

El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes

Casación en el fondo, 29 de agosto de 2005.

Rol N° 4767-03.

COMENTARIO:

Emilio Rioseco Enriquez

Ex Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN



Doctrina

Cuando el dueño del predio dominante realiza actos de ocupación no autorizados sobre la franja de terreno de la que es mero tenedor como titular del derecho de servidumbre de tránsito, se convierte en un sujeto que retiene indebidamente una cosa, procediendo en su contra la acción restitutoria del art. 915 del Código Civil.

El modo particular de ejercer la servidumbre, adquirido por prescripción (art. 888 del C. Civil) debe alegarse por vía de acción y no tiene lugar tratándose de la servidumbre de tránsito, por ser ésta discontinua e inaparente.

Santiago, veintinueve de agosto de dos mil cinco. Vistos: En este juicio ordinario Rol N° 2857-2000, del Primer Juzgado Civil de Concepción, caratulados Ruiz Salgado, Ninette del Carmen, con Kummelin Redlich, Rolf, por sentencia de 23 de agosto de 2002, escrita a fojas 122, el juez titular acogió la demanda principal, condenando a la demandada a restituir a la actora el retazo o franja del inmueble singularizado en la demanda, desestimando la excepción de prescripción adquisitiva. Apelada por la parte demandada, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Concepción la confirmó, por sentencia de 26 de septiembre de 2003, que rola a fojas 144. En contra de este último fallo, la parte demandada interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo, que se lee a fojas 147. Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:**I. En cuanto al recurso de casación en la forma:**

PRIMERO: Que el recurrente expresa que la sentencia atacada contiene el vicio de casación formal, contemplado en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N° 6 del mismo cuerpo legal, esto es, la falta de decisión de uno de los asuntos controvertidos. Sostiene que al contestar la demanda, su parte esgrimió dos defensas, por una parte, alegó la prescripción contenida en el artículo 888 del Código Civil y, por otra, señaló que en el caso de autos no concurrían los presupuestos del artículo 915 del mismo texto legal. El fallo de primer grado rechazó la excepción de prescripción fundándose únicamente en que aquella debió plantearse por vía de acción y no como excepción y aceptó la aplicación del mencionado artículo 915. Señala que en el recurso de apelación deducido, su parte impugnó ambas decisiones; sin embargo, en la sentencia de alzada se sostiene que su parte habría variado su estrategia procesal en este recurso, al proponer como petición concreta por vía principal la revocación del fallo conforme al artículo 915 del Código Civil y, en subsidio, la enmienda del fallo en cuanto rechazó la excepción de prescripción, situación que, a juicio de los sentenciadores, tornaría inadmisibles las peticiones subsidiarias por no haberla planteado de ese modo en la oportunidad procesal correspondiente. El recurrente estima que existe un error procesal en la decisión indicada en el párrafo precedente, puesto que las peticiones de su recurso de apelación eran perfectamente compatibles entre sí, puesto que su objetivo era el mismo, rechazar la demanda, en consecuencia, la sentencia incurre en el vicio de omitir pronunciarse sobre la excepción de prescripción que fue formulada como petición concreta en el recurso de apelación.

SEGUNDO: Que, tal como aparece de la contestación evacuada por el demandado a fojas 52, la prescripción que contempla el artículo 888 del Código Civil ha sido alegada por el actor como el modo en que habría adquirido una forma o modalidad de ejercer la servidumbre por haberse ejercitado materialmente de una manera específica por más de veinte años. De esta manera, estaba en lo correcto el sentenciador de primer grado cuando rechazó tal defensa por haber sido deducida como excepción, puesto que, como reiteradamente lo ha resuelto esta Corte Suprema, tratándose de una prescripción adquisitiva, como la alegada en la especie, ella debe ser impetrada como acción.

TERCERO: Que, de lo anterior sólo es dable concluir que, aun cuando es efectivo que los sentenciadores de segundo grado no emitieron pronunciamiento sobre la petición concreta del recurso de apelación referida a la excepción de prescripción, también lo es que cuando los sentenciadores de segundo grado



reproducen en su totalidad los fundamentos del fallo de primer grado, aceptan el argumento contenido en la sentencia de primer grado, por ello el vicio denunciado carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que, a juicio de este tribunal, la excepción de prescripción debía ser rechazada por tales razones. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de nulidad formal planteado.

II. En cuanto al recurso de casación en el fondo.

CUARTO: Que en el recurso de casación en el fondo se denuncian dos grupos de errores de derecho, por una parte, la infracción del artículo 915 del Código Civil en relación con los artículos 820, 828, 830 inciso segundo y 884 del mismo texto legal y, por otra, la infracción de los artículos 888, 882 inciso segundo y 2512 N° 2 del Código Civil. Expresa, en el primer capítulo del recurso, que cuando la sentencia recurrida concluye que al ejercer el demandado su derecho de servidumbre no sólo para el paso o tránsito, sino mediante estacionamiento de vehículo, construcción de cobertizo y plantación de árboles, estaría detentando en forma indebida el retazo y con ello se configuraría la situación del artículo 915 del Código Civil, incurre en un error de derecho al darle a este precepto un equivocado alcance, aplicándolo a una situación de hecho no contemplada en dicha disposición legal. Sobre el particular, sostiene que para que opere el artículo 915 del Código Civil se requiere que se trate de un mero tenedor que retenga indebidamente la cosa, esto es, que se oponga a restituirla debiendo hacerlo según contrato y ello sin tener derecho. Tales presupuestos no concurren en autos, por cuanto su parte no ha retenido la cosa ni está en la obligación jurídica de restituirla, tampoco su conducta es carente de derecho, puesto que, por el contrario, es poseedor y titular de un derecho real de servidumbre sobre el retazo cuya restitución se solicita y es así como, cuando la sentencia aplica la disposición legal en cuestión, infringe también el artículo 820 del Código Civil al desconocer su derecho real de servidumbre; el artículo 828, en cuanto desconoce los medios para ejercer este derecho, y el inciso segundo del artículo 830, que contempla la acción pertinente cuando la servidumbre se ejerce en forma irregular. En el segundo capítulo del recurso, el demandado sostiene que cuando el fallo en alzada reproduce la sentencia de primer grado, hace suyo el argumento respecto del cual la prescripción que contempla el artículo 888 del Código Civil debió ser alegada como acción y no como excepción, incurre en error de derecho por falta de aplicación de dicha norma, ya que la exigencia de accionar rige para la prescripción adquisitiva de derechos reales, lo cual supone un acto declarativo expreso sobre el derecho, pero la disposición legal invocada no se refiere a tal prescripción, sino a la que conforma una situación de hecho: el modo particular de ejercer la servidumbre, que, por consiguiente, procede oponerla por vía de excepción.

QUINTO: Que, constituyen hechos de la causa, establecidos en las sentencias de la instancia: a) que la actora es dueña del Lote N° 1 del inmueble ubicado en Concepción, calle Cochrane N° 1064, hoy 1062; b) que sobre dicho Lote N° 1 pesa una servidumbre de tránsito a favor del Lote N° 2 perteneciente al demandado, y que se ejerce a través de una franja de terreno de 150 metros cuadrados, que mide 6 metros de frente a la calle Cochrane por 25 metros de fondo; c) que el demandado no solo transita por dicha franja de terreno destinada a servidumbre, sino que también la ocupa en forma permanente, como estacionamiento de su vehículo, instalando allí un cobertizo y plantando árboles ornamentales.

SEXTO: Que, de lo anterior, los jueces del fondo concluyen que el demandado ocupa en forma ilegítima la franja de terreno destinada a servidumbre de tránsito y que es de propiedad y está jurídicamente en posesión de la demandante, sin que haya comprobado algún antecedente que justifique o avale su ocupación exclusiva y excluyente, configurándose la situación prevista en el artículo 915 del Código Civil. Dicha disposición legal expresa que las reglas de este título (De la reivindicación) se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor.

SEPTIMO: Que, al decidir de la manera antedicha, los sentenciadores han hecho una correcta aplicación del artículo 915 del Código Civil y de las restantes normas denunciadas en el primer capítulo del recurso de casación en el fondo, puesto que, cuando el demandado realiza actos de posesión como los descritos en la letra c) del fundamento quinto de esta sentencia, sobre la franja de servidumbre de la cual sólo es un mero tenedor o un poseedor a nombre ajeno, se convierte en un sujeto que retiene indebidamente una cosa, cual es la materia precisamente regulada en la disposición legal señalada. En consecuencia, cabe desestimar este capítulo de casación, por cuanto los jueces del fondo no han incurrido en el error de derecho señalado.

OCTAVO: Que, teniendo en consideración lo señalado en el considerando segundo de esta sentencia de casación, corresponde también desechar el segundo capítulo del recurso, por cuanto, como se expresó, cuando el demandado alega que por más de veinte años la servidumbre se ha ejercido de la forma que se le objeta en este juicio, está alegando la adquisición por prescripción de aquella determinada modalidad de ejecución de su derecho real, situación que lo obligaba a deducir la respectiva acción, siendo improcedente la defensa como excepción. De todas maneras y sobre el particular, es menester agregar que el artículo 888 del Código Civil expresa que Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma. De lo anterior, solo cabe concluir que el demandado nunca pudo adquirir el modo en que ejerce la

servidumbre a través de la prescripción invocada, ya que, conforme al artículo 882 del mismo texto legal, las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las, debiendo recordarse que la servidumbre de tránsito, como la que ejerce el demandado sobre la franja de terreno en cuestión, es una servidumbre discontinua e inaparente, como se define en los artículos 822 y 824 del Código Civil.

NOVENO: Que, por las razones expresadas en el considerando precedente, cabe rechazar también el segundo capítulo de casación en el fondo invocado. Por estas consideraciones y lo dispuesto, además, en los artículos 764, 765, 766, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan, con costas, los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el abogado don Gerardo Sandoval Gouët en representación del demandado, en lo principal y primer otrosí respectivamente, del escrito de fojas 147, en contra de la sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil tres, escrita a fojas 144. Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante don José Fernández Richard. Rol N° 4767-03. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Hernán Alvarez G., Jorge Rodríguez A. y Domingo Kokisch M. y abogados integrantes Sres. Manuel Daniel A., y José Fernández R. No firman el Ministro Sr. Alvarez G. y el abogado integrante Sr. Daniel, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haberse acogido a jubilación el primero y estar ausente el segundo. Autorizado por la Secretaria Subrogante Sra. Marcela P. Urrutia Cornejo.

Comentario

1. Se trata en el caso de una servidumbre de tránsito, constituida por título, sobre una franja de terreno y vigente la cual el dueño del predio dominante, durante largo tiempo, no sólo usó del derecho de paso, sino que estacionó un vehículo y levantó un cobertizo de protección.

La dueña del predio sirviente interpuso demanda en su contra solicitando se le restituya la franja en cuestión, puesto que el demandado ha retenido indebidamente el retazo, recibiendo aplicación el art. 915 del C. Civil.

2. El demandado se excepcionó alegando que no procedía aplicar el art. 915 citado por no concurrir los supuestos en que se fundamenta y también alegó, por vía de excepción, el haber adquirido por prescripción un modo particular de ejercer esta servidumbre (art. 888 del C. Civil).

3. Por sentencia de alzada se resolvió que procede aplicar el art. 915, ya que tratándose de un mero tenedor éste ha retenido indebidamente una cosa raíz, disponiéndose la restitución de la franja a la actora dentro del quinto día de ejecutoriado el fallo. Respecto a la excepción fundada en el art. 888 del C. Civil, se confirmó la sentencia de primer grado, que la rechazó, por cuanto al ser una alegación de prescripción ha debido deducirse por vía de acción y no excepcionándose.

4. Conociendo del recurso de casación en el fondo, la Excma. Corte Suprema lo rechazó, aceptando los argumentos del fallo de alzada en cuanto a la interpretación que se dio a los artículos 915 y 888 antes citados en el caso sub-lite.

5. El art. 915 del C. Civil dispone: "Las reglas de este título (reivindicación) se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

Por consiguiente, es elemento esencial para que proceda esta acción restitutoria, que el mero tenedor debiendo restituir la cosa se oponga a ello y la retenga indebidamente, caso en el cual quien acciona verá reconocida su posesión y obtendrá la restitución. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con los meros tenedores de contratos reales o el arrendatario alzados.

Pero la situación del dueño del predio dominante en la servidumbre de tránsito, aunque se le considere un mero tenedor que ha realizado un acto opuesto a aquello a que lo faculta el título, no configura la situación que contempla el art. 915, puesto que, por una parte, no está obligado a restituir la franja sobre la cual ejerce su derecho, de modo que no puede decirse que "retiene indebidamente", y, por otra, no procede decretar su restitución a la demandante, ya que significaría desconocer el derecho real de servidumbre del demandado y en el hecho la extinción del mismo, u obligarlo a accionar contra la actora para el reconocimiento de la servidumbre. Es decir, una infracción de los arts. 820, 828 y 884 del C. Civil.

6. Lo anterior es consecuencia de no haberse dado aplicación a la norma del art. 830 inciso 2º del C. Civil, según la cual, si llegare a serle más oneroso al dueño del predio sirviente el modo de ejercer la servidumbre, tiene derecho a proponer la variación de ese ejercicio que, si no perjudica al predio dominante, debe ser aceptada. Es la acción pertinente.

Por otra parte, siendo la dueña del predio sirviente poseedora de la franja, al considerar perdida o perturbada su posesión, ha podido ejercer las acciones

posesorias del caso (arts. 916 y 930 del C. Civil), sin necesidad de aplicar el art. 915 a través de una interpretación extensiva y dándole un equivocado alcance.

7. En cuanto a la norma del art. 888 del C. Civil, que dispone. “Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma”, la interpretación del fallo de casación señala que tratándose de una prescripción ha debido alegarse accionando y que no procede respecto a la servidumbre de tránsito, por ser ésta discontinua e inaparente.

8. Es efectivo que, según jurisprudencia reiterada, la prescripción adquisitiva debe alegarse por vía de acción y no de excepción (RDJ, t. 96, sec. 1ª, pág. 26), pero también lo es que el fundamento de esa doctrina radica en que, al alegarse tal prescripción, se hace valer un derecho real cuyo reconocimiento se solicita, situación muy diferente al caso del art. 888 del C. Civil, en el cual sólo se trata de reconocer un hecho: “el modo particular de ejercer la servidumbre”, de manera que nada impide oponer una excepción al respecto.

9. Finalmente, se ha resuelto que la antedicha prescripción no ha podido alegarse, porque siendo la servidumbre de tránsito discontinua e inaparente, se oponen a ello los arts. 822, 824 y 882 del C. Civil.

Esta interpretación no se ajusta a derecho, porque en el caso del art. 888 no se trata de adquirir el derecho de servidumbre, ya adquirido antes por título, sino de explicitar la forma de ejercicio del mismo, es decir, su posesión, y en ello el Código no distingue entre las diversas clases de servidumbre. (L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 9, pág. 331. Alessandri y Somarriva, *Curso de Derecho Civil*, ed. 1957, tomo II, pág. 759).

