el sentido de desistirse, respecto de los que allí se nombra como herederos de don Mariano Andrade; sostiene que éste y su esposa, los deudores, han fallecido, y que como no se sabe quienes son sus herederos, se nombre defensor de la herencia, con el cual se entienda el proceso; ampliando la ejecución al pago de los intereses devengados y que **se devenguen**. Se sigue la tramitación respectiva **para el defensor de herencia**, se exhibe el testamento del acreedor Tamayo (fs. 171), y se sentencia la causa a fs. 215, declarando fundada la demanda y llevando adelante la ejecución, hasta hacerse pago el acreedor de los 200 soles demandados, sus intereses y costas.

Apelada esa sentencia por Eulogia Andrade de Otazú, a fs. 220, la misma dedujo, ante el Tribunal Superior, excepciones de personería y prescripción, y nulidad de lo actuado (fs. 227), que sustanciadas con el traslado absuelto a fs. 229, se resuelven, junto con lo principal, a fs. 230 vta., confirmándose la sentencia y declarándose sin lugar las excepciones y nulidad planteadas en segunda instancia.— La Andrade de Otazú interpone recurso de nulidad a fs. 233, concedido por auto de su vuelta.

Permitiendo la ley el pacto de intereses hasta el 18% anual, cuando la deuda no pasa de 500 soles, y demandándose el capital de 200 soles y sus intereses en el largo tiempo transcurrido, el monto o cuantía de lo discutido pasa de esa suma, **y por consiguiente**, ha sido bien concedido el recurso de nulidad interpuesto (ley 2760).

Conforme al artículo 600 del C. de P. C., puede despacharse ejecución, si no está prescrita la acción ejecutiva; y como el auto de fs. 5, sólo ha quedado notificado al ejecutante, por la nulidad declarada, y el nuevamente dictado a mérito de la ampliación de la demanda de fs. 154 (su vuelta), lo ha sido en el año 37, cuando habían transcurrido más de 10 años para que prescriba la acción ejecutiva, es evidente que se ha dictado contra lo que dispone el artículo 600 mencionado, y es improcedente la acción ejecutiva, por estar prescrita; ya que el artículo 1163 del C. C., inciso 6°, establece que se interrumpe la prescripción si se cita judicialmente al deudor, y esa citación no se ha hecho en el caso de autos, por lo que acaba de expresarse respecto del de fs. 5, y habiendo corrido legalmente el término de la prescripción, cuando se hizo la citación al defensor de la herencia, ya la acción ejecutiva estaba prescrita.

En la demanda de la viuda, ésta se desiste de la acción que interpuso su esposo contra las personas que nombra, y por consiguiente, aquella quedó sin efecto; y como los dos deudores originarios, fallecieron sin haber sido citados con la primitiva demanda, la citación hecha a los supuestos herederos que existieran, en la persona del defensor de la herencia, solo puede surtir efecto cuando ésta se realiza, o sea cuando ya estaba vencido el término de la prescripción.

Pero hay más: la acción personal prescribe a los 15 años, y la hipotecaria a los 20, y siendo el contrato del año cinco; no teniendo efecto la ejecución de fs.

5, y formuládose la nueva demanda el año 37, o sea después de 30 años de celebrado el contrato, y 26 años después de la primera ejecución, también se ha producido la prescripción en su mayor extensión, ya que los actuados judiciales desde fs. 5 vta., hasta la nueva demanda, han sido anulados y no producen efecto alguno.

Apoiado en estas consideraciones, y habiéndose deducido, en forma, la excepción de prescripción, a fs. 227 vta., opina el Fiscal que la Corte Suprema debe declarar que HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida en todas sus partes: reformándola, revocar la de Primera Instancia; declarar fundada la excepción de prescripción de la acción deducida por la ejecutada, y en consecuencia, prescrita la acción hecha valer para el pago del crédito reclamado.

Lima, junio 27 de 1942.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 2 de noviembre de 1942.

Vistos; de conformidad con el dictámen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 230 vta., su fecha 13 de octubre de 1941: reformando-

la, y revocando la de Primera Instancia de fs. 215, su fecha 12 de abril anterior, declararon fundada la excepción de prescripción deducida a fs. 227 por doña Eulogia Andrade Tapia de Otazú e infundada la demanda interpuesta a fs. 154 por doña Victoria Soto viuda de Tamayo, sin costas; y los devolvieron.

**Zavala Loaiza. — Valdivia. — Portocarrero.
Ballón. — Pastor.**

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 261 — Año 1942.
