

Declarada infundada una demanda, es procedente el recurso de apelación interpuesto por uno de los demandados que se allanó a la acción, por afectarle la sentencia.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Diana Melba Mebel Zapata Lara de Albrecht, demanda a sus hermanos: don José Zapata Rojas, doña Carmela y doña Blanca Zapata Marroquín y doña Moraima Zapata Zevallos, para que se declare nula la división y partición, por todos realizada, de los bienes a que hace referencia en su escrito de fojas 8; y declarada sin lugar, por la ejecutoria suprema de fojas 69, la excepción deducida a fojas 18 por las demandadas, menos José Zapata, que conviene en la demanda por su escrito de fojas 48, la contestan los otros interesados a fojas 74, recibándose la causa a prueba a fojas 76; y terminada en su sustanciación, a fojas 113, se sentencia a fojas 164 en el sentido de declarar infundada la demanda lo que motiva apelación de don José Zapata de fojas 169;— y sustanciándose la segunda instancia, el personero de las demandadas formula la atingencia de fojas 181 con referencia al concesorio de la apelación, lo que origina el auto superior de fojas 183 que declara insubsistente dicho concesorio, y contra el que interpone recurso de nulidad don José Zapata concedido a fojas 186, después de

denegarse, a fojas 185, el pedido formulado por el personero del mismo a fojas 184.

Consta de autos que don José Zapata se allanó expresamente a la demanda a fs. 48, por considerar que la partición no era equitativa, y que procedía anularla y por tanto cooperó a la demanda; y tal reprodujo a fojas 97 y 98, siguiendo siempre en la tramitación del juicio como se demuestra a fojas 129, y por medio de su apoderado a fojas 135 a la vez que dando el nuevo poder de fojas 178, con el apersonamiento de fojas 175 a 178, y por consiguiente la apelación formulada por Zapata a fojas 169 es legal y perfectamente procedente desde que la sentencia declara sin lugar la demanda, y él, con su conformidad con la misma, considera lesivo a sus derechos aquella desestimación de la acción, de manera que, por ello, y por las mismas razones, que, al respecto, aduce el Tribunal Superior, en el auto recurrido, está expedito el derecho de Zapata para reclamar de la sentencia, que lesiona su derecho, a pesar de ser demandado, y declararse infundada la demanda, porque en su carácter de tal, convino en la procedencia de esta. Además, no hay disposición de la ley que prohíba al demandado hacer valer el recurso de apelación contra la sentencia que desestima la demanda, y nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe; y puede, el demandado, que es parte en el juicio, querer una resolución superior ratificatoria de la inferior, para su mayor seguridad, en caso distinto del estudiado, que es perfectamente claro, en concepto del Fiscal.

A lo dicho hay que agregar, que aunque después de expedido el auto recurrido de fojas 183, la demandante, en el Tribunal Superior, se adhirió a la apelación inter-

puesta por don José Zapata, expresando que si no había hecho valer ese recurso anteriormente fue porque padeció una enfermedad grave que la tuvo inhabilitada (fojas 187), y al denegarse su pedido de adhesión, hace valer el recurso de nulidad de fojas 188, que también le ha sido denegado por auto de su vuelta. En las consideraciones aducidas fundamenta el Fiscal su opinión en el sentido de que la Corte Suprema debe declarar: NULO E INSUBSISTENTE el auto superior de fojas 183. materia del recurso traído; mandar que dicho Tribunal pronuncie la resolución que corresponda, con respecto a la sentencia apelada en la forma legal del caso.

Lima, 5 de Octubre de 1946.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 25 de Octubre de 1946.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y considerando; que don José Zapata en su escrito de fojas cuarentiocho se allanó a la demanda a fin de que tenga lugar una partición equitativa entre los coherederos, por lo que le afecta la sentencia apelada que declara infundada la

demanda; declararon NULO el auto de vista de fojas ciento ochentitrés, su fecha dos de Julio de mil novecientos cuarentiseis: mandaron que la Corte Superior de La Libertad absuelva el grado con arreglo a ley en la causa, sobre nulidad de partición de bienes, seguida por doña Diana Melva Mabel Zapata Lara de Albrecht con don José Zapata y otros; y los devolvieron.

Zavala Loaiza — Noriega — Lainez Lozada — Checa.

Mi voto es por la no nulidad de la resolución de vista, fundado en lo siguiente: que como el único actor se ha conformado con la sentencia que declara infundada la demanda, ha desaparecido la parte actora en el juicio, por lo que el aceptar la apelación de uno de los demandados, aún cuando se haya allanado a la demanda, daría lugar a tramitar la segunda instancia solo entre los demandados, lo que importa una anomalía procesal.

Frisancho.

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García, Secretario.

Causa No. 1663—Año 1946.

Procede de La Libertad.
