

Embargado el dominio útil, no procede la tercería excluyente del dueño del dominio directo sin la previa declaración de comiso.

Recurso de nulidad interpuesto por el Convento de la Merced del Cuzco, en la causa que sigue con don Enrique Manchego y don Buenaventura Fernández Cornejo, sobre tercería.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

La tercería excluyente de dominio promovida por el Convento de la Merced del Cuzco, se funda en que la hacienda Chamos, propia de dicho Convento, ha caído en comiso, tanto por no haber pagado el cánón por más de cinco años, cuanto porque el dueño del dominio útil no ha cumplido con hacer ciertas obras en el río para preservar el fundo de las avenidas.

La facultad que tienen los jueces de enmendar o suplir las faltas u omisiones en que incurran los litigantes respecto a las formas propias del juicio, no se extiende hasta variar la acción deducida ante ellos, razón por la cual el juez de primera instancia de Moquegua ha sustanciado y resuelto la demanda como tercería exclu-

yente de dominio, y como tal, la ha declarado justamente sin lugar, por el fallo de fojas 65, confirmado a fojas 79 por la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa.

Para que pudiera proceder en el presente caso la demanda del Convento del Cuzco, era necesario que previamente se hubiese declarado en juicio lato el comiso de la hacienda Chamos, juicio en el que, según el artículo 1903 del Código Civil, el enfiteuta ha podido purgar la mora satisfaciendo todo el cánón adeudado y las costas, derecho que puede ejercer hasta que se pronuncie la sentencia que cause ejecutoria.

Cierto es, como sostiene el Convento, que la enfiteusis fenece por falta de pago del cánón; pero no es menos cierto también que es indispensable que el comiso sea judicialmente declarado. No habiendo seguido el Convento juicio alguno sobre comiso de Chamos, no puede titularse dueño del dominio útil, y por lo tanto, carece de derecho para promover la presente tercería, con arreglo a los artículos 1217 y 1218 del Código de Enjuiciamientos.

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Fiscal es de sentir que no hay nulidad en la sentencia de vista de fojas 79, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 65, por la que se declara sin lugar la demanda de tercería excluyente interpuesta por el apoderado del Convento de la Merced del Cuzco.

Lima, 26 de mayo de 1893.

Otro sí dice el Ministerio Fiscal: que siendo reversibles al Estado los bienes de los Conventos, ha debido oírse en esta, causa al Ministerio

Público, con arreglo al artículo 154 inciso 1º del Código de Enjuiciamientos en materia Civil; y, en tal concepto, V. E. debe hacer las convenientes prevenciones a la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa, como al juez de primera instancia de Moquegua, a fin de evitar faltas de esta naturaleza.

Fecha *ut supra*.

ALBARRACÍN.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 7 de junio de 1893.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 79, su fecha 15 de junio próximo pasado, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 65, su fecha 21 de diciembre de 1891, por la que se declara sin lugar la demanda de tercería excluyente interpuesta por el apoderado del Convento de la Merced del Cuzco; condenaron en las costas del recurso y en la multa de ciento sesenta soles a la parte que lo interpuso; ordenaron el reintegro del doble del papel sellado; y los devolvieron.

Sánchez — Guzmán — Vélez — Corzo — Elmore.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

LUIS DELUCCHI.

Cuaderno N.º 461.—Año 1892.