

Auto Supremo Nro. 701/2017

Fecha del Auto: lunes, 10 de julio de 2017

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

S A L A C I V I L

Auto Supremo: 701/2017

Sucre: 10 de julio 2017

Expediente: CB-65-16-S

Partes: Víctor Mendoza Aguilar. c/ Joaquín Vargas Contreras.

Proceso: Daños y perjuicios y otro.

Distrito: Cochabamba.

VISTOS: El recurso de casación de fs. 422 a 425 interpuesto por Víctor Mendoza Aguilar mediante su representante Lucy Mendoza Zubieta contra el Auto de Vista signado con Partida N° 40 Libro 199 de 04 de abril de 2016 que cursa de fs. 417 a 420, pronunciado por la Sala Civil Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, dentro el proceso de daños y perjuicios y otro seguido por Víctor Mendoza Aguilar en contra de Joaquín Vargas Contreras, la concesión de fs. 432, la admisión de fs. 438 a 439 y todo lo inherente:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO:

La Juez Primero de Partido en lo Civil y Comercial de Quillacollo, pronuncia la Sentencia signado con Partida N° 31 de 03 de octubre de 2013 que cursa de fs. 363 a 369, que declara IMPROBADA la demanda de fs. 12 a 13 y fs. 15 PROBADA la acción reconvencional de fs. 47 a 49, PROBADAS las excepciones perentorias de improcedencia de la demanda respecto a la acción principal y las excepciones de transacción y cosa juzgada; reconociéndose el mejor derecho de propiedad sobre la franja demandada de 30 Mts.2, en favor del demandado, y acreditada la acción negatoria respecto a dicha fracción con referencia a Víctor Mendoza Aguilar, sin costas por juicio doble. Posteriormente de emite el Auto de complementación de 8 de julio de 2015 que cursa en fs. 381, en sentido de complementar sobre las excepciones perentorias opuestas a la acción reconvencional, refiriendo lo siguiente: “declarando IMPROBADA LA DEMANDA ORDINARIA PRINCIPAL DE FS. 12-13 Y 15, FORMULADO POR VICTOR MENDOZA AGUILAR E IMPROBADA LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS DE “ILEGALIDAD, FALSEDAD, IMPROCEDENCIA, FALTA DE ACCIÓN Y DERECHO”, FALTA DE TITULACIÓN DEL DEMANDADO: al ser solo nominativas Y PROBADA LA ACCION RECONVENCIONAL FORMULADA POR JOAQUIN ROLANDO VARGAS CONTRERAS de fs. 47 a 49 PROBADAS LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA, RESPECTO A LA ACCION PRINCIPAL Y LAS EXCEPCIONES DE TRANSACCIÓN Y COSA JUZGADA: reconociéndose el mejor derecho de propiedad sobre la franja demanda de 30 Mts.2, a favor de JOAQUIN ROLANDO VARGAS CONTRERAS y acreditada la acción negatoria respecto a dicha fracción con referencia a VICTOR MENDOZA AGUILAR”.

Apelada la Resolución de primera instancia, se pronuncia el Auto de Vista de fs. 417 a 420 que CONFIRMA la Sentencia apelada, señalando que en apelación pueden valorarse las pruebas si se argumenta sobre la vulneración de las reglas de la experiencia y la lógica, la expresión debe versar sobre la infracción de principios y la forma en que debían

ser valorados, debe existir una crítica razonable de modo que el Tribunal pueda ingresar a analizar el trabajo del Juez; señal que la alusión del Auto de Vista de fs. 316 que anuló la Sentencia, refiere que el apelante formula declaraciones subjetivas sobre el contenido de la Sentencia, sin tomar en cuenta que la mencionada Resolución de segunda instancia ha observado la supuesta incongruencia de la primera sentencia con referencia a las excepciones planteadas, las cuales no habrán tenido expreso razonamiento, el argumento descrito no cumple con lo dispuesto en el art. 227 y 236 del Código de Procedimiento Civil; señala que la simple verificación de haberse verificado la destrucción del muro, tampoco puede considerarse un agravio pues era su deber en qué consiste la falta de estudio de los elementos de prueba, y el supuesto acto de viso que menciona resulta esencial para desvirtuar el razonamiento de la A quo; también señala que, en relación a la prueba pericial de fs. 91 la misma debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica acorde a lo que preveía el art. 441 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a ello el apelante debía formular su recurso sobre la infracción de las reglas de la experiencia la lógica; asimismo señala que sobre la valoración de la prueba testifical hacerse la misma observación, no es suficiente denunciar la falta de valoración si no que debía expresar el recurrente cómo debía valorarse a la prueba mencionada y como esta resultaba ser esencial y decisiva; sobre los documentos presentados refiere el derecho de propiedad de dos lotes de terreno registrado en la oficina de Derechos Reales en fs. 1123 partida 1705 del Libro de propiedad Quillacollo de 31 de julio de 1980 de cuyo tenor cuarto se establece como colindancias de los inmuebles adquiridos, siendo valor los colindantes al noreste es Víctor Mendoza Aguilar. Expone que, el título de la parte actora, no colinda -como señala la juez- que colinda con acequia alguna, sino que el documento saliente a fs. 5 describe los límites de la propiedad del actor, el fundamento de la apelación resulta erróneo, en consideración a que los documentos privados generan eficacia probatoria conforme al art. 1287 del Código Civil; respecto a la acusación de no haberse probado la posesión del demandado sobre la fracción del terreno, refiere que el título de propiedad genera la presunción legal de la posesión según el art. 88.III de Código Civil, cuando el apelante debió desvirtuar la presunción descrita en primera instancia; con relación a la inspección correspondía al apelante describir el valor probatorio enfatizando cómo la A quo vulneró su falta de consideración. Sobre la decisión del mejor derecho de propiedad, la Jueza sustenta su decisión en sentido de que la propiedad del actor no colinda con la acequia arribando a la conclusión de que el actor no ha demostrado su derecho sobre los 30 mts. que reclama en la demanda, cuya decisión es concordante con los datos fidedignos y se basa en los documentos mencionados conforme a los arts. 1287 y 1297 del Código Civil. sobre el contenido de la cláusula quinta señala que refiere la Juez no es el documento de fs. 102, siendo el de fs. 94 a 96 que es el título de propiedad del demandado; señala que el documento de fs. 102 suscrito entre el apelante y la vendedora de los demandado la calidad de medianería de las partes que dividía ambas propiedades (lado sud de la propiedad) y declara propia la parte que colinda al lado oeste, se concluye que el apelante confunde los términos de ambos documentos, haciendo inocuo su argumento, también refiere respecto a las declaraciones del documento de fs. 94 a 96, en sentido de que siendo dos lotes de terreno transferidos al demandado, la forma irregular del

mismo, generando razonamiento la declaración de dicha escritura en consignar dos límites al norte del inmueble, la primera con una acequia servidumbral y la segunda con la propiedad de Víctor Mendoza y Francisco Zenteno, por lo que el criterio de la pericia resultó ser suficiente.

II. CONTENIDO DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Describe que la demanda es clara en sentido de haberse formulado pago de daños y perjuicios sobre la pared oeste del edificio de propiedad, del entonces demandante, en esa parte también se demandó mejor derecho sobre un pequeño lote de terreno de 30 mts. de extensión situado al lado oeste del terreno donde se construyó el edificio de 3 pisos y planta baja. En contra de la pretensión del demandado plantea reconvencción por los 30 mts. describe los puntos de hechos a demostrarse por ambas partes, refiere que la relación procesal contraviene la ley, en sentido de que los puntos de hechos a demostrarse no pueden ser diferente al contenido de la demanda y reconvencción, y del caso de autos al citar los límites de las dos propiedades hay una notable confusión de la ubicación y límites de las dos propiedades con relación a la Plaza Bolívar, de tal como que las partes no cuenta con un dato exacto a que referirse y esto no puede calificarse sino como un motivo de nulidad, porque la Sentencia debe contener decisiones precisas, y expresas que deben recaer sobre los puntos litigados y al no existir relación ente el contenido de las dos acciones se evidencia motivo de nulidad.

Refiere haberse adjuntado el título de propiedad del terreno donde se construyó el edificio otorgado el 10 de julio de 1941 y registrado el 28 de julio de 1943 que señala la colindancia al lado oeste sobre una acequia servidumbral medianera, dicho documento no ha sido tomado en cuenta por el Juez ni por el perito de su adversario, la falta de su consideración implica vulneración al art. 401 del Código de Procedimiento Civil, al no haber sido impugnado, asimismo cita el art. 1504 del Código Civil, teniendo en cuenta la fecha de su registro constituye prueba irrefutable.

Describe que otra prueba irrefutable es la testifical, respecto a la existencia de límites entre la propiedad del demandante por el lado oeste y dicho elemento no fue tomado en cuenta por el Juez, dicho límite fue una acequia medianera, describe que de fs. 66 y proveído de fs. 67 se duplica a fs. 69 y 70, que resulta otro motivo de nulidad de obrados, pues el expediente no se encuentra debidamente ordenado.

Otro motivo de nulidad refiere al señalamiento de fs. 73 para proceder a la confesión provocada de la apoderada, nos e procedió al objeto del señalamiento de la audiencia, sino se procedió a un acto de visu o inspección, como se puede apreciar en fs. 84 y 85 porque el señalamiento no fue para inspeccionar sino para recibir una confesión provocada.

El contenido del título de propiedad de fs. 94 a 96, no acredita que el demandado haya adquirido el terreno, como afirma en la reconvencción, solo hace referencia a un acuerdo transaccional que colinda al lado norte con los terrenos de Víctor Mendoza Aguilar y ello no es motivo del presente proceso, sin ese detalle la Juez pronuncia Sentencia declarando improbada la demanda, probada la reconvencción y probadas las excepciones de cosa juzgada, y cuestiona a qué cosa juzgada se hace referencia.

Tampoco no se ha tomado en cuenta el acta de inspección, que determina la existencia de deterioros de la pared del edificio dañado de propiedad de la recurrente.

Por lo expuesto solicita se case de Auto de Vista o se anule obrados. De la contestación al recurso de fs. 428 a 430 vta. Describe que el recurso no cumple con lo dispuesto en el art. 258.2) del Código de Procedimiento Civil; respecto al reclamo del auto de relación procesal el reclamo resulta ser inoportuno cuando debió activar el art. 371 del Código de Procedimiento Civil, asimismo refiere que el recurso de casación y el de nulidad son diferentes, describiendo el aporte doctrinario de Castellanos; asimismo señala que las nulidades procesal solo proceden cuando se ha causado indefensión, refiriendo que el reclamo porque el expediente se encuentra desordenado no afecta al proceso, en relación a que se convocó a confesión y se generó una inspección no ha sido reclamado en forma oportuna; asimismo cita jurisprudencia relativo al reclamo oportuno de los vicios procesales, describiendo los principios que rigen las nulidades procesales; por lo que solicita que el recuso sea declarado infundado.

III. DOCTRINA APLICABLE AL CASO:

III.1.- DE LA EXISTENCIA DE LA SERVIDUMBRE.

La servidumbre como instituto de los derechos reales, puede ser constituido en forma voluntaria o forzosa, conforme señalan los arts. 260 y 274 del Código Civil; similar contenido describía el Código Civil Santa Cruz de 1831 que en su art. 375 señalaba que "las servidumbres se derivan de las situación natural de los lugares, de las obligaciones impuestas por la ley o de las convenciones de los particulares", disposición legal que efectuaba una calificación de servidumbres para cada caso, empero de ello, la misma debe ser acreditada conforme a las disposiciones prescritas por ley, también las mismas estaban sujetas a distintas formas ex extinción como describían los arts. 426 al 433 del referido cuerpo legal, en la que se describe su cesación cuando ya no puede hacerse uso de ellas, su reversión cuando las cosas se restablecen, extinción unificación de fundo dominante y sirviente, por prescripción, por dar poder o consentir el dueño de ella, entre otras prescripciones; siendo así para el efecto de generase alguna de las formas de extinción de la servidumbre, es necesario considerar cual fundo es dominante y cuando sirviente para estimar a quien le corresponda recuperar la fracción de terreno que estaba sujeto a servidumbre, y para ello es necesario considerar el título de propiedad que describe la superficie del mismo y si tiene cargas reales, como es una servidumbre en favor del fundo contiguo.

III.2.- DE LOS PRINCIPIOS DE RIGEN LAS NULIDADES PROCESALES.

En el Auto Supremo N° 212/2016 de 11 de marzo, se ha desarrollado doctrina sobre los principios que rigen las nulidades procesales, habiendo expuesto lo siguiente: "Precisamente por los fundamentos expuestos precedentemente, en razón al caso de Autos, corresponde a continuación referirnos de manera específica a algunos de los principios que regulan la nulidad procesal, los cuales ya fueron desarrollados en varios Autos Supremos emitidos por este Tribunal Supremo de Justicia, entre ellos el N° 158/2013 de 11 de abril, 169/2013 de 12 de abril, 411/2014 de 4 de agosto, 84/2015 de 6 de febrero, en virtud a los cuales diremos:

Principio de especificidad o legalidad.- Este principio se encuentra previsto por el artículo 105-I del Código Procesal Civil, en virtud a él "no hay nulidad sin ley específica que la establezca" (pas de nullité sans texte). Esto quiere decir que para declarar una nulidad procesal,

el Juez ha de estar autorizado expresamente por un texto legal, que contemple la causal de invalidez del acto. Sin embargo, este principio no debe ser aplicado de manera restringida, pues, resulta virtualmente imposible que el legislador pudiera prever todos los posibles casos o situaciones que ameriten la nulidad en forma expresa, y siguiendo esa orientación la doctrina ha ampliado este principio con la introducción de una serie de complementos, a través de los cuales se deja al Juez cierto margen de libertad para apreciar las normas que integran el debido proceso, tomando en cuenta los demás principios que rigen en materia de nulidades procesales, así como los presupuestos procesales necesarios para integrar debidamente la relación jurídico-procesal.

Principio de finalidad del acto.- Partiremos señalando que este principio se encuentra íntimamente relacionado con el de especificidad o legalidad, pues en virtud a este, habrá lugar a la declaratoria de nulidad si el acto procesal no cumplió con la finalidad específica por la que fue emanada, y en contraposición a lo señalado, en el caso de que el acto procesal, así sea defectuoso, cumplió con su finalidad, no procederá la sanción de la nulidad.

Principio de Conservación.- Este principio da a entender que en caso de que exista duda debe mantenerse la validez del acto, esto en virtud a que se debe dar continuidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que expongan, siempre y cuando, la nulidad no sea de tal importancia que lesione la calidad misma del acto.

Principio de Trascendencia.- Si bien resulta evidente que el alejamiento de las formas procesales ocasiona la nulidad o invalidez del acto procesal, empero esta mera desviación no puede conducir a la declaración de nulidad, razón por la cual se debe tener presente que para la procedencia de una nulidad tiene que haber un perjuicio cierto e irreparable, pues no hay nulidad sin daño o perjuicio "pas de nullite sans grieg", es decir que previamente a declarar la nulidad se debe tener presente el perjuicio real que se ocasionó al justiciable con el alejamiento de las formas prescritas. Y como decía Eduardo J. Couture: "... No existe impugnación de Nulidad, en ninguna de sus formas, sino existe un interés lesionado que reclame protección. La anulación por anulación no vale."

Principio de Convalidación.- Partiremos señalando que convalidar significa confirmar, revalidar; en esa lógica, cuando se corrobora la verdad, certeza o probabilidad de una cosa, se está confirmando. De esta manera, este principio refiere que una persona que es parte del proceso o es tercero interviniente puede convalidar el acto viciado, dejando pasar las oportunidades señaladas por ley para impugnar el mismo (preclusión); en otras palabras, si la parte que se creyere perjudicada omite deducir la nulidad de manera oportuna, vale decir en su primera actuación, este hecho refleja la convalidación de dicho actuado, pues con ese proceder dota al mismo de plena eficacia jurídica, a esta convalidación en doctrina se denomina convalidación por conformidad o pasividad que se interpreta como aquiescencia frente al acto irregular; por lo expuesto se deduce que la convalidación se constituye como un elemento saneador para los actos de nulidad.

Principio de preclusión.- Concordante con el principio de convalidación tenemos al principio de preclusión también denominado principio de Eventualidad que está basado en la pérdida o extinción de una facultad o potestad procesal, encontrando su fundamento en el orden consecutivo del proceso, es decir, en la especial disposición en que deben

desarrollarse los actos procesales. A este efecto recurrimos al Dr. Pedro J. Barsallo que refiere sobre el principio de preclusión que: “En síntesis la vigencia de este principio en el proceso, hace que el mismo reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del Tribunal, dentro de las fases y periodos, de manera que determinados actos procesales deben corresponder necesariamente a determinados momentos, fuera de los cuales no pueden ser efectuados y de ejecutarse carecen totalmente de eficacia”. De ello se establece que el proceso consta de una serie de fases o etapas en las cuales han de realizarse determinados actos, por lo que una vez concluida la fase procesal, las partes no pueden realizar dichos actos y de realizarlos carecerán de eficacia, surgiendo así una consecuencia negativa traducida en la pérdida o extinción del poder procesal involucrado, pues se entenderá que el principio de preclusión opera para todas las partes.

De dichos principios y concordante con lo desarrollado en el anterior numeral, se deduce que los jueces y Tribunales que administran justicia, tienen el deber ineludible de velar porque se cumplan en el proceso los presupuestos procesales y se observen las garantías del debido proceso, pues si bien es evidente que tienen la facultad de anular de oficio, empero en virtud al principio constitucional de eficiencia de la justicia ordinaria, se encuentran obligados a compulsar los principios expuestos supra, es decir que la nulidad de oficio procederá cuando la ley así lo determine o exista evidente vulneración al debido proceso en cualquiera de sus componentes, pues lo contrario significa un quebrantamiento al derecho a la justicia pronta, oportuna y sin dilaciones que tienen las partes, los cuales se hallan consagrados en el art. 115-II de la Constitución Política del Estado, preceptos que se sustentan en el principio de celeridad consagrado en el art. 180.I de la referida norma, cuyo texto señala: “La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el Juez...”

IV. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN:

1.- Respecto a la acusación de que la relación procesal es una contravención a la ley, en sentido de que los puntos de hechos no pueden ser diferentes a los expresados a la demanda y reconvención; corresponde señalar que, el proceso civil se encuentra desarrollado por distintas fases, una de ellas la fase probatoria una vez aperturado el término probatorio y señalados los puntos de hechos a ser demostrados; el Juez puede disponer que, entre los puntos de hecho a ser probados, son los hechos contrariados por el oponente, hechos que deben ser extraídos de los hechos articulados por las partes en sus postulaciones (demandada, contestación y/o excepción), y si la parte no está de acuerdo con algún punto de hecho a ser demostrado que hubiera fijado la autoridad judicial, tiene la posibilidad de observar el mismo mediante la petición contenida en el art. 382 del Código de Procedimiento Civil, y el no activar dicho mecanismo de observación da lugar a considerar el reclamo como precluido, conforme describe la regla establecida en el art. 16.I de la Ley del Órgano Judicial, y en el caso de autos luego de la notificación con el Auto de fs. 63 no hizo valer su derecho de observar el referido auto interlocutorio, por lo que al presente el mismo no puede ser

analizado en razón de que el reclamo precluyó, conforme a la doctrina aplicable.

2.- Respecto a la valoración de la prueba del título de propiedad de 10 de julio de 1941 y registrado el 28 de julio de 1943, documento que establece la colindancia al lado Este sobre una acequia servidumbral medianera; sobre la misma corresponde señalar que entre terceras personas (vecinos y/o colindantes) los derechos reales sobre cosa ajena para ser válidos deben estar registrados en la oficina de Derechos Reales, como exige el art. 1538 del Código Civil y el art. 1 de la Ley de Inscripción de Derechos Reales de 15 de noviembre de 1887, respecto al medio de prueba descrito la misma cursa a fs. 3 que describe los límites del derecho de propiedad de Lourdes Mendoza de Mérida (vendedora de la parte demandante), en la que se describe que al lado oeste colinda con una acequia servidumbral que es medianera, dicha terminología empleada corresponde ser analizada de acuerdo a cada palabra, así se dirá que la "acequia" resulta ser un canal de conducción de agua, que de acuerdo a la doctrina podía ser abierta (frecuentemente utilizada para fundos agrícolas), o también podía ser cubierta, (conducción de aguas residuales), esto quiere decir que la descripción del contrato aludía a una zanja o canal de aguas; asimismo corresponde analizar el segundo término descrito de "servidumbre", que llega a constituir un derecho real sobre propiedad ajena, que puede ser forzoso o voluntario, siendo este aspecto necesario para la determinación del titular de fundo dominante y fundo sirviente, esta cualificación resulta de suma importancia para señalar quien cede parte de su propiedad en favor de otro (fundo sirviente), y quien resulta beneficiario con la servidumbre (fundo dominante), para considerar los efectos de una posible extinción de la servidumbre, asimismo el texto descrito señala a una situación de medianería, por la que se entiende una situación legal de copropiedad sobre una pared, muro, vallado, seto en el linde de dos predios.

De acuerdo al documento expuesto que se acusa falta de análisis, se entiende que se refiere sobre el documento de fs. 3, la misma es un testimonio de Registro en Derechos Reales, sobre el registro de un documento inscrito en fs. 279, Partida 593 del Libro Primero de Propiedad de la Provincia Quillacollo, de 28 de julio de 1943, para esa fecha se consignó en el límite al lado oeste de la propiedad que el predio colinda con "una acequia servidumbral medianera", sin especificar si el titular del predio se consideró como fundo dominante o como fundo sirviente, aspecto necesario para considerar un efecto de una posible extinción de la servidumbre, pues en vigencia del derecho de propiedad descrito en fs. 3, se encontraba vigente el Código Civil Santa Cruz, en cuyo art. 426 señala: "las servidumbres cesan cuando las cosas llegan a un estado, en que ya no se puede hacer uso de ellas", también el art. 429 describe: "la servidumbre se extingue por no usarse de ella en diez y veinte años", así el art. 430 refiere: "También se extingue igualmente la servidumbre por dar poder consentir el dueño de ella, que el propietario de la cosa que sirve, haga que impida el uso de la servidumbre", normas (Código Civil Santa Cruz) que se encontraban vigentes hasta la fecha de transferencia del predio en favor de Víctor Mendoza Aguilar cuya inscripción de su derecho de propiedad data de 26 de julio de 1977 (fs. 5), en cuyo documento de transferencia ya no figura que colindaría con una acequia servidumbral medianera, sino que consta que las paredes de Norte y Sud son solitarias, y respecto a la pared del lado Este -conforme a la cláusula tres- colinda con la

propiedad de Joaquín Claros y al lado oeste con Plaza Bolívar, se entiende que ha sido un lapsus de consignar los términos de “este” y “oeste”, sin embargo de ello, no se describe que exista una acequia servidumbral medianera, documento último que permite describir el contenido de la propiedad transferida a Víctor Mendoza Aguilar y Gregoria Zubieta de Mendoza, pues conforme al plano de fs. 10 aprobado por la Dirección de Urbanismo del Municipio de Quillacollo la superficie según escritura y levantamiento tiene una superficie de 140 Mts.2, (documento que fue adjuntado por Víctor Mendoza Aguilar). Por otra parte de acuerdo al testimonio N° 21 de 25 de julio de 1980, sobre la transferencia de un inmueble en favor de Joaquín Vargas Contreras, con una superficie de 1.122,55 Mts.2,, que tiene como colindante al norte con una acequia servidumbral medianera (límite que de acuerdo al título de Víctor Mendoza Aguilar resulta ser la colindancia al sud), y al Noreste con la propiedad de Víctor Mendoza Aguilar (que de acuerdo al título de propiedad de la parte actora, resulta ser la colindancia al lado oeste), en la que no se describe la existencia o constitución de una acequia servidumbral, de acuerdo a dichos datos no se ha demostrado al momento de la transferencia del derecho de propiedad del actor, hubiese existido dicha acequia servidumbral medianera, por lo que no está demostrado que el predio que adquirió la parte actora hubiese contenido la constitución de una servidumbre al lado oeste del derecho de propiedad, cuando correspondía al actor -en el ejercicio de su derecho dispositivo- postular en su pretensión que antes de la transferencia hubiese existido la constitución de una acequia servidumbral medianera, que se mantuvo al momento de la adquisición de la transferencia del derecho de propiedad de su inmueble, por lo que conforme a la descripción de los títulos, no se evidencia haberse generado vulneración, pues no está acreditado que al momento de la transferencia del predio del actor se hubiera transferido conjuntamente con una carga real de acequia servidumbral medianera.

De acuerdo a lo expuesto no se considera infracción del art. 401 del Código de Procedimiento Civil, pues la norma descrita señala sobre la indivisibilidad del documento, sin embargo de ello corresponde señalar que dicho documento emitido en la gestión de 1943, no hizo referencia a la constitución de servidumbre, que pueda identificar la calidad de fundo dominante o fundo sirviente, tratándose de una acequia, de ahí la imprecisión de dicho documento de fs. 3, y por otra parte, al momento de que la parte actora hubiera adquirido el derecho de propiedad, ya no se describe la existencia de una acequia servidumbral medianera al lado oeste del derecho de propiedad, lo que quiere decir que dicha situación o carga de la propiedad ya no persistió el momento de la transferencia, y por ello la deducción que la parte actora no llegó a constituirse como fundo sirviente, de lo contrario, de haberse demostrado la existencia de la constitución de la servidumbre que consigne al predio del actor como fundo sirviente, daría lugar a la pretensión sobre la superficie que fuera consignado como servidumbre, descripción efectuada en base al plano de fs. 10 que describe la superficie según testimonio y levantamiento de 140 Mts.2, tampoco se ha infringido el art. 1504 de Código Civil, que versa sobre la ineficacia de la interrupción al término de la prescripción.

3.- En cuanto al contenido de la prueba testifical, la misma no puede alterar el contenido del documento de propiedad del actor de fs. 5, como señala el art. 1328.2) del Código Civil.

4.- Respecto a la acusación en sentido de que el proceso fue llevado con descuido, y que los folios 66 y 67 se duplican en fs. 69 y 70, no pueden ser considerados como vicios de nulidad, pues no se describen en qué manera se hubiera causado indefensión al recurrente, sobre el punto en particular el actor no considera los principios que rigen las nulidades procesales descritas en la doctrina aplicable; concluyendo este punto se dirá que la nulidad procesal no se activa para sanear "pruritos formales".

5.- Sobre la acusación de la convocatoria de señalamiento de audiencia de fs. 73 para confesión provocada y que se realizó una audiencia de inspección judicial; corresponde señalar que de acuerdo al art. 16.I de la Ley N° 025 las irregularidades procesales deben ser reclamadas en forma oportuna, su dejadez o desidia importa la convalidación de actos procesales, y de la revisión del proceso se evidencia que no cursa reclamo alguno sobre lo aseverado en el punto que ahora se analiza, tampoco fue expuesto en recurso de apelación, operándose la preclusión sobre dicho reclamo.

6.- Respecto a la literal de fs. 94 a 96 no acreditaría la adquisición del derecho de propiedad; se dirá que el referido documento es un testimonio de la Escritura Pública N° 21 de 25 de julio de 1980, de la cual se puede apreciar la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble con una superficie de 1.122.55 Mts.2, en cuya cláusula primera se describe el antecedente dominial del vendedor (Domitila Vargas Vda. de Claros), bajo la modalidad de venta de dos superficies de terrenos con sus respectivos datos de registro en Derechos Reales, que fue descrito en la contestación de fs. 48 en cuyo inciso f) se describe el derecho de propiedad adquirido bajo testimonio de 25 de julio de 1980, constituyendo dicho derecho de propiedad parte del debate.

7.- En cuanto a las acusaciones de haberse declarado probada la excepción de cosa juzgada, la misma no fue acusada con precisión en el recurso de apelación de fs. 384 a 390 vta., por lo que la misma no ha formado parte de la postulación recursiva, consiguientemente no se puede analizar la misma, de lo contrario se estuviera resolviendo en "per saltum", esto es pasar por alto el sistema recursivo vertical que rige el Código de Procedimiento Civil.

8.- Sobre la acusación relativa al acta de inspección realizada que determina en forma objetiva la existencia de los deterioros de la pared del edificio; corresponde señalar que el Auto de Vista al absolver el recurso de apelación, en el punto 9 señaló que el recurrente no hubo descrito fundamentación alguna sobre dicho medio de prueba, y en el presente recurso tampoco consta argumentación sobre este tema, aspecto que no permite ingresar a considerar dicho medio de prueba, al no describir el contenido del referido medio de prueba y su valor probatorio que pueda modificar el decisorio de los de instancia, careciendo de técnica recursiva este punto del recurso de casación.

De la respuesta al recurso de casación.

Respecto a que el recurso expuesto no cumple con lo dispuesto en el art. 258 inc 2) del Código de Procedimiento Civil; se dirá que conforme a la Sentencia Constitucional Plurinacional 2210/2012 de 8 de noviembre, se ha determinado que la consideración del recurso de casación debe ser flexible, no rigorista sino que el mismo debe ser inteligible, razón por la cual se determinó la admisibilidad del recurso; en lo demás se acoge respecto a los puntos de preclusión que hubiera observado del

contenido del recurso, finalmente deberá estarse a la respuesta otorgada precedentemente.

Por lo expuesto corresponde, emitir Resolución en la forma prevista en el art. 220.II del Código Procesal Civil.

POR TANTO: La Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en el art. 42.I num. 1) de la Ley N° 025 y lo dispuesto por el art. 220.II del Código Procesal Civil declara: INFUNDADO, el recurso de casación de fs. 422 a 425 interpuesto por Víctor Mendoza Aguilar mediante su representante Lucy Mendoza Zubieta contra el Auto de Vista signado con Partida N° 40 Libro 199 de 04 de abril de 2016 que cursa de fs. 417 a 420, pronunciado por la Sala Civil Primera del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba. Con costas y costos en favor de la parte demandada.

Se regula honorario del abogado de la parte demandada en la suma de Bs.1.000.-

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Relator: Mgdo. Rómulo Calle Mamani.