

No puede ejercitarse en un interdicto, una acción declarativa sobre establecimiento de una servidumbre o extinción de la misma.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

D. Arturo D. Hernández ha interpuesto recurso de nulidad, al que se ha adherido D. Celestino Chávez, de la sentencia de vista de la Segunda Sala en lo Civil de la Corte Superior de Lima, de fs. 179, que ha revocado la de primera instancia de fs. 163, que declaraba fundada la demanda interpuesta a fs. 2 por Hernández contra Chávez sobre interdicto de obra nueva, la que ha declarado infundada, sin costas.

La situación que ha originado el presente interdicto es la siguiente: los hermanos García Sayán eran propietarios de un terreno situado entre las avenidas Breña y Diego Ferré, hoy Arica y Huaraz, respectivamente, del Distrito de Breña, y sobre él construyeron varios chalets. En 1933 se edificó el inmueble ubicado en los números 417 - 420 del Jirón Arica, y en 1937 el signado con los números 407 - 411, cuyos asientos pueden verse a fs. 68 y 69. La segunda finca poseía, y posee, un gran ventanal que se extendía del primer al segundo piso dando luz y aire a una escalera y a un gran hall situado en los altos, y frente a él se había dejado un espacio libre en la otra finca, ostensiblemente para la claridad y ventilación del ventanal. Ambas casas estaban además separadas por dos pequeños muros divisorios de 2.20 m. de alto. Entre el parante y el muro divisorio del segundo inmueble se había dejado también un estrecho pasadizo de servicio de 0.70 cm. de ancho, todo lo que puede verse de los planos de fs. 7 y 25. En agosto de 1955 se independizaron ambos predios, como se observa de fs. 146 y 149; y en febrero de 1959 adquiere el segundo inmueble el Sr. Hernández, y, en noviembre del mismo año el primero el Sr. Chávez, como aparece de las escrituras de venta que corren a fs. 43 y 110. Por un tiempo se mantuvo la situación anterior sin ninguna modificación o reclamo, hasta que en los primeros meses de 1961 se demuele la finca del demandado y se comienza a construir otra en su lugar. El Sr. Hernández observa que no se va a respetar ningún espacio libre frente al gran ventanal de su inmueble, y que

si así sucede quedará sin luz y aire. Debido a esta razón conversa con el Sr. Chávez y luego con el constructor de la obra quienes en un principio le ofrecen dejar un pozo para la claridad y ventilación, promesa que no cumplen, continuándose la edificación, que por lo demás tendrá tres pisos frente a la de Hernández de dos. En estas circunstancias y considerando que existe una servidumbre de luz y aire del predio vecino con relación al suyo, el actor ha interpuesto demanda sobre interdicto de obra nueva.

La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda, y la de vista, revocándola la ha desechado, y considerando que no se ha acompañado título alguno que demuestre la existencia del gravamen, como lo prescribe el art. 993 del C. de P. C. y además, porque si existiera una servidumbre, para hacerla valer, ella debería haber estado inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble o hacerse constar en las escrituras de compra-venta, lo que no sucede.

En opinión de éste Fiscal, la demanda interpuesta debe ser declarada fundada. En primer lugar, por la existencia y validez de la servidumbre. Dentro de los modos de la constitución de las servidumbres se encuentran las unilaterales establecidas por el dueño de dos predios vecinos, y, a su vez, entre estas, distinguimos las de presunción legal o signo aparente, llamadas también del destino del padre de familia. Estas servidumbres se admiten cuando el propietario de dos fundos destina uno de ellos al servicio del otro con signos visibles. Este es precisamente el caso de autos, pues la disposición del amplio ventanal del inmueble situado en el N° 407 - 411 del Jirón Arica sobre un estrecho corredor y frente al amplio patio del predio vecino indica claramente el designio del propietario originario de constituir una servidumbre de aire y luz sobre la finca signada con los Nos. 417 - 420. La naturaleza de ésta servidumbre es ser aparente y continúa, y es curioso que se haya llamado no aparente, cuando las ventanas son el clásico ejemplo de las servidumbres aparentes entre las de aire y luz. Por no ser convencional, no era necesario que esa servidumbre se acreditara con título alguno, y, en cuanto a la exigencia de que estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble o de que se hiciera constar en las escrituras de compra-venta, se han invertido las uniformes consideraciones de la mejor doctrina, pues ésta estima que por la índole de estas servidumbres ellas sólo deben hacerse constar para indicarse que han caducado. De otro lado, si al adquirirse el predio sirviente no se hicieron desaparecer los signos de la servidumbre, y, por el contrario, se aceptó la situación anterior, se estaba corroborándola.

Debe ser fundada la demanda, en segundo lugar, porque al co-

menzar a construirse una nueva edificación en 1961 por el demandado, no se ha respetado el Reglamento de Construcciones de la Municipalidad de Lima, aprobado por el Supremo Gobierno por la Resolución Suprema de 17 de junio de 1952 —por lo que es extraño que se hable de que aplicarlo sería hacer retroactiva la ley—, que establece distancias mínimas entre los predios de acuerdo a su altura, como lo aclaran los dictámenes periciales de fs. 8 y 26.

Y por fin, debe ampararse la acción, en tercer lugar, porque en caso contrario se estaría convalidando un abuso del derecho del demandante, al prometer alterar la construcción que realizaba, para luego proseguirla sin temor alguno a los perjuicios que causaba y que ya había aceptado que inferiría, como resulta de su propio reconocimiento de estos hechos y de las declaraciones de fs. 91 y 96.

En consecuencia, y por todos estos fundamentos, estimo que HAY NULIDAD en la sentencia de vista revocatoria de la de primera instancia; reformando la primera se confirmará la segunda. Así se servirá declararlo la Sala sino fuera de otro parecer.

Lima, 10 de diciembre de 1962

L. PONCE SOBREVILLA

RESOLUCION SUPREMA

Lima, siete de enero de mil novecientos sesentitres.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos pertinentes de la sentencia de vista; y considerando: que respecto de las servidumbres, los interdictos solamente proceden cuando se trata de las servidumbres convencionales, esto es, de las que se han constituido por acto jurídico; que en casos como el presente, si la acción interdictal se dirige contra el propietario del predio sirviente, el demandante debe presentar con la demanda el título correspondiente, de conformidad con lo que dispone el artículo novecientos noventitres del Código de Procedimientos Civiles; que del tenor de la demanda, de la contestación a la misma y de las pruebas actuadas, resulta que el demandante, don Arturo Hernández, persigue una resolución declarativa, en virtud de la cual se establezca, si el demandado, don Celestino Chávez, dueño de un inmueble colindante con otro del actor, puede en ejercicio de su derecho de propiedad levantar en el sobresuelo del terreno que le pertenece una de las paredes del edificio que esta construyendo, o abstenerse de hacerlo, por cuanto la ejecución de esa obra dañaría su derecho; que una declaración judicial de esa clase, no procede se solicite en una acción interdictal como la que se ejercita por el escrito de demanda de fojas dos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentinieve, su fecha cinco de octubre de mil novecientos sesentidos, que revocando la apelada de fojas ciento sesentitres, su fecha veinte de julio del mismo año, declara infundada la demanda de interdicto de obra nueva, interpuesta por don Arturo D. Hernández, contra don Celestino Chávez; con lo demás que contiene; y los devolvieron. — GARMENDIA.— BUSTAMANTE CISNEROS.— LENGUA.— TELLO VELEZ.— VIVANCO MUJICA. — Se publicó conforme a Ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa N° 597/62.—Procede de Lima