

La cesación en el servicio militar durante dos años sin goce pecuniario, no ocasiona la pérdida del derecho adquirido sobre el particular.

Recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Fiscal en la causa que sigue con el Teniente Coronel don Fernando Zavala sobre reconocimiento de servicios.

DICTAMEN FISCAL

Señor Presidente:

El Teniente Coronel don Fernando Zavala, pidió ante el Gobierno, reconocimiento de sus servicios militares; y la resolución suprema del 2 de noviembre de 1915, corriente a fojas 75, del cuaderno administrativo anexo, sólo declaró de abono los prestados desde 1895, prescindiendo de los anteriores.

Por tal motivo, ha acudido aquel jefe al Poder Judicial, en demanda de reparación acerca de los omitidos, o sea los correspondientes a la época

de la última guerra con Chile y la de la administración Iglesias.

La sentencia defiere en parte a la acción.

Forman tres periodos los servicios así reconocidos judicialmente: de mayo de 1879 a enero de 1880, de este mes al mismo de 1881 y de noviembre de 1884 a agosto de 1885.

Los del primero están fehacientemente comprobados con el certificado de fojas 13, del cuaderno administrativo, según el cual pasó el actor revistas como cabo y como alférez, sucesivamente, en el regimiento "Lima" y en el de "Lanceros del Rimac"; y los del tercero, con el de fojas 35, del que aparece que desempeñó el cargo de ayudante de la Prefectura de Ica.

Los funcionarios que en dicho cuaderno intervienen, no desconocen la efectividad, ni la validez de tales servicios, que consigna la liquidación de la Intendencia General de Guerra, corriente a fojas 42.

Si no los conceptúan de abono, es única y exclusivamente porque entre 1880 y 1884 transcurrió más de un bienio, así, como también, entre 1885 y 1895; o sea, cual lo reitera a fojas 73, el Presidente del Tribunal Mayor de Cuentas, "a causa de haberse cumplido, entre servicio y servicio, los dos años a que se refiere la resolución suprema del 30 de noviembre de 1846".

El Reglamento de retiros e invalidez del 1.º de agosto de 1830, dispuso en el artículo 5, del capítulo III, que el reingreso al ejército, del jefe u oficial retirado sin goce pecuniario, se verificaría, después de dos años, como si nunca hubiese servido.

La ley del 29 de octubre de 1845 sobre licencia indefinida, no consigna esa excepción de la re-

gla, en virtud de la cual todo servicio militar crea derechos: limitase a anotar, en su artículo, 2, que en ningún caso se abonará en las hojas de servicios de los licenciados, el tiempo que permanezcan en dicha licencia.

Sin embargo, absolviendo una consulta, la resolución suprema del 30 de noviembre de 1846 reiteró lo dispuesto en el citado artículo 5 del Reglamento de 1830.

La ley del 3 de febrero de 1848 se limita, lo mismo que la de 1845 que deja en suspenso, a prescribir en su artículo 6, que, en ningún caso, se abonará a los retirados el tiempo que permanezcan con licencia indefinida. Tampoco establece la excepción indicada.

Absolviendo la consulta de la Inspección General del Ejército, la resolución suprema del 2 de abril de 1886, reprodujo, no obstante, en su artículo 2, lo dispuesto en el citado 5 del Reglamento de 1830.

Poco después, se promulgó la ley de retiro del 29 de octubre de 1886, que tampoco sanciona la dicha excepción.

Al contrario, en su artículo 30, deroga el Reglamento del 10. de agosto de 1830, en cuanto se refiere a la condición de los retirados.

Anulado así el artículo 5, obvio es que también queden sin efecto las resoluciones supremas del 30 de noviembre de 1846 y 2 de abril de 1886, que se concretaron a reproducirlo.

La ley No. 1042, del 20 de febrero de 1909, sobre retiro, dice en el segundo párrafo de su artículo 6, que los militares que obtengan cédula de retiro, sin goce de sueldo, conservan su derecho al tiempo que hayan servido, aún cuando sean dos o

más años consecutivos los que permanezcan como retirados.

El señalamiento del tiempo, tiene por objeto la aclaración de una situación, para algunos dudosa. No significa el restablecimiento de ese artículo 5o. del Reglamento de 1830: la ley, en efecto, solo tiene como alcance, el de su expreso tenor, explicado, en caso de duda, por los principios del derecho.

Están reflejados esos principios en muchas resoluciones; entre ellas, la del artículo 12 de la ley de jubilación y cesantía del 22 de enero de 1850, según el cual a los militares que, sin haber sido reformados o dados de baja por causa criminal, hubiesen obtenido algún empleo civil, judicial o de hacienda, les será de abono el tiempo que hubiesen servido en el ejército.

El decreto supremo del 7 de junio de 1850, tantas veces reiterado, declara que en las hojas de servicios militares se comprendan los prestados en cualquiera otra dependencia de la Administración; el mandato se halla reproducido en el artículo 8 de la ley No. 1042.

Si a los dichos servidores, retirados de las filas sin goce pecuniario, se les reconoce en lo civil el tiempo de servicio militar, sea cual fuere el plazo de su cesación, y si también se les reconoce sus servicios civiles ¿qué causa de justicia cabe aducir para que se les desconozca aquellos, cuando vencido un bienio, se reincorporan en la institución de las armas?

El Reglamento de pensionistas militares no es sino la recopilación hecha el 21 de junio de 1910, de las disposiciones en vigencia pertinentes del ramo.

Por tal motivo, obvio es el error de su artículo 85, que reproduce lo dispuesto en las consultas

acerca de aquel artículo 5, posteriormente derogado, del Reglamento de 1830.

A estas consideraciones de extricta legalidad referentes al punto privativo examinado, el Fiscal agrega otras de orden jurídico.

El servicio prestado por los militares, cual ocurre en los de los empleos en propiedad, crea contra el Estado un derecho exigible.

Ese derecho subsiste, si falta ley especial que le concierne, durante el tiempo de la prescripción común.

En 1830, vigente en gran parte la legislación española, el plazo prescriptivo para la acción personal excedía de dos años; y mal pudo, por consiguiente, limitarlo a tal exigüidad el Reglamento gubernativo de entonces, pendiente, como lo declara su artículo 14, de la aprobación del Congreso.

En 1852, promulgado el Código Civil nacional, tampoco se limitó a un bienio el plazo prescriptivo de la acción personal; le señala quince años el artículo 560, en su inciso 3o.

Es sólo el 4 de octubre de 1901, que la ley de esa fecha redujo a tres años—no a dos—el término de la acción contra el Estado, en cualquiera de los casos de reconocimiento de los derechos que determinan las leyes de indefinida, etc.

El artículo 85 del Reglamento de pensionistas militares consigna, en consecuencia, una prescripción, no sólo injusta, sino infractoria de los preceptos positivos de nuestra legislación.

Es a mérito de tales consideraciones, que, en concepto del infrascrito Fiscal, la cesación en el servicio militar, durante dos años consecutivos sin goce pecuniario, no ocasiona la pérdida del derecho adquirido con motivo del mencionado servicio.

Se halla, en consecuencia, correctamente declarada de abono, en el fallo, la actuación activa del Teniente Coronel Zavala, en los períodos de mayo de 1879 a enero de 1880 y de noviembre de 1884 a agosto de 1885.

Es distinta la condición de la de enero de 1880 al mismo mes de 1881.

Acredita el certificado de fojas 1 vuelta, del litigio, que el actor fué designado para el cuadro del regimiento "Lanceros del Rímac No. 3", en la resolución del 2 de enero de 1880.

Pero no basta el nombramiento para deducir, fehacientemente, la efectividad del servicio.

Nada comprueban, al respecto, las informaciones de fojas 3 del cuaderno administrativo, entre otras razones, porque están expedidas en 1895, y la libreta a la que se refieren, que se vé a fojas 2, se formó en 1900, es decir, a *posteriori*. Así se explica que tal certificación no se encuentre acogida en ninguna liquidación.

Tampoco son valederas las informaciones de las tres personas cuyas firmas se ven a fojas 3 vuelta, y 4 del documento que recauda la demanda.

Y, si esas atestaciones fueran eficientes en lo administrativo, son inadmisibles en el procedimiento forense, que determina la forma precisa de la prueba testimonial, de la cual en este litigio se ha, en lo absoluto, prescindido, a pesar de abierto el plazo respectivo.

Robustecen las anteriores observaciones, la resolución suprema del 8 de noviembre de 1905, corriente a fojas 32 del anexo, relativa a un certificado falso sobre prestación de un supuesto servicio del demandante, de enero a junio de 1900, como agregado a la Prefectura del Callao.

No hay nulidad en la sentencia recurrida en lo que a los servicios de 1879 a 1880 y 1884 a 1885 concierne; y sí la hay, respecto de los de enero de 1880 al mismo mes de 1881, por lo que puede la Suprema Corte confirmar en todas sus partes la de primera instancia, que así resuelve.

Lima, a 22 de mayo de 1917.

Seoane.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 4 de junio de 1917.

Vistos: de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treinta y cinco, su fecha 9 de enero del corriente año, que confirmando en un punto y revocando en otro, la de primera instancia de fojas veinte, su fecha veintitres de setiembre último, declara fundada la demanda interpuesta por el Teniente Coronel don Fernando Zavala, y que están comprobados los servicios prestados por éste, desde mayo de los ochocientos setentinueve a enero de mil ochocientos ochenta inclusive, y de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro a octubre de mil ochocientos ochenta y cinco, o sea un año ocho meses; y que también son de abono los servicios prestados por el referido Zavala de enero de mil ocho-

cientos ochenta a enero de mil ochocientos ochenta y uno; y los devolvieron.

*.Eguiguren.—Alzamora.—Leguía y Martínez.—
Washburn.—Calle.*

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno No. 81—Año 1917.

**La mera inscripción en el Registro de la Propiedad,
no convierte, en pleno, el dominio útil.**

*Recurso de nulidad interpuesto por el doctor don
Eliás Malpartida, en la causa que sigue con el
Convento de la Merced, sobre propiedad.—
Procede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal ha pedido los autos de partición de los bienes de don Juan de Dios Carrillo y los inventarios de los mismos. Ellos no están entre los expedientes remitidos. Pero existen. En certificado del Registro, de fojas trece, se hace referen-