

Prescripción del derecho de adquirir las servidumbres.—Doctrina del ministerio fiscal.

Excmo. Señor:

La presente cuestión rueda sobre la existencia de dos ventanas abiertas en pared divisoria de la casa de los litigantes. Una de esas ventanas existía en el año 1846 y la otra fué abierta por la señora Gallo, á fines de 1863. La situación de ambas es tal, que no permite dar mayor elevación á la casa de la señora Andrade de Velazco. Asi resulta de la diligencia de f. 18 del cuaderno sobre amparo en posesión, de los dictámenes de los peritos de f. 10 á 12 y f. 44 á 45 del mismo cuaderno.

En concepto de este ministerio se trata de una servidumbre positiva, como la han calificado los jueces de 1^a Instancia, á diferencia del sentir de la Il^{ta}. Corte Superior, que la considera entre las negativas. Las servidumbres positivas ó afirmativas, según todos los tratadistas y el artículo 1080 del Código Civil, consiste en usar de la cosa ajena ó en sufrir que se use de la propia. La apertura de ventanas en pared divisoria, es decir, en una casa que no es exclusivamente propia, entra sin duda, en el número de las servidumbres positivas. Si las ventanas se abren en pared ó telar propio, y para su conservación se impide al vecino hacer algo en lo suyo, entonces hay servidumbre negativa, según lo expresado en la segunda parte del mismo artículo 1,080.

Cierto es que el goce de la servidumbre positiva luminum, exige en el caso de que hoy se trata, que el dueño del fundo colindante se abstenga de dar mayor altura á su finca, pero esta abstención que generalmente constituye la servidumbre negativa *altius non tollendi*, es ahora subsidiaria de la primera y entra como condición para su goce. De aquí es que la Ilustrísima Corte, fijándose solo en este hecho subsidiario, califica de negativa á la servidumbre de que se trata.

Considerada, pues, la cuestión bajo su principal aspecto, esto es, como servidumbre positiva es indudable que no concurren los requisitos establecidos por la ley para ganarla por prescripción. La sentencia de 1.^a instancia lo manifiesta con suficiente acopio de razones que el adjunto reproduce.

Si hubiera de considerarse la servidumbre como negativa por presentarse subsidiariamente la de *altius non tollendi*, tampoco puede concederse á la señora Gallo, el derecho que pretende. No lo tendría respecto de la ventana abierta en 1863, porque según los artículos 1146 y 1168 del Código Civil no se gana por prescripción esta servidumbre, y porque además, aun cuando bastara el uso, no lo ha tenido por los diez años ni con las demás condiciones que la prescripción debe reunir. No la tendría tampoco respecto de la ventana antigua, porque aun cuando por el derecho español se adquirirían por prescripción las servidumbres negativas, el tiempo se contaba según lo dispuesto en la ley 15, título 3.^o parte 3.^a, desde que se prohibía al otro usar de la libertad. Habría sido preciso, pues, que la señora Gallo probara que alguna vez se intentó por el due-

ño del fundo vecino dar mayor elevación á su fábrica y que hubo oposición por su parte, y además, que desde la época en que tal cosa sucedió corrió el tiempo de la prescripción.

Por tales razones, el adjunto cree que no hay nulidad en la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte Superior, en 26 de julio último, por la que se confirma la de 1^a instancia de fojas 78 y el auto de fojas 87, pudiendo así resolverlo VE., salvo su mejor acuerdo.

Lima, 30 de noviembre de 1875.

VILLARÁN.

FALLO

(*Lima, Noviembre de 1875.*

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el ministerio fiscal, declararon no haber nulidad en la sentencia de vista, pronnnciada por la Ilustrísima Corte Superior de este departamento, corriente á foja 107, su fecha 26 de julio último, confirmatoria de la apelada de fojas 78, que declara fundada la demanda interpuesta por Velazco, que doña Rosa López Gallo no ha tenido facultad para abrir las ventanas, y por consiguiente que debe cerrarlas con lo demás que contiene, y los devolvieron.

Vidaurre. — Cossío. — Alvarez. — Ribeyro. —
Muñoz. — Alzamora. — Sánchez.

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

La jurisdicción de los jueces árbitros es limitada á los puntos señalados en el pacto compromisorio.

Excmo. Señor:

Las consideraciones en que se funda el auto de la Ilustrísima Corte Superior de La Libertad, corriente á fojas 45, son estrictamente legales. La jurisdicción voluntaria solo puede ejercerse sobre las cuestiones que los interesados quieran someter á ella, y por eso dispone el artículo 74 del Código de Enjuiciamientos; que los árbitros solo puedan fallar en la forma y sobre los puntos expresados en la escritura de compromiso y sobre las cuestiones ó incidentes que las partes sometieran á su conocimiento durante el juicio. Para que esa voluntad conste de una manera indudable, exige la ley, artículo 64, inciso 1.º, Código de Enjuiciamientos, que la materia de litigio se determine con todas sus circunstancias. Dedúcese de aquí, que no están autorizados los jueces para decidir si tal punto debe ser materia del ar-