

en ninguna de las formas preceptuadas por el artículo 238 del Código Civil; de que certifico.

César de Cárdenas.

Cuaderno No. 717.—Año 1909.

El arrendatario puede ejercitar contra el locador la acción de despojo.

Recurso de nulidad interpuesto por don Manuel Gómez en la causa seguida con doña María Pantigoso v. de Salinas, sobre despojo.—De Arequipa.

Excmo. Señor:

Don Manuel Gómez se querella de despojo violento contra doña María Pantigoso v. de Salinas y don Elías Salinas, por cuanto hallándose en posesión, en calidad de conductor, de una chacra en el pago de Tintín, de propiedad de los querellados, éstos á quienes acompañaban hombres armados que rompieron la puerta del cerco á golpes de machete y se introdujeron haciendo fuego, consiguieron así expulsarlo.

Aduciendo que "la querella de despojo sólo puede ejercitarse por el poseedor á título de propietario" que "el querellante Gómez sólo alega ser simple arrendatario" y que la acción se emplea contra doña María Pantigoso de Salinas, propietaria de dicha finca" á más de otras consideraciones de orden secundario, la Il^{ta}. Cor-

te Superior de Arequipa revoca el fallo de primera instancia y declara infundada la acción.

Es notorio el error jurídico de tal apreciación de vista.

Al estatuir el artículo 475 inciso 3° del Código Civil, que el dueño posee por medio del arrendatario, contempla sólo la posesión derivada del dominio, bajo su aspecto general; y es como consecuencia de aquel precepto que el 1595 del mismo cuerpo de leyes impone al conductor la obligación del aviso al locador de cualquiera usurpación ó intento de servidumbre que afecte el dicho dominio.

La posesión según el artículo 465, es la tenencia ó goce de una cosa ó de un derecho con el ánimo de conservarlo para sí.

De allí se desprende que la posesión no siempre corresponde al propietario.

También la hay á consecuencia de situaciones que accidentalmente modifican la propiedad.

Tal ocurre con el conductor que durante el tiempo del arrendamiento posee con derecho para sí, no para otro, la cosa arrendada.

Con arreglo al principio positivo prescrito por el artículo 470 inciso 3° del Código Civil, no puede ser desposeído de ese derecho, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.

Es evidente, en efecto, que el propietario no readquiere la tenencia, sino después de concluído el plazo del contrato; debiendo entonces si hay resistencia en el inquilino, ocurrir á la acción de desahucio ú otra forense que viere convenirle.

Como consecuencia del principio fundamental de orden público, según el que nadie se hace justicia por su propia mano, se halla sujeto quien lo infringe á la brevísima restitución con frutos, resarcimiento de daños, y aún al enjuiciamiento

criminal que motivare la índole delictuosa del proceso.

Sólo al juez, en efecto, incumbe variar el *statu quo* entre los asociados y á la luz del derecho, dar á cada cual lo suyo, poniendo término con los procedimientos de ley á la posesión ilícita que menciona el art. 467.

Por tal motivo planteado el interdicto, el magistrado no defiende á las razones, sean cuales fueren, que para perpetrar el hecho hubiere tenido el despojante, salvo el caso de imputación recíproca de despojo, previsto en el artículo 1372 del Código Procesal. Eso daría margen á probanzas más ó menos dilatorias durante las cuales quedaría el expoliador en la tenencia de la cosa ó libre de gravamen, con escarnio de la justicia.

La rapidez de ese interdicto privilegiado se subordina al aforismo *spoliatus ante omnia restituendus*.

El magistrado se limita, en consecuencia á la prueba de la perturbación en la posesión, á fin de restituir la cosa ó el goce sin perjuicio alguno sobre los derechos de propiedad ó posesorios al estado en que se encontraba cuando se cometió *manu militari* la alteración.

Y tal comprobación se forma sólo con testigos, como lo disponen los artículos 1366 y 1373, que deben acreditar "los dos extremos de haber poseído y dejado de poseer".

Los derechos que se invoquen para la posesión definitiva, propiedad ó liberación de la servidumbre pasiva, de hecho existente, se controvierten en otro proceso, sumario ú ordinario, con trámites distintos y menos breves, en los cuales procede el examen de títulos, es decir la prueba sobre la legitimidad ó ilegitimidad de la posesión del demandado.

El interdicto de despojo, como está dicho, no hace sino restablecer el *statu quo* alterado. Por eso concluye el artículo 1371 que la restitución se efectúa "aunque el despojador se oponga con un título que acredite su dominio, dejándose en este caso su derecho á salvo en juicio ordinario".

El artículo 1366 invocado por el Superior, no es sino aplicación de aquellas reglas, motivo por el que se refiere á todos los poseedores sin excepción.

Luego, en vez de dañar, el dicho artículo favorece al poseedor precario.

En el interdicto interpuesto por Gómez están fehacientemente comprobados el hecho de la posesión y el del desposeimiento con violencia por los Salinas.

Es por lo tanto obvia la corrección de la querrela.

El Fiscal concluye que hay nulidad en el fallo revocatorio por lo que, reformándolo, puede VE. confirmar el de primera instancia que con arreglo al artículo 1370 del Código de Enjuiciamientos Civil, ordena la restitución con frutos, costas é indemnización de daños y perjuicios, á la vez que la remisión del expediente al Juzgado del Crimen para el respectivo juzgamiento.

Lima, á 21 de diciembre de 1909.

SEOANE.

Lima, 31 de diciembre de 1909.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y considerando además: que no se ha probado plenamente que el despojo se hubiere causado por medio de fuerza ó violencia; y que por tanto la ley aplicable al presente caso es la contenida en el artículo 1369 y no en el 1370 del Código de Enjuiciamientos Civil, declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 65 su fecha 16 de agosto anterior, en cuanto revocando el de primera instancia de fojas 55 su fecha 14 de junio último declara infundada la querella de despojo interpuesta á fojas 1 por don Manuel Gómez; reformando el primero de dichos autos; confirmaron el segundo en la parte que declara probada dicha querella y que doña María Pantigoso v. de Salinas y su hijo don Elías Salinas, se hallan obligados á restituir á don Manuel Gómez en la cuasi posesión de su derecho de arrendatario del terreno á que la querella se refiere con devolución de frutos y costas; declararon no haber nulidad en el citado auto de vista en cuanto revocando el ya mencionado de primera instancia, declara no haber lugar á la indemnización de daños y perjuicios y al sometimiento de los despojantes á juicio criminal; y los devolvieron.

Elmore.—Ortiz de Zevallos.—Villarán.—Barreto.—Puente Arnao.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.