

Misión en posesion de bienes embargados.

Recurso de nulidad interpuesto por don Marcelo Lanza, en el juicio con don Mateo Figueroa, sobre misión en posesión. — De Lima.

Excmo. Señor:

Por los autos de la ordinaria, que se acompañan, consta que los herederos de don Manuel B. Hernández fueron condenados á pagar cantidad de soles, que sus padres debían á don Mateo Lanza, según puede verse en la sentencia de fojas 163. Para cumplir la demandó el victorioso, en junio del 905 con la correspondiente acción coactiva, según se vé en el otro cuaderno acompañado, y este juicio se encuentra en estado de proceder al remate de la finca hipotecada, según corre á fojas 108 vuelta, donde se fija día para el remate.

La fecha de la sentencia que origina el juicio coactivo es de 16 de mayo del 905. El 6 de setiembre de 1906, cuando estaba practicada la tasación de la finca y aún desechada definitivamente la tacha de error esencial, los herederos demandados la venden á don Mateo Figueroa y éste solicita misión en posesión, que ha sido concedida en primera y segunda instancia, declarando sin lugar la oposición de Lanza; esta es la materia del recurso.

Que la finca cuya posesión se solicita y la que está ordenada rematar son una y misma cosa está demostrado por la comparación entre la escritura, con que se apoya el interdicto y la tasación y planos corrientes á fojas 27 y 28

del cuaderno coactivo. Siendo esto así la cuestión se reduce á saber si es posible, legalmente, conceder misión en posesión sobre un fundo que debe ser rematado por mandato judicial irrevocable.

Además de lo expuesto por el Fiscal, en anterior dictamen, para fundar su opinión contraria le basta añadir, que nadie puede transferir á otro lo que no es suyo. Cuando los demandados vendieron, no tenían la posesión de la casa que el juez había mandado ofrecer al mejor postor pues se remató el dominio pleno, sin limitación alguna. Si bien es lícito vender la cosa litigiosa, no puede calificarse, tal el fundo que se ha mandado rematar, por auto ejecutoriado, pues el derecho que al ejecutado queda no es á la cosa misma, á su propiedad, sino á la parte de precio en exceso de lo debido.

En mérito de ambas alegaciones, opina el que habla por la nulidad de lo actuado, y en consecuencia, reformando el recurrido, se declare insubsistente el de primera instancia, que debe reconocer el derecho de Lanza; salvo más acertado acuerdo.

Lima, 9 de octubre de 1908.

TORRE GONZÁLEZ.

Lima, 21 de octubre de 1908.

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, y atendiendo: á que la posesión solicitada por don Mateo Figueroa no menoscaba los derechos del acreedor ni destruye los efectos del embargo y demás medidas dictadas en el juicio coactivo;

declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 40 vuelta, su fecha 10 de diciembre del año próximo pasado, que confirmando el de primera instancia de fojas 24 vuelta, su fecha 2 de octubre del mismo año declara infundada la oposición deducida á fojas 20 por don Marcelo Lanza y manda llevar adelante la posesión ordenada en el auto de fojas 11; con la calidad expresada en la presente resolución; y los devolvieron.

Elmore.—Villarán.—Eguiguren.—Villanueva.—Almenara.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno No. 910.—Año 1908.

Si el despojador restituye voluntariamente la cosa y el despojado no acredita que se le haya privado de los frutos ú ocasionado otros daños, no procede la condena en costas, daños y frutos.

Juicio seguido por don Nazario Mollo con el Concejo Provincial de Arequipa sobre despojo.—De Arequipa.

AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

Arequipa, 17 de agosto de 1908.

Vistos: con lo expuesto por el Agente Fiscal, y teniendo en consideración: que habiéndose interpuesto por don Nazario Mollo querella de