No es causa de nulidad de lo obrado, la circunstancia de que no hayan salido al juicio todos los herederos en el caso de exigirse el cumplimiento de una obligación hipotecaria.

Excmo. señor:

Según la sentencia de 29 de Abril de 1868 (f. 181 vta. cuaderno 1º), confirmada á f. 20 vta., cuaderno 2º, en la cual no hubo nulidad como lo declaró V. E. en 9 de Junio de 1870, (f. 27 cuaderno id. 2º), quedó ejecutoriado que doña Paula Lazo está obligada á seguir reconociendo en su chacra del pueblo de *Paucarpata*, el principal censítico de 2,433 pesos á favor de la capellanía que había gozado el doctor don Toribio Pacheco, y obligada también á continuar el pago de sus correspondientes intereses, desde la fecha en que dejó de satisfacerlos. Esta sentencia se pronunció en el juicio ordinario promovido por la Lazo, suponiendo libre del censo la chacra que poseía, y en el mismo reconvino el capellán doctor Pacheco cobrando, por mútua petición, 850 pesos 7 reales y medio, devengados en los 19 años últimos. Para hacer efectiva esta sentencia en cuanto á la obligación de pagar, los artículos 1196 y 1197 del Código de Enjuiciamientos han señalado la vía de apremio y pago.

Seguido ese juicio con la poseedora del fundo doña Paula Lazo, aun cuando se consideren *pro indiviso* los bienes con otros herederos, proviniendo de una obligación hipotecaria la responsabilidad, no podría ni anularse lo actuado, ni paralizarse la ejecución, pues el art. 2183 del Código Civil sólo deja las acciones del heredero condenado al pago, expeditas para exigir la indemnización de los demás coherederos. Este fué el verdadero fundamento del auto consentido de 5 de Setiembre de 1870 (f. 37 vta. cuaderno 2º) en que se declaró sin lugar

la anulación de lo actuado, y doña Paula Lazo solicitó á f. 32, alegando que no fueron citados don Santiago Barriga y hermanos, quienes estaban declarados coherederos en el juicio pendiente entonces en segunda instancia.

Continuó, pues, con arreglo á derecho el juicio de apremio y pago hasta f. 53 en que se señaló día para el remate, con el fin de realizar el pago de los 1,094 pesos que se exigió á f. 35 en cumplimiento de la sentencia que dejó ejecutoriada la obligación de pagar el cánon devengado.

Si, por eludir esa ejecución, interpuso el artículo de nulidad la deudora doña Paula, inmediatamente después que se le notificó el *por devueltos*; este incidente no impedía que se prosiguiese el juicio de apremio y pago, como era el procedimiento, no acumulativo, sino principal y consiguiente á la conclusión del juicio ordinario.

En ese estado de remate, y cuando hasta la ejecutada había ofrecido á f. 46, cuaderno 2º, pagar la deuda con los arrendamientos depositados y por depositarse, y cuando hacía cuatro meses que don Santiago Barriga, sin contradecir de ningún modo la ejecución, había pedido (f. 33), copia del escrito en que la dicha demandada inició el artículo de nulidad, apareció el mismo Barriga á f. 54, renovando el artículo de nulidad porque no se le había oído en el juicio ordinario, sin embargo de que tenía interés, que acababa de declararse por los Tribunales que debía partirse con él y sus hermanos los bienes de Pedro José Lazo y Barriga y de su hermana doña Rosa, incluyéndose entre aquellos bienes la chacra de Paucarpata.

Desde que el juicio sobre el gravamen en la chacra concluyó después de la larga controversia con la Lazo, única poseedora del fundo, mientras litigaba con los Barriga la calidad de ser éstos coherederos y partícipes en ese y otros bienes; no tenía don Santiago Barriga por virtud de la sentencia que le aseguró ese derecho hereditario, otro remedio que el de salir al juicio de apremio y pago en el estado en que lo encontraba, puesto que se cobraba una deuda hipotecaria y no se alteraba la responsabilidad porque se aumentase ó disminuyese el número de

los poseedores del fundo según el art. 1911 del Código Civil.

No se ha viciado tampoco de nulidad la actuación en este juicio de apremio y pago; porque lo haya seguido después del fallecimiento del doctor Pacheco, el mismo procurador Arnillas que constituyó en el juicio principal. La Il.tra. Corte Superior de Arequipa, en el auto de 6 de Febrero de 1869 á f. 17 vta., cuaderno 2º, declaró vigente su mandato, y nadie lo ha contradicho por parte de la testamentaria del doctor Pacheco. Si es propio que, habiendo trascurrido largo tiempo desde el fallecimiento del doctor Pacheco, se presentó por él Arnillas el nuevo poder que ha debido recabar de los herederos de aquel, pues que es precaria y no perpétua la autorización que, para continuar el juicio, concede el inciso 2º art. 1931 del Código Civil; la falta de ese nuevo poder que no se le ha exigido, y sobre la cual no ha habido duda ni controversia alguna desde la resolución de 1869, no puede ser causa para que de improviso se anule lo actuado. Lejos de eso, el haberse decidido, sin prévia controversia, sobre esa personería en el auto de vista de 22 de Agosto último, (f. 10 vta. cuaderno 3º) produce nulidad según el inciso 9º art. 1649 del Código de Enjuiciamientos.

Mas en ese auto se ha revocado también el apelado de f. 60 vta., en que se desechó la citada articulación de nulidad propuesta por don Santiago Barriga, y se ha re-puesto la causa al estado de deberse principiar un juicio sobre pago de devengados, según la naturaleza de la demanda que se interponga en forma.

En este auto de vista, hay nulidad; porque desnaturaliza los efectos de la ejecutoria, porque da lugar á que se renueve un juicio fenecido, y porque, contrariando á las leyes citadas, destruye el de apremio y pago debidamente sustanciado.

Puede, por tanto, servirse V. E. declarar dicha nulidad, y confirmar el auto apelado; sin perjuicio de que el procurador Arnillas presente poder de los herederos del doctor Pacheco, para continuar la causa, y de que don

Santiago Barriga pueda salir al juicio, si le conviene, en el estado en que se halla.

Lima, á 8 de Febrero de 1872.

URETA.

*Lima, Febrero diez y seis de mil
ochocientos setenta y dos.*

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal y por los fundamentos que aduce y se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista pronunciado en veintidos de agosto último por la Ilustrísima Corte Superior del Departamento de Arequipa, que revoca el de primera instancia de fojas sesenta vuelta, cuaderno segundo, y declara nulo lo actuado desde fojas treinta y siete vuelta; y, reformándolo, confirmaron el citado de primera instancia que declara inadmisibile el artículo de nulidad deducido por don Santiago Barriga; y los devolvieron.

*G. Sánchez.—Alvarez.—Ribeyro.—Muñoz.—Vidaurre.
Oviedo.—Cisneros.*

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.