

Informe de Investigación

Título: Jurisprudencia sobre Servidumbres

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Derechos Reales.
Palabras clave: Servidumbres, Disposiciones, Constitución, Características, Requisitos, Modos de constitución y extinción. Forzosa y Voluntaria, Fondo enclavado.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 07 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa	2
TÍTULO IV: SERVIDUMBRES.....	2
CAPÍTULO I: Disposiciones generales.....	2
CAPÍTULO II: De la constitución y extinción de las servidumbres.....	3
3 Jurisprudencia.....	4
a) Servidumbres: Características.....	4
b) Servidumbre de paso: Características, requisitos y modos de constitución.....	5
c) Servidumbre voluntaria: Concepto y distinción con la servidumbre forzosa.....	8
d) Servidumbres: Modos de constitución, extinción y diferencia entre la forzosa y la voluntaria.....	9
e) Servidumbre de aguas: Inexistencia con respecto a terreno inferior al que se desvían las aguas de casas construidas sin muros o canoas que las retengan.....	14
f) Fondo enclavado: Su inexistencia hace impropio servidumbre de paso.....	16
g) Servidumbre de paso: Modo de adquisición.....	17

1 Resumen

La jurisprudencia sobre la servidumbre, su articulado en el Código Civil y jurisprudencia en relación al mismo se explican: sus características, requisitos y modos de constitución, su concepto y distinción entre forzosa y voluntaria, el caso del fondo enclavado, entre otros.

2 Normativa

[Código Civil]¹

TÍTULO IV: SERVIDUMBRES

(NOTA: La ley No.12 del 26 de mayo de 1938, en su artículo 31, establece que todo lo relativo a servidumbres contenido en el presente Título queda reformado en lo que se oponga las disposiciones contenidas en aquélla.)

CAPÍTULO I: Disposiciones generales

ARTÍCULO 370.- Las servidumbres no pueden imponerse en favor ni á cargo de una persona, sino solamente en favor de un fundo o a cargo de él.

ARTÍCULO 371.- Las servidumbres son inseparables del fundo a que activa o pasivamente pertenecen.

ARTÍCULO 372.- Las servidumbres son indivisibles. Si el fundo sirviente se divide entre dos o más dueños, la servidumbre no se modifica, y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponde. Si el predio dominante es el que se divide, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravámen al predio sirviente.

ARTÍCULO 373.- El dueño del predio sirviente no puede disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante, la servidumbre con que está gravado el suyo; pero respecto del modo de la servidumbre, puede hacer a su costa cualquiera variación que no perjudique los derechos del predio dominante.

ARTÍCULO 374.- El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla, y puede hacer todas las obras indispensables para ese objeto, pero a su costa, si no se ha estipulado lo contrario; y aun cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacer las obras y reparaciones, podrá exonerarse de esa obligación, abandonando la parte del predio en que existen o deban hacerse dichas obras.

ARTÍCULO 375.- La extensión de las servidumbres se determina por el título.



CAPÍTULO II: De la constitución y extinción de las servidumbres

ARTÍCULO 376.- Los predios todos se presumen libres hasta que se pruebe la constitución de la servidumbre.

ARTÍCULO 377.- El propietario de un fundo no puede constituir servidumbre alguna sobre éste, sino en cuanto ella no perjudique los derechos de aquel a cuyo favor esté limitada de algún modo su propiedad.

ARTÍCULO 378.- Las servidumbres que son continuas y aparentes á la vez, pueden constituirse por convenio, por última voluntad o por el simple uso del uno y paciencia del otro.

ARTÍCULO 379.- Las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas no aparentes, sólo pueden constituirse por convenio o por última voluntad. La posesión, aun la inmemorial, no basta para establecerlas.

ARTÍCULO 380.- La existencia de un signo aparente de servidumbre continua entre dos predios, establecido por el propietario de ambos, basta para que la servidumbre continúe activa o pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de los dos predios, se exprese lo contrario en el título de la enajenación de cualquiera de ellos.

ARTÍCULO 381.- Las servidumbres se extinguen:

1º.- Por la resolución del derecho del que ha constituido la servidumbre.

2º.- Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición, si fué constituida por determinado tiempo o bajo condición.

3º.- Por la confusión, o sea la reunión perfecta é irrevocable de ambos predios en manos de un solo dueño.

4º.- Por remisión o renuncia del dueño del predio dominante.

5º.- Por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir.

6º.- Por venir los predios a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá desde que deje de existir la imposibilidad, con tal que esto suceda antes de vencerse el término de la prescripción.

ARTÍCULO 382.- Se puede adquirir y perder por prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, en los mismos términos que puede adquirirse o perderse la servidumbre.



3 Jurisprudencia

a) Servidumbres: Características

[Sala Primera]²

Voto de mayoría:

“V.- De acuerdo a lo anteriormente expuesto, observa este Tribunal de Casación, que el recurrente se centra en combatir el segundo fundamento de rechazo plasmado en la sentencia, cual es, la falta de demostración del daño alegado y el quantum correspondiente. Dejando incólume la argumentación referida, a la constitución de la servidumbre, y la obligación de soportarla por parte del fundo sirviente, por haberse instaurado en la finca madre, mucho antes de la segregación a favor de la actora y sobre la cual se indemnizó la suma pactada entre la dueña del fundo original y RECOPE. La recurrente no combate lo supracitado, que se estima, es el fundamento central del fallo. Al no combatir el punto medular de la resolución, queda el otorgamiento de cualquier derecho, traducido en este caso a los daños que pretende. Por consiguiente, se convierte en inútil el recurso de casación planteado.

Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, deviene en necesario aclarar, los motivos por lo que esta Cámara estima como principal el fundamental no impugnado. De lo expuesto se extrae, la servidumbre fue constituida mediante un contrato entre la dueña de la finca madre señora D.U.R. y RECOPE. En ese documento, se definieron tanto las limitaciones que pesarían sobre la propiedad, como la indemnización correspondiente. Ahora bien, consta también en autos, que la actora es dueña de un derecho de la finca madre y que sobre su propiedad pesa, parte de la servidumbre de marras, aunque no se sabe con exactitud la ubicación y longitud. Considera este Órgano Decisor, independientemente de esta situación y de que el recurso se dirija a tratar de dejar sentado la producción de un daño que no tiene el deber de soportar, por la limitación al dominio de su propiedad que causa la servidumbre que pesa sobre ella, el hecho es que conforme los numerales 371 y siguientes del Código Civil, le corresponde el deber de aceptar esa limitación. Las servidumbres poseen varias características como la inseparabilidad es decir, son insolubles al fundo al que activa o pasivamente pertenecen; así como su indivisibilidad en el sentido en que aún cuando el predio dominante se divida, las servidumbres subsisten íntegras, y los nuevos propietarios las gozarán, sin incrementar el gravamen del predio sirviente y si es éste el dividido la servidumbre permanece y cada uno de los predios segregados deben soportar en la parte correspondiente el ejercicio de esta. Así lo ha desarrollado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 017-F-99 de las 14 horas treinta 5 minutos del 20 de enero de 1999 y en igual sentido el voto no. 750-F-2000 de las 16 horas 30 minutos del 2 de octubre del 2002. En el caso en estudio, se tuvo por demostrado que, no se constituyó una nueva servidumbre sobre la propiedad de la actora, sino ésta adquirió la propiedad, con pleno conocimiento del gravamen que soportaba, que como se dijo líneas atrás es inseparable e indivisible. Esto aunado a que en el momento de su constitución se canceló una suma de dinero como indemnización por las limitaciones que representaría. Lo anterior hace improcedente la solicitud de reparación pretendida por la casacionista.”

b) Servidumbre de paso: Características, requisitos y modos de constitución

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII]³

Voto de mayoría:

“V.- SOBRE EL FONDO. El Capítulo Tercero del Título V del Libro II del Código Civil, regula la llamada “obligación de paso” y, al respecto, estipula:

“Artículo 395.- El propietario de un predio enclavado entre otros ajenos, sin salida o sin salida bastante a la vía pública, tiene derecho de exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pagando el valor del terreno necesario y de todo otro perjuicio.”

En su obra clásica, “Tratado de los bienes”, Brenes Córdoba califica a la obligación de paso como una servidumbre legal de senda o de tránsito y subraya que se trata de una de las limitaciones a la propiedad más antiguas, pues tiene su origen en la ley romana (BRENES CÓRDOBA, Alberto: “Tratado de los bienes”. Editorial Costa Rica, San José, 1963, páginas 113-117). En nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de paso es una de las limitaciones o cargas a las que es posible someter el derecho de propiedad privada. Dichas restricciones –que necesariamente deben derivar de ley formal, por afectar el ejercicio de un derecho fundamental tutelado constitucionalmente (artículo 45)– son factibles en la medida en que sean necesarias para satisfacer intereses particulares, siempre que no vacíen el contenido esencial, en este caso, de la propiedad privada. Ahora bien, como explican Díez-Picazo y Gullón, “Las limitaciones sobre el uso o goce [de la propiedad] no generan siempre derechos reales de servidumbre en favor de otros sujetos beneficiados por la limitación, aunque en ellos pueden desembocar. En otras palabras, que limitaciones legales del dominio y servidumbres no son términos idénticos en todo caso y circunstancia.” (DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos, Madrid, tercera edición, 1985, volumen III, página 158; lo indicado entre paréntesis cuadrados no es del original). Pero, en ciertos casos, una limitación legal sí puede llegar a convertirse en “la base para que una persona obtenga una determinada utilidad de la propiedad ajena sin estar ella recíprocamente afectada, es decir, puede autorizar la constitución de una servidumbre que ha de ser consentida forzosamente por el dueño de la finca gravada” (ídem). Éstas son, precisamente, las denominadas servidumbres legales, que tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares. Al respecto, es importante acotar (porque de algún modo resulta atinente, como se verá, al sub examine) que la inexistencia de declaratoria expresa de la servidumbre no impide a las partes cumplirla motu proprio, puesto que “Si el dar servidumbre es una obligación que pesa sobre el dueño del predio sirviente, puede ser cumplida voluntariamente” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., página 439).-

VI.- En la servidumbre de paso, la ley reconoce al propietario de una finca o heredad el derecho de exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización, siempre que concurren dos requisitos: 1) que se halle enclavada entre otras ajenas; y, 2) que carezca de salida a camino público. De acuerdo con los autores recién citados, si la servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante, al punto de llegar a establecer una vía permanente, la indemnización deberá consistir en el valor del terreno

que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se cause en el predio sirviente (op. cit., página 442). Dichos perjuicios estarán definidos por el importe de aquéllos que se calcule que ha de producirle la servidumbre al predio sirviente (por ejemplo, dificultades para el laboreo, pérdida de frutos, etc.). La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público (op. cit., página 443).-

VII.- Acerca de la obligación (y servidumbre) de paso, ha dicho nuestra jurisprudencia civil:

“V.- Las servidumbres son derechos reales en cosa ajena o en re aliena . Constituyen un poder real sobre un predio ajeno para servirse de él parcialmente en algún aspecto. Para el dueño del predio sirviente implica un límite al ejercicio de su derecho de propiedad. El Código Civil regula las servidumbres en forma general (artículos 370 a 382), en consecuencia no existen servidumbres típicas reguladas expresamente en su contenido, con excepción de ciertos tipos como sería el de la obligación forzosa de paso, ubicada fuera del capítulo respectivo (artículos 395 a 400) (...). Las servidumbres recaen en favor y a cargo únicamente de fundos. El inmueble que la sufre se denomina predio sirviente y el que la disfruta predio dominante. Como rasgos o características comunes a todas las servidumbres se pueden indicar, entre otras, las siguientes: 1) La inseparabilidad (arts. 371-410.4) pues la servidumbre es indisoluble con el fundo al que activa o pasivamente pertenece; 2) La indivisibilidad (art. 372): aun cuando el predio dominante se divida, la servidumbre subsiste íntegra, y los nuevos propietarios la gozarán, sin incrementar el gravamen del predio sirviente y si es el predio sirviente el dividido la servidumbre permanece y cada uno de los predios segregados soportará en la parte correspondiente el ejercicio de la misma; 3) La utilidad: Toda servidumbre debe reportar al fundo dominante alguna ventaja, aun cuando sean personas las que disfruten de la utilidad (aspectos económicos y de comodidad), y para el caso específico de la de paso además de la utilidad es indispensable una necesidad efectiva, de carácter real y objetiva; d) La permanencia o perpetuidad: deriva de su carácter accesorio para el uso de un fundo, pues se supone que la servidumbre debe brindar una utilidad duradera al predio dominante; 4) Presentan el principio Nemini Res Sua Servit (art. 381.3); es imposible constituir una servidumbre en terreno propio, entonces predio dominante y sirviente deben pertenecer a distintos titulares; 5) La predialidad (art. 370) solo un fundo es útil a otro, no pudiendo establecerse a cargo o a favor de una persona.-

VI.- Existen diversos tipos de servidumbres. Las hay aparentes y no aparentes (arts. 378 y 379), las primeras suponen la existencia de signos externos de carácter permanente que las revelen (Casación N° 110 de 9 horas 05 minutos del 20 de abril de 1979), en tanto que las no aparentes no se manifiestan a los sentidos. También las hay continuas y discontinuas (arts. 378 y 379), las primeras no requieren para su ejercicio una actividad o acto del hombre, y son o pueden ser usadas innecesariamente; en tanto que las segundas suponen para su ejercicio o disfrute la actividad del hombre, además de un uso a intervalos más o menos largos. Doctrinariamente se distinguen las positivas de las negativas, las primeras imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismos, y la negativa le prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. Las hay forzosas y voluntarias, las primeras son las que la Ley faculta a los particulares para obtener su imposición, a pesar de la oposición del dueño del predio sirviente; en cuanto a esta última categorización nuestro Código Civil (arts. 395-400) establece la llamada obligación de paso, que en realidad es una servidumbre forzosa de paso, pues se constituye por resolución del órgano jurisdiccional en los casos establecidos por la Ley.-

VII .- Así, en cuanto interesa a la solución de este caso, se puede distinguir entre servidumbre voluntaria y la obligación de paso, la última nace por disposición de ley y la primera por acuerdo de voluntades, o por última disposición. Entre ellas existen diferencias: a) en cuanto a la constitución, la voluntaria lo es por negocio jurídico inter vivos o mortis causa , en tanto la forzosa lo es por declaración judicial; b) las voluntarias pueden ser establecidas en favor de un fundo enclavada o no, en la forzosa favorece a predio enclavados o que no tengan salida bastante a la vía pública (art. 395); la indemnización es un elemento inherente a la servidumbre forzosa de paso no siendo indispensable en la otra; d) la servidumbre voluntaria, estaría regulada por la normativa genérica de las servidumbres, en tanto la forzosa le (sic) está por la ley (Sala de Casación de 15 horas 30 minutos del 27 de diciembre de 1927, II sem., II tomo, p. 1048).

VIII .- Las servidumbres pueden adquirirse por distintos modos, sea por voluntad de los interesados, mediante negocio jurídico mortis causa o inter vivos . También se constituyen por disposición de la autoridad judicial; tal es el caso de la obligación de paso (art. 395); (...).” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 26 de las 8:30 horas del 16 de marzo de 1991; los subrayados no son del original.)

Y, más recientemente:

“V. Antes de entrar en el análisis del primer cargo, resulta importante traer a colación algunos conceptos básicos en torno al instituto jurídico de la servidumbre de paso. Esta clase de servidumbre constituye un ius in re aliena (derecho en cosa ajena), mediante el cual un inmueble, finca sirviente, debe permitirle al otro fundo, heredad dominante, el uso parcial del mismo, a fin de que pueda tener un acceso suficiente a la vía pública. A la vez, ostenta un carácter discontinuo, porque su ejercicio dependerá de los actos humanos de transitar sobre el predio sirviente. La constitución de una servidumbre de paso, al tenor de lo impuesto en el artículo 379 del Código Civil, sólo es permitida por convenio o por disposición testamentaria; dicho numeral, expresamente, impide usucapirla. Otro medio para la constitución de un derecho de tránsito se halla en la obligación de paso, establecida en los ordinales 395 a 400 ibídem, mediante los cuales se puede demandar judicialmente a los colindantes de un fundo enclavado, con el propósito de obtener una salida adecuada. Esta obligación se encuentra vinculada a la servidumbre de paso, en una relación de género–especie, con algunas variantes respecto de su modo de extinción. La servidumbre de paso siempre será predial, es decir, no es otorgada a las personas de manera directa, sino que su ejercicio servirá al fundo dominante, y por extensión a su propietario, y, siempre, deberá soportarlo el inmueble sirviente. Este último soportará un gravamen, pues deberá destinar una franja de terreno a la construcción de un camino que permita el paso a favor del primero, sin poder darle otro uso; empero, resulta claro que la faja de tierra empleada como servidumbre no constituye un inmueble autónomo ni de uso público, más bien seguirá formando parte del fundo sirviente, quien sólo está obligado a permitir el cruce de ese camino desde y hacia la finca dominante. Además, un requisito para la existencia de una servidumbre de paso es su utilidad y, de manera adicional, su necesidad, por cuanto su razón de ser se encuentra en que el fundo dominante posee un estado de enclave. Tal situación acaece cuando el predio carece de una salida directa a calle pública, o bien, si tiene alguna, la misma es insuficiente para su comunicación cabal, en salvaguarda de su propietario, quien tiene un derecho de acceso a la vía. Con base en ese mismo motivo, se constituirá una servidumbre forzosa, aún en contra de la voluntad del propietario del predio sirviente. No obstante, si la heredad no está enclavada, es improcedente la creación de un derecho de servidumbre forzosa de paso. En este último supuesto, solo resultaría admisible el pacto de una servidumbre voluntaria. Entonces, a manera de síntesis, se tiene que la servidumbre de paso es discontinua, y predial, solo puede originarse por negocio jurídico inter vivos o mortis causa, o bien, mediante sentencia judicial; no puede usucapirse, constituye un derecho real en cosa ajena y debe

ser tanto útil como necesaria para el fundo dominante.” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2005-00968 de las 14:30 horas del 15 de diciembre del 2005; también se ha añadido los subrayados.)”

c) Servidumbre voluntaria: Concepto y distinción con la servidumbre forzosa

[Tribunal Segundo Civil Sección II]⁴

Voto de mayoría:

"VIII.- Sobre el tema de la servidumbre es conveniente reseñar lo siguiente: "... V.- Las servidumbres son derechos reales en cosa ajena o en re aliena. Constituyen un poder real sobre un predio ajeno para servirse de él parcialmente en algún aspecto. Para el dueño del predio sirviente implica un límite al ejercicio de su derecho de propiedad. El Código Civil regula las servidumbres en forma general (artículos 370 a 382), en consecuencia no existen servidumbres típicas reguladas expresamente en su contenido, con excepción de ciertos tipos como sería el de la obligación forzosa de paso, ubicada fuera del capítulo respectivo (artículos 395 a 400) y algunas establecidas en el Código de Minería N° 6797 de 4 de octubre de 1982 y Ley de Aguas N° 276 de 27 de agosto de 1942. Las servidumbres recaen en favor y a cargo únicamente de fundos. El inmueble que la sufre se denomina predio sirviente y el que la disfruta predio dominante. Como rasgos o características comunes a todas las servidumbres se pueden indicar, entre otras, las siguientes: 1) La inseparabilidad (arts. 371-410.4) pues la servidumbre es indisoluble con el fundo al que activa o pasivamente pertenece; 2) La indivisibilidad (art. 372): aun cuando el predio dominante se divida, la servidumbre subsiste íntegra, y los nuevos propietarios la gozarán, sin incrementar el gravamen del predio sirviente y si es el predio sirviente el dividido la servidumbre permanece y cada uno de los predios segregados soportará en la parte correspondiente el ejercicio de la misma; 3) La utilidad: Toda servidumbre debe reportar al fundo dominante alguna ventaja, aun cuando sean personas las que disfruten de la utilidad (aspectos económicos y de comodidad), y para el caso específico de la de paso además de la utilidad es indispensable una necesidad efectiva, de carácter real y objetiva; 4) La permanencia o perpetuidad: deriva de su carácter accesorio para el uso de un fundo, pues se supone que la servidumbre debe brindar una utilidad duradera al predio dominante; 5) Presentan el principio *Nemini Res Sua Servit* (art. 381.3); es imposible constituir una servidumbre en terreno propio, entonces predio dominante y sirviente deben pertenecer a distintos titulares; 6) La predialidad (art. 370) solo un fundo es útil a otro, no pudiendo establecerse a cargo o a favor de una persona. VI.- Existen diversos tipos de servidumbres. Las hay aparentes y no aparentes (arts. 378 y 379), las primeras suponen la existencia de signos externos de carácter permanente que las revelen (Casación N° 110 de 9 horas 05 minutos del 20 de abril de 1979), en tanto que las no aparentes no se manifiestan a los sentidos. También las hay continuas y discontinuas (arts. 378 y 379), las primeras no requieren para su ejercicio una actividad o acto del hombre, y son o pueden ser usadas innecesariamente; en tanto que las segundas suponen para su ejercicio o disfrute la actividad del hombre, además de un uso a intervalos más o menos largos. Doctrinariamente se distinguen las positivas de las negativas, las primeras imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismos, y la negativa le prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. Las hay forzosas y voluntarias, las primeras son las que la Ley faculta a los particulares para obtener su imposición, a pesar de la oposición del dueño del predio sirviente; en cuanto a esta última categorización nuestro Código Civil (arts. 395-400) establece la llamada obligación de paso, que en realidad es una servidumbre



forzosa de paso, pues se constituye por resolución del órgano jurisdiccional en los casos establecidos por la Ley. VII.- Así, en cuanto interesa a la solución de este caso, se puede distinguir entre servidumbre voluntaria y la obligación de paso, la última nace por disposición de ley y la primera por acuerdo de voluntades, o por última disposición. Entre ellas existen diferencias: a) en cuanto a la constitución, la voluntaria lo es por negocio jurídico inter vivos o mortis causa, en tanto la forzosa lo es por declaración judicial; b) las voluntarias pueden ser establecidas en favor de un fundo enclavado o no, en la forzosa favorece a predio enclavados o que no tengan salida bastante a la vía pública (art. 395); c) la indemnización es un elemento inherente a la servidumbre forzosa de paso no siendo indispensable en la otra; d) la servidumbre voluntaria, estaría regulada por la normativa genérica de las servidumbres, en tanto la forzosa lo está por la ley (Sala de Casación de 15 horas 30 minutos del 27 de diciembre de 1927, II sem, II tomo, p. 1048). VIII.- Las servidumbres pueden adquirirse por distintos modos, sea por voluntad de los interesados, mediante negocio jurídico mortis causa o inter vivos. También se constituyen por disposición de la autoridad judicial; tal es el caso de la obligación de paso (art. 395); y por prescripción positiva (art. 378), cuando son al propio tiempo continuas y aparentes. Se extinguen por 1) resolución del derecho de que ha constituido la servidumbre; 2) cumplimiento del plazo o condición, si fue constituida a término o plazo; 3) por confusión, reunión de los predios sirviente y dominante en manos de un solo dueño; 4) por remisión o renuncia del dueño del predio dominante; y 5) por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir, y por venir los predios a un estado en que no pueda usarse la servidumbre (art. 381). IX.- Es el artículo 381 inciso 5° del Código Civil el que se refiere a la extinción de la servidumbre por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir. Este artículo no hace diferencia entre servidumbres continuas y discontinuas (Sala de Casación de 9 horas 50 minutos del 16 de octubre de 1924, II semestre, p. 512; Sala Primera Civil No. 82 de las 9 horas 5 minutos del 28 de marzo de 1974; Sala Primera de la Corte No. 95 de las 16 horas del 12 de noviembre de 1982).” Voto 26-F-91, de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las ocho horas treinta minutos del quince de marzo de mil novecientos noventa y uno.”

d) Servidumbres: Modos de constitución, extinción y diferencia entre la forzosa y la voluntaria

Construcción de apartotel condicionada por el INVU a no utilizar el paso al reunirse el fundo enclavado con finca que tiene salida a calle pública

[Sala Primera]⁵

Voto salvado

"La Magistrada León Feoli salva el voto. Declara sin lugar el recurso, con las costas a cargo de la promovente, con base en las siguiente razones.

I.- La actora, Incon S.A., narra en los hechos de la demanda, sobre la existencia de una servidumbre de paso, constituida al momento de adquirir un inmueble de B y L S.A. Su fundo es sirviente y dominante el de la demandada, quien unió a éste otro terreno de su propiedad, lindante al sur con calle pública, conformando en la realidad uno sólo, sobre el cual inició la construcción de un apartotel, cuyos planos los aprobó el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y la Municipalidad de Montes de Oca, según el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, condicionado a que el acceso al edificio habitacional fuera,



únicamente, por la vía pública que tiene por el lado sur y no por la servidumbre ubicada al costado norte. Indica que al aceptar expresamente esa condición, B y L S.A. cerró el acceso a sus fundos por la servidumbre. Además, que se extinguió por prescripción, pues dejó de utilizarla por más de doce años y, también, por su propia voluntad, manifestada al reunir ambos terrenos y construir sobre ellos, pues no puede usarse la servidumbre en beneficio de la nueva finca, nacida de esa reunión, siendo ella parte indivisible por destino y construcción del fundo dominante. Asimismo, expone, pese a la extinción del aludido gravamen, la demandada ha pretendido hacer uso de ese paso con motivo de la construcción, ingresando de forma arbitraria y causando serias molestias a los ocupantes e inquilinos del fundo sirviente, lo cual es base para su reclamo de daños y perjuicios, que liquidará en ejecución de sentencia. Con ese fundamento fáctico y apoyada en los artículos 371, 375, 381, incisos 5 y 6, 834 y 1045 del Código Civil, pretende se declare en sentencia, en lo fundamental, que las fincas de B y L S.A. se encuentran reunidas de hecho y conforman una unidad, sobre la cual construye un apartotel, en consecuencia, debe declararse la extinción de la servidumbre y cancelarse las respectivas inscripciones registrales, con la condena al pago de daños y perjuicios, lo mismo que a las costas personales y procesales.

II.- Es indudable que no queda claro el motivo que justifica la pretensión de la actora, tendiente a que en sentencia se extinga la servidumbre de paso que soporta su finca. En la demanda, mezcla aspectos de muy diversa índole, con posibles consecuencias jurídicas distintas, así, la unión de los fundos de la demandada, uno de los cuales tiene acceso a la vía pública, haciendo referencia, también, a que de esa fusión no es posible que el inmueble unido al dominante se favorezca de la servidumbre, porque en realidad conforman una unidad; la condición impuesta por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo a la demandada, de no utilizar la servidumbre para el acceso y salida del apartotel y la aceptación expresa que conlleva, a su decir, el cierre del acceso por la servidumbre; la extinción por prescripción, además, por el no uso por más de 12 años; alegando, por último, daños y perjuicios ocasionados por el uso de la servidumbre ya extinta.

III.- Aún con la imprecisión descrita, es lo cierto que no existe base para que se extinga del derecho real de servidumbre, por las siguientes razones. En primer lugar, con respecto a la unión de los inmuebles de la demandada, esa circunstancia, por sí sola, no es motivo de extinción, al abrigo de las causales enumeradas en el artículo 381 del Código Civil. Esta norma fue citada en la demanda, concretamente, en sus incisos 5 y 6. En virtud de este último, la servidumbre fenece por venir los predios a tal estado que no puede usarse de ella. No obstante, agrega ese canon, “revivirá desde que deje de existir la imposibilidad”, siempre y cuando suceda antes de cumplirse el término de la prescripción negativa. Sobre el particular, pudiera ser que la intención de la demandante haya sido poner de manifiesto la existencia de nuevos elementos que han impedido ejercer la servidumbre, o bien, la pérdida de su utilidad por eventos sobrevenidos. Sin embargo, no existe razón alguna, alegada por la actora o demostrada en autos, para concluir que la unión de hecho de las fincas imposibilite el ejercicio del paso hacia el fundo dominante, incluso, ni siquiera habiendo conformado un nuevo inmueble que, en todo caso, registralmente no consta su existencia. Tampoco la fusión de las heredades deriva inconvenientes para los derechos de la actora o para el ejercicio de las facultades de disposición sobre su inmueble, ni los daños y perjuicios que cobra conllevan la extinción del derecho real de servidumbre.

IV.- En lo que a una posible pérdida de utilidad se refiere, el Tribunal advirtió en el fallo impugnado: “En la sentencia recurrida el a-quo procede a resolver sobre la utilidad de la servidumbre que pretende la parte actora eliminar, sin que este aspecto de la utilidad o necesidad del derecho real haya sido argumentado directamente por el accionante.” En efecto, la pretensión no parece derivarse de esta hipótesis. De todos modos, la situación actual de los inmuebles no enerva la utilidad de la servidumbre, en tanto ha venido a representar la satisfacción de los intereses



plasmados por las partes contratantes al constituirla, habida cuenta de tratarse de un derecho real nacido convencionalmente que, según se ha acreditado, sigue ejerciéndose en provecho del fundo dominante y, claro está, en beneficio de su titular y de sus poseedores, todo ello, de conformidad con las estipulaciones de las partes al constituirla. Esa utilización que se le ha dado a la servidumbre conduce a afirmar, asimismo que no es posible sostener su extinción con base en la renuncia, no uso o prescripción negativa, con lo que no se ha verificado la causal del artículo 381, inciso 5, del Código Civil. Tampoco el desconocimiento que pudo haber hecho la demandada de requisitos o condiciones impuestas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, según normas del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, lleva a pensar que esa causal se cumplió y, por tanto, la servidumbre se ha extinguido, habida cuenta que no implica renuncia del derecho ni prescripción negativa, además de tratarse de aspectos que conciernen sólo a ese instituto, que no ha formulado reparo alguno, que así se conozca, ni guardaría relación, en todo caso, con lo que aquí se debate. Nótese, a este respecto, que la actora no ha pretendido se declare extinto el derecho real por una imposibilidad jurídica sobrevinida en razón del condicionamiento del visado para la construcción del apartotel. Esta referencia la hizo para los efectos de justificar la supuesta renuncia que dice haber hecho la demandada de la servidumbre, pero ella no aconteció en la realidad.

V.- Por lo demás, aunque el terreno de la demandada, que colinda con su fundo dominante, tiene acceso a la vía pública, ello no representa causal de extinción. De cualquier manera, no puede derivarse de la demanda que esa circunstancia se consideró como parte de la causa petendi. Con todo, el a-quo se introdujo en esa temática y obligó al Tribunal a razonar: “Señala el señor juez de primera instancia que la razón de existir de la servidumbre había ya desaparecido, por cuanto el fundo a favor del cual había sido constituida, fue reunido con otro que sí tiene salida a calle, y que por consiguiente el motivo que generó la imposición de esta carga sobre el inmueble del actor había desaparecido. Este razonamiento no es acertado, la servidumbre aquí en discusión se constituyó por acuerdo de voluntades, fue producto de una negociación en la que los propietarios de ambos fundos, el dominante y el sirviente estuvieron de acuerdo en su constitución...”. Conviene insistir, la actora no hace cita, en su demanda, del artículo 399 del Código Civil, ni apoya su pretensión con argumentos que den paso a entender justificable la extinción de la servidumbre bajo los presupuestos de esa norma, razón de suyo suficiente para estimarla inaplicable al caso concreto. En esta inteligencia, mal ha hecho el juzgador a-quo al incursionar en un tema que no fue planteado ni en la causa petendi ni en la pretensión, forzando, en contra del principio de congruencia, la aplicación de un canon legal extraño a lo debatido, mediante el empleo de un método de integración normativa, como lo es la analogía, en casos que no compete hacerlo, pues los linderos de esta litis lo imposibilitan y porque, de cualquier modo, como se ahondará en el siguiente considerando, se trata de una disposición impertinente.

VI.- El artículo 399 del Código Civil estipula: “Si obtenido el derecho de paso en conformidad con los artículos presentes, deja de ser indispensable para el predio enclavado porque el dueño adquiera acceso cómodo al camino, el obligado a dar el paso tendrá derecho a pedir que se le exonere de la obligación, restituyendo lo que al establecerse se hubiere pagado por el valor del terreno”. Esta disposición debe interpretarse dentro de su entorno jurídico, pues no aplica para cualquier tipo de servidumbre de paso. Su ubicación, en el Capítulo III, Título V, Libro II de dicho cuerpo legal, dentro de la normativa que regula las cargas o limitaciones de la propiedad impuestas por la ley, sugiere que el legislador, separándola del apartado que rige las servidumbres (artículos 370 a 382), la concibe como un gravamen que pesa, forzosamente, sobre algunos fundos en provecho de otros, cuando éstos se encuentren en la hipótesis prevista en el artículo 395 ibídem. Ello representa una limitación al derecho de propiedad de quienes se ven obligados a conceder tránsito por sus terrenos, que la ley dispone y el juez constituye mediante sentencia, determinando,



si fuere del caso, el ancho del paso y el lugar por donde debe quedar definido. En este sentido, es justificable cómo, repetidamente, las disposiciones que conforman este capítulo aluden a derechos u obligaciones a favor o en contra de los sujetos que se favorecen o perjudican con el paso (artículos 395, 396, 397, 399), contrario a la concepción normal que resulta de las servidumbres, según los artículos 370 y 371 del Código Civil cuando, respectivamente señalan: “Las servidumbres no pueden imponerse a favor ni a cargo de una persona, sino solamente a favor de un fundo o a cargo de él”. “Las servidumbres son inseparables del fundo a que activa o pasivamente pertenecen”. Correlativo a la obligación de quienes deben tolerar el tránsito por sus heredades, se prevé el derecho a disfrutarlo, en provecho de las personas que requieran entrar o salir de los suyos, todo a cambio de una contraprestación que, de modo equitativo, compense los inconvenientes causados por el servicio prestado. Es apreciable cómo se regula la llamada “obligación de paso”, bajo coordenadas específicas que atienden a una imposición legal frente a la existencia de situaciones concretas de enclavamiento, muy diferente a pasos que se conceden en virtud de contratos, según las necesidades que puedan tener las partes, plasmadas en infinidad de acuerdos. Por eso, cuando esa situación de enclave deja de existir, en los términos que fueron requeridos por el legislador para la imposición del gravamen, éste igualmente debe desaparecer como lógica consecuencia, en cuyo evento el sujeto obligado a conceder el paso debe restituir lo que al establecerse, forzosamente, recibió como justa compensación. En esta inteligencia, el artículo 399 del citado cuerpo normativo contempla la posibilidad para el obligado a dar el paso, de requerir se le exonere de esa obligación, cuando deje de ser indispensable, porque el dueño del predio enclavado logra acceso cómodo al camino público, siempre y cuando se trate de un paso constituido por el órgano jurisdiccional como trasunto material de la imposición legal a los dueños de fundos ajenos de tolerar o facilitar el tránsito hacia la vía pública; derecho de paso obtenido, entonces, “... en conformidad con los artículos precedentes”, sea, dentro de las características propias que rigen para este tipo de instituto. Este derecho es catalogado, también, como una especie de servidumbre de paso, de carácter forzosa, la cual tiene, conforme se analizó, regulación especial, sobre todo, en punto a la regla que sienta el relacionado artículo 399, a los efectos de determinar su extinción, por encontrar acceso suficiente a la vía pública el sujeto que la ha venido disfrutando, ocupantes o poseedores del inmueble, por ende, es sólo aplicable a ese tipo de servidumbre de paso, dentro de su contexto fáctico y jurídico, no así a la contractual, que responde a situaciones diversas, en orden a las estipulaciones contractuales que le dan origen y que determinan su extinción, como de seguido se ahondará en ello.

VII.- Según el canon 484 del Código Civil, el convenio es un modo de constituir derechos reales, el principal y más corriente. Los ordinales 377 y 378 del mismo código también lo contemplan para la constitución de servidumbres. Bajo el principio de autonomía de la voluntad contractual, las partes pueden estipular, libremente, todo aquello que no contraríe el Derecho, la moral o las buenas costumbres y sus acuerdos deben basarse y ejercitarse dentro de parámetros de equidad y buena fe (artículos 21 y 1023). El artículo 452 ibídem permite la creación de derechos reales a quien tenga inscrito su derecho en el Registro Público o a quien lo adquiera en el mismo instrumento de su constitución. Es usual el establecimiento de contratos conexos, cuya interdependencia determina el modo indispensable que los contratantes llegaron a prever para alcanzar la satisfacción de sus necesidades o el logro de intereses específicos. Con este fundamento normativo y dentro de esta coyuntura nació, precisamente, el vínculo jurídico entre las sociedad litigantes, quienes negociaron el traspaso del dominio de un inmueble y, en el mismo contrato, la constitución de un derecho real de servidumbre de paso. Los efectos de esa relación contractual los vincula, como lo informan los artículos 260 y 1025 del Código Civil, y lo pactado entre ellos tiene fuerza de ley, así lo establece el 1022 ibídem. Ese contrato determinó la constitución de una servidumbre de paso, como tal, nació voluntariamente. Además, la naturaleza del clausulado, acerca de las características de la servidumbre que por acuerdo constituyeron, revela la vigencia de disposiciones que responden a



requerimientos muy precisos, tomados en cuenta al momento de negociar para darle origen, en punto a su extensión, ubicación, derechos y obligaciones de las partes atinentes a su ejercicio, estipulaciones para permitir el paso de peatones y vehículos con ciertas dimensiones, controles y dispositivos de seguridad, facilidades de ingreso a los usuarios, mecanismos de entrada, incluso, hasta aspectos relativos a instalación de líneas eléctricas y telefónicas, medios de comunicación y cañerías. No se trató, por consiguiente, de un paso forzado, nacido en virtud de una sentencia constitutiva basada en el carácter obligado que determina la ley en contra del propietario que debe dar salida por su fundo a quien tenga el suyo en la situación tipificada de enclavamiento, que precisa para constituirlo, cuya normativa que lo regula, sucintamente, establece disposiciones mínimas, referidas al lugar y al ancho del paso, de conformidad con lo establecido en los artículos 397 y 398 del Código Civil, ya citados. Por todo lo expuesto, la servidumbre objeto de estudio se debe regir por lo pactado y como los contratantes no estipularon su vigencia bajo condición resolutoria, pues no consideraron como hecho que condujera a su fenecimiento el acceso o salida a vía pública que pudiera llegar a tener el fundo dominante por otro lugar, no puede extinguirse bajo este predicado, ni aplicarse el artículo 399 del Código Civil, cuyo radio de acción se circunscribe a la servidumbre forzosa de paso, por corresponder a su esencia, no así a la voluntaria, nacida por la vía del contrato. Sostener lo contrario, como lo hace el a-quo, es crear, por la vía de la interpretación analógica o de la jurisprudencia extensiva, una nueva causal de extinción, extraña a la naturaleza y características de la servidumbre voluntaria de paso, constituida contractualmente, cuando es principio general que las causas de terminación de los derechos reales es materia reservada a la ley, no así a la discreción del juez, quien tampoco tiene competencias ni atribuciones para desconocer, favoreciendo a la actora y en contra de la demandada, el valor legal que entre ellas tiene un contrato que cumple, a cabalidad, con todos los requisitos para darle validez y eficacia para ambas. En definitiva, no puede trasladarse a la regulación de las servidumbres voluntarias de paso, las reglas que regulan la llamada "obligación de paso", por la esencia y particularidades disímiles entre ambos institutos, lo cual explica la razón de ser del artículo 395 del Código Civil, cuando señala que lo dispuesto en el capítulo de servidumbres se aplicará a las limitaciones de la propiedad impuestas por la ley, incluida la "obligación de paso", en tanto no se oponga a las prescripciones especiales sobre dichas cargas. Obviamente, la aplicación inversa no está permitida, esto es, trasladar a la servidumbre voluntaria de paso, las reglas de la "obligación de paso", no sólo porque las prescripciones especiales de aquella lo impiden, ni porque ésta tiene un desenlace extintivo propio y especial, sino porque el legislador no lo admitió de esa manera, máxime en lo que a causas de fenecimiento se refiere, para cuya servidumbre voluntaria el legislador dispuso de determinados modos, entre los que no comprendió el previsto en el artículo 399, en todo caso, impertinente en tratándose del tipo de servidumbre escogido por las partes. Tampoco la actora ha pretendido la revisión del contrato por motivos de imprevisión, por ejemplo, modificación sustancial y perjudicial de la causa que se tuvo en cuenta al contratar, o por haber sobrevenido circunstancias que imponen cargas excesivas y lesivas a alguna de las partes en provecho de la otra, riñendo contra la equidad, buena fe o el justo y normal equilibrio de las prestaciones asumidas en el momento de la contratación. El quebranto que se aduce en el recurso del artículo 22 del Código Civil, no guarda coherencia con la causa petendi y esa norma ni siquiera sirvió de fundamento jurídico de la demanda, ni el artículo 21 ibídem, de la cual no se desprende petitoria que así lo determine y aunque se hizo cita en ella del canon 834 del mismo cuerpo de leyes, éste contempla hipótesis que, de todos modos, no se han presentado en el caso concreto y no se alegó en el recurso violación de ese precepto legal. Por último, los supuestos daños y perjuicios que se atribuyen a la demandada no tienen por efecto la extinción del derecho real de servidumbre."

e) Servidumbre de aguas: Inexistencia con respecto a terreno inferior al que se desvían las aguas de casas construidas sin muros o canoas que las retengan

[Sala Primera]⁶

Voto de mayoría

"IV.- Corresponde ahora analizar lo relativo a la utilización de los numerales que cita el casacionista. Conviene indicar que, de resultar aplicable el ordinal 94 de la Ley de Aguas, como una consecuencia lógica, los artículos 378 y 853 del Código Civil resultarían inaplicables, por cuanto el primero alude a una servidumbre legal y los segundos a una convencional. El canon 94 mencionado se ubica dentro del capítulo quinto, sección primera de ese cuerpo normativo, denominado "De las servidumbres naturales", concretamente dispone, "*Los terrenos inferiores están obligados a recibir las aguas que naturalmente, y sin intervención del hombre, fluyan de los superiores, así como la tierra o piedras que arrastren en su curso. Pero si las aguas fuesen producto de alumbramientos artificiales, o sobrantes de acequias de riego, o procedentes de establecimientos industriales que no hayan adquirido esta servidumbre, tendrá el dueño del predio que recibe las aguas el derecho de exigir el resarcimiento de daños y perjuicios, a menos que éste quiera aprovecharse de las aguas que reciba su terreno, en cuyo caso no tiene derecho a tal resarcimiento./ Los dueños de predios o establecimientos inferiores podrán negarse a recibir los sobrantes de los establecimientos industriales que arrastren o lleven en disolución substancias nocivas o fétidas, introducidas por los dueños de éstos. Presentarán al efecto la reclamación correspondiente ante la autoridad de policía respectiva.*" Evidentemente, lo preceptuado en ese ordinal es una servidumbre impuesta por disposición legal. Ahora bien, esta no resulta de aplicación en la especie, por cuanto, si bien las aguas corren de forma natural de sur a norte, en razón de la pendiente existente en el terreno, también es cierto que la segunda condición que contempla esa norma no se cumple –"sin intervención del hombre"–, pues se ha dado la intromisión humana, al tratarse de una zona urbana, con un desarrollo habitacional, en tanto acorde a lo indicado en la demanda se trata de unas casas entregadas por INVU sin canoas ni muros que impidieran el paso de las aguas. Como bien lo señaló el Tribunal, las "*obras humanas de urbanización deben proveer a los dueños de los fundos los caños, cunetas, canalizaciones, tuberías y alcantarillas necesarios para la evacuación ordenada de las aguas pluviales, pues la hidrología de los terrenos se ve trastornada por la división del fundo y las construcciones que se hagan.*" (folio 410). V.- Respecto a las servidumbres esta Sala ha indicado, "VI.- Existen diversos tipos de servidumbres. Las hay aparentes y no aparentes (Arts. 378 y 379), las primeras suponen la existencia de signos externos de carácter permanente que las revelen (Casación N° 110 de 9 horas 05 minutos del 20 de abril de 1979), en tanto que las no aparentes no se manifiestan a los sentidos. También las hay continuas y discontinuas (Arts. 378 y 379), las primeras no requieren para su ejercicio una actividad o acto del hombre, y son o pueden ser usadas innecesariamente; en tanto que las segundas suponen para su ejercicio o disfrute la actividad del hombre, además de un uso a intervalos más o menos largos. Doctrinariamente se distinguen las positivas de las negativas, las primeras imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismos, y la negativa le prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. Las hay forzosas y voluntarias, las primeras son las que la Ley faculta a los particulares para obtener su imposición, a pesar de la oposición del dueño del predio sirviente; en cuanto a esta última categorización nuestro Código Civil (Arts. 395-400) establece la llamada obligación de paso, que en realidad es una servidumbre forzosa de paso, pues se constituye por resolución del órgano jurisdiccional en los casos establecidos por la Ley. (...) VIII.- Las servidumbres pueden adquirirse por distintos modos, sea por voluntad de los interesados,



mediante negocio jurídico mortis causa o inter vivos. También se constituyen por disposición de la autoridad judicial; tal es el caso de la obligación de paso (Art. 395); y **por prescripción positiva (Art. 378), cuando son al propio tiempo continuas y aparentes**. Se extinguen por 1) resolución del derecho de que ha constituido la servidumbre; 2) cumplimiento del plazo o condición, si fue constituida a término o plazo; 3) por confusión, reunión de los predios sirviente y dominante en manos de un solo dueño; 4) por remisión o renuncia del dueño del predio dominante; y 5) por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir, y por venir los predios a un estado en que no pueda usarse la servidumbre (Art. 381). IX.- Es el artículo 381 inciso 5º del Código Civil el que se refiere a la extinción de la servidumbre por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir. Este artículo no hace diferencia entre servidumbres continuas y discontinuas (Sala de Casación de 9 horas 50 minutos del 16 de octubre de 1924, II semestre, p. 512; Sala Primera Civil Nº 82 de las 9 horas 5 minutos del 28 de marzo de 1974; Sala Primera de la Corte Nº 95 de las 16 horas del 12 de noviembre de 1982). Este principio opera en todos los derechos reales de goce y se encuadra en el otro más general contenido en el artículo 868 *ibidem* pues todo derecho y su correspondiente acción prescriben por diez años. Ello implica que ninguna servidumbre se sustrae a la posible extinción. **Mientras la adquisición por prescripción positiva se limita a las servidumbres continuas y aparentes, la extinción por el no uso es general. El no uso significa falta de su ejercicio, y requiere del término de 10 años de la prescripción ordinaria.** (Sentencia número 26 de las 8 horas y 30 minutos del 16 de marzo de 1991)." (Sentencia número 750 de las 16 horas 30 minutos del dos de octubre del 2002) (la negrita no es del original). En este caso, como se expuso en el considerando precedente, no se está en presencia de un supuesto que autorice la constitución de una servidumbre legal, ya que el referido ordinal 94 de la Ley de Aguas no resulta aplicable. Tampoco se configura una servidumbre continua y aparente que permita el uso de los artículos 378 y 853 del Código Civil, ya que la servidumbre reclamada no es de ese tipo, pues no cuenta con signos externos de carácter permanente que la revelen. Como se indicó en las líneas anteriores, sólo las servidumbres de esa clase permiten la constitución a través de la prescripción positiva. Así las cosas, para establecer la servidumbre de aguas solicitada por el actor se requeriría del convenio o de la última voluntad preceptuada en el artículo 379 *ibidem*, y ninguno de esos requisitos se demostró, por ende, es imposible acoger tal pretensión. Al resultar inaplicable el fundamento legal expuesto por el actor en su demanda, el Ad quem no hace otra cosa que actuar correctamente las normas de la Ley General de Salud y del Reglamento de Construcciones, de Edificios para Habitación Unifamiliar y Multifamiliar invocadas por la demandada en su contestación (folio 16), las cuales disponen que en las viviendas urbanas las aguas pluviales deben conducirse por un sistema de alcantarillado pluvial o cursos de aguas naturales; no que el fundo inferior deba soportar las aguas de los superiores. Consecuentemente, el Tribunal resolvió conforme a derecho, lo cual obliga a desestimar el agravio."

f)Fundo enclavado: Su inexistencia hace improcedente servidumbre de paso[Tribunal Segundo Civil Sección I]⁷

Voto de mayoría

IV.- En criterio de este Tribunal los argumentos de los apelantes no son de recibo, y sus pretensiones no tienen respaldo en el derecho vigente. En primer lugar, la connotación de fundo enclavado no depende de la voluntad individual de cada uno de los propietarios de inmuebles que sean colindantes entre sí, sino de su propia realidad, material y registral. El artículo 395 del Código Civil, claramente señala que “el propietario de un predio enclavado entre otros ajenos, sin salida o sin salida bastante a la vía pública, tiene derecho de exigir paso...”. Esa norma distingue dos situaciones, la del enclave propiamente, que consiste en que un fundo se encuentre totalmente rodeado de otros sin acceso directo a calle pública, y otra, que teniendo salida a calle pública, ésta no es suficiente para satisfacer las necesidades del mismo, o que el acceso no sea idóneo. Es claro que en la especie no se está en presencia del primer supuesto. La finca de los actores sí tiene salida a calle pública. Para determinar si aún así tiene derecho a exigir la limitación de la propiedad que pretende, es importante considerar si esa salida es suficiente. La respuesta es afirmativa. Ocho metros de ancho, que es lo que mide la colindancia con calle pública, es bastante para proveer de una salida adecuada al inmueble. No obsta para ello que en ese lindero, por la topografía del terreno se requieran hacer trabajos que permitan un acceso adecuado al predio, porque la calle está a desnivel. El hacerlo es responsabilidad del dueño del fundo, sea de los actores. Por otra parte, tampoco demostraron los actores la existencia de un “convenio verbal familiar”, en razón del cual la demandada aceptara afectar su fundo en beneficio del de ellos, mediante servidumbre.

V.- Por otra parte, no se puede imponer a la demandada el gravamen pedido, porque ella no participó de la decisión, que en uso de sus facultades de propietarios, hicieron los actores de construir una casa de habitación en esa salida, según alegan, transformando su bien inmueble. Esa determinación está amparada en lo dispuesto en el numeral 290 del Código Civil, y en nada puede afectar al inmueble de la demandada, que a su vez goza de la presunción de libertad que señala el canon 376, que hay que entenderlo relacionado con lo normado en el artículo 379, ambos de ese cuerpo normativo, en cuanto regla que las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas no aparentes, sólo pueden constituirse por convenio o por última voluntad, y que la posesión, aún la inmemorial, no basta para establecerlas.

VI.- Por lo demás, de lo que informa la prueba que citan los recurrentes, como fundamento de su impugnación, propiamente los planos catastrados, el reconocimiento judicial y el dictamen pericial, no es dable concluir como lo hacen, que fue mal valorada. Esa prueba lo que señala es que ambos predios, el de los actores y el de la demandada, tienen similares condiciones topográficas, en ambos sus dueños han edificado viviendas en la parte frontal y en la trasera (reconocimiento judicial a folio 61), y por lo irregular de los terrenos, en medio de ellos existe una hondonada, que impide el tránsito de vehículos automotores, excepto motocicletas (peritaje a folios 62 a 67). También, según lo destaca la señora jueza de instancia, el inmueble de los actores tiene salida directa a calle pública, y así lo confesó el demandante Miguel Ángel Corrales Valverde (confesión de folio 58 e interrogatorio de folio 85). Consecuentemente, no hay justificación legal para disminuir el derecho de propiedad que ostenta la demandada, que ninguna responsabilidad tendría por el uso que del suyo hayan hecho los actores, quizá atendidos a la simple autorización de paso que durante



mucho tiempo existió, pero que cesó cuando la demandada dispuso cercar su predio, el veintiuno de setiembre del dos mil dos."

g) Servidumbre de paso: Modo de adquisición

[Tribunal Primero Civil]⁸

Voto de mayoría:

"II [...] Quien protesta atentado versus “servidumbre de senda”, solicitando amparo posesorio, tendría que justificar su existencia como derecho sobre cosa ajena para utilizarla en pro y beneficio de la suya. “Hemos hecho constar que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean aparentes o no aparentes, sólo pueden adquirirse en virtud de título. Esta declaración tiene más trascendencia de lo que a primera vista, parece, porque, al no adquirirse por prescripción, el título tiene que ser verdadero, válido y eficaz; de otro modo, si un título cualquiera, a pesar de sus vicios, pudiese servir para que quedasen constituidas, serían las servidumbres discontinuas y las no aparentes más privilegiadas que la aparentes y continuas.” [...] “servidumbre de paso” tendría que configurarse por convenio o acto de póstuma voluntad, pues, la posesión aun [sic] inmemorial sería insuficiente. Artículo 379 del Código Civil. Exígese contar con título hábil inscrito. Y para estarlo ha de hallarse consignado en documento público. Ordinales 308; 459, inciso 2º, ibídem y 462 del Código Procesal Civil. Lo que se echa de menos. Presupuestos de una sentencia estimatoria, sean derecho, interés y legitimatio ad causam, tanto activa como pasiva; deben ser examinados ex officio por el juzgador. [...]”



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 63 del veintiocho de setiembre de 1887. Código Civil. Fecha de vigencia desde 01/01/1888. Versión de la norma 8 de 8 del 06/04/2011.
- 2 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 120 de las ocho horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil diez. Expediente: 09-001960-1027-CA.
- 3 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SÉTIMA.- Sentencia número 76 de las diez horas treinta minutos del treinta y uno de julio de dos mil nueve. Expediente: 02-017271-0170-CA.
- 4 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN SEGUNDA.- Sentencia número 37 de las dieciséis horas cuarenta minutos del veinticinco de febrero de dos mil cinco. Expediente: 97-001737-0164-CI.
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 706 de las onve horas quince minutos del veintidós de octubre de dos mil tres. Expediente: 98-001307-0185-CI.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 890 de las diez horas del diez de noviembre de dos mil seis. Expediente: 02-000126-0678-CI.
- 7 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCION SEGUNDA.- Sentencia número 298 de las nueve horas veinte minutos del once de octubre de dos mil seis. Expediente: 04-100125-0217-CI.
- 8 TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- Sentencia número 17 de las siete horas cincuenta minutos del diecisiete de enero de dos mil siete. Expediente: 05-100166-0217-CI.