

La interposición del interdicto de obra nueva, compete sólo al propietario del fundo perjudicado.

Recurso de nulidad interpuesto por don Pedro de Osma en la causa que sigue con don Pedro Venturo sobre interdicto de obra nueva. Procede de Lima.

SENTENCIA SUPERIOR

Lima, 27 de setiembre de 1917.

Vistos; y considerando: que don Pedro de Osma ha interpuesto la demanda de fojas una como arrendatario del fundo «El Cuadrado», derecho que sólo compete al propietario conforme a lo dispuesto en el artículo 1018 concordante con el 990 del Código de Procedimientos: revocaron la sentencia de fs. 27, su fecha 10 de agosto último; declararon sin lugar la demanda; y los devolvieron,

Correa.—Mata.—Villa García.

Se publicó conforme a ley.

F. R. Sánchez Rodríguez

DICTAMEN FISCAL

Señor Presidente:

El doctor Pedro de Osma instauró interdicto de obra nueva contra don Pedro Venturo; aseverando que éste al cercar del todo un potrero de su propiedad, dejó encerrada parte de la acequia «Mansilla», regadora del fundo «El Cuadrado» del que el actor es arrendatario.

El fallo de primera instancia defirió a la acción.

La resolución traída al conocimiento del Supremo Tribunal, la desestima.

Se funda en que sólo compete dicha acción al dueño, no al arrendatario del inmueble, según lo dispuesto en el artº 1018 concordante con el 990 del C. de P. C.

Considera el Fiscal que la Corte ha dado errónea interpretación a esos números.

El artº 1363 del código procesal de 1851 prescribía que cualquiera que poseyese alguna cosa a nombre de otra—cual ocurre con el conductor—podía pedir amparo en la tenencia o posesión.

Citándolo el Comité de Reforma en su Exposición de motivos del libro hoy vigente, manifiesta que conviene robustecer y extender el concepto incipiente y parcial que lo inspira.

«La posesión jurídicamente considerada agrega, no es un simple poder de hecho: es la relación de hecho entre la persona y la cosa, tal como ella se utiliza bajo el aspecto económico. Este elemento económico es el objeto práctico de la protección a la posesión, e inquirir los actos que lo significan, es la función primaria del juez en las controversias posesorias».

A la luz de este principio justiciero, el código nuevo declara en su artº 990, que proceden los interdictos contra el propietario; y pueden promover los de retener y recobrar, dentro de los límites de su respectivo contrato, el arrendatario, el anticresista, y en general el que se encuentra disfrutando de un bien.

Con tal amplitud resulta así concedida la acción posesoria que la enumeración de ese artículo permite afirmar, como al anotarlo observa el doctor Eguiguren, que también favorece a los meros tenedores o usuarios incluso en el 169 del C. C.

Al mencionar únicamente los interdictos de retener y de recobrar, no establece una excepción contraria a la regla que preconiza en pró de los poseedores.

Comprende en todas sus variantes las acciones *adipiscende* y *retinende possessionis* justificadas por la obra nueva.

Conforme a lo prescrito en el 1018, el interdicto a que ésta dá margen, tiene por objeto impedir la continuación de la que construye o conseguir la demolición de lo ya edificado en cuanto daña la propiedad del demandante.

Esa obra nueva puede causar perturbación en la posesión o tenencia de otro, y también puede producir desposeimiento.

Tal ocurre cuando, cual se afirma en la instancia originaria de este juicio, el constructor de un cerco clausura más o menos herméticamente el cauce de una acequia, disminuyendo o quitando el agua de riego de la que está otro en posesión.

En ambas emergencias, surge el derecho a cuya efectividad se contraen los artículos 1002 y 1010 del libro procesal referentes a los interdictos de retener y recobrar.

Si aquella obra nueva, fuera de los linderos del inmueble poseído, innova sin previa citación forense en el statu quo de éste al igual que la expoliación que dentro de ellos se perpetrare, siendo idéntica la causal contemplada por la ley, son iguales sus efectos jurídicos.

Se impone por lo tanto la aplicación del aforismo *spoliatus ante omnia restituendus*.

La diferencia en la calificación del interdicto no proviene de su virtualidad que induce a incluirlo en alguna de las principales clasificaciones mencionadas, sino de la forma excepcional del hecho que le da origen, así como de su sencillísima substanciación.

En vez de la rápida actuación de probanzas que requieren las demás acciones posesorias, se limita a la constatación más breve aún, mediante diligencia ocular; suficiente para que el juez prudencialmente ordene la suspensión de los trabajos o las medidas urgentes que eviten la continuación del daño.

No existe razón alguna, cuando perturba o desposee la obra nueva, para favorecer únicamente con la gestión sumarísima al propietario que sólo posee por ficción civil en abstracto; negándola, con flagrante injusticia, al arrendatario que posee de facto, y por tal motivo se halla más inmediata e indirectamente interesado en la reparación.

Ese inquilino, en efecto, también posee para sí, con exclusión efectiva de aquel, en virtud del derecho adquirido en el contrato de locación-conducción. ¿Por qué no ha de mantener, ocurriendo a la indicada vía procesal, tal posesión que de propio jure le concierne?

Y si es el locador quien emprende la obra nueva, por conveniencia o para hostilizarle, ¿queda indefenso, sin el recurso que en tal con-

flicto, sólo para los demás prevería y solucionaría rápidamente la ley?

El poseedor no puede ser desposeído, declara el artº 470 inciso 3º del C. C., si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.

El ejercicio de las acciones posesorias es consecuencia del derecho de poseer.

Luego, disfrutando del tal derecho el conductor, le corresponde esas acciones contra todos, inclusive su locador.

Examinado el transcrito artº 1018 del C. de P. C. con el criterio de nuestra legislación, cuyo concepto robustece y extiende el Comité autor del libro vigente, es obvio que la propiedad del demandante a que alude —en los casos de retener y recobrar, es la del señorío directo; y asimismo, la que constituye el título de posesión *pro nomine*.

El derecho posesorio es propiedad de quien lo tiene legítimamente pactado, con todos sus efectos dominiales dentro de los límites del contrato.

De la concordancia entre los artículos 990 y 1018, a los que debe agregarse principalmente el 470 inc. 3º del código sustantivo, no se deduce en consecuencia, que el interdicto de obra nueva compete, exclusivamente, al dueño, sino, también —en los dichos casos— al conductor.

A mérito de tales consideraciones, en su calidad de poseedor del fundo «El Cuadrado», el doctor Osma ha procedido correctamente al instaurar esa acción, a fin de que si es efectivo el daño con infracción de la ley, se impida el hecho que lo causa.

HAY NULIDAD en la resolución recurrida. Declarando su insubsistencia, puede el Supremo

Tribunal, mandar que el superior cumpla con absolver el grado.

Lima, a 26 de Febrero de 1918.

SEOANE

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 22 de Mayo de 1918

Vistos, con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 36, su fecha 21 de setiembre último, que revocando la de primera instancia de fojas 27, su fecha 10 de agosto del año próximo pasado, declara sin lugar la demanda interpuesta a fojas una por don Pedro de Osma, entendiéndose sin costas; y los devolvieron.

Barreto. — Eguiguren. — Washburn. — Pérez. — Torre González.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno N° 902.—Año 1917.
