

quien condenaron en las costas del recurso; y los devolvieron.

Guzmán—Castellanos—Ribeyro—León—Figueroa.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 241 —Año 1905.

Servidumbre

Del juicio seguido en Arequipa por doña Luisa Benavides de Díez Canseco, con doña Adela Ibárcena viuda de Perea, sobre clausura de ventanas.

Excmo. Señor:

La inspección ocular de fojas 24 y dictámenes periciales de fojas 50, 54 y 60 acreditan que sobre la pared propia de don Mariano Perea y Portugal, levantó éste una nueva en la cuál existen dos ventanas con vista hacia la casa contigua que ocupa doña Juana Luisa Benavides de Díez Canseco.

Acompañando el cuaderno de esa diligencia, la mencionada señora ha interpuesto la demanda de fojas 72, que el fallo de 1.ª Instancia declara fundada solo en cuanto á la clausura de las ventanas y conveniente colocación de un desagüe.

Y considerando que la prescripción ha legitimado la servidumbre de vista porque en el sitio donde se hallan construidas dichas ventanas «existió antes una azotea descubierta, lo que ya constituía una servidum-

bre perfecta», la Il^{ta}. Corte Superior de Arequipa revoca en esa parte la sentencia.

Es erróneo el fundamento jurídico de la revocatoria.

Si de la falta de cerco surgiera la servidumbre de vistas, siendo idénticas las conveniencias de los colindantes recíprocamente activos y pasivos, ya respecto del suelo, ya respecto de los techos, mucho más al tener estos, cuál ocurre en Lima y otras localidades la forma plana que facilita su uso como terrazas, resultarían constantes conflictos y se haría imposible la edificación urbana.

Los derechos de servidumbre se interpretan siempre en sentido restrictivo para quien la ejerce, porque desmiembra en quien la sufre los de la propiedad que de preferencia salvaguarda la legislación.

Pero pudiéndosela adquirir por prescripción, casi todos los Códigos, acatando aquella regla primordial, precisan la distancia máxima, para las vistas rectas y para las oblicuas, entre el punto inicial de la servidumbre y el predio «cerrado ó nó del vecino».

El punto del comienzo no es el borde del edificio que por efecto natural permite la visión en todo ó parte de los alrededores; sino el de la obra deliberadamente hecha, por ejemplo, el muro con aberturas especiales, para dejar vigente la servidumbre.

Por esa causa, el Código Civil que solo se ocupa de la de vistas, en sus artículos 1,116 y 1,155 inciso 2.º menciona únicamente en calidad de tales, reproduciendo preceptos de la ley romana, las ventanas y claraboyas de las *paredes* divisorias.

Una de las consecuencias axiomáticas del dominio, en cuanto á inmuebles concierne, es el *jus-utendi* de característica excluyente, que faculta al dueño para cerrar, como acto de señorío, el perímetro de su casa.

El dominio abraza no solo el suelo sino, con ciertas limitaciones, todo lo existente sobre ó bajo de su terreno; ó sea el respectivo espacio áereo dentro de líneas perpendiculares.

Si, pues, el propietario puede murar la planta baja de su propiedad, puede también al amparo de la misma doctrina jurídica, murar la alta hasta donde le convenga ó sea lícito.

Reflejando ese precepto, *altus-tollendí*, el artículo 1,142 del Código Civil señala como servidumbre legal impuesta á todos los fundos contiguos que «cualquiera puede, á su costo, levantar más la pared medianera», es decir cerrar los aires.

El Código Civil argentino, declara en su artículo 2,518 que el propietario puede extender en el espacio áereo sus construcciones «aunque quiten al vecino, las vistas ú otras ventajas».

Es menos explícito nuestro artículo citado porque no tiene por objeto el reconocimiento expreso de aquel derecho indiscutible de la clausura, sino prevenir las controversias de orden secundario que su ejercicio suscitase acerca de las espensas en separaciones y cualesquiera otras exigidas por la mayor altura.

Ratificando ese concepto, al comentar el artículo 1,155 inciso 2.º, sobre prohibición de alzar la pared del vecino, ó sea la servidumbre de excepción *altus non tollendí*, enseña don Toribio Pacheco en su tratado de Derecho Civil que tiene carácter de convencional» «porque solo de la voluntad del dueño puede depender cualquiera restricción al derecho de propiedad, en la cual se halla comprendida la facultad de suspender un edificio hasta donde se crea conveniente aunque esto tienda á privar la vista al fundo vecino ó disminuirle la luz».

Si, pues, según el texto de nuestra ley perfectamen-

te conforme con los principios, impera el derecho de alzar la pared, y á la vez solo se ejerce la servidumbre de vista mediante ventanas, claraboyas ú otras obras análogas, es obvio que por el solo hecho de su existencia durante el período de la prescripción, las azoteas no imponen la mencionado servidumbre.

Esta que no satisface necesidades como la de luz, sino halagos no indispensables de perspectiva que á nadie perjudican mientras subsiste más arriba de la parte habitada de los predios, carece por completo de justificación al detenerse impidiendo su independencia en las viviendas ó patios de la construcción nueva que la intercepta.

Luego, la azotea cerrada por Perea y Portugal no dió al inmueble, hoy de su testamentaria, la calidad de dominante; y en consecuencia, es errónea la alegación de tal servidumbre reputándola reducida á la visual de las ventanas á fin de invocar el beneficio de la prescripción, porque el derecho que jamás hubo no es susceptible de alteraciones.

Resta examinar si la servidumbre que inició la colocación de las dichas ventanas, funda en justicia el presente proceso.

La casa de la esposa de Diez Canseco y la de la testamentaria de Perea están separadas por la acequia de San Jerónimo, cuyo ámbito no ha sido materia de mediación en el juicio; porque la demanda no emana de daños al primero de éstos inmuebles, sino en el dominio aducido sobre los aires de la acequia que es la colindante más próxima.

La actora construyó, en efecto, en el espacio separativo; y en el litis anexo que hubo de seguir con el Teniente de Aguas de Arequipa, V. E. resolvió por ejecutoria de fojas 161, reproduciendo los fundamentos del dictámen fiscal del doctor Gálvez que reconoce el

dominio del Municipio en aquella acequia, que mientras «la señora Benavides de Canseco ó los que le sucedan en el goce de la casa de la calle de Puente Bolognesi en Arequipa aprovechen de los aires del cequión de San Jerónimo en la parte que linda con dicha casa», deben pagar la pensión de treinta soles anuales.

La demandante no es pues propietaria del ámbitus del acueducto.

Pero, sí, está en el goce legítimo de su tenencia; y por lo tanto, mientras la usufructúe, desmiembra sus derechos la servidumbre de vista que se le pretende imponer.

Esa servidumbre no se encuentra legitimada como convencional, porque le falta el acuerdo que exige el artículo 1,151 del Código Civil.

Tampoco la establece la prescripción, porque la obra de las ventanas que menciona el artículo 1,146 originó la oportuna oposición de fojas 1.

No existiendo ningún otro título que la ampare, la acción contra ella interpuesta está conforme á ley.

Concluye el Fiscal, opinando que hay nulidad en el fallo de dos de enero último, corriente á fojas 206; por lo cual reformándolo, V. E. debe, salvo mejor acuerdo, confirmar la sentencia de 1.^a Instancia de fojas 176 vuelta, su fecha, 30 de abril, que manda que las ventanas sean clausuradas, con lo demás que contiene.

Lima, 31 de agosto de 1905.

SEOANE.

Lima, setiembre 13 de 1905.

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal y atendiendo: á que del dictámen de los peritos que asistieron á la diligencia de inspección ocular, resulta que

las ventanas cuya clausura ha demandado doña Juana Luisa Benavides de Diez Canseco, se hallan en pared propia de la demandada doña Adela Ibárcena viuda de Perca, lo que manifiesta que no constituyen ni la servidumbre de luz que presupone copropiedad en la pared divisoria en que se abren las claraboyas ó ventanas, ni la servidumbre de vista, que conforme á la ley (artículo 1,168 del Código Civil) requiere como condición indispensable para su constitución justo título, sin que baste el simple uso por cualquier tiempo que dure; á que por consiguiente, no afectando de ninguna manera los derechos de la demandante como propietaria del fundo vecino, el establecimiento de las ventanas de que se trata, carece de derecho para demandar su clausura; declararon *no haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas 206, su fecha 2 de enero último, en cuanto confirmando en una parte y revocando en otra la de 1.^a Instancia de fojas 176 vuelta, su fecha, abril 30 del año próximo pasado, declara infundada en todas sus partes la demanda de fojas 72; declararon haber nulidad en dicha sentencia de vista en cuanto dá por fundada la excepción de prescripción deducida en 2.^a Instancia, la que declararon sin lugar por falta de título; y los devolvieron.

Guzmán—Castellanos—Ortiz de Zevallos—Ribeyro—León.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.