

Muñoz.—Cossío.— Alvarez. — Arenas. — Vidaurre.—Oviedo.—Cisneros.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Insubsistencia por recaer el fallo sobre punto que no ha sido materia de la demanda.

Excmo. señor:

El Fiscal encuentra fundado y admisible el recurso de nulidad interpuesto por el procurador de don Pedro Arrese del auto pronunciado en discordia de votos, por la Ilustrísima Corte Superior del departamento en 28 de mayo último, por el que se declara la insubsistencia del apelado y se manda que el juez proceda á aprobar ó desaprobar el laudo y la consiguiente petición practicada conforme á éste; teniendo presente la legalidad ó ilegalidad de las observaciones de los letrados y del consejo de familia.

El auto del juez inferior corriente á fojas 209 aprueba en todas sus partes la petición de los bienes pertenecientes á la testamentaria de doña Jacinta Fernández de Paredes y también las modificaciones hechas por los peritos en la segunda operación de fojas 108, declarando sin lugar la solicitud contraria. De esta resolución se interpuso la alzada por don José V. de Velazco y hermano á fojas 212 y sobre ella solamente

debió resolver el Tribunal Superior. Al mandar la Ilustrísima Corte Superior que el juez proceda á *aprobar ó desaprobar* el laudo, ha incurrido en una infracción de ley y ha ejercido su jurisdicción sobre punto que no le competía, que no le estaba sometido y que no podía ordenar al juez que lo resolviera, porque carecía de facultad para ello.

Los jueces árbitros han ejercido sus funciones como tales, y han pronunciado un laudo y también como peritos, y con tal carácter han practicado una división y partición.

En la escritura de compromiso renunciaron los interesados á los recursos de apelación y demás legales, tanto respecto al laudo cuanto á la partición sin otra restricción que la indispensable requerida por el artículo 2152 del Código Civil.

Los arbitros son jueces de primera instancia que ejercen jurisdicción voluntaria en el negocio que se les encomienda. Si las partes no han renunciado los recursos de apelación y otros, y no creyeren justo el laudo entonces pueden ocurrir á la Corte Superior del distrito para que la sala de turno, *como juzgado de equidad* lo confirme ó revoque, artículo 1552 Código de Enjuiciamientos. Al juez solo compete hacer cumplir el laudo ya homologado, artículo 1565. Es pues de palpable evidencia que la Ilustrísima Corte Superior ha quebrantado estas leyes y que desconociendo sus atribuciones, las ha delegado al juez, para que apruebe ó desapruebe un laudo inapelable, y abra el juicio que en virtud del mismo quedó fenecido.

Los peritos partidores que bien pudieron ser los mismos arbitros ú otros, no tienen jurisdic-

ción propiamente dicha sino una simple comisión de confianza, para formar una cuenta, rectificarla ó salvar los errores ó equivococ de la que se someta á su pericia. Si tuviesen jurisdicción no serían los jueces de primera instancia los llamados por la ley para resolver acerca de sus operaciones. Este es el espíritu de los artículos del C. de E. en el título que trata de las atribuciones de los peritos. Estas facultades aparecen reconocidas por los interesados en este pleito y también por varios autos que han quedado consentidos.

La ejecutoria de fojas 186, que declaró la insubsistencia de lo actuado solamente ordenaba que se corriese á las partes *traslado* de la rectificación á fin de que se resuelva lo que sea de justicia. Así se hizo, ni tampoco debió hacerse más, sin admitir nuevos extraños é inoportunos en el estado de la causa. Pero en el recurso de fojas 204 después de contestarse el traslado por don Teodoro V. de Velazco y hermano, opuso la tacha de falta de jurisdicción que era extemporánea y que conducía á destruir lo convenido y ejecutoriado; procedimiento que haría interminable este juicio y que no debe emplearse con repetición.

En eljuicio de particiones, sujeto á arbitraje, no debe procederse con rigor de derecho y la Ilustrísima Corte Superior ha debido por lo mismo proceder como tribunal de equidad según lo previene la ley.

Al Fiscal le parece innecesario extenderse más en este dictamen, pues bastan al conocimiento del negocio y á su propósito, lo expuesto, los fundamentos del auto del juez de primera instancia de fojas 209 y las razones que contienen los votos razonados de los señores voca-

les Pérez y Corzo que corren desde fojas 225 y que se reproducen. Por ello y en conclusión opina que V.E. declare nulo el auto de la Ilustrísima Corte Superior en la parte que manda *que el juez apruebe ó desapruebe el laudo*; que lo declare V.E. insubsistente en la parte que hace extensiva esta resolución á la partición practicada conforme á este laudo y que la I. C. S. absuelva el grado según derecho y el mérito del auto apelado.

Lima, julio 16 de 1873.

PAZ SOLDÁN.

FALLO

Lima, agosto 11 de 1873.

Vistos; de conformidad con la conclusión fiscal; atendiendo á que la sentencia debe recaer sobre los puntos demandados y controvertidos; que la cuestión ventilada en la presente causa no ha sido la aprobación ó desaprobación del laudo, pues este no ha sido contradicho, sino acerca de la aprobación ó desaprobación de las particiones hechas y rectificación practicada por los peritos, que fué materia del auto de fojas doscientas ocho cuaderno corriente que debió la Ilustrísima Corte Superior confirmar ó revocar; por tanto, declararon insubsistente el auto de

fojas doscientas veinticuatro, su fecha veinte de mayo último; y los devolvieron para que se absuelva el laudo pendiente.

Muñoz.—G. Sánchez.—Cossío.—Alvarez.—Ribeyro.—Oviedo.—Cisneros.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Sondistintos actos que dan lugar á distintos derechos—la adjudicación de una cosa por compensación y la donación.

Excmo. señor:

El Fiscal dice: que si fuera permitido al magistrado aceptar las conjeturas y argumentos con que se sostienen algunas causas, tal vez, antes de fijarse y entrar detenidamente el que suscribe en el fondo de la presente cuestión, habría vacilado para formar su juicio acerca de la legalidad y justicia con que se ha pronunciado la sentencia de vista de que viene el recurso de nulidad. Más á presencia de los fundamentos en que se apoya la sentencia de primera instancia confirmada por la Ilustrísima Corte Superior de este distrito judicial, siendo exactas las disposiciones de derecho allí citadas y constantes los hechos á que se refiere, es necesario convenir en que una terminante violación de las leyes y una