

*Lima, Junio tres de mil
ochocientos setenta y uno*

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista, pronunciada en veintisiete de marzo último por la Ilustrísima Corte Superior del Departamento de Arequipa, en cuanto, aprobando la de primera instancia de fojas veintiuna vuelta, dá por comprobado el crédito de don José Girou, objeto de este juicio, pudiendo ocurrir para su pago donde viere conveniente; y los devolvieron.

*Ribeyro.—G. Sánchez.—Cossio.—Muñoz.—Vidaurre.—
Arcas.—Oviedo.*

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Posesión

Excmo. señor:

En esta causa, que se sigue entre don Antonio Salinas y la Compañía Sud Americana establecida en Londres, la cual es cesionaria del arrendatario don Emilio Ros.-Corsi, y la misma que se opone á la posesión que, de la hacienda del *Ingenio*, se ha mandado dar á Salinas representante de don Miguel Winder, se han pronunciado el auto apelado de f. 51 y el de segunda instancia de f. 76 que es objeto del recurso de nulidad á que este dictamen se contrae, con vista de los autos principales en que recayó la sentencia por la que fué anulada la venta de dicha hacienda, y se ordenó su entrega á Salinas.—

Esos autos que el Tribunal Superior pidió *ad effectum vendi* á f. 75, han venido al conocimiento de V. E. y al despacho de este Ministerio, con el otro recurso de nulidad en que se contradice la misma posesión por don José Ausejo, pero sólo en la parte que comprende unas tierras anexas á dicha hacienda, que éste las posee á título de dominio por compra-venta. Así se explica el por qué de las actuales referencias á los cuadernos agregados.

El auto declaratorio de 22 de Abril de 1870 (f. 330 vta. cuaderno 2º agregado) es parte integrante de la sentencia definitiva del 15 de Marzo anterior (f. 322 vta.) En todas sus partes, quedó ejecutoriada la sentencia; de consiguiente, no es cuestionable que, conforme á ella, quedó anulada la venta que, de la hacienda del *Ingenio*, hizo en 10 de Setiembre de 1853 don José María Salazar á don Manuel Escobar; y quedó resuelto que debía devolverse y entregarse dicha hacienda á don Antonio Salinas en representación de don Miguel Winder.

Aunque los hijos del vendedor Salazar por el otro sí de f. 383 vta. reiteraron sus oposiciones á la posesión de la hacienda á Salinas, y apelaron subsidiariamente, se declaró sin lugar todo lo pedido por el auto de 14 de Marzo de 1871 (f. 3-6 vta.), y se ordenó el cumplimiento de lo mandado, que era la entrega y posesión de dicha hacienda, como se vé en el auto de 11 del citado Marzo á f. 372, cuaderno 1.º. A este punto se contrajo expresamente la última Corte Superior en el que pronunció en 23 del propio Marzo á f. 12 vta. cuaderno 3º de los agregados. Allí se vé, en efecto, que confirmó el denegatorio de la apelación; y autorizó al juez de primera instancia doctor Olivares, para que se constituyese en Chancay á conferir á Salinas la posesión de la hacienda del *Ingenio*.

La firmeza de esa ejecutoria es inmovible desde que V. E., por resolución de 8 de Mayo de ese año, declaró improcedente el recurso de nulidad (f. 27 cuaderno id. 3º).

Como, al fundar su actual recurso de nulidad, la Compañía cesionaria del arrendatario Rossi-Corsi declama arduosamente contra el juez que, sentenciando la nulidad de la venta de la Ila Ienda, declaró que la entrega de

ella se hiciese á Salinas en representación de Winder; aun cuando un arrendatario carece de acción y derecho, para examinar la justicia con que hubiese sido vencido el propietario en un juicio de quince años, conviene advertir, para honra de la rectitud de los Tribunales, que la sentencia de entrega de la hacienda á Salinas, que es Winder, no es más que el mero cumplimiento de lo literalmente pactado en la cláusula 3 de la escritura de 22 de abril de 1847.

En esa escritura, no sólo se constituyó la hipoteca de la mencionada hacienda por los 61.542 pesos y sus intereses, que Winder prestó á Salazar para comprarla en retracto; sino que, en la tercera cláusula (fs. 1 vuelta cuaderno B. de los agregados), después de estipular la *no enagenación* de la hacienda hipotecada, se estipuló, además de la nulidad, para el caso de ser vendida á pesar de la prohibición, que entonces *tendría Winder el derecho de retención del fundo*.

Si, violando ese pacto, Salazar vendió á Escobar la hacienda, en 10 de setiembre de 1853 (fs. 302 cuaderno 2º); y si se anuló esa venta, por la sentencia de 15 de marzo de 1870 (fs. 322, cuaderno id.), evidente es la justicia con que se mandó, en el auto declaratorio de esa sentencia (fojas 330 vta. cuaderno id.), que la entrega de la hacienda hipotecada se hiciese á Salinas representante de Winder; quedando así cumplida la cláusula penal en que se estableció, para este determinado caso, el derecho de retención del fundo. Para librarse de esa retención pactada y ejecutoriada, no hay otro remedio que pagar la deuda pendiente. Ofender la ilustración é integridad de los Tribunales, no es pagar.

La Compañía general Sud-Americana de Londres sólo tiene, como cesionaria de Rosi-Corsi en virtud de la escritura de 5 de abril de 1869 (fs. 34 cuaderno corriente), los derechos que á éste le correspondían como arrendatario de la hacienda del Ingenio. Ninguna conexión con el arrendamiento, único contrato que se debe examinar en este pleito, hay en las cláusulas que se refieren á ventas de especies, adelantos, comisiones, &c.

El arrendamiento se hizo por Escobar á Rosi-Corsi

por la escritura de 16 de diciembre de 1863 (fs. 1 cuaderno corriente), en virtud de la autorización judicial que se concedió en los autos de primera y segunda instancia, insertos en la misma escritura á fs. 16 vta. y 7.—Apareciendo literalmente en esa autorización pedida, controvertida y concedida, que preexistía la interdicción “con el objeto de no enagenar dicha hacienda, ni los capitales que en ella había cuando se expidió la indicada resolución”; es impertinente citar un auto de 11 de diciembre de 1852 para suponer que la interdicción se limitaba á no celebrar contrato sobre los capitales y esclavatura.—La interdicción de que los contratantes, el juez y el tribunal hablan en la escritura de 1863, no se refiere, por cierto, á la de once años antes, sino á la que se halla en el cuaderno especial sobre interdicción; cuaderno en que están originales esos autos copiados en la escritura, y que tienen más de 90 fojas, pues se cita hasta la 91 en los insertos.

Si fuera necesario ese cuaderno para resolver el actual recurso de nulidad, pediría su agregación este Ministerio. No lo es; porque no puede cuestionarse la verdad que consta de la ejecutoria trascrita en el mismo título de f. 1, presentado por el arrendatario; porque el arrendatario no tiene investidura alguna, y carece de acción y de derecho para ingerirse en los pleitos concluidos entre Escobar que le arrendó la hacienda, y el acreedor Winder con quien éste litigaba desde muchos años antes; y porque, en fin, cualquiera que fuese la interdicción, no se deduce de ella ningunos derechos ni obligaciones para los actuales litigantes. Deben derivarse todos de la escritura del acreedor Winder, de las ejecutorias en que éste venció al comprador Escobar y de la escritura de arrendamiento que, con licencia judicial, otorgó ese comprador á Rosi-Corsi.

Apareciendo de esa escritura de arrendamiento que, para otorgar el locador Escobar, necesitó de licencia judicial, por estar pendiente el pleito de nulidad de la compra-venta, es inquestionable: 1º que no podía ser alterado ese arrendamiento sin nueva licencia judicial; 2º que los contratantes estaban sugetos al éxito del pleito.

Resulta de lo primero, que si la merced conductiva de 12,000 pesos se debía de pagar al vencimiento de cada año, en el modo y á los acreedores que allí se expresan; si el subarriendo era prohibido, y limitadas las mejoras, no pueden subsistir, ni aun tienen las apariencias de buena fé los pactos ineficaces posteriores que se hayan celebrado contraviniendo ó desnaturalizando lo estipulado con autorización judicial. Estas consecuencias que se derivan del contrato mismo, están apoyadas también en la ley, pues según el art. 2267 del Código Civil, no pueden hacer novación alguna sinó las personas capaces de contratar, y esa capacidad estaba restringida en el locador, que necesitaba de licencia judicial, y en el conductor que sólo podía usar de los derechos que se estipularon en virtud de esa licencia.

De lo segundo, resulta que todos corrían voluntariamente el riesgo de que se acabase el contrato de locación si se declaraba la nulidad de la compra-venta. Si esto es natural en el arrendamiento que, á sabiendas, se celebra de una cosa litigiosa, pues el que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse á sus consecuencias (inciso 3º art. 2110 de id.), en expresión del art. 1606 inciso 3º. "Se acaba el contrato de locación, por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía en la cosa." Esta disposición no es más que el corolario de los principios consagrados en el art. 475, "el dueño posee por medio de su arrendatario," y en el art. 469 del Código Civil, "el que posee á nombre ó por voluntad de otro, no posee para sí, sinó para éste;" y en el art. 1635 del Código de Enjuiciamientos, "la sentencia dada contra una parte aprovecha ó perjudica al tercero cuyo derecho provenga de los que siguieron el juicio."

Por estas razones y considerando el juez de primera instancia que estaba ejecutoriada la sentencia en que fue vencido el locador Escobar, y por la cual se mandó, conforme al pacto hipotecario, dar posesión á Salinas, resolvió, por auto de 27 de Mayo de 1871, á f. 51, cuaderno corriente, que se cumpliese la ejecutoria, ministrando la posesión del *Ingenio* á Salinas.

De este auto apeló la Compañía Sud Americana (f. 53), se le concedió en solo efecto; y la Ilma. Corte Superior de esta capital en el que pronunció el 20 de Octubre último á f. 76 vta., ha revocado, no el auto que se apeló, sinó la sentencia ejecutoriada de 22 de abril de 1871 en que fué vencido el locador (f. 330 vta., cuaderno 2º); bien que no en cuanto á la anulación del contrato de venta á Escobar, sinó en la parte que se mandó entregar en retención la hacienda á Salinas.

Los fundamentos aducidos en la revocatoria se dirigen, sin embargo, contra el auto apelado de f. 51; y todos ellos se reducen á que la Compañía Sud Americana está en posesión de la hacienda y de los capitales y traspasos por las escrituras públicas que le otorgó Rosi-Corsi; que, como tal posesión con título, no debe ser desposeída mientras no sea vencida en juicio ordinario, y anulados en él sus documentos, y que no puede tampoco perjudicar la sentencia de nulidad de la venta, al poseedor que no intervino en ese pleito.

No puede atribuirse este auto revocatorio sinó á una lamentable equivocación. Se ha incurrido en ella, no sólo revocando el auto ejecutoriado en un juicio con el locador, y del cual no se ha apelado, sinó en cuanto á la cosa objeto de la posesión, y á la naturaleza de los derechos y acciones del arrendatario.

No se trata de dar posesión de los capitales, enseres y créditos que el arrendador Rosi-Corsi hubiese traspasado como de su exclusiva propiedad á la Compañía Sud-Americana, y de cuyas especies y valores podrá disponer lo que quisiere: se trata únicamente de la hacienda arrendada con los capitales que, bajo de inventario, se entregaron al conductor Rosi-Corsi.

No se dirige tampoco la acción de Salinas contra un verdadero poseedor, el cual, según el artículo 470 del Código Civil, "sería reputado dueño mientras no se probase lo contrario"; "no estaría obligado á responder en juicio sumario sino en ordinario cuando hubiese poseído la cosa por más de un año"; "ni debería ser desposeído sino después de citado, oído y vencido en juicio".

Se dirige contra el arrendatario que no se reputa due-

ño, ni posee para sí mismo, sino que **posee** para el dueño según el inciso 5º artículo 475: se dirige contra el conductor cuyo arrendamiento *se acaba* en virtud de la terminante disposición del inciso 3º art. 1606, "ser vencido en juicio el locador", como lo fué ya Escobar de quien Rosi-Corsi arrendó la hacienda del *Ingenio*, y á quien, en el juicio de 15 años, se le anuló la compra que de ella hizo, y se le mandó que la entregase á Salinas.

Se trata, finalmente, de una posesión tan expedita por la ley y por la práctica invariable, que, de no concederse, resultaría profundamente herido el **principio** de propiedad, á merced de los arrendatarios que, á despecho de la ley, retendrían lo que ya está **sentenciado como ageno**, y reabrirían por su cuenta y provecho los **procesos** en que fueron vencidos sus locadores.

Si el locador es el llamado por la ley (inciso 3º art. 1587 del Código Civil) á defender la cosa arrendada, así como el conductor (inciso 3º art. 1595) á darle aviso de cualquier usurpación que se intente sobre ella. Si vencido el locador en el juicio, se acaba el arrendamiento (artículo 1606 inciso 3º) quedando de consiguiente fenecido el proceso; no se concibe como se podría, existiendo el artículo 129 de la Constitución y el artículo 25 del Código de Enjuiciamientos, hacer revivir con el arrendatario Rosi-Corsi ó Compañía Sud-Americana, el proceso que, en controversia con el locador y propietario Escobar, ha fenecido con la sentencia que anuló su compraventa y mandó entregar la hacienda á Salinas.

Hay, pues, nulidad en el auto de vista de f. 76 vta. que, no sólo niega la posesión y entrega de la hacienda, ordenando que Salinas siga un juicio ordinario con el arrendatario, después del otro juicio ordinario ya concluido con el locador Escobar; sinó que se avanza hasta revocar la parte de la sentencia en que se mandó la posesión y entrega en ese juicio concluido; parte ratificada por la decisión que pronunció el Tribunal Supremo en 23 de Marzo de 1871 (f. 21 vta., cuaderno 3º agregado), y nuevamente ejecutoriada por la improcedencia que se declaró á f. 27 cuaderno id. 3º.

Puede servirse V. E. declarar dicha nulidad, y confir-

mar el auto apelado de 27 de Mayo de 1871 á f. 51.— Así tendrá lugar la posesión y entrega del fundo á Salinas; sin perjuicio de que Rosi-Corsi ó la Compañía Sud Americana, ó quien quiera que sea, use de los derechos que le competan, en la vía y forma correspondientes.

Lima, á 13 de Abril de 1871.

URETA.

Lima, Setiembre veinte y seis de mil ochocientos setenta y dos.

Vistos; en discordia de votos y con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas setenta y seis vuelta, su fecha veinte de Octubre último, que manda se suspenda la entrega de la hacienda del *Ingenio* á don Antonio Salinas y que se siga respecto de ella el juicio ordinario prevenido por la ley; entendiéndose que esto es sin perjuicio de la posesión civil que sobre dicho fundo corresponde al mencionado Salinas en representación del propietario; y los devolvieron, con los traídos *ad effectum vivendi*.

Cossio.—*G. Sánchez*—*Alvarez.*—*Ribeyro.*—*Muñoz.*—*Vidaurre.*—*Oriado.*—*Cisneros.*—*Ingunza.*

Se publicó conforme á la ley, habiendo sido el voto de los señores Alvarez, Ribeyro, Muñoz y Vidaurre por la nulidad, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.