

**Año VIII — Julio - Diciembre de 1940. Nos. 33 y 34**

# Revista de Derecho

## SUMARIO

<b>David Stitckin B.</b>	<b>El Mandato Civil</b>	<b>Pág. 2691</b>
<b>Esteban Crisosto B.</b>	<b>Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención</b>	<b>" 2720</b>
<b>Oriando Tapia S.</b>	<b>La Responsabilidad Extracontractual (continuación)</b>	<b>" 2759</b>
	<b>MISCELANEA JURÍDICA</b>	<b>" 2791</b>
	<b>JURISPRUDENCIA EXTRANJERA</b>	<b>" 2785</b>
	<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>" 2789</b>

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE)**

**JURISPRUDENCIA**

**CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION**

**María Concepción Barra y Héctor Fuentealba con  
Celmira Marín v. de Iturra y Luisa Iturra  
SERVIDUMBRE**

**Abril 19 de 1940.**

**Pared divisoria — Reparación — Servidumbre — Juicio sumario  
interdictos posesorios — Declaraciones abstractas  
Resoluciones Judiciales**

*DOCTRINA.—El derecho nuestro Código Civil entre las del dueño de un predio para imponer al propietario vecino la obligación de permitirle la entrada a su propiedad para la reparación de un muro divisorio de su exclusivo dominio, no ha sido contemplado por la ley, y su existencia sólo puede concebirse en virtud de la disposición del artículo 828 del Código Civil, como algo accesorio a su derecho de cerramiento, considerado en* *el nuestro Código Civil entre las servidumbres legales, en el concepto de ser un medio necesario para el ejercicio de este último, ya que la reparación como la construcción de los cierros, sería en muchos casos imposible de llevar a efecto si le estuviera vedado en absoluto el acceso a la propiedad vecina y si la autorización para hacerlo quedara entregada, también, en absoluto al mero arbitrio del dueño de ésta.*

Siendo este derecho materia de una servidumbre, puede formularse como cuestión suscitada en el ejercicio de esa misma servidumbre dentro del procedimiento sumario. En cambio, la acción dirigida a obtener que se prohíba a los demandados efectuar plantaciones o trabajos que dañen la pared divisoria correspondiente a interdictos posesorios especiales sometidos a procedimientos en todo diversos de los del juicio sumario y de los cuales forman parte diligencias esenciales no requeridas, por lo menos en tal carácter, en este último y, por lo tanto, la demanda que en tal sentido se formule debe en todo caso sustanciarse conforme a las reglas procesales que para la denuncia de obra ruinosa establecen los artículos 728 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en razón de lo dispuesto en los artículos 734 y 736 de ese mismo cuerpo de leyes.

Las peticiones de la demanda que se formulan en forma general, con miras al futuro y sin referirse a plantaciones o trabajos existentes ni a plantaciones u obras determinadas que estén en ejecución y que constituyan en realidad un da-

ño actual o inminente, se dirigen a obtener una declaración que por su carácter abstracto no puede ser objeto de una resolución judicial.

#### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Concepción, 19 de Abril de 1940.

Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia; teniendo presente:

1.º) Que doña María Barra viuda de Fuentealba y don Héctor Fuentealba Barra, deduciendo la demanda de fojas 2 en juicio sumario, piden concretamente, al final de ella, se declare que las demandadas, doña Celmira Marín viuda de Iturra y doña Luis Iturra Marín están obligadas a permitir la reparación de la muralla indicada en dicho libelo, y que deben abstenerse de efectuar plantaciones o trabajos que dañen esa pared, bajo apercibimiento de responder de los perjuicios que de ello resultaren;

2.º) Que los demandantes, al exponer los hechos que motivan su acción, expresan: que la pared en referencia es divisoria entre los predios colin-

## Servidumbre

2791

dantes de las partes, pero de su exclusivo dominio por haberla construido a su sola costa y formar parte de la casa habitación en que viven; que las demandadas han efectuado plantaciones que tanto por el hecho de apoyarse en esa pared cuanto por el riego permanente que exigen, han determinado a causa de la humedad consiguiente, su destrucción lenta pero progresiva, poniendo en peligro las condiciones de habitabilidad de la casa habitación misma; que las demandadas, después de conceder permiso para abrir un cerco y dar acceso a su propiedad para reparar la pared deteriorada, se han negado a permitir la ejecución de ese trabajo, no obstante de garantizarles que ningún perjuicio sufriría su propiedad;

3.º) Que frente a estos hechos, los demandantes, diciéndose dueños únicos de la pared en referencia, invocan, en primer término, el derecho de impedir que esa pared sea utilizada o destruida por colindantes que no han aportado ninguna suma para construirla, y, en segundo lugar, el derecho que también les asistiría para hacer en ella las reparaciones que le plazcan, sin

perjudicar a los mencionados colindantes; y después de citar en apoyo de la demanda las disposiciones de los artículos 828, 844 y 845 del Código Civil y 838, N.º 2.º del de Procedimiento Civil, esta última para justificar sin duda el procedimiento escogido para el ejercicio de sus acciones terminan formulando en congruencia con los derechos invocados, la doble petición transcrita anteriormente;

4.º) Que de este modo se plantean cuestiones que es en absoluto indispensable distinguir, tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como en su aspecto procesal, pues, a la simple lectura se advierte que las dos peticiones sometidas al conocimiento del Tribunal obedecen a situaciones jurídicas que no podrían confundirse y que deben ser consideradas y resueltas separada e independientemente una de otra;

5.º) Que si la primera de las peticiones de la demanda, o sea, la de que se obligue a las demandadas a permitir las reparaciones de la pared divisoria, puede ser materia de una servidumbre y formularse como cuestión suscitada en el ejercicio de esa misma servi-

dumbre dentro del procedimiento sumario, no cabe duda que la segunda, conforme a la cual se prohibiría a las demandadas efectuar plantaciones o trabajos que dañen esta pared, corresponde a interdictiones posesorias especiales sometidos a procedimientos en todo diversos de los del juicio sumario y de los cuales forman parte diligencias esenciales no requeridas, por lo menos en tal carácter, en este último y que en la especie no aparecen cumplidos, como sería el caso de los informes periciales ordenados imperativamente en el artículo 728 del Código de Procedimiento Civil;

6.º) Que en efecto, es sólo dentro del Título XIV, Libro II del Código Civil, que trata de las acciones posesorias especiales y particularmente en las disposiciones del artículo 941 de ese título, donde puede encontrarse el fundamento legal de la petición en referencia, y por lo tanto, la demanda que en tal sentido se formule, debe en todo caso sustanciarse conforme a las reglas procesales que para la denuncia de obra ruinosa establecen los artículos 728 y siguientes, en razón de lo dis-

puesto en los artículos 734 y 736 de ese mismo cuerpo de leyes;

7.º) Que, considerando todavía esta segunda petición de la demanda, cabe observar que ella se formula en forma general, con miras al futuro y sin referirse a plantaciones o trabajos existentes ni a plantaciones u obras determinadas que estén en ejecución y que constituyan en realidad un daño actual o inminente, sino que, en suma, se solicita una declaración que por su carácter abstracto no puede ser objeto de una resolución judicial;

8.º) Que el derecho del dueño de un predio para imponer al propietario vecino la obligación de permitirle la entrada a su propiedad para la reparación de un muro divisorio de su exclusivo dominio, no ha sido contemplado por la ley, y su existencia sólo puede concebirse en virtud de la disposición del artículo 828 del Código Civil, como algo accesorio a su derecho de cerramiento, considerado en nuestro Código Civil entre las servidumbres legales, en el concepto de ser un medio necesario para el ejercicio de este último, ya que la reparación, como la construcción de los cierros, sería

## Servidumbre

2798

en muchos casos imposible de llevar a efecto si le estuviera vedado en absoluto el acceso a la propiedad vecina y si la autorización para hacerlo quedara entregada, también, en absoluto al mero arbitrio del dueño de ésta;

9.º) Que la ley da al dueño exclusivo de una pared divisoria la facultad de ejercitarla en juicio sumario, cuando su dominio está reconocido o puede presumirse legalmente en virtud de una posesión susceptible de ser probada breve y sumariamente, y cuando a la vez existe en realidad la necesidad de efectuar reparaciones en el muro divisorio y tales reparaciones no pueden llevarse a cabo sin entrar al predio vecino;

10.º) Que en el comparendo de trámite celebrado en rebeldía de doña Celmira Marín v. de Iturra, la otra demandada, doña Luisa Iturra, se opuso a la demanda y solicitó su rechazo por ser improcedente, pues no existiría ninguna servidumbre constituida sobre la pared en referencia y porque dicho muro estaría construido en terreno de propiedad exclusiva de la sucesión de don Santos Iturra, de la cual forma parte la compare-

ciente y en cuyo favor alega ella formalmente ese derecho de dominio;

11.º) Que doña Luisa Iturra no contradice, es cierto, en su contestación a la demanda, por lo menos no lo hace en forma expresa, la afirmación de los demandantes de haber construido la pared a sus solas expensas; pero, aun suponiendo que su silencio a este respecto importe un reconocimiento implícito del hecho, faltaría siempre, para acreditar el dominio exclusivo alegado por los demandantes sobre esa pared, — que según sus propias aseveraciones, es divisoria, — establecer que la edificaron en su propio terreno, y en cuanto a este particular, la nombrada señora Iturra sostiene categóricamente, como ya se ha visto, que la obra en cuestión está edificada en terrenos del exclusivo dominio del colindante, la nombrada sucesión Iturra;

12.º) Que, por otra parte, habiéndose sustanciado la causa en rebeldía de doña Celmira Marín viuda de Iturra, la aceptación por parte de la otra demandada del hecho en referencia, no liberaría a los demandantes de la obligación que procesalmente les incumbe de

probar, tanto ese hecho, como los demás que sirven de fundamento a su demanda y que constituyen los requisitos de la acción que en ella se ejercita;

13.º) Que los documentos presentados al juicio por los demandantes a fs. 1 y de fs. 18 a fs. 24 y por las demandadas de fs. 9 a fs. 16, tienden, es cierto, a acreditar el dominio de cada una de las partes sobre sus respectivos predios y el hecho de ser éstos colindantes; pero no aportan prueba alguna sobre el punto discutido en estos autos, es decir, acerca de la propiedad de la pared divisoria y del suelo ocupado por esta obra, pues ni en unos ni en otros de esos títulos se expresa, siquiera, la cabida que corresponda a los sitios en referencia;

14.º) Que tampoco conducen al esclarecimiento de esta cuestión las observaciones del juez en la inspección ocular de que da constancia el acta de fs. 30, relativa a la extensión que miden los predios de las partes a contar desde la pared divisoria, porque este dato sólo podría tener alguna significación comparándolo con los títulos, y si bien se ha pretendido subsanar la falta que en

este particular se advierte en dichos documentos, y con tal intento se acompañaron por la demandada los certificados de fs. 31 y 32, según los cuales la pared en discusión quedaría comprendida dentro de la extensión que conforme al plano oficial de la ciudad de Cañete corresponde al predio de la sucesión Iturra, es cierto que no se ha logrado ese objetivo, porque esas certificaciones, expedidas por el secretario municipal de Cañete y el tasador fiscal de Impuestos Internos, respectivamente, aparecen en abierta discordancia con las que a su vez emiten, en los documentos de fs. 34 y 38, el Conservador de Bienes Raíces de la misma ciudad y el jefe del Departamento de Mensuras del Ministerio de Tierras y Colonización, pues estos funcionarios afirman ahí que el plano oficial a que se ha aludido, no contiene indicación alguna acerca de la cabida o extensión primitiva de los sitios de la ciudad de Cañete;

15.º) Que, sin embargo, prescindiendo de esa prueba documental del todo ineficaz en la especie, obra en los autos una presunción legal del dominio exclusivo sobre la pared divi-

## Servidumbre

2795

soria y del terreno ocupado por ella, que favorece a los demandantes, y es la que deriva de la posesión, también exclusiva, actualmente ejercida por ellos en esos bienes, y que resulta comprobada con el mérito del acta de la inspección ocular extendida a fs. 30, en la cual consta, en efecto, que dicho muro forma parte de la casa habitación de los demandantes y asimismo, que no existe en el predio de las demandadas construcción alguna contigua a dicha pared;

16.º) Que el derecho de los demandantes para obligar a las demandadas a permitir la entrada a su propiedad con el objeto de reparar el muro divisorio de que se les presume dueños exclusivos, tiene, como ya se ha dicho, el carácter de accesorio y sólo puede justificarse en cada caso por una razón de necesidad que supone la concurrencia de dos hechos: la de ser realmente necesarias las reparaciones específicamente determinadas que se pretende efectuar y la de no ser posible llevarlas a cabo sin tener acceso a la propiedad colindante;

17.º) Que no se ha intentado siquiera acreditar estos hechos, pues no se ha ofrecido

siquiera medio alguno de prueba que tienda a ese objeto, y aún no se ha cuidado de determinar en qué consisten las reparaciones que se pretendería llevar a cabo, siendo de observar además, que en la inspección ocular verificada únicamente a instancias de las demandadas, el juez de la causa constató que la muralla de que se trata, contra lo aseverado por los demandantes, se encuentra en regular estado de conservación;

18.º) Que aun cuando las consideraciones precedentes bastarían para desechar también en esta parte la demanda de fs. 2, conviene no obstante hacer notar que la petición "para que en definitiva se declare que las demandadas están obligadas a permitir las reparaciones a que se alude", tiene, como la considerada anteriormente, un carácter abstracto y tiende a provocar una resolución judicial manifiestamente negatoria, toda vez que no se indica de qué modo habría de cumplirse la obligación que se desea imponer a las demandadas, ni cuáles son las reparaciones que debieran permitir, pues, la frase "las reparaciones a que se alude", carece en realidad de sentido

2796

Revista de Derecho

por faltar en el cuerpo de la demanda todo dato que pudiera servir para especificarlas;

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 700, 820, 828, 844, 845, 941 y 1698 del Código Civil, 728, 729, 736, 151, 167 y 410 del de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia referida de fecha 21 de Noviembre de 1938, escrita a fs. 40, y se declara que no ha lugar a la demanda de fs. 2, sin costas, por estimarse que ha habido motivo plausible para entablarla.

Devuélvase.

Publíquese en la Gaceta de los Tribunales.

Redacción del señor Ministro Brañas Mac Grath.

Reemplácese el papel antes de notificar.— Humberto Bianchi V.— G. Brañas Mac Grath.— Tomás Mora Pineda.

Dictada por los señores Ministros en propiedad de la Iltma. Corte, don Humberto Bianchi V., don Gonzalo Brañas Mac Grath y abogado integrante, don Tomás Mora Pineda.— Eduardo Cuevas V.