

vista en lo demás que contiene; reformándolo en esta parte y revocando el de primera instancia, declararon que los demandados se hallan obligados á pagar al actor, por toda indemnización, la suma de 60 libras peruanas; y los devolvieron.

Espinosa.—Eguiguren.—Almenara.—Barreto.—Erásquin.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno N. 423—Año 1911.

El carácter imprescriptible de la acción, no obsta para que en la controversia sobre propiedad á que diere mérito, aduzca prescripción alguna de las partes.

Recurso de nulidad interpuesto por don Fermín Manrique y otro, en el juicio con don Federico M. Schwarz, sobre deslinde.—Procede de la Corte de Arequipa.

Excmo. Señor:

Efectuada á solicitud de la testamentaria de don Federico M. Schwarz la diligencia de deslinde de la finca «Congata», con intervención de los propietarios de los fundos confinantes don Fer-

min Manrique y don Manuel Arismendi, éstos contradijeron la operación, por cuanto, según afirman, los priva de terrenos que les pertenecen en el cauce del río.

En cumplimiento del artículo 368 del Código de Enjuiciamientos Civil, siguió la causa en vía ordinaria; y en segunda instancia, en el otro si de su expresión de agravios, Manrique planteó, respecto del dominio de los dichos terrenos disputados, la excepción de prescripción. á la que, en su memorial análogo, se adhirió Arismendi.

La Ilustrísima Corte Superior de Arquipa, en el auto recurrido, declara improcedente la articulación.

Se basa en que, la excepción de prescripción «es por su naturaleza previa»; lo cual es inexacto porque, como lo estatuye el artículo 530 del Código Civil, puede oponerse en cualquier estado de la causa.

Se basa igualmente en que «en el presente caso, no se discute sobre la propiedad de los fundos, sino únicamente sobre el deslinde de ellos»; lo cual es también inexacto.

La controversia á que dá lugar el deslinde, como lo observa el Comité de Reforma Procesal en su Exposición de Motivos, de su Proyecto del Código de Procedimientos Civiles, es una acción de reivindicación.

El dicho deslinde no es sino la diligencia previa de la que emana tal acción.

Luego, este proceso reivindicatorio contempla, no ya el deslinde, sino únicamente la propiedad; y por lo tanto, quienes la aducen como derecho, pueden invocar á su favor la prescripción que es título adquisitivo.

Por fin, así mismo se funda el auto recurrido en que «conforme al artículo 1136 del Código Ci-

vil y al artículo 361 del Código de Enjuiciamientos Civil, todo propietario puede en cualquier tiempo obligar á su vecino al deslinde y amojonamiento de sus fundos y esta acción es imprescriptible».

Lo que no prescribe, según los dos artículos citados, es la acción para poner término á la confusión de linderos, es decir á la diligencia de deslinde que se practica antes de los juicios ó independientemente de ellos. Pero este expediente no encierra ya esa diligencia que solicitó á fojas 1 la testamentaria Schwarz; sino la acción sobre propiedad que á consecuencia de tal diligencia plantearon Manrique y Arismendi.

Es pues obvio el error en que ha incurrido la Corte, al considerar improcedente la articulación.

Esa excepción de prescripción no se ha formulado en primera instancia; por lo cual debe sustanciarse en la segunda, conforme á lo dispuesto en el artículo 1702 del Código de Enjuiciamientos Civil.

El Fiscal concluye que hay nulidad en el auto originario del recurso. Salvo mejor acuerdo, puede V.E., declararlo insubsistente y mandar que se reciba á prueba la mencionada excepción.

Lima, á 17 de noviembre de 1911.

SEOANE.

Lima, 23 de noviembre de 1911.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen; y atendiendo además: á que los interesados no piden la recepción á prueba en segunda instancia de la excepción de prescripción deducida en los otrosíes de los escritos de fojas 344 y 358 por apoyarse en las actuaciones y documentos que obran en autos; y á que, propuesta como perentoria dicha excepción, no ha debido resolverse como previa, sino en la sentencia de vista que se pronuncie; declararon insubsistente el auto superior de fojas 369, su fecha 19 de agosto último, que declara sin lugar la citada excepción de prescripción deducida por don Fermín Manrique y don Manuel Pablo Arismendi; mandaron se proceda en la forma indicada; y los devolvieron.

Espinosa.—Elmore.—Ribeyro.—Almenara.—Barreto.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.