

El propietario de un bien no tiene derecho para exigir de su vecino la clausura de ventanas abiertas en el muro divisorio, al no constituir aquello una servidumbre.

Recurso de nulidad interpuesto por don Antonio Bardales en la causa que sigue con don Esteban Varela, sobre obligación de hacer.—Procede de Loreto.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Esteban Varela entabla demanda en vía ordinaria contra don Antonio Bardales, su propietario confinante, a fin de que clausure las ventanas abiertas en la pared que separa los predios de ambos y para que retire el canal colector de aguas pruviales que le infiere daño.

La primera cuestión se concreta a resolver si la pared que separa los dos predios es simplemente divisoria, o si tiene la calidad de medianera, o, en términos más generales, si un vecino puede abrir ventanas en la propia pared y mantenerlas mientras el dueño colindante no ejercite su derecho de construir otra pared.

No existe duda de que las ventanas de que se trata han sido abiertas en la pared divisoria que pertenece al demandado don Antonio Bardales y esta

Tempora

circunstancia elimina por entero el concepto de servidumbre, porque ésta presupone la medianería entre los predios confinantes. Como las ventanas que Bardales ha abierto radican en su pared, ellas son legítima consecuencia del dominio, sin perjuicio del derecho del demandante para construir otra pared divisoria sobre su suelo y dejar clausuradas las ventanas existentes. Esta solución legal es la resultante del concurso de dos dominios paralelos que condicionan la recíproca utilización de su derecho por los propietarios colindantes.

La servidumbre es siempre un derecho real que recae sobre la cosa de otro. Por la razón indicada, la de luz, presupone indefectiblemente la medianería. El concepto de la limitación del derecho es inherente de la servidumbre, que no puede existir sobre la propia cosa porque ésta se encuentra bajo la potestad exclusiva de su propietario, quien tiene la facultad de usarla y gozarla indefinidamente en los límites de la ley. **Nula res sua servit.**

Eliminado el concepto de servidumbre, la demanda traduce un acto que puede calificarse como de simple emulación, realizado no para defensa del propio interés sino para impedir al vecino la utilización de su dominio. Un acto de esta clase excede notoriamente el ejercicio regular del derecho de vecindad.

La tesis que sostiene este dictamen fluye del artículo 915 del Código Civil. Por aplicación de esta ley, la clausura de las ventanas presupone ineludiblemente el derecho de medianería. Si la pared en que ubican las ventanas no es medianera sino divisoria,

Tempora
como no puede haber servidumbre sobre la cosa propia, las ventanas traducen únicamente la utilización del dominio. Este derecho se limita por el correlativo del demandante para construir su propia divisoria dejando clausuradas entonces las ventanas abiertas por el demandado.

La calidad de la pared está admitida por las partes y aparece de las operaciones de los peritos consultados y, en general, brota de todas las actuaciones practicadas.

La circunstancia de haberse estipulado en la escritura corriente a fs. 47, que si el demandado Bardales levantara en la parte colindante pared medianera, lo haría por su propia cuenta, no significa que la existente tenga esa calidad, la que claramente no puede tener por la simple consideración de haberse construido sobre el suelo que pertenece al demandado.

En lo que concierne al colector pluvial, el principio legal aplicable está definido por el artículo 859 del C. C. La ley mencionada ha establecido lo que puede llamarse un standard de tolerancia derivado del equilibrio que crea entre los vecinos la convivencia urbana. Como en la diligencia de fs. 35 vta., se ha acreditado que las aguas pluviales no caben en el canal, es legítimo el derecho que el demandante ejerce para que ese colector sea ampliado en forma que supprima los inconvenientes actuales.

En mérito de las consideraciones precedentes soy de parecer que HAY NULIDAD en el fallo de vista de fjs. 69 en cuanto confirma el de primera Instan-

cia de fjs. 60 y, en consecuencia, que es infundada la acción para que se clausuren las ventanas existentes en el muro divisorio; y que no hay nulidad en cuanto los fallos ordenan ampliar el canal colector de aguas pluviales; operación que debe verificarse de acuerdo con la operación pericial que se practicará al efecto.

Salvo más ilustrado parecer de V. E.

Olaechea.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 20 de diciembre de 1941.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fjs. 69, su fecha 25 de julio del año en curso, en cuanto confirmando la de primera instancia de fjs. 60, su fecha 29 de mayo anterior declara fundada la demanda de fjs. 1, para la clausura de 9 ventanas: reformando la primera y revocando la segunda, declararon infundada la demanda en ese extremo: declararon NO HABER NULIDAD en el fallo de vista en cuanto confirmando el apelado, manda que don An-

tonio Bardales amplíe el canal colector de aguas pluviales, sin costas; y los devolvieron.

**Zavala Loaiza. — Barreto. — Valdivia. — Ballón.
García Maldonado.**

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani, Secretarió.

Cuaderno No. 1236.—Año 1941.
