

# Informe de Investigación

**Título:** Las servidumbres de paso

**Subtítulo:** -

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Civil	<b>Descriptor:</b> Bienes y derechos patrimoniales
<b>Tipo de investigación:</b> Simple	<b>Palabras clave:</b> Servidumbre de paso, servidumbre forzosa
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa, Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 06-2009

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Doctrina.....</b>	<b>1</b>
<b>3 Normativa.....</b>	<b>4</b>
REGLAMENTO A LA LEY DE CATASTRO NACIONAL.....	4
CÓDIGO CIVIL.....	4
<b>4 Jurisprudencia.....</b>	<b>6</b>
RES: 000968-F-2005 .....	6
VOTO 1049-F-07 .....	7

### 1 Resumen

En la presente investigación se desarrolla en primer lugar la naturaleza jurídica de las servidumbres de paso, y las distintas concepciones sobre servidumbre voluntaria y forzosa. Se hace también un recorrido por la normativa del Código Civil que se refiere propiamente a la figura de las servidumbres. Finalmente, se expone jurisprudencia sobre los requisitos para el establecimiento de las servidumbres.

### 2 Doctrina

[Guerrero, Jose<sup>1</sup>]

#### Naturaleza Jurídica de la Obligación de Constituir la Servidumbre



Pretendemos en este punto, llegar a determinar cuál es la naturaleza jurídica de la obligación de constituir la servidumbre forzosa de paso. Esto -en línea de principios- por -cuanto nuestra legislación no se refiere nunca a la servidumbre forzosa de paso, sino que habla de "La obligación de paso", que para nosotros es el canal a través del cual se llega a la constitución de la servidumbre forzosa, que es lo que en última instancia llega a operar jurídicamente, y lo que la normativa establece es el procedimiento para la constitución o extinción y contenido de esta servidumbre.

Entendemos, que nuestro legislador cuando se refiere a "obligación de paso", no está haciendo referencia a esa "relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra o bien el intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación", que son los derechos personales, sino que está haciendo referencia a otra clase de obligación, que podría ser la "obligatio propter rem", pero que sin embargo, esta conforma el Capítulo III del Título V "De las cargas o limitaciones -límites- de la propiedad impuestas por la ley". Pero creemos, que esta obligación no hace referencia a los límites, porque en última instancia sería una limitación, eso ya constituida como servidumbre; de manera que tendría que ser una carga.

Lo anterior, nos llevaría a la conclusión de que hablar de obligación, como hablar de carga sería la misma cosa, sea sinónimas, o al menos así lo enfatiza nuestro legislador de 1886. Lo que no es para menos, pues la doctrina y la jurisprudencia extranjera, identifican los dos criterios, o los confunden diciendo que no existe diferencia entre ellos, o bien, lo que para un autor es una obligación propter rem para otro es una carga real. En síntesis, no hay acuerdo y menos unanimidad en la doctrina sobre como entender estos dos conceptos.

En virtud de lo anterior y bajo la creencia de que en la ciencia del derecho se debe buscar un purismo técnico terminológico para evitar ambigüedades y confusiones, como las que se han señalado, y de que cada estudio, para tener seriedad, requiere de tomar una postura definida, es que creemos que tanto "obligatio propter rem" como "carga real" son dos conceptos diferentes y que uno de ellos determina la naturaleza de la obligación de constituir, canal que lleva a una servidumbre forzosa de paso. Para ello seguiremos el planteamiento de ese erudito italiano -Biondo Biondi-, que en su obra maestra "Las Servidumbres", -a nuestro criterio y entre otras muchas obras- deja claramente establecido cuál es uno y cuál el otro.

[Salazar, Eugenia<sup>2</sup>]

Ya se ha mencionado que existen diversas clasificaciones de las servidumbres, son legales las establecidas por la ley, pero en este sentido nosotros vamos a plantear un aspecto que consideramos importante, que es el siguiente:

En materia de derecho privado prevalece el principio de autonomía de la voluntad» Aunque, como ya sabemos, dicho principio ha sufrido cambios radicales. La constitución de servidumbres por medio de una convención privada es lícita, siempre y cuando se haga dentro de los límites indicados por la ley.

...son servidumbres que se podrían constituir por contrato? pero no siendo posible hacerlo sin dispendio del interesado..."

La legislación italiana, regula esta situación. Expresamente dice que son medios para la constitución forzosa de la servidumbre el contrato y la sentencia. El obligado está subordinado o

tiene la facultad o potestativa de realizar el contrato; de lo contrario la sentencia judicial declarará ese derecho.

Cuando, en virtud de ley, el propietario de un fundo tiene derecho a obtener de parte del propietario de otro fundo la constitución de una servidumbre, ésta en defecto de contrato, se constituye por sentencia..." Es por eso que, si bien es cierto, la servidumbre de paso tiene un fundamento coactivo, nada impide que las partes de común acuerdo constituyan dicha servidumbre» Inclusive hay servidumbre de paso cuando la finca tiene salida, claro que sería una servidumbre de paso voluntaria.

La servidumbre de tránsito puede ser voluntaria o coactivo. La primera es la que se establece entre dos predios en caso de que ni el propietario del fundo dominante tenga derecho a exigirla ni el propietario del fundo sirviente obligación de concederla. Es el supuesto de que la servidumbre no sea absolutamente indispensable para el propietario del fundo dominante".

Por contrato no se debe interpretar cualquier hecho constitutivo de servidumbre voluntaria, como el testamento o la usucapión, que suponen el transcurso de tiempo. Tampoco ha de entenderse el contrato como negocio jurídico.

Solamente el contrato realizado por las partes, y que tiene efectos inmediatos, caracterizado por ser forzoso, donde el obligado no está en libertad de celebrarlo o no, ya que si no lo celebra voluntariamente, la sentencia del órgano competente vendrá a forzar su constitución.

Para el tratadista italiano Biondo Biondi:

...su celebración es el cumplimiento de un acto debido...el incumplimiento lleva consigo que la voluntad impositiva del órgano judicial sustituya la de la parte obligada a la constitución."

La servidumbre forzosa de paso surge como consecuencia de la sociabilidad humana. La explotación de tierra alejadas de las aciones y vías de comunicación, ha ocasionado que para aquellos predios, que están en esas condiciones, tengan la habilidad de salir al camino público, a través de las fincas.

Como todas las servidumbres, pase a que este vocablo recalca lo ingrato, se definen desde el lado del beneficio» De tal modo, la servidumbre de paso constituye activamente el derecho a transitar por propiedad ajena, para tener salida desde la finca propia a vía o camino público, o como derecho adquirido. El paso puede ser a pie, en caballería o en vehículo, según las necesidades y condiciones."

Esta servidumbre de paso se origina en el derecho romano, que distinguía tres clases de paso: el iter, el actus, y la vía.

"El d. r. regula esta servidumbre voluntaria en sus tres conocidas modalidades» de itis, actus y vía, pero en cambio no admitió el paso forzoso más que en algún caso excepcional como en el de iter ad sepudrum, o sea, de un terreno en sepulcro enclavado entre varias fincas ".

Países como Argentina y España dedican un capítulo a las servidumbre forzosa. Hay que hacer una observación, sobre el nombre que la Argentina le ha dado, (servidumbre de tránsito) que viene a ser lo mismo que paso. Definen esta figura jurídica diciendo que el propietario de una heredad sin salida al camino o vía pública, tiene derecho a imponer la servidumbre de paso a las fincas que se interponen para salir a vía o camino público.

En términos generales, se puede asegurar que el concepto de servidumbre forzosa de paso se encamina en el sentido de que es una imposición, donde el dueño del predio sirviente se ve obligado a aceptar su constitución, sea por voluntad propia, a través del contrato, sea, por sentencia judicial,,

De otro lado tenemos al propietario del fundo dominante, que por derecho exige su constitución, cuando se cumplen los requisitos establecidos en la ley.

### 3 Normativa

#### REGLAMENTO A LA LEY DE CATASTRO NACIONAL<sup>3</sup>

Artículo 85.- Servidumbres.

Cuando se levanten planos de agrimensura contemplando servidumbres, se seguirán las siguientes reglas:

- a. En los planos de inmuebles que accedan mediante servidumbre de paso, ésta se indicará gráficamente, no necesariamente a escala, hasta su intersección con la vía pública, todo concordante con los artículos 375 y 398 del Código Civil; queda a salvo lo dispuesto en la Ley de Planificación Urbana para fraccionamientos posteriores. También se debe indicar literalmente el o los predios sirvientes. (\*)
- b. En los planos de inmuebles que soporten servidumbres de paso debidamente inscritas y materializadas en el terreno, el agrimensor deberá indicar literalmente la identificación del fundo dominante, así como la ubicación en dichas servidumbres en aquellos lugares en que crucen los linderos.
- c. En los planos a catastrar para derechos indivisos que no tengan acceso directo a vía pública, se confeccionará el plano de agrimensura de conformidad con el artículo 400 del Código Civil y el plan regulador respectivo.
- d. Los planos a catastrar que acceden por servidumbres de paso concordantes con lo estipulado en el Reglamento de Fraccionamiento y Urbanizaciones deberán contar de previo con el visado Municipal. Además el Agrimensor deberá indicar la identificación del o los inmuebles sirvientes.

Cuando el inmueble esté ubicado en zona catastrada, la servidumbre debe estar debidamente georeferenciada. Cuando en el plano a catastrar el acceso se dé por Servidumbre Agrícola, Ecológica u otra especial, se registrará de conformidad con lo establecido por leyes especiales y el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos.

Los incisos a), d) y el párrafo segundo del presente artículo ha sido reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 34763-J de 16 de setiembre del 2008. LG# 186 de 26 de setiembre del 2008.

#### CÓDIGO CIVIL<sup>4</sup>

Artículo 370.-

Las servidumbres no pueden imponerse en favor ni a 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 gravamen 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 cualquier 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 deben hacerse dichas obras.

Artículo 375.-

La extensión de las servidumbres se determina por el título.

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 a la vez, pueden constituirse por convenio, por última voluntad o por 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:

- 1.- Por la resolución del derecho del que ha constituido la servidumbre.
- 2.- Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición, si fue constituida por determinado tiempo o bajo condición.
- 3.- Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un solo dueño.
- 4.- Por remisión o renuncia del dueño del predio dominante.
- 5.- Por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir.
- 6.- Por venir los predios a tal estado que no puede 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.

## 4 Jurisprudencia

### RES: 000968-F-2005<sup>5</sup>

Servidumbre de paso: características, requisitos y modos de constitución

Texto del extracto

“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 fondo , 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.”

## **VOTO 1049-F-07 <sup>6</sup>**

Servidumbre de paso: requisitos

Texto del extracto

“IV. En su línea de argumentación, el representante de la actora objeta la interpretación dada por el juzgador de primera instancia al señalar que su finca tiene salida a calle pública, sin especificar que ésta no es suficiente al ser de difícil acceso y estar atravesada por una quebrada o zuampo. Sobre el tema de la servidumbre obligatoria de paso u obligación de paso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en Voto N° 968 de las 14 horas 30 minutos del 15 de diciembre de 2005, señaló: “... 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. ..." El Tribunal comparte lo expuesto por la Sala Primera de la Corte en la resolución citada, de forma tal que lo primero que debe determinarse para la procedencia de la demanda en estudio y por ende, de los agravios descritos, es si efectivamente la finca de la actora está o no en condición de enclave."





**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 Guerrero Perilla, José Ricardo. La servidumbre de paso forzosa y voluntaria. su problemática jurídica. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984
- 2 Salazar, Eugenia. La servidumbre de paso y el derecho de salida de fundo enclavado. Diferencias y similitudes en la doctrina, legislación y jurisprudencia. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1994
- 3 REGLAMENTO A LA LEY DE CATASTRO NACIONAL. Decreto Ejecutivo No. 34331-J del 29 de noviembre del 2007. Publicado en La Gaceta No. 41 del 27 de febrero del 2008
- 4 CÓDIGO CIVIL. Decreto Ejecutivo No. 30 de 19 de abril de 1886
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José a las catorce horas treinta minutos del quince de diciembre del dos mil cinco.
- 6 TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, a las nueve horas veinticinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil siete.