

114

El terreno sobre que se ha construído, a sabiendas de ser ajeno, debe restituirse al dueño, a su solicitud, bajo apercibimiento de demolerse lo edificado.

Recurso de nulidad interpuesto por don Gustavo Heudebert, en la causa que sigue con don Miguel Trefogli, sobre cumplimiento de una ejecutoria.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

En 12 de enero de 1866, el doctor don Juan de la Cruz Hurtado compró por la suma de doscientos pesos, a don Manuel Collazos, un terreno situado en la entrada de la villa de Chorrillos, de la extensión de 18 varas de frente por 25 de fondo, y el derecho para reclamar una parte usurpada; y en 21 de julio de 1869, transfirió sus derechos a don Miguel Trefogli, por la suma de 400 pesos.

Este último, en 10 de febrero de 1870, inició la diligencia preparatoria de deslinde para descubrir la parte usurpada del terreno. Con este motivo se practicó la diligencia de fojas 14 vuelta, cuaderno A, en 22 del mes y año citados, en la que se reconoció que el terreno de Trefogli, estaba limitado por las paredes colaterales de los

colindantes Weeloch y Camacho [hoy de don Gustavo Heudebert], midiendo de frente a la calle 17 varas y $\frac{2}{3}$; y que el terreno de Camacho estaba en construcción.

Mientras se exhibían los títulos para que los peritos levantasen el respectivo plano, se ordenó a petición de Trefogli, en 8 de octubre del mismo año [fojas 41 vuelta], que Camacho no innovase en la parte del terreno sujeto al deslinde, dando lugar este incidente a que, por la ejecutoria de fojas 178 vuelta, se dispusiese que el reclamo sobre la demolición de lo fabricado después de la prohibición judicial quedase reservada para ser resuelto junto con la acción de deslinde.

Levantados los planos de fojas 114 y 232, se interpuso en 2 de abril de 1880, por la parte de Camacho, la contradicción al deslinde, y tramitada ésta por la vía ordinaria, se declaró fundada en 1^a. y 2^a. instancia; pero V. E. en 16 de noviembre de 1887, reproduciendo los fundamentos del dictamen de fojas 82 vuelta, declaró infundada dicha contradicción y resolvió que correspondían a Trefogli las diez varas que se encuentran excedentes en el área perteneciente a Heudebert.

En este estado, y devueltos los autos a 1^a Instancia, Trefogli a fojas 93 del Cuaderno C., pidió que, conforme a la ejecutoria citada, se procediese a la restitución del terreno excedente, y el Juez lo ordenó así a fojas 94: con este motivo Heudebert formuló las propuestas contenidas en su escrito de fojas 95, y no habiendo sido aceptadas por la parte contraria, se expidió el auto de fojas 101 por el cual se manda llevar adelante el de fojas 94, el mismo que ha sido revocado por el de vista de fojas 122 vuelta, que manda que Heudebert abone a Trefogli

el valor de todo el terreno que ha resultado ser de éste, o sólo el de la parte anexada de diez varas, por el mayor valor que hayan tenido los terrenos vecinos en el tiempo trascurrido durante el juicio y los intereses legales desde que se inició aquél.

Habiéndose dispuesto por la ejecutoria de fojas 178 vuelta, Cuaderno A., que el punto relativo a la demolición de lo edificado, fuese resuelto junto con la acción de deslinde, en observancia del artículo 370 del Código de Enjuiciamientos Civil, la decisión de él debe buscarse en la sentencia que resuelve la contradicción al deslinde. Ahora bien: en la suprema ejecutoria de fojas 82, Cuaderno C., por la que se ha resuelto dicha acción de deslinde, aparece que el fallo se ha pronunciado reproduciendo los fundamentos del dictamen fiscal de fojas 82 vuelta, y en este se indica que Heudebert satisfaga a Trefogli el valor de las diez varas excedentes en la área perteneciente al primero, y sus intereses desde la fecha en que se entabló la acción, «por ser esto más equitativo que la restitución del terreno mismo».

Luego, la ejecutoria citada de fojas 82, debe cumplirse respecto de lo edificado sobre el terreno excedente, conforme a lo expuesto en dicho dictamen, por haber servido de fundamento a aquella. Esta decisión, no sólo satisface las exigencias legales, sino también las de la justicia, porque Trefogli ha reclamado un terreno del que el primitivo dueño, al hacer la venta, no se encontraba en posesión; porque para descubrirlo ha necesitado de un deslinde en que los peritos no han estado conformes, y en que el tercer dirimente ha tenido que hacer, durante seis años y medio, averiguaciones muy prolijas para emi-

tir su dictamen; porque, sobre la incertidumbre manifestada por Collazos al hacer la venta, resulta que éste asistió a la posesión que se le dió a Camacho en 1851; y que además en 1869 declaró juratoriamente ser cierta dicha circunstancia, y que le constaba que, desde el citado año de 1851 hasta la fecha de la declaración [fojas 64 Cuaderno A.], estaba Camacho en tranquila posesión de su terreno; y, finalmente, porque a Heudebert, que se ha sustituido en los derechos de este último, disfrutando de los que como a poseedor le concede el artículo 470 del Código Civil, no se le puede calificar de poseedor de mala fé, ni, por consiguiente, sujetarlo a lo dispuesto en el artículo 507 de dicho Código.

Trefogli no estuvo jamás en el goce y posesión del terreno mencionado: compró simplemente un derecho litigioso, que no se perfeccionó hasta que la ejecutoria de fojas 82 vino a declarárselo; y como, para entonces, ya el terreno estaba fabricado por Camacho o Heudebert, que lo poseían de buena fé, es claro que los perjuicios sufridos por Trefogli no pueden retrotraerse a una época anterior.

El artículo 473 del Código Civil impone al poseedor de buena fé la obligación de restituir los frutos percibidos desde que es citado con la demanda; y como en este caso Trefogli no ha entablado ninguna demanda, porque no es tal la petición de la diligencia preparatoria de deslinde, siendo más bien Camacho, o sea Heudebert, el que inició la controversia judicial con la oposición al deslinde hecho a fojas 237, Cuaderno A., no es aplicable lo dispuesto en el inciso 5º, artículo 600 del Código citado.

Por consiguiente, la indemnización de las diez varas de terreno a Trefogli, debe hacerse considerando su valor en noviembre de 1887, fecha de la suprema resolución que le declaró la propiedad, y desde entonces debe también pagarle Heudebert los intereses legales, o sea los frutos percibidos, conforme a las conclusiones del dictamen fiscal que sirvió de base a aquella ejecutoria y declaró no ser equitativa la devolución del terreno.

En tal virtud, puede V. E. servirse declarar que hay nulidad en el auto de vista de fojas 122 vuelta, y revocándolo y reformando el de primera instancia de fojas 101, mandar que se cumpla la referida ejecutoria de fojas 82, pagando Heudebert a Trefogli el valor que tuvieron las diez varas de terreno fabricadas por aquél en noviembre de 1887, los intereses legales desde esa fecha y las costas de la ejecución; salvo el más ilustrado parecer de V. E.

Lima, 7 de diciembre de 1888.

ESPINOSA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 27 de agosto de 1889.

Vistos; en tercera discordia de votos, con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: que, cuando don Gustavo Heudebert compró a don Ceferino Camacho (fojas 205 C^o A.) el terreno de la disputa, yá se había iniciado por Trefogli el juicio de deslinde, 10 de febrero de 1870, no se había construído por Camacho, sino parte de los cercos, fojas 14 y 131, y éste estaba notificado de no innovar, fojas 53 vuelta, 3 de febrero

de 1871; que con motivo de aquella venta, Trefogli pidió, que se notificase al comprador Heudebert, que no innovase en dicho terreno, mientras no se decidiese, hasta donde se extendían los linderos de su propiedad; y así se mandó por auto de 22 de abril del mismo año, y se le notificó a Heudebert en persona este mandato en 5 de mayo, a fojas 54 vuelta, sin que hubiese hecho sobre él reclamación alguna; que, por auto de 8 del mismo, a consecuencia de un reclamo, no de Heudebert, sino del vendedor Camacho, se resolvió, que, aquél podía continuar su obra en el suelo no sujeto al deslinde, lo cual significa que en el suelo sujeto al deslinde no podía edificar; auto, que, se le hizo saber a Heudebert personalmente, en 31 del mismo, a fojas 67 vuelta; que, habiéndose resuelto por ejecutoria de este Supremo Tribunal de fojas 82, Cuaderno letra C., que, diez varas del terreno vendido a Heudebert pertenecen a Trefogli, y pedídose por éste, y ordenándose, por auto de primero de diciembre de 1887 a fojas 94, la restitución de esas varas dentro de tercero día, se ha opuesto Heudebert a fojas 95, alegando que la restitución no es posible, por cuanto, sobre dichas varas tiene construída una valiosa finca; esto es, alegando hechos consumados durante el juicio contra las prohibiciones judiciales; que, no siendo jurídico aceptar semejante razón, ni dejar fijado el principio de que un litigante pueda realizar sus propósitos sobreponiéndose a las órdenes de la justicia, y con menos precio de ellas, el Juez, por auto de 10 del mismo, a fojas 101, declaró sin lugar esta oposición y mandó llevar adelante la restitución, bajo de apercibimiento de procederse a demoler lo fabricado sobre las diez varas cuestionadas; que, la Ilustrísima Corte Superior ha revocado este

auto, y mandado que Heudebert indemnice a Trofogli aquellas varas por el mayor valor que hayan tenido terrenos iguales en la misma zona; de cuya resolución se ha interpuesto recurso de nulidad por una y otra parte: que el artículo 507 del Código Civil, dice que si las obras se hubiesen construido a sabiendas de que el terreno era ajeno, el propietario tiene a su elección el derecho de hacerlo destruir, o el de adquirirlas por su valor; pero, no dice que el propietario cederá su terreno por tal o cual precio, y no se puede imponer lo que es materia de acuerdos voluntarios: que si este artículo es de aplicación cuando la cuestión de propiedad surge después de construído el edificio, con mayor fuerza de razón debe aplicarse, cuando esa cuestión ha surgido antes de edificarse, y cuando al dueño del edificio se le había prohibido levantarlo: que, Heudebert no puede, por tanto, invocar el artículo 506, no sólo porque antes de comprar el terreno estaba el vendedor prohibido de innovar en él, sino porque Heudebert mismo, inmediatamente después de la compra fué notificado de no edificar; por manera que no puede alegar, que creía propio el terreno, pues nadie puede jurídicamente reputar propio aquello de que el Juez le prohíbe disponer y que ha comprado en litigio: que tampoco puede alegar, que el juicio de deslinde se seguía con Camacho, no sólo porque a ello se allanó el mismo Heudebert en el otro sí de fojas 61, Cuaderno A., sino porque no siendo Camacho, sino Heudebert quien edificaba, y siendo a él a quien se le notificó no edificar, él fué quien debió abstenerse de hacerlo: que, menos puede alegar estar ejecutoriado por la Suprema Resolución de fojas 82, Cuaderno C., el pago de tal cual modo del terre-

no; pues, si ésta fuese una calidad con la que, por vía de equidad, concluyó su dictamen el Ministerio Fiscal, este Supremo Tribunal no aceptó tal calidad, no resolvió cosa alguna, ni sobre la demolición ni sobre la indemnización, y se limitó a resolver sobre la propiedad de las varas disputadas, de conformidad, no de aquella parte del dictamen, sino exclusivamente con sus fundamentos: que, a consecuencia de esta resolución, limitada a aquel punto, se ha tratado ahora sobre la restitución del terreno reclamado, y si debe devolverse o indemnizarse: que habiéndose ordenado la restitución, bajo apercibimiento de demolición, por auto de fojas 136, Cuaderno A., su fecha 20 de abril de 1872, se declaró por el de fojas 170, fecha 5 de setiembre del mismo, que esta demolición debía resolverse para cuando se resolviese sobre la propiedad de las varas en cuestión, y habiéndose declarado que éstas pertenecen a Trefogli, está declarado implícitamente aquel apercibimiento: que la indemnización no se puede imponer en este caso al propietario sin infringir el artículo 507 citado: Por estos fundamentos declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 122 vuelta, su fecha 26 de julio de 1888, y reformándolo, confirmaron el de primera instancia de fojas 101, su fecha 10 de diciembre del año 1887, por el que se declara sin lugar la solicitud de fojas 95, y manda se cumpla el auto de fojas 94, su fecha 1º del mismo mes y año, bajo apercibimiento de procederse a la demolición de lo fabricado en el área que debe restituirse; y los devolvieron, reitegrándose el valor del papel sellado.

Muñoz — Sánchez— Chacaltana— Alvarez— Mariátegui — Guzmán—Galindo — Martínez — Tudela - Herrera.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto de los señores Alvarez y Guzmán, por la nulidad del auto de vista, de conformidad con las conclusiones del dictamen fiscal: el voto del señor Galindo fué por la nulidad del auto de vista y por la revocación del de primera instancia, declarándose que Heudebert está obligado a pagar a justa tasación de peritos, el valor del terreno de Trefogli y los productos que haya rendido durante la prosecución del juicio: y el voto del Con-juez Herrera fué el siguiente: Considerando: que por la ejecutoria de 5 de setiembre de 1872 se suspendieron los efectos del auto de fojas 136 que ordenó la demolición de lo fabricado por Heudebert, y que este punto se resolviese junto con la acción de deslinde con arreglo al artículo 370 del Código de Enjuiciamientos; que al resolver dicha acción en noviembre de 1887, se declaró que las diez varas materia del juicio pertenecían a Trefogli, omitiéndose decidir sobre la buena o mala fé con que se había construido sobre aquella área y por consiguiente sobre la demolición; que según el artículo 600, inciso 5º del citado Código, la mala fé que nunca se presume y necesita probarse según la ley civil; existe en el demandado desde la fecha de la citación de la demanda en el juicio ordinario; que habiendo comenzado el juicio ordinario derivado del deslinde con la contradicción del deslinde interpuesta por Heudebert, no ha sido constituido poseedor, ni constructor de mala fé, máxime cuando de los títulos que obran cuanto resulta plenamente acreditada su buena fé; que en consecuencia y según los artículos 470, inciso 5º, 473 y 506, del Código Civil, las obligaciones de Heudebert respecto de Trefogli han comenzado en la fecha de la ejecutoria de noviembre de 1887. Por es-

tos fundamentos y de conformidad con las conclusiones del dictamen del Señor Fiscal, mi voto es porque hay nulidad en el auto de vista y debe revocarse el de primera instancia y declarar que don Gustavo Heudebert debe pagar a don Miguel Trefogli el valor que tenían las diez varas de terreno reclamadas en la fecha de la última citada resolución de 1887 y desde entonces el interés legal correspondiente, más las costas de la ejecución; de que certifico.

Juan E. Lama.

Cuaderno No. 512. -- Año 1888.

115

La lesión inferida por el mayordomo de una nave al piloto, se castiga con pena especial por la superior jerarquía del agraviado.

Recurso de nulidad interpuesto por Henry Fletcher, en la causa que se le sigue por lesiones.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El delito de lesiones en la persona del primer piloto de la Barca Inglesa «Per Ardua», James Selean y la culpabilidad del mayordomo Henry Fletcher, se hallan plenamente acreditados en este proceso; y la divergencia entre las senten-