didés por su esposa doña Melchora Yépez y se le señale al efecto la tercera parte del sueldo que disfruta; y los devolvieron.

Cossio.—G. Sánchez.—Alvarez. — Ribeyro.— Muñoz.— Vidaurre. — Oviedo.

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Nulidad de un auto, por ser contrario á otro ya ejecutoriado

Excmo. señor:

En 30 de Junio de 1861 se pronunció en primera instancia el auto de f. 28 cuaderno 2º en el juicio sumario que, en 1860, promovió el doctor don Manuel León Velarde querellándose de despojo contra su hermano don Mariano Jacinto Velarde. Allí declaró que aunque éste había acreditado la necesidad de sacar el agua de regadío para sus terrenos en el valle de Vitor, tomándola del río por los terrenos de aquél, no habiéndolo verificado con el permiso é indemnización que prescribe el artículo 1149 del Código Civil, sino de propia autoridad y quemando el monte, había lugar á la restitución, y que por hallarse el monte (en la fecha del auto), en estado de reposición por la naturaleza, la restitución del despojo debía limitarse únicamente á la satisfacción de su valor y «destrucción de la nueva acéquia», debiendo sustanciarse en juicio ordinario la demanda de daños y perjuicios.

En su consecuencia se mandó: 1º que el doctor Velarde fuese restituído á la posesión de los terrenos en que se le había inferido el despojo, como antes estaban: 2º

que se destruyese la nueva acéquia construída por su hermano don Mariano Jacinto; y 3º que éste pagase el valor del monte incendiado y las costas, salvo los derechos del uno sobre perjuicios, y del otro sobre construcción de la nueva acéquia.

Aunque de este auto definitivo se concedió apelación en ambos efectos (f. 30 vta.), se declaró, por el de fojas 34, que el juzgado de primera instancia era competente para seguir conociendo de la ejecución del restitutorio, sin embargo de la alzada, y con tal objeto debía darse el testimonio pedido por el actor.

Por haber sobrevenido este incidente de jurisdicción, cuyo auto fué apelado (f. 35), pasó la causa á la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa, donde quedó paralizada esa instancia por más de nueve años, desde Febrero de 1862 (f. 37 vta. Cuaderno 2º), hasta que á solicitud del doctor Velarde se declaró por el Superior Tribunal, en 5 de Diciembre de 1871, «abandonada y sin lugar la apelación pendiente» (f. 53).

En el auto de 10 de Enero último á f. 60, aprobado por el Superior de f. 66, se fijó, con precisión y claridad, el estado de la causa que no era el de ejecutarse desde luego el auto restitutorio de 1861, sino el de pedirse su testimonio, pues los de la materia debían remitirse originales, á la Ilustrísima Corte, en virtud de la apelación que de ese auto restitutorio se concedió á f. 30 vta. en 16 de Febrero último.

Librado el testimonio, y ordenada la ejecución (f. 17 vta. Cuaderno 3º), se opuso don Mariano Jacinto, no precisamente á la restitución sino á la destrucción de la acéquia; y alegó, para ello, además de la extrema necesidad del regadío, y su allanamiento al pago conforme al art. 1149 del Código Civil, la posesión de la servidumbre por más de nueve años, á vista y sin contradicción de su hermano el doctor Velarde, en quien había supuesto ya extinguidos los resentimientos personales á que atribuía el pleito, y manifestó también, como lo hizo desde que se cuestionó el abandono de la instancia, que hacía algunos años que los terrenos á cuyo regadío estaba destinada la acéquia, se hallaban vendidos á don Juan Lecaros, venta

que se verificó creyendo abandonado el pleito por parte de su hermano el doctor don León y tener largos años una verdadera reconciliación fraternal.

El juez considerándose mero ejecutor sobre este punto, no admitió la oposición, ni aun la apelación.

Habíanse opuesto igualmente el comprador Lecaros acompañando su título de compraventa; y no había sido tampoco admitido, según se expone en la queja de f. 14 Cuaderno 4º, que éste elevó á la Ilustrísima Corte Superior en 27 del propio Febrero.

En vista de esta queja del comprador Lecaros, y de la que interpuso, al mismo tiempo, don Mariano Jacinto Velarde á f. 18 cuaderno id., pronunció la Ilustrísima Corte Superior en 16 de Marzo al auto de f. 19 vta, cuaderno 4º; sin que hubiese lugar á declaratoria, y del cual ha dicho de nulidad el doctor León. En ese auto, fundadas las quejas, se ha mandado «que la restitución se haga únicamente de los terrenos de los montes y demás objetos no disputados, sin borrar ó destruir la acéquia practicada en ellos, en cuyo uso continuarán hasta que se resuelva en presente juicio ordinario si debe subsistir ó nó esa servidumbre.»

Esta resolución se funda en que, vendidos los terrenos de don Mariano Jacinto con la servidumbre de tomar el agua para su regadío necesario por las tierras ó montes del doctor León con título de dominio, no puede ser obligado á responder en juicio sumario sobre esa servidumbre, ni desposeído sino después de vencido en juicio ordinario. Así lo prescribe el inciso 2º art. 470 del Código Civil y el art. 1365 del de Enjuiciamientos, como una de las garantías del derecho de propiedad; y que es más grave el daño que resultaría de dejar sin agua los terrenos de Lecaros si se destruyese la acéquia, que el de conservarla tal como ha existido más de nueve años sin contradicción del doctor Velarde, quien tenía y no usó el derecho de destruirla que se declaró judicialmente; y, además, que, estando aun por resolverse, no sólo la apelación sobre ese derecho de destruir la acéquia, sino pendiente la acción que, para abrir nueva acéquia, compete por el art. 1147 del Código Civil al dueño de una here-

dad cultivada que por accidente hubiese perdido su antiguo conducto de riego.

De estas dos consideraciones, aunque la segunda pueda mirarse como de equidad, la primera es de tan evidente justicia, que no ha mucho la sostuvo este Ministerio, y la declaró V. E. en la causa de don Antonio Salinas con don José Ausejo.

Por estas razones, y las demás que contiene el auto reclamado de f. 19 via., Cuaderno 4º, pero sin admitir, como fundamento legal, que la ejecutoria pueda desvirtuarse pasado un año, siendo así que su duración de 20 años está fijada por el art. 560 del Código Civil, y que si no se halla expedita en algunos casos como el presente y el de Ausejo, es por respeto á los derechos de dominio de un tercer poseedor; el Fiscal concluye opinando que V. E. se sirva declarar que no hay nulidad en el mencionado auto de f. 19 Cuaderno 4º

Lima, á 22 de Junio de 1872.

URETA.

---

*Lima, Julio ocho de mil
ochocientos setenta y dos.*

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, y atendiendo á que la resolución pronunciada en diez y seis de Mayo último por la Ilustrísima Corte Superior de Arequipa y que corre á fojas diez y nueve vuelta del último cuaderno de queja, es contraria á la resolución ejecutoriada de fojas catorce vuelta del cuaderno corriente expedida por el mismo Superior Tribunal: la declararon nula; y, reformándola, confirmaron el auto de primera instancia de fojas diez y siete vuelta cuaderno última-

mente citado, por el que se sobrecarta el de fojas ocho vuelta con la modificación que en su dicho auto de fojas diez y siete vuelta se expresa.

Cossio.— G. Sánchez.— Alvarez.— Muñoz. — Ribeyro.— Vidaurre.— Oviedo.

Se publicó conforme á la ley; de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Excepción de jurisdicción

Excmo. señor:

El Fiscal dice: que, en su concepto, han sido infringidas las leyes nacionales y los principios del Derecho Internacional en la sentencia pronunciada por el Juzgado de Alzadas, corriente á f. 50, por la que, revocando la de primera instancia, se declara fundada la excepción de competencia deducida por don Antonio Raymon á f. 12. En la sentencia del Tribunal del Consulado de f. 30 se hallan consignadas razones fundamentales de Jurisprudencia universal que no pueden desaparecer ante otras de un orden inferior y, por añadidura, ni aplicables á la presente cuestión, como las que se han tenido en consideración en segunda instancia, para revocarla.

La demanda de doña Manuela Bernaldes de Bartet ha sido aparejada con la cuenta de f. 1 suscrita por Mercier y C^a en Lima á 12 y 14 de Mayo de 1870, reconocida á f. 3 por Raymon bajo la firma social de Mercier y C^a, sin que las excepciones que adujo, en el acto del reconocimiento, puedan producir ningún efecto sobre la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de la República; y