

No puede solicitar el abandono del juicio, el actor que promoviera la acción introductiva de la instancia.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Petronila Ibáñez, en la causa que sigue con don Carlos Lomhan, sobre demasía de aguas.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Señor Presidente:

Instaurada por don Carlos I. Lomhan la demanda de fojas una, formuló don Valentín Ibáñez la oposición que motivó un auto apertorio del término de prueba.

La última diligencia corriente a fojas 16 vuelta, durante ese plazo probatorio, se actuó el 5 de mayo de 1904.

El 9 de marzo de 1917, a fs. 17 pidió el actor que se declarara abandonada la oposición.

El auto recurrido confirma, erróneamente en concepto del F^{iscal}, el que difiere a tal solicitud.

El error de la resolución no está, como lo pretende la recurrente doña Petronila Ibáñez Bustamante, hija del opositor ya difunto, en la existencia de menores con intervención en el litigio que justificare su título de herederos.

Ese error es de derecho procesal.

Se presume fundadamente que el que acude a los Tribunales, innovando en el *statu quo* de las cosas, para obtener lo que le corresponde o impetra, tiene interés, en que sea reconocido el derecho cuya efectividad gestiona.

El interés del demandado es menos intenso *beati possidentes* por lo cual su actitud como litigante resulta relativamente pasiva.

De allí que el abandono se refiera a la acción introductiva de instancia; no a la defensa que el atacante se propone vencer en lid forense con argumentos y probanzas que apoyen su demanda, no mediante la paralización absoluta durante determinado período de tiempo del procedimiento por él instaurado, y también por él interrumpido.

Si el actor es quien persigue la cosa demandada, si para la secuela del litigio, la ley le señala medios compeledores de los que, deliberada o desidiosamente hace caso omiso durante un tiempo que llega hasta el de dos años consecutivos, quien abandona la innovadora perturbación judicial no es el litigante perturbado sino el perturbador.

En verdad a ambos es imputable aquella suspensión completa de controversia.

¿Por qué entonces imponer sus consecuencias a sólo uno de ellos?

No se contrae el abandono a una parte de actuaciones sino a su conjunto. Si en efecto la diligencia aislada solicitada por el actor desde ese punto de vista le favorece, igualmente favorece al opositor cuya gestión de defensa está adherida a la acción como conexión fatal, constituyendo una y otra un todo compacto.

Por ser ese el principio científico puesto en práctica, el Código Español de Enjuiciamientos Civil, más radical que el nuestro, manda que luego de trascurridos los términos, se declare de oficio la caducidad de aquella acción en primera instancia, así como la de los recursos de apelación y casación.

La condición jurídica del demandado es sólo análoga a la del demandante, cuando por su iniciativa abre estación nueva dentro del mismo litigio, planteando instancia de alzada o extraordinaria; por lo que circundado el período abandonativo, vuelve el asunto al estado de la resolución de que se reclamó, y adquiere ésta calidad de ejecutoria. Así lo establece el artº 279 de nuestro Código.

La causa idéntica ocasiona idéntico resultado de retroacción.

El artº 269 del citado libro autoriza únicamente el abandono de las instancias y recursos.

Lo completan el 274 y el 275 cuyo texto manifiesta que los dichos recursos se limitan a los de apelación y de nulidad.

Y también el 277 al estatuir que «la declaración del abandono de la primera instancia anula el procedimiento; pero no extingue la acción, la cual puede ejercitarse en un nuevo juicio».

Se funda ese precepto en que la pérdida definitiva de un derecho producida por el trascurso del tiempo no se realiza sino por prescripción; y la ley procesal, al estatuir el abandono de actuaciones, sólo tiene en mira la conveniencia de que los procesos no queden pendientes indefinidamente.

Por tal motivo, el derecho así acatado puede hacerse efectivo en nueva acción forense repetida; en el cual procederá también la oposición

renovada, que justifica el otro no prescrito derecho que invoca la defensa.

Si la mencionada oposición únicamente se declarare abandonada, como se ha resuelto en el auto confirmatorio recurrido, mal podría renovársela, por impedirlo su entonces notoria extemporaneidad en el procedimiento instaurado que, libre en tal forma de esa traba, sigue su curso.

Importa ese impedimento la aniquilación de la defensa, dejando en pié la eficacia de la demanda.

Importa atribuir al abandono de régimen estrictamente procesal, los efectos extintivos que exclusivamente puede imponer la prescripción de Derecho Civil a cuyas reglas se encuentra subordinada la ley adjetiva.

En este litigio se ha confundido la acción introductiva de instancia con la oposición que, independientemente, no está sujeta al dicho abandono.

Basado en las anteriores consideraciones, el Fiscal concluye que hay nulidad en el auto de vista. Reformándolo y revocando el de primera instancia, puede el Supremo Tribunal, desestimar la articulación del actor Lomhan sobre abandono de la oposición de Ybáñez.

Lima, 22 de Junio de 1918.

SEOANE

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, Julio 5 de 1918.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista de fs. 44 vuelta, su fecha 27 de noviembre del año próximo pasado; reformándolo y revocando el de primera instancia, de ts. 17 vuelta, su fecha 24 de mayo anterior, declararon sin lugar la solicitud formulada por don Carlos Lomhan para que se declare el abandono de la oposición de don Valentín Ibáñez; y los devolvieron.

Barreto.—Almenara.—Villa García.—Eráusquin.—Soto.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno N° 1354—Año 1917.
