1-17-04-08

MARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCION DE ORIENTE: San Miguel, a las diez horas y veinticinco minutos del día veintinueve de septiembre de dos mil ocho.-

Vistos en apelación de la sentencia definitiva pronunciada por la señora **JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DE CIUDAD BARRIOS**, a las quince horas del día siete de abril del corriente año, en el **JUICIO CIVIL ORDINARIO DE RESTITUCION DE SERVIDUMBRE DE MANSITO**, promovido por la licenciada **GILMA YOLANDA VASQUEZ SANCHEZ**, mayor de edad, abogado, de este domicilio, en su calidad de Agente Auxiliar delegada en esta ciudad por el señor **PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA** y en representación del señor **SABAS DIAZ MEMBREÑO**, mayor de edad, agricultor, del domicilio de la Villa de Carolina, departamento de San Miguel; contra la señora **MARTA DE JESUS PORTILLO RIVERA** conocida por **MARIA JESUS PORTILLO RIVERA**, mayor de edad, de oficios domésticos, del domicilio de la referida Villa de Carolina, departamento de San Miguel, representada por su apoderado general judicial, doctor **JOSE GUILLERMO ARAUJO ARAUJO**, y por su apoderado especial, licenciado **CESAR EMILIO GUZMAN MAGARIN**, ambos mayores de edad, abogados; el primero del domicilio de Jucuapa, y el segundo de este domicilio.- La JUEZ en su resolución DIJO: """"""A) DECLARASE INEPTA LA DEMANDA INCOADA POR EL SEÑOR SABAS DIAZ MEMBREÑO, por medio de la Procuradora Auxiliar Licda. GILMA YOLANDA VÁSQUEZ SÁNCHEZ, contra la señora MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, conocida por MARIA JESUS PORTILLO RIVERA, quedando expedito al demandante el derecho de intentar nuevamente la demanda; B) HA LUGAR A LA EXCEPCION PERENTORIA. DE INEPTITUD DE LA DEMANDA, INTERPUESTO POR EL Dr. JOSE GUILLERMO ARAUJO ARAUJO, Apoderado General Judicial de la SEÑORA MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, conocida por MARIA JESUS PORTILLO RIVERA. C) CONDENASE AL SEÑOR SABAS DIAZ MEMBREÑO, en costas procesales. NOTIFÍQUESE."""" De dicho fallo se alzó para ante este Tribunal la licenciada VASQUEZ SÁNCHEZ, antes mencionada.-

Han intervenido tanto en el juicio como en esta instancia, ambas partes en la forma indicada.-

LEIDOS LOS AUTOS; Y,

CONSIDERANDO:

-I-

El actor dijo en su demanda: *""""""""""I- PERSONERIA JURIDICA. ----- Que en mi carácter de Procuradora Auxiliar del Señor Procurador General de la República, presentó fotocopia de la Credencial debidamente Certificada con la cual legitimo mi Personería. He sido comisionada para que represente al señor SABAS DIAZ MEMBREÑO, de sesenta y cinco años de edad, Agricultor, Soltero, Salvadoreño, del domicilio en Cantón Miracapa, Jurisdicción de Carolina, Distrito de Sesorí, Departamento de San Miguel, portador de su Documento Único de Identidad número cero un millón ciento doce mil trescientos ocho guión uno, y Tarjeta de Identificación Tributaria número Un mil doscientos uno guión ciento treinta mil quinientos cuarenta y uno guión ciento uno guión seis, a Usted con el debido respeto le MANIFIESTO;----- RELACION DE LOS HECHOS- Que según Título de Propiedad debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Primera Sección de Oriente, en el sistema de folio real computarizado número 80036247-00000 en el asiento uno, del cual le presento fotocopia debidamente Certificada, mi representado es dueño y actual poseedor de un inmueble de naturaleza rústica, situado en el Cantón Miracapa, jurisdicción de la Villa de Carolina, Distrito de Sesorí, Departamento de San Miguel de la capacidad superficial de TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE METROS VEINTIOCHO DECIMETROS CINCO CENTIMETROS CUADRADOS, bajo la cabida de los linderos siguientes- AL ORIENTE- Cuarenta y tres metros, cincuenta centímetros, colinda con el señor Daniel Díaz Membreño, cerco de alambre y Calle que los divide, y que está al servicio de los mismo dueños; AL NORTE: Ciento nueve metros colinda con el señor Valeriano Díaz conocido por Valeriano Díaz Membreño, cerco de alambre del colindante, AL PONIENTE: Cincuenta y siete metros colinda con la señora María de Jesús Portillo Rivera conocida por María Jesús Portillo Rivera y Fidel Membreño, cerco de alambre y Calle de por medio de cuatro metros de ancho y AL SUR, Cuarenta y siete metros, treinta centímetros, colinda con el señor Daniel Díaz Membreño, cerco de alambre del colindante. En dicho inmueble existe una servidumbre de tránsito por el rumbo poniente establecida con anterioridad, la cual servía de entrada y salida a mi representado.- Mi representado me manifiesta que el valor de la cosa es de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y*

UNO CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR. --- -- Pero es el caso Señora Juez que la *SERVIDUMBRE* que se menciona en dicho Título de Propiedad, en la actualidad ha sido usurpada en parte por la señora *MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA* conocida por *MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA*, quien es mayor de edad, de Oficios Domésticos, Casada, Salvadoreña, del domicilio en Cantón Miracapa, Jurisdicción de la Villa de Carolina, Distrito de Sesori, Departamento de San Miguel, quien ha construido un cerco de alambre de púas, sobre dicha *servidumbre* obstaculizando la entrada y salida de mi representado, así como también de todos los vecinos aledaños a dicha Propiedad, ocasionando con lo anterior graves problemas y trastornos; razón por la cual y con instrucciones precisas de mi representado vengo a Demandar a la señora *MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA* conocida por *MARIA JESUS PORTILLO RIVERA*, de las generales antes expuesta en *JUICIO CIVIL ORDINARIO DE RESTITUCION DE SERVIDUMBRE* todo lo anteriormente expuesto y en base al Art. Ochocientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil Asimismo mi representado el señor *SABAS DIAZ MEMBREÑO*, se compromete a probar los extremos de esta Demanda, con las declaraciones que aportarán los testigos nominados cuando se encuentre abierto a pruebas el presente Juicio Civil Ordinario por el término de Ley.-También me manifestó mi representado el señor *DIAZ MEMBREÑO*, que la fecha de cierre en el paso de la *Servidumbre* data desde el día *DIECISEIS DE AGOSTO DE DOS MIL UNO*, asimismo expresa mi representado que la señora antes referida sembró su cerco de alambre de púas en el cerco de mi representado y no respeto la Calle de *CUATRO METROS DE ANCHO*, además el cerco de mi representado en un cerco antiguo ya que lo construyó su abuelo en el año de mil ochocientos noventa y cuatro, por lo que el cerco data ciento catorce años y siempre se respetó el paso de *servidumbre*. III- *PARTE PETITORIA*. En base a lo anterior a Usted respetuosamente le *PIDO*: ---- A.- Admitirme la presente Demanda. ---- B- Tenerme por parte en el carácter en que comparezco.----- C - Se le corra traslado y emplace a la demandada por el termino de Ley y previo los trámites legales en Sentencia Definitiva acceda a mis pretensiones en la forma antes pedida. La señora *MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA* conocida por *MARIA JESUS PORTILLO RIVERA*, puede ser notificada y emplazada en el Cantón Miracapa, Jurisdicción de la Villa de Carolina, Distrito de Sesori, Departamento de San Miguel. ----- Oiré notificaciones en la Procuraduría

VASQUEZ SANCHEZ. De lo solicitado la Suscrita Juez RESUELVE: ----- Tiénese por subsanada la prevención de Fs. 16 y agréguese la documentación presentada.----- De acuerdo al Art. 98 del Código de Procedimientos Civiles, téngase por parte al Sr. SABAS DIAZ MEMBREÑO, quien será representado en el Juicio por medio de la Procuradora Licda GILMA YOLANDA VASQUEZ SANCHEZ, Procuradora Auxiliar del señor Procurador General de la República. De conformidad al Art. 193 del Código de Procedimientos Civiles y 881 y sgts. Del código Civil, ADMITASE LA ANTERIOR DEMANDA DE RESTITUCION DE SERVIDUMBRE, promovida por el Sr. SABAS DIAZ MEMBREÑO, a través de su procuradora, la Licda. GILMA. YOLANDA VASQUEZ SANCHEZ. Tal y como lo establece el Art. 515 del Código de Procedimientos Civiles, córrase traslado a la Sra. MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA o MARIA JESUS PORTILLO RIVERA, para que conteste la demanda, en el término de SIETE DIAS, que establece El Art. 516 del mismo cuerpo de Ley, y constando en la demanda que la Sra. MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA o MARIA JESUS PORTILLO RIVERA, reside en Cantón Miracapa, Jurisdicción de Carolina, departamento de San Miguel, en base a lo que establece el Art. 27 del Código de Procedimientos Civiles, librese provisión al Juzgado de Paz del Municipio de Carolina, a efecto de que verifique el emplazamiento correspondiente. De lo demás solicitado, en su oportunidad se le resolverá. Tome nota la secretaría del lugar señalado para oír notificaciones, siendo el TABLERO JUDICIAL de este Juzgado. Notifíquese. "*****"

El doctor JOSÉ GUILLERMO ARAUJO ARAUJO, en su carácter de apoderado de la demandada señora MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, se apersonó en el proceso mediante el escrito de fs. 51 donde manifestó: "******Que como lo compruebo con la fotocopia Certificada del Poder General Judicial de la señora María de Jesús Portillo Rivera, de cincuenta y cuatro años de edad, oficios doméstica del domicilio de Carolina, con Número de Identificación de Documento Único: ----- Que mi mandante ha sido legalmente emplazada de la demanda de Juicio Civil Ordinario de Restitución de Servidumbre promovido por la Licenciada Gilma Yolanda Vásquez Sánchez, como representante del señor Sabas Díaz Membreño, y por expresas instrucciones de ella vengo a mostrarme parte en el juicio y a contestar la demanda en las siguientes términos. La demanda adolece de informalidades ya que no establece si la servidumbre es Voluntaria Legal o Natural, como tampoco el valor de la misma. Tampoco es cierto que el artículo 881 C.C. otorgue acción de Restitución de Servidumbre, como se asevera*

en la demanda, por lo que la invocación del derecho en que se funda no es correcta, por lo que la acción es inepta. Nuestro Código no establece la acción de Restitución de Servidumbre, como derecho Real que es, la Servidumbre tiene su acción específicamente consignada en el Código, la cual no ha citado la parte actora. Por las razones expuestas y par expresas instrucciones de mi mandante Vengo a Contestar la demanda en Sentido Negativo y a oponer la excepción Perentoria de Ineptitud de la demanda, en consecuencia Pido: Se me admita el presente escrito, se me tenga por parte en el carácter en que comparezco, se tenga por contestada la demanda en sentido negativo y por opuesta la excepción Perentoria de Ineptitud de la demanda, doctrinariamente conocida como Ineptitud en la pretensión.----- Señalo para oír notificaciones y recibir documentos al señor Juan Antonio Cordero Álvarez, en esta Ciudad. """"""

Por auto de fs. 54 de la citada pieza se tuvo por parte al doctor JOSÉ GUILLERMO ARAUJO ARAUJO, como apoderado general judicial de la señora MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, se tuvo por contestada la demanda en sentido negativo y, por opuesta y alegada la excepción perentoria de ineptitud de la demanda, de parte del doctor ARAUJO ARAUJO.-

- III -

Se abrió a pruebas el presente juicio por el término legal, según auto de fs. 61 de la pieza principal.

El actor no presentó prueba testimonial.-

A fs. 78 de la pieza principal aparece el ACTA DE INSPECCION practicada en el inmueble propiedad de la parte demandante.

La documentación presentada por ambas partes se agregó con las formalidades Legales.

Todas las pruebas presentadas están debidamente relacionadas en la sentencia en estudio, por lo que se omiten en la presente sentencia.-

- IV -

La parte apelante expresó agravios así: """""" En el presente Juicio Civil se declara Inepta la Demanda interpuesta. Por lo que me permito hacer las siguientes *consideraciones: La Demanda incoada reúne los requisitos formales y sustanciales que nuestro Código establece en el Art. 193 PrC., tanto en sus requisitos de forma o extrínsecos como los requisitos de forma o intrínsecos, y el hecho de que no se mencione en la demanda cada una de las*

disposiciones que se refieren a la figura invocada que es el derecho de Servidumbre, que es el acto reclamado, no significa que la Demanda sea inepta sabemos que la única disposición de nuestro Código de Procedimientos Civiles que hace referencia a la ineptitud de la demanda en el Art. 439 PrC., la que nos señala cual es su concepto; pero existe abundante jurisprudencia en el sentido de considerar como uno de los varios casos de ineptitud aquella situación procesal caracterizada fundamentalmente por la no existencia del proceso de una adecuada o idónea forma de la relación procesal que imposibilita generalmente entrar al conocimiento del fondo de la cuestión planteada..... (R.J.1972, pág. 440). Así la demanda es inepta por a) Falta de legítimo contradictor b) Falta de interés de la causa, c) Error en la acción, es decir que la vía utilizada para el ejercicio de la pretensión no es la correcta. Esta conclusión se encuentra sustentada por las resoluciones emitidas por los Tribunales Superiores de El Salvador. Hay ineptitud cuando el demandado no es el ilegítimo contradictor, o cuando el demandante carece de derecho para demandar, es decir cuando no se comprueba su interés" (R.J.1949, pág. 217). La declaración de ineptitud de una acción implica que no se ha conocido del fondo del asunto, ocurre como si la demanda no hubiera sido presentada, dejando las cosas en el mismo estado que tenían antes del juicio por lo que no es legal ni jurídico la absolución que se pronuncia a favor de los demandado puesto que por ineptitud no se conoció del asunto; si se declara inepta una acción o demanda resulta antijurídico que al mismo tiempo se absuelva o se condene a los demandado porque precisamente estos pronunciamientos son los que impide la ineptitud" (R:J: Tomo XC 1989 San Salvador órgano Judicial Corte Suprema de Justicia 1994). ----- En consecuencia de ninguna manera se puede concebir el hecho de no hacer mención de todas las disposiciones que regulan una determinada figura jurídica como motivo de ineptitud y alegar informalidad, pues de la sola lectura de la demanda presentada por mi persona se aprecia que esta clara y precisa y está fundada en derecho y razón suficiente ya que expone concretamente la pretensión de mi representado como es el derecho que le asiste de reclamar la restitución o apertura de servidumbre de tránsito según lo estipulado por los Arts 822, 823, 825, 824 827 y siguientes del Código Civil y específicamente el Art. 827 CC Por lo tanto se ha utilizado la vía procesal correcta por medio del JUICIO CIVIL ORDINARIO DE RESTITUCION DE SERVIDUMBRE según los Arts. 881, 883 y 884 CC Y Art. 514 PrC Es preciso aclarar que la oscuridad de la demanda por informalidad, no es motivo de ineptitud, si la oscuridad existiera

que no es este el caso, este sería motivo de inadmisibilidad de la demanda, ya que la inadmisibilidad procede cuando una demanda carece de requisitos legales o que la misma es evidentemente oscura. Sus causas o supuestos de aplicación son por un defecto de proposición (vicios que por su naturaleza son subsanables) estos son a) informalidad de la demanda (art 193y 195 PrC), b) oscuridad de la demanda y c) ilegitimidad en la personería, y el momento procesal oportuno para decretar la inadmisibilidad es justamente cuando el Juzgador examina los requisitos de la demanda según la cual la admite o por el contrario la rechaza. Y las causas de ineptitud están claramente definidos por la jurisprudencia y solo son las tres que ya he mencionado anteriormente, es decir: falta de legítimo contradictor, falta de interés del actor en la causa, y error en la vía utilizada para el ejercicio de la pretensión. La acción de restitución de servidumbre tiene su fundamento legal en los **Arts. 822, 829, 825, 826y 827 CC Y específicamente en el Art. 881, 84 884 CC** El derecho de servidumbre es un derecho real de gravamen impuesto sobre un predio de utilidad de otro predio distinto dueño, el que sufre el gravamen se llama predio sirviente y el que reporta la utilidad se le conoce como predio dominante, con respecto al predio dominante, la servidumbre se llama activa y pasiva, con respecto al predio sirviente, en el caso que nos ocupa el predio que goza de la servidumbre de tránsito es el mismo mandante (predio dominante) y al serle cerrada por la propietaria del predio sirviente, tiene la potestad legal de dirigir su derecho de acción que la Ley franquea en contra de ésta pues no puede arbitrariamente alterar, disminuir; ni mucho menos cerrar la servidumbre de la cual goza el predio dominante de mi mandante. ----- Por todo lo anteriormente relatada atentamente le **PIDO:** -----A – Me admitáis el presente escrito en el carácter en que comparezco y -----B- Se resuelva conforme a derecho corresponde.----- Oíré notificaciones en la Procuraduría General de la República, Agencia Auxiliar de San Miguel, situada en la Tercera Avenida Sur número seiscientos seis, Barrio La Merced, de esta ciudad."''''''

El apelado respondió agravios así: "En la expresión de agravios la parte apelante expresa en que casos existe ineptitud de la Demanda entre ellas ERROR en la acción utilizada, situación analizada doctrinariamente en la sentencia en el considerando XI de la misma. - La servidumbre que se demanda, no se aclara de que clase es, mucho menos menciona que es de tránsito, ni su existencia, porque no es cierto que el título sirva para comprobar la existencia de una servidumbre, tampoco consta sus dimensiones largo y ancho, que predio es dominante

y que predio es sirviente. En el título se menciona un camino como lindero, no como servidumbre que es algo totalmente distinto.----- Las disposiciones legales citadas no establecen acción alguna, son leyes sustantivas por lo tanto la ineptitud es obvia. La servidumbre es un derecho real y como tal existe la acción para exigir su restablecimiento, disposiciones que estimo debe conocer la parte apelante. ----- En todo caso si se considera que la demanda no es inepta debe absolverse a mi mandarte por no haberse probado los elementos esenciales de la servidumbre, ni tampoco quien es demandante, ni sirviente, mucho menos quien la interrumpió. Así expreso agravios, considerando que la sentencia está conforme a derecho por lo que respetuosamente PIDO: Se me admita el presente escrito, se tenga de mi parte contestado agravios y se resuelva confirmando en todas sus partes la sentencia venida en apelación. """"""

- V -

El Art. 824 C. dice: """"Servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre discontinua la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito. """"""

El Art. 825. C. dispone: """"Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él; e inaparente, la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas. """"""

El Art. 881 C. establece: """"""Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravengan a las leyes. ----- Las servidumbres de esta especie pueden también adquirirse por sentencia de Juez en los casos previstos por las leyes. """"""

El Art. 884 C, en su inciso primero preceptúa: 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."

El Art. 671 C. determina: """"""La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente

aceptarlo. """"""

El caso sub-júdice es una servidumbre de tránsito, la cual es una servidumbre discontinua y voluntaria de conformidad a los artículos 824 y 81 C.-

Son requisitos esenciales de la servidumbre: a) Un predio dominante, que es el que obtiene la utilidad, b) Un predio sirviente, que sufre el gravamen; y e) La tradición del derecho efectuada de conformidad a lo establecido por la ley, por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo_

Para ejercer el derecho de una servidumbre voluntaria que debe su eviqtencia a un título, es necesario que el derecho de servidumbre se constituya y acepte en escritura pública.

Al establecer el Art 884 C., que las servidumbres discontinuas se adquieren por título, se está refiriendo a los diversos títulos que son traslaticios de dominio, como son: el de venta, permuta, donación, etc., y se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Art. 656 C.-

El Art. 886 C., establece: """"""El título, o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 884, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente."

Al establecer la Ley que en las servidumbres discontinuas sea el título que determine los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente, quiere decir que debe apreciarse la esencia del título, es decir, la voluntad de establecer la servidumbre y no a los medios de gozarla ya que éstos no son de su esencia sino de su naturaleza.-

*Al examinar el **TITULO SUPLETORIO** inscrito en el Registro respectivo a favor del señor **SABAS DIAZ MEMBREÑO**, agregado de fs. 4 al 15 de la pieza principal, específicamente en el **ACTA DE INSPECCION** practicada en dicho **TITULO SUPLETORIO**, la cual se encuentra a fs. 13 vuelto de la pieza principal, en dicha acta consta: Seguidamente nos constituirmos en el segundo terreno el cual es de la Capacidad de tres mil novecientos setenta y siete metros veintiocho y cinco centímetros cuadrados y lo valúa en la suma de nueve mil colones, de las medidas y linderos siguientes.- al Oriente, cuarenta y tres metros cincuenta centímetros cuadrados colinda con DANIEL DIAZ MEMBREÑO, cetro de alambre de púas y una calle que los divide que esta al servicio de los mismos dueños, al Norte, ciento nueve metros cuadrados con VALERIANO DIAZ dice en la solicitud pero la*

verdad es VALERIANO DIAZ RAMOS cerco de alambre del colindante al Poniente, cincuenta y siete metros cuadrados con MARTA DE JESUS PORTILLO RIVERA citada de igual forma, FIDEL MEMBREÑO RIVERA citado por FIDEL MEMBREÑO cerco de alambre propio y calle de par medio de cuatro metros de ancho; al Sur cuarenta y siete metros treinta centímetros colinda con DANIEL DIAZ, cerco de alambre del colindante el segundo terreno inspeccionado lo adquirió por compra que hizo al señor VALERIANO MEMBREÑO GUEVARA, en Escritura Pública número ciento cinco de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta; otorgada en la Ciudad de San Miguel ante los oficios notariales de JOSÉ MAURICIO GUERRA GUERRA. Escritura que no es inscribible por no serlo su antecedente la que presentó se hace constar que a la hora de la inspección no se presentó persona alguna haciendo oposición,... """"""

El actor, en su demanda de fs. 1 y 2 de 12 pieza principal manifiesta: """"""*En dicho inmueble existe una servidumbre de tránsito por el rumbo poniente establecida con anterioridad, la cual servía de entrada y salida a mi representado-----... Pero es el caso Señora Juez que la SERVIDUMBRE, que se menciona en dicho Título de Propiedad en la actualidad ha sido usurpada en parte por la señora MARTA DE JESUS PORTILLO RIVERA, conocida por MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, quien es mayor de edad,...----- quien ha construido un cerco de alambre de púas, sobre dicha servidumbre obstaculizando la entrada y salida de mi representado, así como también de todos los vecinos aledaños a dicha Propiedad, ocasionando con lo anterior graves problemas y trastornos; razón por la cual y con instrucciones precisas de mi representado vengo a Demandar a las señora MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, conocida por MARIA JESUS PORTILLO RIVERA, de las generales antes expuesta en JUICIO CIVIL ORDINARIO DE RESTITUCION DE SERVIDUMBRE,... """"""*

En la demanda se dice que en dicho inmueble existe una SERVIDUMBRE DE TRANSITO por el rumbo PONIENTE, establecida con anterioridad. Pero, en el proceso no ha presentado el documento respectivo donde se establece dicha servidumbre de tránsito y, en consecuencia, no se le ha dado cumplimiento a lo establecido en el Art. 671 C., que dice que la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente, aceptarlo.-

-VI -

El Art. 919 C., preceptúa: """"""*Sobre las cosas que no pueden ganarse por*

prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria. """"""

En la OBRA EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO" por LUIS CLARO SOLAR, Tomo Noveno, DE LOS BIENES, volumen IV, página 57, encontramos: """"""*La continuidad no es cuestión de permanencia, de duración constante; lo que caracteriza la servidumbre discontinua es que su ejercicio no sobrevive al hecho actual del hombre, cesa desde que este hecho deja de producir sus efectos; lo que caracteriza la servidumbre continua no es que se ejerza o pueda ser ejercida de una manera continua, es decir, sin interrupción alguna, sino que no requiere actualmente un hecho del hombre para su ejercicio. La servidumbre discontinua, al contrario, no existe sin el hecho actual del hombre en que consiste para el ejercicio de la servidumbre de tránsito, es necesario que el hombre pase por el predio sirviente; para la servidumbre de abreviar el ganado es necesario que el hombre conduzca el ganado al predio sirviente y le dé de beber; para la servidumbre de sacar agua de la fuente vecina es necesario que el hombre entre al predio sirviente y saque el agua de la fuente.- Aunque lo hiciera todos los días, la servidumbre no dejará de ser discontinua, porque sin el hecho actual del hombre no existe.*""""""

Los interdictos o juicios posesorios denominados QUERELLAS DE AMPARO Y DE RESTITUCION, son procedentes en Derecho únicamente en cuanto por ellos se procura conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, ante actos atentatorios que la amenacen, imputables al querellado, ya sea que por esos actos se trate de turbar o molestar, o se haya despojado al actor de esa posesión.-

En el caso sub-júdice se trata de una servidumbre de tránsito, y en consecuencia, es una servidumbre discontinua, según el Art. 824 C., y sobre la servidumbre inaparente o discontinua, continua, no puede haber acción posesoria, de acuerdo a lo preceptuado por el Art. 919 C.-

El Art. 893 C, establece: """"Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto los derechos de hipoteca y herencia. Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el Libro 3º.""""

Tanto la querrela de restitución como la acción reivindicatoria persiguen el mismo objetivo de conseguir la restitución de la cosa singular de que ha sido privado el dueño, en

el caso de la reivindicación; y el mero poseedor, en el caso de la acción posesoria.-

La acción que nade del derecho de usufructo, del derecho de uso o de habitación y de las servidumbres, y que persigue el reconocimiento de uno de estos derechos, se llama ACCION CONFESORIA.-

En el DICCIONRIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL de EDUARDO PALLARES, Tercera Edición, encontramos, que: """"ACCION CONFESORIA, es la acción real mediante la cual se obtiene una sentencia que declara la existencia de un derecho real sobre un bien inmueble, y condena al demandado a respetar el derecho, haciendo cesar la violación o perturbación del mismo.- Lo condena igualmente al pago de los daños perjuicios causados por la perturbación del derecho y a otorgar fianza de que en lo futuro respetarán aquél. La acción puede ser intentada par el titular de un derecho real sobre bien inmueble, o por el poseedor del predio dominante que tenga interés en la existencia de la servidumbre. """"

En la OBRA "DERECHO PROCESAL CIVIL", de EDUARDO PALLARES, Tercera Edición, en la página 246, se encuentra lo siguiente: """"ACCION CONFESORIA-----La acción confesada tiene par objeto:----- a) Que se reconozca y declare la existencia de un *derecho real o gravamen sobre un inmueble*; b) *Que se haga cesar la violación a desconocimiento de ese derecho o sea que se ponga fin a la perturbación del mismo, imputable al demandado*; c) *Que se condene a éste al pago de los daños y perjuicios ocasionadas por la perturbación, en los cuales están comprendidos los frutos de la cosa en el caso de usufructo*; d) *Que se condene al demandado a afianzar la obligación que se le impone de respetar en lo futuro el derecho real o gravamen.----- Pueden ejercitar la acción:----- I.- El titular de un derecho real inmueble; ----- II.- El poseedor del predio dominante que esté interesada en la existencia de la servidumbre, cuando la perturbación se refiera a ella. Se puede ejercitar contra el poseedor o detentador que desconoce o dala el derecho real o sea el autor de la perturbación que tenga al mismo tiempo la posesión o la tenencia de la cosa, que reparta el derecho real desconocido o violada. La perturbación puede consistir en simples hechos o en actas jurídicas.----- La acción confesada es acción real, en parte declarativa y en parte de condena. Lo primero porque mediante ella se declara la existencia y eficacia jurídica del derecho real, lo segundo porque tiende a que se condene al demandado en la forma mencionada.----- La acción se ejercita en la da ordinaria y dura mientras subsiste el derecho real que protege. """"*

En el "DICCIONARIO DE LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA» de don JOAQUIN ESCRICHE, Tomo Primero, página 184, dice: ""ACCION CONFESORIA: *La que compete al que tiene una servidumbre constituida en su favor contra el que la impide, para que el juez declare corresponderle ésta al actor, y condene al demandado a que no le perturbe en la quieta y pacifica posesión en que se halla dando caución de no hacerlo en adelante, y restituyendo las frutos o intereses percibidos.- Esta acción pertenece a la clase de las reales y elige que el actor pruebe la posesión en que apoya su derecho: Casación de 17 de junio de 1864. V- Servidumbre. ""*

De lo anteriormente expuesto, se llega a que en el caso de autos, no se trata de una querrela de restitución, sino de una acción confesoria, y por ende, la demanda intentada en contra de la señora MARIA DE JESUS PORTILLO RIVERA, conocida por MARIA JESUS PORTILLO RIVERA, es INEPTA, y por ello, se CONFIRMARA la sentencia recurrida.

POR TANTO: Fundados en las consideraciones anteriores, disposiciones citadas y, Arts. 1,089 y 1,090 Pr. C., a nombre de la República de El Salvador, DIJERON: CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de mérito de la cual se ha recurrido_ CONDENASE a la parte apelante en los daños y perjuicios a que hubiere lugar; y a las costas procesales de esta instancia.- Oportunamente, devuélvanse los autos principales al Juzgado de su origen, con la certificación respectiva, para los efectos de Ley.-

PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.