

cretada por el juez de primera instancia; y que no hay nulidad en cuanto declara expoliatorio el auto de dicho juez en la parte que faculta al interventor para la habilitación. Y reformando el auto de vista y su referente de primera instancia, mandaron que se lleve adelante la intervención decretada y se deje á las partes su derecho á salvo para solicitar la habilitación en la forma que convenga, y los devolvieron.

Muñoz.—Cossío.—Alvarez.—Ribeyro.—Oviedo.—Alzamora.—García Calderón.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Juicio seguido sobre el contrato del ferro-carril urbano de Lima entre la empresa y la municipalidad.

Excmo. señor:

En la sentencia revocatoria de fojas 89 que la Ilustrísima Corte Superior de este distrito pronunció en 10 de setiembre último, están expresadas las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión que contiene; se ha declarado y resuelto que el H. concejo provincial está en la obligación de poner á disposición del contratista don Mariano Antonio Borda las calles de esta ciudad á fin de que construya en ellas el ferro-carril urbano, con sujeción al contrato de

13 de mayo de 1872 y á las aclaraciones y modificaciones hechas en los acuerdos de 21 de marzo y 4 de abril de 1873.

Más conviene, sin embargo, tener presente además otras consideraciones; visto que la nulidad se funda, por parte del H. concejo provincial, en suponer que se había decidido sobre las aclaraciones y modificaciones, sin haber sido materia de controversia, y que, si de ellas se hubiese tratado, habría dado pruebas de ser esencialmente inaceptables.

Que las aclaraciones y modificaciones fueron materia del juicio, aparece del escrito de fojas 13 en que se mandó la ejecución del contrato, previniendo en la primera página que este contrato constaba de la escritura de fojas 1 y de las aclaraciones y prórroga acordadas posteriormente y que no alteraban lo sustancial del dicho contrato. Así aparece también del escrito en que el demandante Borda contestó á la oposición del H. concejo, pues que fundándose la oposición de este en que carecía de objeto la demanda desde que nadie estorbaba al contratista el cumplimiento del contrato tal como se veía en la escritura de fojas 1; Borda se explicó á fojas 37 vuelta y 38, en los términos siguientes: "Sea de esto lo que fuere, lo que importa es fijar el *punto* que se controvierte. Mi demanda es bien clara á este respecto. Lo que exijo de la municipalidad es que, conforme al contrato (antes había citado la escritura de fojas 1) y á las modificaciones y prórroga del término que se estipularon después, no me estorbe la ejecución del ferrocarril urbano, dentro de ese término y con arreglo á esas modificaciones". Y así aparece finalmente de todas las pruebas producidas des-

de 142, las cuales se concretaron á manifestar y justificar ó contradecir las dichas aclaraciones y modificaciones cuyo expediente especial se mandó agregar por auto de fojas 43 vuelta.

No es por tanto cierto que el superior tribunal hubiese decidido sobre una materia estraña á la controversia.

En cuanto á la naturaleza y conveniencia de las aclaraciones, es suficiente considerar: 1º que la limitación á 15 millas de las 60 que debía recorrer el ferro-carril urbano, no proviene sino de no haber en las calles de Lima la extensión lineal de 60 millas; limitación que no es tampoco absoluta ni permanente, sino por ahora y mientras exista la imposibilidad física, debiendo continuarse el ferro-carril hasta las 60 millas á medida que lo permita la extensión de la ciudad y la exigencia del servicio (fojas 14 vuelta cuaderno agregado); 2º que esta modificación, sin embargo de ser resultado necesario de la extensión del trayecto, no menoscaba los derechos de la municipalidad, estipulados en la escritura; porque en la misma modificación, se estipula que el contratista seguirá pagando la misma renta correspondiente á 60 millas nominales, como se pactó al principio; 3º que la otra modificación relativa al ancho de la vía, á fin de que fuese de un metro 44 centímetros, en lugar de ser de tres pies ingleses, es efecto de la necesidad pública y del deber en la autoridad de poner á cubierto de todo peligro á los transeuntes; y esta modificación de conveniencia social, lejos de traer economías para la municipalidad solo es gravoso al contratista en un tercio del costo, que es, más ó menos, la diferencia de gastos entre la vía angosta y la ancha; y 4º que la prórroga de ocho

meses, es consecuencia forzosa de la variación del ancho de la línea que requiere materiales apropiados á ella.

Estas aclaraciones y modificaciones que son las principales, no alteran lo sustancial del contrato primitivo para establecer un ferro-carril urbano en las calles de Lima, y lejos de ser esencialmente inaceptables, son por el contrario importantes, necesarias y favorables al municipio, y á la realización del primitivo contrato.

Por lo expuesto el fiscal opina que no hay nulidad en la expresada sentencia revocatoria de vista corriente á fojas 89.

Lima, á 12 de noviembre de 1874.

URETA

FALLO

Lima, noviembre 30 de 1874.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal y —*considerando*:—que la demanda ejecutiva de don Mariano Antonio Borda tiene por objeto que se compela á la honorable municipalidad al cumplimiento de las obligaciones que resultan del contrato sobre construcción de un ferro-carril urbano en esta capital con las modificaciones y prórroga que posteriormente se le acorda-

ran, según aparece de los términos en que está concebida y de la aclaratoria que hizo en su recurso de fojas treinta y seis; que el único recaudo de esa demanda es la escritura primitiva del contrato, sin comprobante alguno de las modificaciones, cuyo cumplimiento se exige; que del expediente seguido sobre estas, y presentado en la estación de prueba, resulta que si bien accedió á ellas la honorable municipalidad, revocó después su acuerdo por vía de reconsideración, y que habiendo ocurrido Borda al gobierno para que expidiese sobre esta materia una resolución definitiva, se declaró que siendo contenciosa era de la competencia del poder judicial; que de lo expuesto se deduce que al proceder á la ejecución sin los recaudos que la ley requiere para aparejarla, se ha desnaturalizado la causa, incurriéndose en la nulidad prevista en el artículo mil setecientos treinta y tres, inciso tercero del Código de Enjuiciamientos; declararon nula la sentencia de vista y todo lo hecho y actuado; repusieron la causa al estado de darse á la demanda la sustanciación ordinaria que le corresponde; y los devolvieron.

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

Se publicó conforme á la ley, habiendo sido el voto del señor Alvarez por la no nulidad de conformidad con el dictamen del señor fiscal, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.
