

vocaron el de primera instancia de fojas ciento cincuenta y seis, su fecha siete de junio del mismo año: declararon que Picasso Hermanos cumplen su obligación entregando el depósito reclamado en soles de plata, previa reducción de los billetes fiscales que recibieron, al tipo que tenían en la fecha que otorgaron el recibo de fojas ciento cuarenta y dos; y los devolvieron.

*Muñoz — Sánchez — Chacaltana — Alvarez.
Mariátegui — Loayza — Guzman.*

Se publicó conforme a ley, siendo el voto del señor Chacaltana por la nulidad del auto de vista, y que Picasso Hermanos cumplen su obligación entregando de deposito en los mismos billetes que recibieron, por su valor nominal; de que certifico.

Juan E. Lama.

Cuaderno N°. 502.—Año 1889.

42

La declaración de abandono de la primera instancia, no extingue la acción.

Recurso de nulidad interpuesto por la Beneficencia de Camaná en la causa que sigue con doña Trinidad y doña Magdalena Corzo, sobre cobro de un legado.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo Señor:

En el año de 1853, el doctor don José Siméon Tejeda, como representante de la Benefi-

cencia de Camaná, demandó a las señoras doña Trinidad y doña Magdalena Corzo para el pago de la anualidad de doscientos pesos desde el año de 1820, por un legado pío que el doctor don Domingo Pacheco dejó a los pobres de aquella ciudad, cuyo legado debía abonarse de los arrendamientos del fundo nombrado "chácara de Miraflores", dejado por el testador a don Juan Crisóstomo Corzo, del cual son hijas las expresadas señoras.

Al contestar la demanda, don Francisco Corzo, por sus hermanas, entabló reconvencción o mútua petición [fojas 23 cuaderno 1º], alegando que la renta materia de la demanda constituía un censo, el cual debía calcularse al 2% y no al 5, y que habiendo pagado durante algunos años más de los ochenta pesos que importaba el citado 2%, debía devolversele lo que había pagado demás, para que se ordenase la compensación.

Recibida la causa a prueba [fojas 42 id.], se produjeron las que constan en el cuaderno 1º, hasta el 29 de setiembre del mismo año, en que la causa quedó paralizada, como se vé a fojas 20 del mismo cuaderno 2º; pero los autos habían quedado en poder de la familia Corzo, que era la demandada.

En 1876, el doctor don Manuel Esteban Piérola, como apoderado del Concejo Provincial de Camaná, al cual habían pasado los bienes de Beneficencia, por no existir en esa provincia esta institución, pidió que el doctor don Lucas Corzo entregase los autos que retenía en su poder; con cuyo motivo se practicaron varias actuaciones, hasta el 29 de noviembre de 1877, en que el referido don Lucas Corzo pidió el abandono de la instancia, según se vé a fojas 46, cuaderno 3º. A fojas 49, el juez denegó el abandono; pero la Cor-

te Superior de Arequipa, a fojas 56, lo declaró fundado. Habiéndose pedido por Piérولا declaratoria para que se expresase si tambien estaba abandonada la reconvención, se expidió por la misma Corte el auto de fojas 60, declarando que no ha quedado abandonada la reconvención propuesta por el reo.

Devueltos los autos a primera instancia, pidió Piérولا que continuase el juicio sobre la reconvención [fojas 64], a lo cual se opuso Corzo, resolviéndose por el juez de primera instancia [71] que se pusiese por el actuario la constancia de la publicación de probanzas y que se entregasen los autos para alegar, es decir, que continuase el juicio sobre la reconvención; y apelada esta resolución por Corzo, la citada Corte, a fojas 77 vuelta, declaró que no debía continuarse la instancia y que los interesados sólo podían en otra nueva usar de sus respectivos derechos; de cuyo auto se ha interpuesto el presente recurso de nulidad.

Los dos fallos de la Corte de Arequipa son contradictorios, pues, en el primero se declaró que no estaba abandonada la mútua petición, y en el segundo se declara abandonada de hecho, puesto que no puede ya entablarse sino en otro juicio distinto; y luego, es verdaderamente extraño que se haya podido declarar abandonada la demanda y vigente la reconvención, siendo así que ambas constituyen un sólo juicio y no pueden separarse sin dividir la continencia de la causa, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 592 del Código de Enjuiciamientos.

Pero no sólo existe esta irregularidad, sino que también hay otra, que hace nulo todo lo actuado en el presente juicio, y es, la falta de intervención del Agente Fiscal en primera instancia,

siendo así que, según el inciso 1º artículo 158 del propio Código, es obligación de dichos funcionarios defender los bienes de Beneficencia. Los Agentes Fiscales son, pues, parte en estos pleitos, y la falta de su audiencia produce nulidad.

Tampoco en la Corte Superior de Arequipa se oyó a su Fiscal, infringiendo de esta manera lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 154 del mismo Código. Con estas omisiones se siguió el juicio entre la Beneficencia de Camaná y la familia Corzo; y con las mismas, se declaró el abandono de la demanda, incurriéndose así en una nulidad insanable, que no ha podido quedar ejecutoriada por el silencio del apoderado de aquellas instituciones, doctor Piérola, tanto por tratarse de bienes de Beneficencia y legados píos, cuanto por no haberse dado audiencia al Ministerio Fiscal.

Es llegado, pues, el caso de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1749 del Código de Enjuiciamientos, se sirva V. E. declarar la nulidad de todo lo hecho en este juicio y reponerlo al estado de fojas 31 cuaderno 1º, a fin de que, contestada la demanda por el representante de las señoras Corzo, se corra traslado al Agente Fiscal, para la defensa del legado pío de que se trata; y el Fiscal lo pide así a V. E., en cumplimiento del deber que la ley le impone.

Lima, 18 de julio de 1889.

ESPINOSA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 27 de junio de 1890.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 77, su fecha 17 de agosto de 1880, que revocando el de primera instancia de fojas 71, su fecha 15 de octubre de 1879, declara que no debe continuarse la instancia que se dió por abandonada, y que, por lo mismo, sólo pueden los interesados, en otra nueva, usar de sus respectivos derechos en la forma que mejor les convenga, con costas; y los devolvieron.

*Arenas — Muñoz — Sánchez—Chacaltana —
Alvarez—Loayza—Guzmán.*

Se publicó conforme a ley; de que certifico.

Juan E. Lama.

Cuaderno N° 888—Año 1888.
