

San Miguel, ocho de enero de dos mil veintiuno.

Vistos:

Por sentencia de treinta y uno de enero del año en curso, el Primer Juzgado de letra de Buin, rechazó las tachas deducidas por la demandada; rechazó la alegación de falta de legitimidad activa interpuesta por Aguas Andinas S.A.; rechazó la acción principal de retiro de tuberías interpuesta en representación convencional de doña Ana Graciela Arratia Hernández, don José Manuel Baltazar Hernández González y don Humberto Rodrigo Hernández González, en contra de Aguas Andinas S.A.; y acogió la petición subsidiaria solo en cuanto declaró que se constituye la servidumbre de acueducto en favor de la demandada, Aguas Andinas S.A., en el predio de propiedad de los demandantes: parcela N° 5, Sitio N° 36 y de una cincuenta y una avas parte de los bienes comunes 1 al 8 del Proyecto de Parcelación Santiago Bueras de la comuna de Buin, que existe desde el año 1998, ordenando tomar nota de la misma en el registro de Hipotecas, Gravámenes, Interdicciones y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces de Buin, correspondiente al inmueble inscrito a nombre de los demandantes a fojas 30 vta. N° 45 año 1987, fojas 813 N° 701 año 2000 y fojas 1739 N° 2528 año 2009, respectivamente. Rechazó la indemnización solicitada, acogiendo, al respecto, la excepción de prescripción opuesta por el demandado. Y, finalmente, omitió pronunciamiento de las restantes acciones y defensas alegadas atendido lo antes resuelto, disponiendo que cada parte debe pagar sus costas.

Contra la mencionada sentencia, la parte demandante dedujo recurso de casación en la forma y, en subsidio, recurso de apelación, los que fueron declarados admisibles.

A la audiencia de conocimiento de los recursos, comparecieron ambas partes, la que se celebró por sistema de videoconferencia Zoom, quedando los autos en estado de acuerdo.

CONSIDERANDO:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

PRIMERO: Que a través del recurso formalizado, se han esgrimido las causales de casación de los números 4 y 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

Como antecedentes de contexto, explica el recurrente que se dedujo demanda contra Aguas Andinas S.A., (ex Emos), a objeto se declarase que aquella no tenía derecho a ocupar la franja de terreno de propiedad de los actores con ductos de alcantarillado por no haber constituido legalmente una servidumbre de alcantarillado sobre el inmueble por lo que debía procederse al retiro de las tuberías y ductos con declaración de indemnizar los perjuicios ocasionados; o que,



para el caso que no se acogiera esa acción de retiro, se declarase que la demandada debía constituir con las formalidades legales dicha servidumbre de alcantarillado pagando las indemnizaciones que correspondían; y, que para cualquiera fuera el caso, la demandada debía pagar además un porcentaje equivalente al 2,4% anual a título de indemnización compensatoria de lo que haya obtenido por el cobro de recolección de aguas servidas y tratamiento de aquellas durante los 20 años que ha usufructuado del terreno con sus tuberías dado que la zona afectada con los ductos, 1.458 metros cuadrados, equivale a un 2,4% del total del terreno; todo con reajustes, intereses y costas.

Dice que probó en el juicio la titularidad de sus dueños sobre la parcela N° 5, del Sitio N° 36, y de una cincuenta y una ava parte de los bienes comunes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8; todo del Proyecto de Parcelación Santiago Bueras de la comuna de Buin, y que tratándose de la parcela N° 5, ésta tenía una superficie aproximada de 6,4 hectáreas. Sostiene que también acreditó que sobre dicha parcela, la demandada Aguas Andinas S.A., continuadora legal de la ex empresa EMOS, ha mantenido de hecho una servidumbre de alcantarillado por más de 20 años, mediante la instalación en el subsuelo de tuberías o colectores, con cámaras de ventilación hacia la superficie, por la cual conduce las aguas servidas de las zonas de Linderos y de Paine; y que dicha servidumbre ha obstaculizado para sus propietarios realizar, por igual período de años, construcciones y explotaciones conforme a sus legítimos intereses, limitándoles las facultades de señor y dueño a la que tienen derecho como propietarios de aquel, impidiéndoles explotar, usar, gozar y disponer de aquel conforme a su voluntad, ya que habiendo existido interesados en adquirir dicho bien raíz a un precio conveniente, no fue posible debido a la irregularidad que grava el terreno.

Aduce que la servidumbre denunciada no tiene registro conservatorio, pues no hay inscripción de servidumbre de alcantarillado en el referido inmueble que dé cuenta de la existencia jurídica del mismo en favor de Aguas Andinas S.A., pese a que, como continuadora legal de Emos S.A., asumieron en su momento la obligación de regularizar las herencias que estaban pendientes, requisito previo a la escrituración del correspondiente instrumento. Dice que el silencio de aquella fue absoluto, sin ningún ánimo de cumplir con lo que se había obligado, esto es, regularizar las herencias, constituir la servidumbre y pagar las indemnizaciones.

Añade que la demandada no acompañó documento alguno que diera cuenta de la existencia válida de la servidumbre en conformidad a la ley sobre el predio aludido, en razón que no acompañó antecedentes registrales que cumplan las formalidades que al efecto dispone el Código de Aguas, la Ley N° 6.977, y menos las normas del artículo 820 y siguientes, y del artículo 2304 y siguientes, todos del



Código Civil, ya que la servidumbre en cuestión sólo puede adquirirse mediante escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces.

Explica, en resumen, que las alegaciones y peticiones de la demandada fueron, primero, la existencia de una falta de legitimación activa de la actora, al no ser dueña del predio dominante y no ser dueña de ningún derecho de aprovechamiento de aguas o titular de una concesión sanitaria, requisito básico para accionar de este modo; segundo, que se reconociera la existencia de una servidumbre de acueducto en favor de Aguas Andinas, en su calidad de dueña de las cañerías y se reconociera y declarara que la forma de regular su ejercicio se produjo convencionalmente entre el antecesor en el dominio de la actora y se tradujo en esta servidumbre de acueducto, que se autorizó y se aceptó su construcción; tercero, se reconociera la existencia de una servidumbre de acueducto en favor de Aguas Andinas, en su calidad de dueña de las cañerías y se declarara que la servidumbre se ha ejercido por más de 20 años de una misma manera, siendo ese uso prolongado un indicio inequívoco de haber mediado entre las mismas un convenio, a lo menos tácito de la forma de ejercerla, declarando y reconociendo la servidumbre como gratuita; cuarto, en el evento de estimar que no es gratuita, pidió se declarase la prescripción del derecho de cobro de la indemnización por haberse hecho exigible al momento de la instalación y construcción de las obras; quinto, que se declarara que la servidumbre y la forma de su ejercicio, han sido adquiridas por prescripción adquisitiva, por ser una servidumbre continua y aparente; sexto, se declarara el derecho a indemnización, prescrito; y, séptimo, que si el tribunal consideraba que la servidumbre no quedó regulada por el convenio y que tampoco se adquirió por prescripción, que se regule conforme lo han entendido las partes con su conducta ininterrumpida, negando lugar a toda indemnización o se declare que la indemnización por constitución de servidumbre es menor a la demandada, debiendo procederse conforme el mérito del proceso y según lo previsto en el artículo 82 del Código de Aguas y demás disposiciones aplicables.

Aduce el recurrente que el tribunal, contradiciendo y contraviniendo no sólo la ley sino el mérito del proceso rechazó la acción principal de retiro interpuesta por su parte y, en cambio, acogió la petición subsidiaria solo en cuanto declaró que se constituye la servidumbre de acueducto en favor de la demandada, Aguas Andinas S.A., en el predio de propiedad de los demandantes, que singulariza, ordenando tomar nota en el registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces de Buin correspondiente al inmueble inscrito a nombre de los demandantes, rechazando la indemnización solicitada, por haber acogido la



excepción de prescripción opuesta por el demandado, con lo cual omitió pronunciamiento de las restantes acciones y defensas alegadas.

Sostiene que Aguas Andinas S.A., no ha podido adquirir y menos tener por constituido a su favor la servidumbre al menos de la forma que el tribunal lo estableció, con una simple anotación marginal, ya que la ley N° 6.977 en su artículo 1° expresa que *“la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos sólo puede adquirirse por medio de escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces”*, de modo que exige el cumplimiento de formalidades legales que no han acontecido. A consecuencia de lo señalado, dice que tal gravamen no tiene existencia jurídica, en especial si se considera que el artículo 3° de la misma norma citada, expresa que *“en los casos de los artículos precedentes se dejará constancia del servicio de alcantarillado mediante un plano aprobado por la autoridad competente, que deberá protocolizarse al tiempo de otorgarse la respectiva escritura pública”*, cuestión que, no obstante que la demandada acompañó un plano, aquel no cumplía con las formalidades también indicadas. Añade que conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Aguas, la demandada estaba obligada a indemnizar a los propietarios por la constitución de la servidumbre denunciada.

Concluye de lo dicho, que las indemnizaciones pedidas por esa parte tienen como fundamento el haber sido constituidas las servidumbres de manera legal y no de la forma con que obró la demandada, esto es, instalando tuberías, de forma ilegal, por mucho que hayan transcurrido 20 años, esperando que fuera ella misma quien concluyera las regularizaciones de las herencias, constitución de servidumbres y pago de indemnizaciones a las que se obligó. Arguye que al no haberse cumplido a cabalidad las formalidades legales con la constitución de la servidumbre de alcantarillado en la propiedad de los actores, se ha violentado su derecho de propiedad y se ha contravenido además el artículo 1 y siguientes de la Ley 6.977, artículo 76 y siguientes del Código de Aguas, y artículos 577, 820 y siguientes, artículos 2304 y siguientes todos del Código Civil, lo cual ha causado perjuicios evidentes y pérdidas monetarias, entre las cuales están la desvalorización del terreno, la imposibilidad de ejecutar actividad económica o explotación comercial alguna y el pago de contribuciones territoriales.

SEGUNDO: Que, invoca como causales de casación, la contenida en el artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido pronunciada con omisión de *“la decisión del asunto controvertido, la que deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio”*; y además las comprendidas en el artículo 768 N° 4, y 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, haber sido dada ultra petita,



otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal; y en contener decisiones contradictorias.

TERCERO: Que, en cuanto a la causal contenida en el artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, sostiene que esa parte ejerció una acción indemnizatoria de compensación, distinta a la propia de la servidumbre, independiente de que se acogiera la acción principal o subsidiaria, consistente en pagar un porcentaje equivalente al 2,4% anual de lo que la demandada haya obtenido por el cobro de recolección de aguas servidas y tratamiento de aguas servidas durante los 20 años que ha usufructuado del terreno con sus tuberías, dado que la zona afectada con los ductos, constituyó uno de los asuntos controvertidos de este juicio, petición que no fue resuelta por el tribunal debiendo hacerlo como la norma procedimental lo exige, resultando insuficiente la declaración de omitir pronunciamiento de las restantes acciones, toda vez que esta acción de indemnización compensatoria tiene un fundamento jurídico distinto de aquella otra indemnización que proviene de aceptar la carga del gravamen, cuestión que quedó claramente establecida tanto en la demanda como en la réplica. Dice que no haberla fallado importa un vicio que invalida la sentencia.

CUARTO: Que, en lo que respecta a la causal del artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, dice que el tribunal incurre en un grave vicio formal por cuanto en su decisión otorga más de lo pedido en la demanda y, sin embargo, se declara que se acoge una petición de aquella.

Explica que el retiro o no de las tuberías, la constitución o no de la servidumbre, y el pago de las indemnizaciones reclamadas dicen relación única y exclusivamente con la Parcela 5 del proyecto de parcelación Santiago Bueras, que es por donde pasan las tuberías con las aguas servidas de Aguas Andinas, más no el sitio 36 y menos sobre la cincuenta y una ava parte de los bienes comunes 1 al 8 del Proyecto de Parcelación Santiago Bueras de la comuna de Buin, y por tanto el tribunal comete un grave yerro al otorgar más de lo pedido o extender la petición a puntos no pedidos por esa parte en la demanda en cuanto a constituir la servidumbre sobre bienes que no tienen la calidad de predio sirviente para los efectos de esta especie de gravamen y por tanto, al acoger la petición subsidiaria constituyendo la servidumbre de acueducto en favor de Aguas Andinas en el predio de propiedad de los demandantes jamás debió extenderla al Sitio N° 36 y a la cincuenta y una ava parte de los bienes comunes 1 al 8 del Proyecto de Parcelación Santiago Bueras de la comuna de Buin.



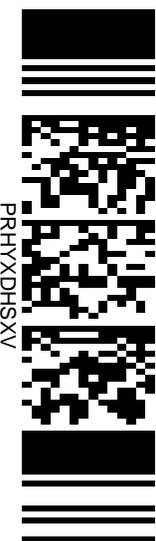
PRHYXDHXSXV

Sostiene que esta causal se robustece más porque, para la constitución de la servidumbre que por su sentencia declara, basta al tribunal una simple toma de nota en el registro de Hipotecas, Gravámenes, Interdicciones y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces de Buin, correspondiente al inmueble inscrito a nombre de los demandantes a fojas 30 vta., N°45 año 1987, fojas 813 N° 701 año 2000 y fojas 1739 N° 2528 año 2009, respectivamente, lo que no es efectivo, porque exigiendo el gravamen en cuestión de una solemnidad conforme al Código Civil, Código de Aguas y Ley 6.977, declarado que sea por el tribunal, corresponde extender la correspondiente escritura pública por los titulares del derecho declarado y los obligados a ello para luego practicar las inscripciones conforme al Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, y para el evento que alguna de las partes no concurren con su firma, podrá, el tribunal, hacerlo en su representación conforme a las normas de la ejecución de las sentencias, artículo 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, la forma en que el tribunal actúa declarando la servidumbre hace incurrir en esta causal de casación formal.

QUINTO: Que, finalmente, en lo que atañe a la causal del artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contener decisiones contradictorias, asevera que el tribunal incurre en un nuevo vicio por cuanto en el numeral I) de su parte decisoria rechaza las tachas deducidas por la demandada a los testigos referidos en los considerandos primero y cuarto, resuelto en los considerandos tercero y sexto, pero omite pronunciarse sobre las costas pedidas por esa parte al evacuar ésta el traslado a las tachas formuladas por la demandada, no obstante que en el considerando tercero decreta el rechazo de la tacha con costas, y en el sexto no se pronuncia sobre ella pese haberlo pedido esa parte, para finalmente determinar (numeral VII) que cada parte pagará sus costas, todo lo cual constituye serias contradicciones en sus decisiones sobre la materia en cuestión.

Argumenta que los vicios denunciados, han influido en lo dispositivo del fallo, porque si la sentencia de primera instancia no hubiera padecido de aquellos, el Tribunal A Quo, no obstante rechazar la petición principal de retiro de las cañerías, quedaba indefectiblemente en situación de acoger la demanda subsidiaria no sólo en forma parcial sino que también la de indemnización de perjuicios, y en cualquiera de los casos, la indemnización compensatoria pedida, con costas, lo que como no ocurrió, causa agravio al demandante.

SEXTO: Que, en lo que cabe a la primera causal de invalidación esgrimida, consta del proceso, que los actores solicitaron en su demanda, en primer término, que se declarase que Aguas Andinas S.A. no tiene derecho a ocupar la franja de terreno de su propiedad, por no constituir legalmente una servidumbre de alcantarillado y



pidió se ordenase el retiro de las tuberías y ductos con declaración de indemnizar los perjuicios ocasionados. Luego, para el caso de no acogerse la acción de retiro, pidió declarar que la demandada debería constituir la servidumbre de alcantarillado, con las formalidades legales, *pagando las indemnizaciones correspondientes*. Finalmente, cualquiera sea el caso, pidió que la demandada *pagara, además, un porcentaje equivalente al 2,4% anual a título de indemnización compensatoria* de lo que haya obtenido por el cobro de recolección de aguas servidas y tratamiento de aquellas durante los 20 años que ha usufructuado del terreno con sus tuberías, equivale a un 2,4% del total del terreno, o la suma que el tribunal determine.

Por su parte, consta del fallo que se revisa, que en su motivo vigésimo sexto, la juzgadora concluyó que se debe tener por constituida la servidumbre, pues el título ha sido suplido por el reconocimiento expreso del dueño del predio y declaró, por ende, su existencia desde el año 1998, conforme la documental aparejada a la causa, que allí describe.

A continuación, en el razonamiento vigésimo séptimo, rechaza la petición de la demandante en cuanto a declarar que la demandada no tiene derecho a ocupar la franja de terreno de su propiedad por los ductos que la atraviesan y dice que es improcedente su petición de retiro de tales especies, por cuanto se ha declarado la existencia de la servidumbre en los términos acordados por las partes a la época de su construcción en 1998, la que se ha ejercido en forma constante, continua y pacífica. Con ello rechazó la primera petición de la demanda.

Finalmente, en el considerando vigésimo octavo, *“en cuanto a la indemnización que se solicita, fundada en el grave perjuicio que les ha ocasionado la servidumbre así constituida”*, la rechaza en los términos del artículo 82 del Código de Aguas, que ordena indemnizar todo perjuicio producido por la construcción del acueducto y por eventuales derrames o filtraciones que puedan imputarse a defectos de construcción. Atento a ello, dice que la época desde la cual debe computarse el plazo para reclamar de la indemnización es aquella en que se produjeron las construcciones o desperfectos posteriores que la obra hubiese presentado, siendo en este caso, las de construcción, o sea, el año 1998. Como consecuencia de dicho razonamiento y de lo prevenido en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil, acogió la excepción de prescripción deducida por la demandada.

SÉPTIMO: Que, como se advierte, al razonar en torno a la prescripción de la acción indemnizatoria, la juzgadora se limitó tan solo a los defectos derivados de la construcción, que según ella misma precisó, se realizó en el año 1998. Sin embargo, el objeto de la segunda indemnización, la compensatoria a todo evento



PRHYXDHSHXV

que refiere el recurrente, no radicaba en los defectos de construcción como tampoco en los desperfectos posteriores derivados de la obra, que es lo que expresamente regula el Código de Aguas en su artículo 82, sino a una especie de lucro cesante que calculó en una relación proporcional entre la superficie del terreno ocupada por las obras y las ganancias que obtendría la demandada por la recolección de las aguas y el servicio de tratamiento, renta que pretende por los últimos 20 años, esto es, por todo el tiempo que ha estado en uso la servidumbre. No señaló la actora fundamento legal para esta pretensión, pero lo que describe no se corresponde con la norma del artículo 82 del Código de Aguas de modo que para su resolución, necesariamente la juzgadora debió incluir un argumento adicional que atendiera a su objeto, distinguiéndola así de la otra indemnización que también había pedido la actora, como resultado de la constitución de la servidumbre y que sería la que fue desestimada en el considerando en estudio.

OCTAVO: Que, en consecuencia, resulta ser efectivo que en la sentencia se ha incurrido en una omisión, que constituye el defecto que sanciona el artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 6, ambos del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido pronunciada omitiendo la decisión íntegra del asunto controvertido, razón por la cual corresponde acoger el recurso formalizado en forma principal y por el primer motivo esgrimido, sin que sea necesario hacerse cargo de los demás.

Del mismo modo y atento lo prevenido en el artículo 798 del código citado, se tendrá por no interpuesto el recurso de apelación deducido en forma subsidiaria.

Y visto lo dispuesto en los artículo 767, 768 y 786 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en la forma deducido por la parte demandante y, en consecuencia, **se invalida** la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil veinte, pronunciada en el proceso Rol 2245-2017 por el Primer Juzgado de Letras de Buin, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Regístrese.

Redactó la Ministra Sra. Carolina Vásquez Acevedo.

Rol N° 572-2020



PRHYXDHXSXV

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

En cumplimiento a lo ordenado en sentencia de casación de esta misma fecha y rol y de lo prevenido en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

San Miguel, xx de enero de dos mil veintiuno.

Vistos:

De la sentencia invalidada, se reproducen su parte expositiva y sus considerandos primero a décimo tercero.

Se copian también sus motivos décimo sexto, décimo séptimo, vigésimo a vigésimo segundo, vigésimo quinto, y vigésimo séptimo a vigésimo noveno.

Y se tiene, además, presente:

1° Que la demandante ha sostenido que la servidumbre debió constituirse por escritura pública, basada en los artículos 1° y siguientes de la Ley 6.977.

En su artículo 1°, dicho cuerpo normativo dispone que “La servidumbre de alcantarillado en predios urbanos sólo puede adquirirse por medio de escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces”.

2° Que las obras correspondientes a la servidumbre que se cuestiona en este proceso, se construyeron en el transcurso del año 1998, habiéndose celebrado un acuerdo para ello con la representante de la sucesión denominada Hernández González, en diciembre de 1997, quien también otorgó una autorización para iniciar los trabajos, en el año 1998.

3° Que lo señalado resulta de la mayor relevancia desde que según se lee del título anterior al de la constituyente, la parcela N° 5 y el sitio N° 36 del Proyecto de Parcelación Santiago Bueras, que fueron asignados a don José Manuel Hernández Navarro, derivan de la división de dos predios rústicos y hasta al menos el año 2012, conforme se lee del documento denominado Certificado de Informaciones Previas, correspondían a un inmueble calificado como rural.

En tales condiciones, al menos hasta el año 2012, no era aplicable la Ley 6.977 a la servidumbre que se constituyera sobre el inmueble denominado parcela 5 del Proyecto de Parcelación señalado y al que se asignó el número de rol de avalúo 658/243, razón por la cual, no puede ser dicho cuerpo normativo el que imponga la exigencia de extender escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces para su constitución, como lo demandan los actores en este proceso.



Sin perjuicio de lo señalado, no puede tampoco perderse de vista que de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 6.977, cuando la servidumbre consiste en el establecimiento de un servicio común de alcantarillado, proyectado para servir a dos o más viviendas de un conjunto habitacional, se entiende constituida tal servidumbre, por el solo ministerio de la ley, *por el hecho de aprobarse el plano a que se refiere el artículo 3°*. En la especie, el plano aprobado se encuentra incorporado a los autos, en tanto el proyecto ejecutado en 1998 denominado “Instalación del servicio de alcantarillado en Alto Jahuel, Buin Oriente –Mejoramiento del sistema de Alcantarillado de Linderos y Paine”, respondió al establecimiento de un servicio común de alcantarillado que sirvió a un conjunto habitacional completo que puede ser comprendido en un concepto amplio, puesto que la norma solo ha querido distinguirla de la servidumbre convenida entre dos personas, que es la que tratan los artículo 1 a 3 de ese cuerpo normativo.

4° Que en lo que interesa al asunto discutido en autos, ya se ha señalado que la servidumbre de acueducto es una de carácter legal, siendo necesario precisar que efectivamente EMOS en su momento y, actualmente Aguas Andinas, en su calidad de concesionaria del servicio de recolección y tratamiento de aguas servidas tiene el derecho legal de contar con las servidumbres indispensables para el ejercicio de su concesión de servicio público sanitario.

Así se consagra además, en el artículo 77 del Código de Aguas, cuando dispone que *“Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de un pueblo, industria, mina u otra heredad que necesite conducir aguas para cualquier fin”*. Es necesario, sin embargo, establecer el acuerdo entre las partes en relación a la forma de cumplir la servidumbre y las indemnizaciones pertinentes, en su caso.

Al respecto, en el artículo 698 del Código Civil, se ordena que la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública, sin que se exija su inscripción, tanto es así que las servidumbres aparecen como de inscripción facultativa en el artículo 53 N° 2 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Por su parte, en el inciso segundo del artículo 882 del Código Civil, se establece que las servidumbres continuas y aparentes, cuyo es el caso de autos, pueden adquirirse por título o por prescripción de cinco años. En tanto en el artículo 883 se señala, en su inciso primero, que *“El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente.”*

5° Que, al respecto, es un hecho no discutido que en el presente caso no se extendió escritura pública para la constitución de la servidumbre de que se trata.



PRHYXDHXSXV

No obstante ello, consta de autos que doña María Ángela Hernández González, declarando ser la representante de la sucesión dueña de la parcela 5 del inmueble de que se trata (ella, su hermano y su madre), suscribió con la demandada, en diciembre de 1997, un documento que corresponde a un cierre de negocios, por el cual convino con la entonces Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias la constitución de la servidumbre para la instalación del servicio de alcantarillado en Alto Jahuel, ya citado, en el predio denominado lote 3 del proyecto, que tiene el rol de avalúo 658-243 y que corresponde a calle San Luis N° 602 de esa población. Se dejó constancia que la superficie de la servidumbre se extendería por 1.458 m² y que la indemnización que pagaría EMOS sería de \$1.925.000. Asimismo, consta que al momento de celebrar el acuerdo y suscribir el documento, la señora Hernández González, en la representación que compareció, recibió un plano con la ubicación, deslindes y superficie de la servidumbre que se constituía, así como además, aceptó los valores comprometidos. Se dejó constancia de que se le proporcionarían las facilidades necesarias para la factibilidad de su propia conexión al servicio que se pretendía instalar con la servidumbre, así como el compromiso de EMOS de otorgar a esa propiedad, gratuitamente, la factibilidad y el derecho a conexión a la red de alcantarillado cuando estuviera habilitada. Se convino, finalmente, que las obras se ejecutarían entre los meses de mayo y julio para no afectar las plantaciones de la constituyente.

Este mismo compromiso se repitió en el documento denominado Declaración y autorización N° 12.893-B de 12 de marzo de 1998, al que también concurrió con su firma, la señora María Ángela Hernández González. Allí autorizó nuevamente el inicio de las obras y se reiteraron todos los acuerdos adoptados, aunque la suscripción de la escritura quedara en suspenso por la falta de algunos antecedentes, lo que suponía la posterior formalización de la operación convenida.

Consta en el proceso, la declaración testimonial de Manuel Antonio Díaz Cornejo, Fátima Rosa Zavala Vásquez, Gonzalo Manuel Vargas Zamorano e Ignacia de Fátima Urbina Pino, quienes refirieron la existencia de la servidumbre desde hace 19 a 20 años, lo que les consta porque se ven las tapas del alcantarillado y algunos de ellos, además, presenciaron las obras que se extendieron por un tiempo, añadiendo que en ocasiones sale mal olor y la visibilidad es permanente.

También está agregada la declaración de los testigos de la demandada Susana Natalia Ponce Bravo y Carlos Arnoldo Borquez Kesler, quienes señalaron que se hicieron excavaciones para instalar las tuberías, que se usó maquinaria y camiones para sacar la tierra, con un tiempo de labores de aproximadamente 6



meses por lo que es imposible que estas obras pasaran desapercibidas para los propietarios de los predios y sus vecinos. El segundo, señaló que él obtuvo la autorización para la ejecución de las obras.

Además, se agregó absolución de posiciones. Don Humberto Rodrigo Hernández González, reconoció que la instalación fue realizada por EMOS hace aproximadamente 20 años, que en 1988 se instaló la red y solo tomó conocimiento de ello su hermana Ángela. Negó la existencia de permiso expreso porque en esa época no se tenía la posesión efectiva. Añadió que la instalación no fue tranquila, porque cuando se hicieron las excavaciones esa parte se hundió y tuvieron que arreglar el camino. Reconoció que las obras se ejecutaron en todo el pueblo y que la existencia del alcantarillado es visible y aparente por signos exteriores.

Absolvió posiciones doña Ana Graciela Arratia Hernández, quien también reconoció que la instalación de las redes se hizo por EMOS hace 20 años, pero dijo no constarle que se hiciera en pleno conocimiento de los propietarios; que no le consta que haya permiso escrito o expreso; que se trataba de un importante proyecto público para la comuna de Buin, conocido por todos los propietarios de los terrenos y por la comunidad; que no le consta que hubiera autorización expresa y escrita de doña Ángela Hernández González.

6° Que cuando el artículo 883 del Código Civil, permite suplir el título constitutivo por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, no se refiere al propietario actual o posterior, sino al que lo era cuando se constituyó la servidumbre. Comprenderlo de otro modo lleva al absurdo de analizar la constitución de una servidumbre muchos años después de instalada e incluso de analizar la conducta de quienes no intervinieron en el proceso.

En dicho escenario y analizando los antecedentes referidos en el considerando precedente, resulta que existen documentos escritos que dan cuenta de la voluntad manifestada por doña María Ángela Hernández González, como representante de la sucesión que integraba, para acceder a la servidumbre de alcantarillado de que se trata, en los cuales ella convino ubicación, superficie, modalidad de la servidumbre, fecha de ejecución y monto de la indemnización.

Además, se trata de una obra que se extendió por cerca de 6 meses, que se realizó con maquinaria pesada y camiones, donde se realizó una excavación profunda que incluso, según uno de los testigos de los actores, presentó un problema que exigió una corrección. Fue un proyecto que se realizó con muchos trabajadores, en la parcela de los entonces propietarios y en todo el pueblo, por lo que no es posible sostener que se haya realizado sin el reconocimiento expreso de sus dueños.



Está admitido por uno de los testigos que fue él quien obtuvo la autorización y está demostrado con los dichos de los deponentes de ambas partes, cuáles eran las condiciones en que se ejecutaron las obras, dejándose cámaras a lo largo de la propiedad que, según algunos de ellos afirman, además, expedirían malos olores de forma frecuente.

Luego, si se quiere sostener que la suscriptora del documento, no tenía efectivamente la representación de la comunidad para actuar por ella, sucede que ello debió ser alegado y demostrado y, por otra parte, que no resulta verosímil que los otros comuneros no estuvieran en conocimiento de lo obrado, precisamente por lo ostensible de las obras, su larga duración y la persistencia en la parcela de muestras evidentes de la presencia de la servidumbre de alcantarillado, sobre todo, si se aduce que los malos olores no habrían permitido realizar determinadas plantaciones.

7° Que en las condiciones anotadas, existiendo hechos inequívocos que dan cuenta del reconocimiento expreso dado por doña María Hernández González a la constitución de la servidumbre de alcantarillado y del que, en el mismo sentido, no podían sino corroborar los demás integrantes de la comunidad a quienes ella dijo representar, tiene cabida la situación que regla el artículo 883 en relación al 882, ambos del Código Civil, en la forma que ha sido alegada por la demandada, por lo que se tiene por cierto que la servidumbre se constituyó habiendo sido suplido el título, por el reconocimiento expreso de los dueños del predio, declarándose por ende, su existencia desde el año 1998, conforme la prueba relacionada, y especialmente, Memorándum N° 46-98; Declaración y autorización suscrita por doña Ángela Hernández González de 12 de marzo de 1998; Cierre del negocio para la constitución de servidumbre suscrita con EMOS de 8/01/1998; y, copia de plano de servidumbre para la instalación del servicio de alcantarillado de Linderos Paine del proyecto 12893-B de 7 de octubre de 1998.

8° Que, a su vez, es un hecho del proceso que los demandantes adquirieron el predio de que se trata con el gravamen constituido y con el mismo conocimiento que tenían sus antecesores en el dominio tanto de la existencia de la servidumbre de alcantarillado, como de sus condiciones, habiendo incorporado antecedentes que evidencian dicho conocimiento, así como sus propios intentos de contactar con Aguas Andinas para restablecer discusión en torno a este asunto.

Sobre este punto, si hubo un acuerdo en relación a quién debía tramitar posesiones efectivas o realizar otro tipo de trámites, ello no obsta a lo que aquí se ha concluido, por corresponder a hechos diversos y a la pretendida obligación de extender la escritura pública. Si era una obligación de hacer, los interesados pudieron instar por su cumplimiento en su momento, pero aquello no altera en



PRHYXDHXSXV

modo alguno la existencia del acuerdo logrado entre EMOS y los antecesores en el dominio de los actores, como tampoco el permiso otorgado por ellos, habiendo recibido los demandantes un inmueble con una servidumbre constituida y en evidente conocimiento de su existencia.

9° Que, en atención a lo razonado, debe rechazarse la acción en cuanto por ella se pide el retiro de tuberías y cañerías, así como la petición subsidiaria de ordenar constituir la servidumbre desde que aquella ya lo está, limitándose este fallo a reconocer dicha situación.

Asimismo y de conformidad a lo prevenido en el artículo 82 del Código de Aguas, corresponde declarar la prescripción de la acción de indemnización por la constitución de la servidumbre, tal como se ha resuelto en los motivos 28° y 29°, desde que dicho valor corresponde al del terreno ocupado, su anexo estrictamente necesario y los derivados de la construcción misma.

Contrariamente a lo aseverado por los actores, el plazo de prescripción de esta acción de cobro, no se cuenta desde la extensión de una escritura pública, sino que desde cuando se constituye la servidumbre y se construye la obra, puesto que se trata precisamente de la indemnización por el terreno ocupado y por los perjuicios que pudiera causarse con la construcción del acueducto de alcantarillado. En dicho escenario, el plazo comenzó a correr en el año 1998 y la presente demanda se notificó en el año 2018.

Finalmente, no se esgrimió la existencia de interrupción alguna.

10° Que, por último, en cuanto a la indemnización que se ha cobrado a todo evento, ésta se hace consistir en el uso del acueducto mismo por 20 años, en relación a la proporción del terreno y a la proporción de las rentas obtenidas por la demandada.

Como se dijo con anterioridad, los demandantes no han señalado cuál sería el fundamento legal de esta pretensión, limitándose a explicar cómo debiera calcularse y al hecho que EMOS y ahora Aguas Andinas, habrían obtenido ingentes ganancias con el acueducto.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 82 del Código de Aguas autoriza el cobro del perjuicio causado por filtraciones, derrames y desbordes que puedan imputarse a defectos de construcción o mal manejo del acueducto, pero no es aquello lo que aquí se cobra, a pesar de haberse sostenido por algunos testigos, que de alguna de las cámaras emanaban malos olores, situaciones puntuales que debieron ser expresamente descritas porque constituyen eventos independientes y distintos para efectos de indemnización, separados de aquellos perjuicios que pueda causar la construcción misma, que también se cobra en autos y respecto de la cual, se ha declarado la prescripción.



PRHYXDHXSXV

No hay otra disposición legal que permita el cobro que aquí se pretende.

Si se acepta que la servidumbre nunca estuvo constituida de modo alguno, pudo tal vez la demandante sostener la existencia de un enriquecimiento injusto, pero lo cierto es que aquí se ha declarado que la servidumbre se constituyó en 1998 y consta en autos que la demandada ofreció el pago de \$1.925.000 a título de indemnización que, en su momento, fueron aceptados por quienes eran entonces los dueños de la propiedad, constituyéndose así un acuerdo de voluntades sobre esa materia. Fueron ellos quienes fijaron un momento distinto para “formalizar” el pago y quienes, además, no instaron por su cobro. En consecuencia, si los actores, como eventuales sucesores de aquéllos, actuales dueños del predio sirviente, deseaban ahora cobrar la indemnización, debieron instar por ejercer las acciones correspondientes para el pago de la suma convenida, pero no se advierte cómo podrían pretender un pago adicional, no previsto en la ley, por la posible ganancia que obtuviera la dominante. En dicho escenario, si la dominante obtiene pérdida ¿debería compensárselo el dueño del predio sirviente?

En la especie, en 1998 se ejecutó un proyecto de obras de carácter público en el que, conforme a la reglamentación vigente, la demandada obtuvo un acuerdo de paso de acueducto constituyendo una servidumbre legal, para permitir el paso del servicio público de alcantarillado y se obligó a compensar los daños a la sirviente que avaluaron entonces en \$1.925.000, quedando además obligada a mantener en buen estado el acueducto y a pagar cualquier daño que pueda producirse a los dueños por filtraciones, derrames o desbordes, sean derivados de defectos de la obra o de mal manejo. Pero esas serían todas sus obligaciones.

11° Que, en consecuencia, se rechazará la última indemnización solicitada por los actores, por improcedente.

12° Que en atención a lo resuelto, se hace innecesario hacerse cargo de la alegación de la demandada de declarar a su favor la adquisición por prescripción de la servidumbre, en los términos prevenidos en el artículo 882 del Código Civil.

13° Que no se condenará en costas a la demandante, no obstante haber sido totalmente vencida, por estimarse que obró con fundamento plausible, lo que no obsta a la condena en costas impuesta en el incidente de tacha resuelto en el considerando tercero, respecto del testigo Díaz Cornejo.

Se precisa, en consecuencia, que la tacha de doña Fátima Zavala Vásquez, ha sido rechazada sin costas.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo prevenido en los artículos 346 Por lo antes expuesto 820 y siguientes 1698 y siguientes, 2514 y 2515 del Código Civil, 69 y siguientes del Código de Aguas, 160, 170, 144, 342 y



PRHYXDHSHXV

siguientes, 384, 399, 400, 408, 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

I) **Se rechazan** las tachas deducidas por la demandada a los testigos referidos en los considerandos primero y cuarto, con las costas señaladas en el motivo tercero.

II) **Se rechaza** la alegación de falta de legitimidad activa interpuesta por Aguas Andinas S.A.;

III) **Se rechaza** íntegramente la demanda, **reconociéndose**, en los términos alegados por la demandada, que la servidumbre de acueducto se encuentra constituida desde 1998, a favor de Aguas Andinas, en su calidad de dueña de las cañerías introducidas en la Parcela 5 del Proyecto de Parcelación Santiago Bueras, signado como Lote 3 en el plano 12.893-B, cuya forma de ejecución en cuanto a derechos y obligaciones se produjo convencionalmente con el antecesor en el dominio de los actores; y cuya inscripción vigente es fojas 30 vta. N° 45 del año 1987, fojas 813 N° 701 del año 2000 y fojas 1739 N° 2528 del año 2009, respectivamente.

IV) **Se acoge**, en cuanto a la indemnización de constitución, la excepción de prescripción opuesta por la demandada.

VI) Que cada parte pagará sus costas, con la anotada excepción de la tacha acogida en el considerando tercero.

Regístrese y devuélvase en su oportunidad.

Redactó la Ministra Sra. Carolina Vásquez Acevedo.

Rol 572-2020-Civil

Pronunciada por la Sexta Sala Zoom de la Illma. Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los Ministros, Sr. Roberto Contreras Olivares, Sra. Carolina Vásquez Acevedo y Sr. Carlos Hidalgo Herrera.

Se deja constancia que no firman los ministro señora Vásquez y señor Hidalgo, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y fallo, por encontrarse ausente.





PRHYXDHSXV

Proveído por el Señor Presidente de la Sexta Sala de la C.A. de San Miguel.

En San miguel, a ocho de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>