

El derecho de servidumbre se adquiere por prescripción cuando los predios materia de dicho derecho tienen el carácter de bien privado.

Recurso de nulidad interpuesto por el Dr. Manuel Vicente Villarán, en la causa que sigue con el Concejo Provincial de Lima, sobre derecho a servidumbre.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El doctor Manuel Vicente Villarán demanda en la vía ordinaria al Concejo Provincial de Lima para que se declare que las ventanas existentes en la pared que separa la finca del actor, sita en el jirón Huallaga Nos. 631 a 647, del cauce del clausurado río o acequia Huatica constituyen servidumbres activas de luz y aire; y que el Concejo como dueño del terreno que dejó el cauce del río inscriba su dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble a fin de inscribir la servidumbre.

Apoya su demanda en las disposiciones del C. C., que establece la prescripción como uno de los modos de adquirir servidumbres y presenta como pruebas las que corren de fs. 16 a 44 que acreditan que las ventanas que dan luz y aire a la finca lindante con el cauce del Huatica existen desde hace más de cuarenta años.

La Municipalidad arguye que no cabe prescripción adquisitiva de servidumbre sobre las cosas comunes o bienes de uso público que no están en el comercio de los hombres y aplica este principio al cauce del antiguo río Huatica.

Pero la demanda se funda precisamente en que el terreno dejado por el río Huatica no puede servir como vía pública por su especialísima configuración, habiendo, en consecuencia, pasado a la categoría de bien privado del Concejo con todas las limitaciones inherentes al dominio particular.

Además existe la lógica presunción que el Municipio enagene este terreno en cuyo caso el derecho a la luz y aire sería ilusorio si no estuviera amparado por su inscripción en el Registro, inscripción que no puede hacerse mientras el Municipio no inscriba su dominio sobre el terreno dejado por el antiguo río Huatica.

Por estos fundamentos, opino por la nulidad de la resolución recurrida por el doctor Villarán y porque se declare fundada en todas sus partes su demanda de fs. 10 quedando así resuelto el recurso interpuesto por la Municipalidad de Lima.

Lima, 1º de noviembre de 1943.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 13 de enero de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento ocho, su fecha siete de mayo de mil novecientos cuarentitres, en cuanto confirmando la apelada de fojas sesentiseis, su fecha cuatro de setiembre de mil novecientos cuarentiuno, declara sin lugar la demanda del doctor Manuel Vicente Villarán para que el Concejo Provincial de Lima inscriba el dominio del inmueble ubicado en el Girón Huallaga, cauce clausurado del río Huatica, en el Registro de la Propiedad Inmueble; reformando la primera y revocando la segunda, declararon fundada la demanda en ese punto: declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que el fallo de vista contiene, sin costas; y los devolvieron.

Valdivia. — Ballón. — Pastor. — Benavides Canseco.

El Secretario certifica que los fundamentos del voto del Señor Vocal doctor Ballón son los siguientes: que las cosas públicas son imprescriptibles y no pueden pasar al dominio particular, porque su uso y aprovechamiento pertenece a todos, lo cual es por tanto, incompatible con la cualidad de exclusiva y excluyente, inherente a la propiedad privada; que no puede negarse que, sin afectar ni restringir el aprovechamiento general propio de cada una de las cosas públicas, es posible realizar también y simultáneamente aprovechamientos particulares de las mismas, diferentes de aquel uso general, derivados muchas veces del destino mismo señalado a tales cosas; que tratándose de plazas, calles, canales y en general, vías de dominio público, a la vez que su uso y utilización eventual y personal por cualquiera, tiene lugar su aprovechamiento singular y permanente, en función constante del dominio privado de los vecinos, cuyas casas abren sus puertas y ventanas sobre aquellos lugares, precisamente porque son comunes y porque todos legítimamente pueden hacerlo sin que, estrictamente hablando, se pueda decir que tal aprovechamiento origine o constituya una servidumbre, puesto que el gravamen afecta un bien de todos y no uno particular ajeno; que tal aprovechamiento privado por los colindantes de las vías públicas no puede ser considerado como tolerancia de la autoridad, ya que el usar y servirse de las cosas públicas es simplemente el ejercicio del derecho de todos y de cualquiera sobre dichas cosas, por su propio destino; que al ser ejercitada la propiedad de los vecinos de una vía pública en las condiciones mencionadas, se

Tempora

configura un derecho sui generis respetable que el transcurso del tiempo consolida definitivamente, y que no puede ser desconocido ni modificado si acaso, más tarde, se cambiare el destino de las vías o lugares públicos y, desapareciendo su condición de bien común, pudieren aquellas llegar a convertirse en inmuebles de carácter meramente privado, puesto que ese cambio, en la correlación creada entre el predio beneficiado y la vía o lugar público, sólo daría lugar, análogamente, a la transformación de aquel derecho antes ejercitado como facultad de todos, en un derecho privado de verdadera servidumbre, en favor del inmueble particular, y porque lo contrario acarrearía perjuicios susceptibles de conducir hasta el extremo de clausurar por completo el predio que no tuviera otro acceso que la vía pública, cuando el uso de ésta era común, lo cual sería, evidentemente, antijurídico; que el ejercicio continuado y notorio de un derecho es siempre el signo más expresivo de la realidad del derecho mismo, importando la falta de oposición de quien soporta la obligación correlativa, el verdadero reconocimiento de la existencia de aquel derecho; que en el caso de autos está debidamente comprobado que mientras existió el acequión o río Huatica y durante más de cuarenta años, la propiedad del doctor Villarán gozó del servicio de ventanas, para luz y ventilación, sobre dicho río, en la calidad con que cualquier otro vecino del mismo pudo servirse, por tratarse de un bien común, goce que, habiendo originado definitivamente un derecho, tiene que convertirse en servidumbre sobre el callejón cerrado, de la propiedad privada de la Municipalidad de Lima,

a que se ha reducido el cauce del Huatica, al ser suprimido el curso de agua que por ahí corría; que el hecho de que la pared divisoria entre la casa del demandante y el cauce del Huatica sea propia o común no afecta la existencia de la servidumbre cuestionada, puesto que las servidumbres de esa naturaleza, aunque es cierto que se realizan mediante aberturas en la pared divisoria, ellas recaen sobre el suelo y el cielo del predio colindante, y simplemente serán negativas o positivas, según sea esa pared, propia o medianera; y que habiéndose convertido el cauce del antiguo acuífero Huatica en una faja de terreno de propiedad privada del Municipio de Lima, y tratándose del derecho real de servidumbre adquirido sobre ella, la existencia y declaración judicial de tal derecho serían ilusorias si no se inscribe el dominio del predio sirviente.

Considerando: que por la demanda se trata de obtener que el veredicto judicial reconozca el derecho a seguir gozando una servidumbre de luz y aire que carece de título jurídico, como se desprende de su propio tenor: que la carencia de título obedece al hecho de que la servidumbre ha gravitado sobre un bien del dominio público constituido por el cauce y las riberas por donde discurría, dentro de la ciudad, el río Huatica: que habiéndose clausurado el curso de este río, el terreno que formaba su cauce y riberas, ha pasado de hecho al dominio privado de la administración comunal la cual solo puede imponerle gravámenes en la forma

de ley; que la prescripción aducida carece de fundamento, primero: porque el uso de la servidumbre no era proveniente del ejercicio de un derecho, amparado por título legal, en la época en que el bien estaba afectado al dominio público, del cual pueden usar todos los particulares, sin que por ello éstos pudieren adquirir derechos sobre dicho dominio por prescripción; y segundo: porque desde que ha sido desafectado del dominio público e incorporado dicho bien al dominio privado, no ha trascurrido el tiempo que la ley requiere para prescribir derechos contra esta clase de bienes; por estos fundamentos mi voto es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista confirmatoria de la de Primera Instancia en cuanto declara fundada la demanda del doctor Villarán, la que debe declararse sin lugar; y que NO HAY NULIDAD en lo demás que contiene.

Portocarrero.

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani, Secretario.
