*Lima, Mayo doce de mil
ochocientos setenta y uno*

Visros: de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen; declararon haber nulidad en el auto de vista pronunciado por la Iltna. Corte Superior del Departamento de La Libertad, en tres de Febrero próximo pasado, revocatorio del de primera instancia de fojas diez y siete, cuaderno primero, y reformando el primero, confirmaron el citado de primera instancia, por el que se deniega el discernimiento del cargo de guardador solicitado por don Roberto Rodríguez; y los devolvieron.

Ribeiro. — Cassio. — Alvarez. — Muñoz. — Vidaurre — Oviedo. — Cisneros.

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

Munuel L. Castellanos.

Despojo Judicial

Excmo. señor:

El adjunto al Fiscal de V. E. dice: que, analizada con detenimiento esta causa, para buscar la solución conveniente en el orden legal, se descubre una serie de irregularidades, cuya enmienda exige que V. E. dicte una medida reformatoria de todas ellas.

Ocurre un caso en el que ambas partes contentientes discuten sus derechos y esos derechos se excluyen en su ejercicio y se trata de saber cómo y contra quién habrán de hacerse efectivos. Al fijar la forma de proceder y al

interponer las partes sus respectivas acciones, se ha introducido una confusión á la que es preciso poner término y hasta se han hecho observaciones depresivas de la personalidad humana, considerando á los asiáticos como cosas y objetos de derecho.

Juan Figari é hijos cedieron á plazo cierto número de contratas de asiáticos, á Pérez y Rodulfo. El precio no fué pagado; los Pérez han caído en bancarrota y aquellos tienen un derecho indisputable que ejercitar. Althaus y Cotes recibieron, á su vez, en pago y con entera buena fé, las contratas de los dichos asiáticos, y se hallan protegidos por el art. 1392 del Código Civil. La acción de Figari é hijos, legalmente calificada, no puede ser otra que la rescisión del contrato. La traslación del derecho sobre los servicios de los asiáticos, sujeta á los principios que rigen sobre los contratos consensuales, estaba consumada, aunque el precio no haya sido pagado; y los Pérez cedieron, por consiguiente, cosa suya á Cotes y Althaus y estos adquirieron para sí, el derecho y la posesión. En concepto de este ministerio, el juez de 1ª instancia procedió conforme á la ley al dictar el auto de fojas 14 que señalaba el carácter de la acción interpuesta. Figari é hijos no podían demandar ejecutivamente la entrega de los asiáticos; por que los documentos reconocidos con los que aparejan su solicitud, no consignaban, respecto de los Pérez, una obligación de hacer esa entrega sino la de pagar el dinero que la traslación de los contratos importaba. Tampoco podían demandar ejecutivamente ese pago, por que el plazo no estaba cumplido. Sin embargo, el Superior, á fojas 16, desaprobó el procedimiento inferior, y mandó que se proveyese la demanda *conforme á su naturaleza*. ¿Cuál era la naturaleza de la demandá? El auto revocatorio muy oscuro, como todos los de su género, abría la puerta á las conjeturas sobre lo que debía hacerse en virtud de él; y no habiéndose pedido aclaratoria que explicara su sentido, el juez de letras creyó que se le prescribía la tramitación ejecutiva en cuanto á la entrega de los asiáticos. Siguió efectivamente ese camino.

Combatido el auto de entrega, se pasó al embargo; y quí debe observarse que ya los Pérez habían hecho pre-

sente, que los asiáticos cuyos servicios habían de ser materia de ese embargo, se encontraban en poder de terceros poseedores, que los habían adquirido á título de traspaso.

A pesar de este hecho, á que asintió el acreedor en su recurso de f. 25, quedando así reconocido como verdadero, el juez mandó que se llevase adelante el embargo, usando de la fuerza, en caso necesario. Aquí principia el procedimiento irregular y contrario á la ley que garantiza el derecho de los terceros poseedores de buena fé y con título valedero, mientras no sea destruido en juicio. Siendo cierto que los asiáticos no estaban en poder de los Pérez, el juez debió ceñirse al art. 1149 del procedimiento civil que le manda embargar solamente bienes propios del dendor, y que existan en su poder. Ni el derecho de servirse de los asiáticos correspondía yá á los Pérez, puesto que había sido trasladado, por un título bastante, ni los asiáticos mismos se encontraban en la material tenencia de los Pérez. De modo que la ley fué notoriamente infringida en el embargo y el auto que contiene esa infracción y todos sus referentes, son, por tal causa, nulos, debiendo declararse su insubsistencia.

Ahora se ocupará el Adjunto de la querrela de despojo interpuesta por Cotes y Althaus, á causa de la resistencia del juez, para suspender el embargo. Una ligera comparación de la ley con los hechos bastará para fijar el carácter de la cuestión.

El juez ha rehusado suspender el embargo no obstante exponer los Pérez, que los asiáticos se hallaban en poder de terceras personas. Hay aquí indudablemente denegación de justicia, desconocimiento de un derecho; pero no privación real de su ejercicio, en lo que consiste el despojo. Cotes y Althaus no han dejado, por un solo momento, de disfrutar de los servicios de los asiáticos; no han cesado de aprovecharse de las prestaciones materiales á que se refiere el contrato de locación; y la mejor prueba que á este respecto puede ofrecer el adjunto, está en el mismo auto superior sometido al conocimiento de V. E. en el cual se manda que los querellantes *continúen* en la posesión de los servicios..... .. Lo que *continúa*,

no ha sido interrumpido, y la interrupción sería absolutamente indispensable para que hubiera despojo. No ignora el Adjunto que hay diferencia entre el derecho mismo y los medios externos ó materiales que constituyen ese ejercicio, pero también sostiene que hay entre unos y otros tal correlación, que el derecho no puede decirse suspendido, mientras no se nieguen los medios de realizarlo, mientras no se nos prive de ellos, en el orden práctico de las cosas.

V. E. no declaró el despojo, en el caso de los capitalistas nacionales, porque el Gobierno simplemente y en el orden especulativo desconociera la preferencia de éstos, sino porque ese desconocimiento lo hizo efectivo y material, procediendo de un modo real y definitivo á la adjudicación del negocio, ó imposibilitando, en el orden de los hechos, el ejercicio del derecho. Los capitalistas dejaron de poseer el derecho de prelación; llegó la coyuntura de ejercitarlo, y les fueron negados, no sólo los medios de hacerlo, sino hasta la realidad legal del mismo derecho. Aquí no se vé mero desconocimiento, sino también privación verdadera.

Estos principios se hallan en perfecto acuerdo con el art. 1366 del procedimiento civil que exige, para autorizar una querrela de despojo, que el poseedor de una cosa sea desposeído de ella y que ofrezca probar los dos extremos de haber poseído y dejado de poseer; y con el art. 1378 de la misma ley que exige, para que haya despojo judicial, que un juez prive á alguno, de su posesión. En el caso presente, no ha habido desposesión, porque el embargo quedó de hecho suspendido, aun cuando el juez no decretara la suspensión.

Está fuera de duda que toda querrela de despojo debe terminar por un auto restitutorio ó por una declaratoria de no haber lugar, si nó se ha producido la prueba respectiva. No obstante la fuerza de este argumento legal, el superior declara expoliativas las providencias del juez y reconoce, al mismo tiempo, que la posesión no ha sido siquiera perturbada, mucho menos arrebatada, desde que manda que Cotes y Althaus *continúen* en ella en vez de mandar que se les restituya, lo que se habría ordenado

indudablemente, si el despojo hubiera tenido lugar, como se habría ordenado, porque no estaba en las facultades del superior, eludir el cumplimiento del art. 1383 de enjuiciamientos civiles.

La misma querrela de despojo no contiene la afirmación de que se haya privado á los querellantes, ni del derecho de servirse de los asiáticos, ni de los servicios mismos que éstos deben prestar, según su contrata; sinó el temor de que el despojo se realice, ó sea la amenaza de perturbación que determina un caso de amparo, y el auto superior, en uno de sus considerandos, establece que el despojo *no se ha consumado*; pero que la insistencia en llevar adelante el embargo hace expoliatorio el auto que lo ordena. El superior ha querido referirse al carácter del auto, á sus tendencias que pueden conducir á la expoliación; pero la ley ha menester *hechos consumados*, sin los que no puede aplicarse, y esos hechos no existen en el caso actual, porque Althaus y Cotes no han probado el extremo de haber dejado de poseer el derecho sobre los servicios de los asiáticos.

Por estos fundamentos, el Adjunto cree: 1º que debe declararse la nulidad del auto de vista, por cuanto no ha habido despojo, sino denegación de justicia; 2º, que, reformándolo, debe resolverse la insubsistencia del embargo, como injusto y nulo, reconociendo el derecho de Althaus y Cotes á los servicios de los asiáticos, mientras no sean aquellos oídos y vencidos en juicio; todo ello salvo el ilustrado parecer de V. E.

Lima, Mayo 6 de 1871.

GARCÍA.

*Lima, Julio diez y nueve de mil
ochocientos setenta y uno*

Vistos; con lo expuesto por el Ministerio Fiscal y considerando: que, según el artículo mil trescientos ochenta

del Código de Enjuiciamientos, la jurisdicción de la Ilustrísima Corte Superior, en el presente juicio, ha estado limitada á resolver si hay ó no un verdadero despojo, ordenando, en el primer caso, la restitución con las calidades que previene la ley: que, según lo dispone el artículo mil trescientos setenta y tres del mismo Código, para resolver que hay despojo y ordenar la restitución, es indispensable que el demandante haya probado los dos extremos de haber poseído y haber dejado de poseer: que, recibida á prueba la querrela interpuesta por don Emilio Althaus, éste no ha probado que el juez de primera instancia doctor don Gregorio Galindo con sus providencias lo haya privado de la posesión que tenía; declararon nula la resolución de fojas setenta y ocho, su fecha dos de marzo último, como infractora de las leyes citadas: la reformaron, declarando que don Emilio Althaus no ha probado el despojo judicial á que se refiere su querrela: dejaron á salvo el derecho de las partes para que lo ejerzan como vieren conveniente en el actual estado de la causa y los devolvieron.

Ribeyro.—Cossio.—Alvarez.—Muñoz—Arenas.—Ovicdo.—Cisneros.

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Caso en que la estralimitación de los peritos, al emitir sus dictámenes, no da lugar al recurso extraordinario de nulidad.

Excmo. señor:

Por auto de 2 de Julio de 1870, á fojas 49, cuaderno de pruebas, se mandó practicar la liquidación de intere-