

# Informe de Investigación

**Título: La servidumbre agraria**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Agrario.	<b>Descriptor:</b> Propiedad Agraria.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Servidumbre de suministro de agua, de pastos y leñas, derecho de paso, constitución de las servidumbres, voluntarias, forzosas, servidumbre agraria.
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 09 – 2010.

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a) Servidumbre de suministro de agua.....	2
b) La servidumbre de pastos y leñas.....	2
c) Fines agrarios específicos de las servidumbres en estudio.....	4
d) "Derecho" de paso e interdictos.....	5
I. Introducción.....	5
II. Propiedad privada y principio de libertad de fundos.....	5
III. Constitución de las servidumbres de paso.....	6
A. Servidumbres voluntarias.....	6
B. Servidumbres forzosas de paso.....	7
IV. ¿Protección interdictal de las servidumbres voluntarias de paso ?.....	7
V. ¿Protección interdictal de la obligación de paso?.....	8
VI. Principios que deben guiar las resoluciones sobre interdictos.....	9
A. Principio nemni res sua servit.....	9
B. Principio de ocupación efectiva de un fundo.....	10
C. Principio de la continuidad de la producción.....	10
VII. A manera de conclusión.....	11
<b>3 Normativa.....</b>	<b>12</b>
SERVIDUMBRES.....	12
Disposiciones generales.....	12
De la constitución y extinción de las servidumbres.....	12
<b>4 Jurisprudencia.....</b>	<b>13</b>
a) Servidumbre agraria: Concepto, tipos y características generales.....	13
b) Interdicto agrario: Improcedencia de la tutela cuando no existe fundo enclavado.....	15

c)Servidumbres: Distinción entre la civil y agraria.....	16
d)Servidumbre voluntaria: Concepto y distinción con la servidumbre forzosa.....	22
e)Servidumbre de paso: Análisis acerca de su constitución.....	25

## 1 Resumen

El presente informe trata el tema de las servidumbres agrarias. Contiene doctrina, normativa y jurisprudencia. Explicando temas como: la servidumbre de suministro de agua, servidumbre de pastos y leñas, los fines agrarios, el derecho de paso e interdictos, el interdicto agrario, distinción entre la servidumbre civil y agraria, la constitución de la servidumbre de paso, entre otros.

## 2 Doctrina

### **a)Servidumbre de suministro de agua**

[Biondi]<sup>1</sup>

Son dos servidumbres forzosas desconocidas por el código derogado, introducidas ya en el proyecto, y acogidas en el el vigente código, en sus artículos 1.049 y 1.050, con los cuales bajo la rúbrica "sumistro forzoso de agua a un edificio o a un fundo" comtemplan dos servidumbres distintas, no obstante ser ambas forzosas y no obstante tener como contenido el suministro de agua.

El primero dispone que cuando a "una casa o a sus dependencias les falta el agua necesaria para la alimentación de los hombres o de los animales o para otros usos domésticos", el vecino debe permitir que se saque agua sobrante en la medida indispensable para las necesidades antedichas". el segundo admite que las normas del artículo anterior se aplican también si el propietario de un fundo no tiene agua para regarlo, y, consiguientemente, el vecino tiene el deber de suministrar el agua "despues de satisfecha toda la necesidad doméstica, agrícola, industrial".

### **b)La servidumbre de pastos y leñas**

[Álvarez-Caperochipi]<sup>2</sup>

El derecho histórico español presenta una gran complejidad en la regulación de las distintas modalidades de aprovechamientos de pastos. Las mismas pueden reducirse a cinco grandes categorías: a) usos irregulares meramente tolerados; b) derechos reales de pastos (servidumbres personales de pastos); c) mancomunidades de pastos (puesta en común de las tierras por los



propietarios privados en épocas de barbecho para aprovechamientos como pastos); d) aprovechamientos comunales de pastos (servidumbres personales en favor de una comunidad); e) bienes comunales dedicados a pastos. Son figuras que si teóricamente pueden distinguirse, en la práctica se presentan como modalidades consuetudinarias (la *vaine pature*, el *empriu*, la corraliza, etc....) que pueden abarcar una gran cantidad de contenido (desde los usos irregulares hasta los bienes comunales), y cuya naturaleza, siendo en realidad consuetudinaria, sólo puede definirse en cada caso concreto. En el derecho histórico existe una gran extensión de superficie dedicada a pastos, lo que se explica por la subexplotación agraria (extensas temporadas de barbecho y economía esencialmente ganadera); se explica también por la gran extensión de propiedad comunal y los privilegios de los ganaderos (en particular la *mesta*). La doctrina de la ilustración y el reformismo agrario de los siglos XVIII y XIX, se plantea como objetivo prioritario la reconversión de una economía predominantemente ganadera en mía economía forestal y agraria (por la mayor presión de la población y por las exigencias de la revolución industrial); y esa reconversión se traduce en la enemiga de los bienes comunales (cfr. lección 11, del tomo I) y en el principio de libertad de la propiedad frente a todas las modalidades de aprovechamientos de pastos.

El Código Civil incorpora formalmente los principios doctrinales y jurídicos presentes en el reformismo agrario del siglo XIX; el tratamiento de los pastos en el régimen de la servidumbre presupone la erradicación de los bienes comunales del Código como consecuencia de su desamortización. El régimen del Código es sumamente restrictivo de todas las modalidades de aprovechamientos de pastos; en particular: a) se presume la libertad de la propiedad, todo aprovechamiento de pastos en favor de una persona o comunidad se presume, a falta del título expreso, meramente tolerado (artículo 600), el cerramiento extingue todos los modos consuetudinarios de aprovechamiento de pastos; b) las mancomunidades de pastos pueden cerrarse unilateralmente (art. 602); c) redimibilidad de las servidumbres de pastos establecidas mediante título (art. 603); d) prohibición de aprovechamientos comunales (art. 600); e) aplicación de este régimen de aprovechamientos de leña u otros productos de los montes de propiedad particular (art. 604); f) la servidumbre de pastos se considera discontinua y por lo tanto no puede adquirirse por prescripción.

En época reciente el Tribunal Supremo, movido de la mayor sensibilidad doctrinal hacia las manifestaciones comunales de propiedad (bienes comunales y servidumbres de pastos en favor de una comunidad), respetando el esquema básico del código de presunción de libertad de la propiedad y de restricción de los aprovechamientos de pastos (presunción de tolerancia), ha alterado sutilmente el régimen codificado. La jurisprudencia admite aprovechamientos comunales de pastos (STS de 20 de octubre de 1950, 12 de noviembre de 1959, 25 de febrero de 1964); son caracteres del aprovechamiento comunal que ninguno de sus titulares pueda solicitar la división, y que la condición de titular depende exclusivamente de la condición de vecino (STS de 12 de noviembre de 1959). El aprovechamiento comunal se distingue de la propiedad comunal en que en este último de modo claro e indiscutible aparece atribuida a una persona la propiedad exclusiva de una finca (STS de 11 de noviembre de 1892, 4 de octubre de 1930, 18 de febrero de 1932, 6 de octubre de 1951); el aprovechamiento comunal es redimible (STS de de noviembre de 1949; en sentido contrario, STS de 25 de febrero de 1964); el aprovechamiento comunal es poseible y en consecuencia puede adquirirse por usucapión (SSTS de de octubre de 1957, 22 de abril de 1960), afectando al tercer hipotecario por ser ostensible (STS de 25 de mayo de 1974).

### **c) Fines agrarios específicos de las servidumbres en estudio**

[Jiménez]<sup>3</sup>

Las servidumbres en materia de aguas, como *iura in re aliena* que son, constituyen un medio jurídico para impedir- en el fundo destinado a la producción agrícola los efectos de la humedad excesiva de la tierra - servidumbres de drenajes y desagües así como para evitar las desastrosas consecuencias de la falta de agua - servidumbres de acueductos para riego, de abrevadero, etc.-. Todas ellas vienen a ser los remedios jurídicos que corresponde adoptar para impedir los efectos perniciosos de la abundancia o de la escasez del agua.

La constitución forzosa o declaración - como es el caso de la servidumbre natural de escurrimiento - de estas servidumbres, está encaminada a evitar o normalizar dichos efectos.

De esa forma estas servidumbres buscan, en aras del desarrollo normal del ciclo biológico de producción, la protección de los fundos contra la erosión que causan los torrentes, el desagüe de terrenos, la dirección y recolección de las aguas provenientes de las lluvias por medio de obras; así como la realización de obras para la desecación de pantanos, para el saneamiento y mejor rendimiento de las tierras; etc.

imposición de servidumbres de obras de irrigación - acueductos - y la servidumbre para la construcción de presas o embalses.

Las servidumbres de acueducto - ordinaria y especiales - pueden ser constituidas forzosamente para los fines agrarios más diversos de los fundos: tenemos, por ejemplo, que pueden ser utilizadas para la conducción, derivación o captación de aguas a través del fundo ajeno para el cultivo de plantaciones, pastos, alimentación del ganado, viveros de peces, procesamiento de productos agrícolas; y en fin, para toda una variedad de actividades agrícolas y agroindustriales.

En las servidumbres de acueducto, estribo de presa, parada o partidor se beneficia al fundo permitiendo la utilización del agua que falta al mismo, mientras que en las servidumbres de desagüe, derrames o sobrantes, desecación de pantanos y la misma servidumbre de escurrimiento, lo benefician permitiendo la salida del agua a otra parte; es decir, su utilidad consiste en evitar el daño a los cultivos que deriva de la abundancia del agua, provocada por embalses, rebosamientos, aluviones y similares.

Finalmente, debemos decir que la servidumbre de abrevadero tiene especial interés para la producción pecuaria, especialmente en las regiones donde se cría ganado con pastos naturales y el agua para la bebida es escasa, dependiendo en consecuencia su existencia de fuentes para su bebida.



#### **d) "Derecho" de paso e interdictos**

[Jiménez]<sup>4</sup>

### **I. Introducción**

Tratar este tema no ha sido fácil: en primer lugar existen excelentes obras, que se citan al pie de este breve ensayo, que sobre la materia han escrito autores costarricenses; por otro lado, la jurisprudencia a través de los años y, especialmente, por el impulso de los jueces agraristas, han elaborado toda una doctrina sobre esta materia.

No obstante, hemos percibido que se han realizado interpretaciones extensivas de algunas normas del Código Civil, cuando, como en el caso de las servidumbres, toda interpretación debe ser restrictiva, sobre todo cuando al no estar debidamente constituidas, se utiliza para su protección judicial una acción sumaria como lo es la vía interdictal.

Resulta que la posición absolutamente mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia sostienen una idea totalmente contraria a las tesis que este ensayo contiene; a pesar de lo anterior, y de que se nos pueda endilgar que realizamos interpretaciones que han sido superadas desde tiempo atrás, hemos decidido exponer este tema desde nuestra perspectiva, concientes que no muchos estarán de acuerdo con lo que seguidamente se expone.

### **II. Propiedad privada y principio de libertad de fundos**

El régimen de propiedad privada encuentra sustento en el artículo 45 de la Constitución Política, que le reconoce tanto una función individual como social. Es así como, un propietario puede gozar del dominio pleno de la cosa que le pertenece, sin más limitaciones que las que él voluntariamente acepta o los límites que la ley establece por motivos de utilidad pública de la comunidad o el derecho ajeno.

Como consecuencia del precepto constitucional, los fundos se presumen libres hasta que se pruebe la existencia de una carga o limitación, entre estas, la servidumbre de paso y la obligación de paso.

Así las cosas, un propietario puede disponer libremente de su inmueble, mientras no se pruebe la existencia de una servidumbre de paso.

En todo caso, nuestro máximo tratadista en derecho civil, don Alberto Brenes Córdoba, sostiene que "tomando en cuenta el estado general de los inmuebles, la existencia de servidumbres forma la excepción, porque como ocasionan desmejora al predio que las soporta, nadie quiere admitirlas sino en raras ocasiones. De aquí dimana la presunción de libertad de los fundos, que el derecho establece."

Esta doctrina ha sido aplicada por buena parte de nuestros tribunales, según se desprende de la



siguiente sentencia:

"Las servidumbres deben entonces entenderse configuradas en aquellos casos que en forma indubitable se den los supuestos previstos en el ordenamiento, debiendo interpretarse cada una de las situaciones en forma restrictiva, es decir, que para los fines de acogerse una pretensión acerca del otorgamiento del gravamen debe también verse en situaciones de duda la necesidad de su constitución en beneficio del bien para el cual se reclama, pues si la servidumbre deviene en innecesaria ello debe pesar para una interpretación negativa en favor de la misma." (Tribunal Segundo Superior Civil, Sección Segunda, No. 191 de las 9:05 hrs. del 14 de abril de 1988.)

### **III. Constitución de las servidumbres de paso**

Las servidumbres de paso pueden ser voluntarias o forzosas; las primeras encuentran fundamento en el Código Civil, de la relación de los artículos 264 inciso 3, 266 y 370 y siguientes del citado texto legal, mientras que las segundas, denominadas como "obligación de paso", se encuentran reguladas en el artículo 395 y siguientes del Código Civil.

#### **A. Servidumbres voluntarias**

Una servidumbre de paso se caracteriza porque puede ser aparente o no aparente, pero siempre es discontinua, por lo que solo pueden constituirse a través de un negocio jurídico bi o plurilateral (contrato) y unilateral (testamento).

Además, tales modos de constitución, en virtud del principio de publicidad registral, para que surtan efectos han de haberse inscrito en el Registro Público de la Propiedad para que puedan tener eficacia respecto a terceros.

Por otro lado, por expresa disposición de ley, la servidumbre de paso no es susceptible de ser constituida por el simple uso, la tolerancia del propietario e incluso la posesión inmemorial.

La jurisprudencia ha establecido "que la simple tolerancia no es un convenio y por lo tanto no se puede tener por constituida dicha servidumbre".

y En otras palabras, una servidumbre de paso no puede adquirirse vía usucapión o prescripción: "Tampoco el comportamiento tolerante del dueño de la finca, que podríamos llamar sirviente, permite la constitución de una servidumbre de paso, pues como bien lo dice el artículo 379 enunciado, no se pueden constituir por prescripción."

De lo anterior resulta "que la prueba de testigos es inconducente para demostrarlo".

En suma, una servidumbre voluntaria de paso "sólo se puede establecer mediante convenio o por acto de última voluntad...".



## **B. Servidumbres forzosas de paso**

El capítulo III, título V, del Código Civil se denomina "De la obligación de paso", aunque en realidad lo que se está regulando es la constitución de una servidumbre forzosa de paso:

"Es forzosa, porque la normativa establece una obligación a los predios colindantes de uno enclavado, de dar salida a la vía pública, pero la constitución de la servidumbre se da por sentencia constitutiva ...sea, por medio del Órgano Jurisdiccional y antes de ello, solo existe la obligación de dar el paso y el derecho de exigirlo, a través de la servidumbre, y no el derecho de pasar."

De lo transcrito, resulta que los propietarios cuyos fundos se encuentran enclavados, sin salida o sin salida suficiente a una vía pública, tienen el "derecho de exigir paso por los predios vecinos". Sin duda, se trata de una simple expectativa de derecho, y no un derecho consolidado, ya que dicha exigencia a un paso se debe plantear primero ante los Tribunales de Justicia.

En suma, sólo se constituye la servidumbre forzosa de paso cuando un órgano jurisdiccional, una vez corroborados los supuestos de hecho de la disposición legal respectiva, transforma la expectativa en un derecho constituido.

## **IV. ¿Protección interdictal de las servidumbres voluntarias de paso ?**

Para la protección judicial de una servidumbre de paso se requiere que la demanda se fundamente en un "título" que provenga del propietario del fundo sirviente o de aquellos de quien el actor lo obtuvo.

"Si el interdicto versa sobre servidumbres continuas no aparentes o sobre servidumbres discontinuas, se necesita, además demostrar por medio de título hábil, la existencia del derecho cuyo amparo se reclama. Lo que proviene de que como tales gravámenes, por su particular condición, no son susceptibles de ser conocidos con facilidad de la persona a quien perjudican, más bien conviene considerarlos como actos abusivos del quejoso o que los ejerce por mera tolerancia; mientras no demuestre lo contrario con título derivado de quien como dueño del fundo sirviente pudo concedérselo."

En este caso, por título no puede entenderse el mero hecho de la posesión, ya que tratándose de servidumbres, por expresa disposición de ley, por título debe entenderse la causa jurídica que fundamenta el derecho, es decir, un documento (contrato o testamento) en donde conste el negocio jurídico por el cual se ha constituido un derecho de paso a favor de la finca supuestamente "sirviente".

Más aún, el artículo 462 del Código Procesal Civil en relación con el artículo 307 y 308 del Código Civil, no permiten la protección interdictal en las servidumbres discontinuas cuando carezcan de título constituido según los términos expresados anteriormente.

De igual forma en materia agraria, los interdictos "de amparo de posesión, restitución y reposición de mojoneros por no tener regulación expresa en la Ley de Jurisdicción Agraria, su tramitación debe sujetarse a los procedimientos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles, artículo 79 de la citada ley."



"En consecuencia, un propietario procede dentro de sus facultades legales al impedir en todo momento que haga uso de su inmueble para transitar por él o ejercer cualquiera otro acto que implique servidumbre discontinua, la persona que carezca de título que le confiera ese derecho, siendo de advertir, por lo demás, que tal clase de gravámenes no son imponibles por prescripción."

Así las cosas, ni en materia civil ni en materia agraria, por expresa disposición de ley, es poco es factible que se le de curso a una acción sumaria interdictal para proteger una servidumbre de senda que no ha sido debidamente constituida.

### **V. ¿Protección interdictal de la obligación de paso?**

Cuando ni de hecho ni de derecho existe una situación jurídica consolidada, en virtud de la inexistencia de justo título, que permita determinar la existencia de una servidumbre de paso, y se alegue la existencia de un derecho de paso, lo correcto sería encauzar el fundamento de cualquier demanda, en la figura jurídica que la legislación denomina como "obligación de paso".

La vía para determinar la obligación de paso (que en realidad es una servidumbre forzosa de paso) es la ordinaria, para lo cual se requiere comprobar la existencia de un fundo enclavado, es decir, cuando una finca no tenga una salida propia, estable, que se tiene en toda regla.

Incluso, a nivel doctrinario se ha afirmado que "el que haga uso de una salida suficiente para la explotación, aunque incómoda, no puede por su conveniencia personal exigir el paso por otro sitio."

Por otro lado, se ha sostenido que es factible proteger la posesión de hecho de un derecho de paso a través de un interdicto tratándose de fundos enclavados.

Dicha posición concuerda plenamente con la jurisprudencia mayoritaria, que ha sostenido "...que la doctrina en general de los diferentes países, permiten amparo de posesión de la servidumbre de paso aun cuando el actor no tenga título derivado de quien como propietario del fundo sirviente pudo concedérselo y que el párrafo segundo del artículo 662, de inspiración francesa, no rige para las servidumbres de paso, cuando estas se traten de un fundo enclavada De acuerdo con lo expuesto debe confirmarse la resolución apelada que declara con lugar el interdicto."

En igual sentido, otra resolución afirma "...si bien es cierto que el artículo 662 excluye de amparo de posesión a las servidumbres discontinuas entre las que se encuentra las de paso, debe hacerse exclusióp del fundo enclavado porque lo que en realidad [sic] se está en presencia es de una posesión de hecho de un derecho de paso y siendo la vía interdictal lo único que resuelve es sobre el mero hecho de la posesión, es posible afirmar que la tutela interdictal debe de cobijar situaciones como la presente en donde no se está en presencia de una servidumbre estrictamente hablando sino de un derecho de paso como quedo dicho."

Sostenemos la tesis contraria, en el sentido de que una mejor interpretación de los textos legales nos llevaría a afirmar que el interdicto de "restitución" o el "amparo de posesión" no procederían tratándose de una supuesta "obligación de paso".

En primer lugar, no existe una situación de hecho consolidada, por tratarse precisamente de una servidumbre discontinua. En efecto, la utilización de una senda, para los efectos del interdicto



requeriría de una actividad humana constante o continua, y aún en esta situación, debe recordarse que el paso, aún el inmemorial, no consolida ninguna situación ni de hecho, y menos de derecho.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, el acoger el interdicto implicaría la tutela de una expectativa, y no de un derecho, con lo que en la práctica dicha expectativa se estaría transformando en un derecho, sin haber acudido el accionante a la vía ordinaria, y eludiendo de esta forma, la indemnización a que se hace acreedor el propietario del fondo supuestamente "sirviente".

Esta situación ocasionaría que el propietario del fondo afectado con la "obligación de paso" tenga que acudir a la vía ordinaria para interponer una acción negatoria, no sólo para tratar de obtener la indemnización, sino para que el "derecho de paso" sea fijado en algún otro lugar de su propiedad, o en la de los vecinos, razón por la cual también debería accionar contra los mismos, lo cual resulta un absurdo jurídico.

Así lo entendió el Tribunal Superior Contencioso Administrativo al establecer que:

**"Por la vía interdictal de amparo de posesión, no pueden ser declaradas las obligaciones de paso establecidas en los artículos 395 a 400;** ...además de que, si fuere senda privada, tendría que existir una servidumbre aparente y discontinua y, consecuentemente, la posesión aun la inmemorial, no basta para establecerla, a tenor de lo dispuesto por el artículo 378 del Código citado; por esta razón no es posible decir que, sin título hábil, pueda persona alguna tener bajo su poder y voluntad dicho camino." (El énfasis es nuestro).

En otras palabras, en el caso específico de una servidumbre forzosa de paso, no se puede proteger "la posesión de hecho inestable y no actual de un derecho inexistente".

## **VI. Principios que deben guiar las resoluciones sobre interdictos**

A sabiendas que la tendencia de nuestros jueces es la de hacer extensiva la protección interdictal en materia de servidumbres, sean estas voluntarias o forzosas, con el debido respeto se plantean algunas ideas a tener presentes en este campo, a saber:

### **A. Principio nemni res sua servit**

Este principio establece que nadie puede "constituir una servidumbre en terreno propio, lo cual implica que los predios -dominante y sirviente-, deben pertenecer a distintos titulares."

En esta dirección, la antigua Sala de Casación, en resolución N° 31 de las 15 horas del 31 de marzo de 1976, afirmó "que un camino que fue construido por el dueño del fondo sirviente, aun cuando haya sido usado por años por terceros extraños a la finca, seguía siendo privado, pues el simple uso, aun inmemorial, de una senda, no crea derecho de paso, por lo que se debía rechazar la pretensión del actor de pasar por ese camino."

En este sentido, los caminos o trillos "internos" de un fundo, no pueden constituirse en servidumbres que pesan sobre la propia finca, ya que los mismos, se presume que son construidos

para el beneficio del propio dueño, como medio de facilitar la explotación de la finca, y nunca, pensando en constituir una servidumbre de senda en el propio fundo y mucho menos a favor de terceros extraños al propietario.

Así lo ratificó una sentencia del Tribunal Superior Civil de Pérez Zeledón, al establecer lo siguiente:

"El recurrente alega que la vía que lleva a su casa no es una servidumbre de paso sino un derecho de paso. Y lleva razón en este punto por cuanto su finca fue parte de la finca general de la sociedad...cuyo resto hoy posee como propietario el accionado, no podríamos pensar que antes de este hecho existiera servidumbre **ya que la misma no puede legalmente existir sobre fondos propios**, es decir, **no existe la institución de la autolimitación** siendo aquella una carga sobre inmuebles en que uno es sirviente y el otro dominante." (El énfasis es nuestro)

### **B. Principio de ocupación efectiva de un fundo**

Debe tenerse en cuenta si existe ocupación efectiva o no de un fundo. Cuando un propietario o poseedor siempre ha ocupado en forma efectiva los terrenos que le pertenecen, de forma tal que la propiedad de los mismos, así como, la posesión, tanto de hecho como de derecho, se encuentran reunidas en una sola persona física o jurídica, dicho antecedente deberá tenerse en cuenta para se constituya o no en la vía judicial una servidumbre.

En este sentido, los actos de posesión que devienen en virtud del mero ejercicio del derecho de propiedad son de variada naturaleza, pero nunca implicarán ocupación efectiva "los actos que se ejecutan por simple tolerancia del dueño de la cosa, quien consiente pasivamente, por razones de amistad, parentesco, vecindad u otro motivo".

De existir ocupación efectiva de un fundo, en principio todo interdicto debería denegarse, salvo que se tratara de un fundo enclavado.

### **C. Principio de la continuidad de la producción**

El fundamento de la protección interdictal de la posesión agraria se encuentra en "la continuidad de la producción o lo que es mejor en la continuidad de la empresa agraria concebida ésta como actividad agraria. El Derecho Agrario protege a aquél que se encuentran realizando una actividad agraria productiva, que ha sido obstaculizada o interrumpida por causa de actos ajenos a su voluntad, que son calificados como perturbatorios."

Así las cosas, en virtud del principio de continuidad de la producción y de la empresa agraria deben declararse sin lugar aquellos interdictos en virtud de los cuales, aun tratándose de fundos enclavados, tiendan a interrumpir la continuidad en la explotación económica del fundo.

Desde 1890 la jurisprudencia, incluso, la de influencia civilista, ha establecido que debe facilitarse "la explotación de los predios para el aumento de la producción y consiguientemente de la riqueza general."

En esta dirección, resultaría absurdo y contra toda racionalidad y razonabilidad, perjudicar las



actividades productivas de un fundo .que se encuentra en plena producción.

## VII. A manera de conclusión

La servidumbre forzosa de paso es adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de principios de justicia, mediante los cuales se busca garantizar el libre tránsito de personas y de los bienes producidos en fundos enclavados, cuyo fin no sólo es aumentar la producción sino también mantener la paz social en la comunidad.

No obstante, antes de proteger judicialmente una servidumbre a través de un interdicto, debería examinarse cada caso específico, tomando en cuenta principios como el nemni sua servil, el de ocupación efectiva de los fundos y el de la continuidad de la producción.

En este sentido, valga acotar que el derecho agrario debe aplicarse buscando mantener un equilibrio procesal entre las partes, que permita el desarrollo de diversas actividades económicas y productivas de los fundos, para el beneficio de la mayor parte de la comunidad, por lo que no debe aplicarse favoreciendo únicamente a la parte que se considera "débil" dentro de los conflictos agrarios.

Así las cosas, a pesar de que el derecho agrario es un derecho de actividad , mediante el cual el estudio de los institutos agrarios asume un carácter dinámico, no importando la titularidad formal sino el ejercicio de los derechos, no es factible interpretar en forma extensiva y contra legem, la posibilidad de proteger una servidumbre discontinua a través de una acción sumaria interdictal.

Por lo tanto, se reitera la tesis de que ni en las servidumbres forzosas, y mucho menos en las voluntarias por expresa disposición legal, es factible jurídicamente que proceda la protección judicial a través de una acción interdictal, no obstante, como la jurisprudencia patria ha venido paulatinamente extendiendo la protección interdictal a todo tipo de servidumbre, debería utilizarse un criterio sumamente restrictivo para poder declarar con lugar las mismas.

Así pues, lo correcto sería que el propietario del supuesto fundo dominante acudiera a la vía ordinaria para hacer valer sus derechos, lo que garantizaría a los propietarios de los supuestos fundos "sirvientes" la posibilidad de obtener una indemnización de acuerdo a los perjuicios que les ocasionaría la constitución de una servidumbre.

### 3 Normativa

#### **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.)

#### **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.

#### **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.

#### 4 Jurisprudencia

##### ***a) Servidumbre agraria: Concepto, tipos y características generales***

[Tribunal Agrario]<sup>5</sup>

Voto de mayoría

**"VI.-** Nuestra jurisprudencia de casación ha desarrollado ampliamente las características generales de la servidumbre como derecho real, de la siguiente forma: "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 objetivo; 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 enclavado o no, en la forzosa favorece a predios 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 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 N° 82 de las 9 horas 5 minutos del 28 de marzo de 1974; Sala Primera de la Corte N° 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)."

**b) Interdicto agrario: Improcedencia de la tutela cuando no existe fundo enclavado**

[Tribunal Agrario]<sup>6</sup>

Voto de mayoría

**"IV.-** La parte actora en su recurso de apelación mezcla motivos de nulidad y apelación, por lo que se procede a analizar en forma conjunta. No se observan vicios que puedan acarrear la nulidad de la sentencia, ni que cause indefensión a las partes por lo que deberá rechazarse la nulidad. Los motivos aducidos son de apelación, por lo que se procede a analizar al respecto.- En un proceso interdictal cuando se trate sobre la perturbación a la posesión actual y momentánea sobre el uso de un camino, deberá cumplirse con el requisito del artículo 462 del Código Procesal Civil el cual remite al artículo 308 del Código Civil, es decir, deberá la parte actora demostrar la existencia de una servidumbre de paso sobre el camino en conflicto. La existencia de esa servidumbre de paso debe demostrarse con la debida certificación registral donde conste tal constitución como derecho real, describiéndose su ubicación exacta. El otro supuesto de tutela interdictal para estos casos, es que el camino donde se origina el conflicto sea la única salida al fundo de la parte actora, es decir, se demuestre que el inmueble del accionante se trata de un fundo enclavado, por lo que si se está bajo este supuesto, no es necesario el aportar la certificación registral de la existencia de la servidumbre, pues se estaría ya no ante un problema de servidumbre de paso, sino ante un problema de obligación de paso –ambos institutos de naturaleza jurídica muy diferente- según su regulación en los artículos 370 y siguientes del Código Civil para el primer caso y 395 y siguientes ibidem para el segundo caso.- En el subjuice, ninguno de los fondos de los actores se ha demostrado tengan a su favor la constitución de una servidumbre de paso como derecho real, por lo que habrá de analizarse si se está en el segundo supuesto de que sean fondos enclavados para determinar si procede la tutela interdictal. Como se trata los terrenos de los actores de fincas independientes entre sí, se analiza la naturaleza de cada uno en forma separada.

V.- Con relación al inmueble de Deyanira Vasquez Araya: Se ha determinado que esta actora había venido utilizando el camino que le fuera cerrado por la demandada, por lo que efectivamente se le ha impedido el paso con la construcción del citado portón metálico. Sin embargo, para que ésta actora encuentre tutela interdictal, se hace necesario demuestre su terreno se trata de fundo enclavado, por cuanto no aportó prueba sobre la existencia de un derecho real de servidumbre sobre el paso en cuestión. Del estudio de proceso se desprende, en el plano catastrado número A-726563-2001, inscrito a nombre de la señora Deyanira Vásquez, el topógrafo consignó la existencia de una "servidumbre de paso" por el sector oeste del vértice dos al tres con un ancho de 54,28 metros lineales; y otra por el sureste que va del vértice 6 al 9 con una medida de 122,88 metros lineales, concluyendo ambas en calle pública, la primera a 106,44 metros lineales y la segunda a 281,73 metros lineales. Una de estas salidas es precisamente la que está en litis de manera que queda subsistiendo otra que, independientemente sea servidumbre voluntaria de paso, servidumbre forzosa de paso, camino y otra, constituye una salida de hecho del fundo; no obstante, debe recurrirse a otras probanzas para determinar si la misma es solo documental o bien, si existe en la realidad. Del acta de reconocimiento judicial practicado por el juzgador de primera instancia se desprende que éste consignó: "... De este sector y con un rumbo sur, se determina la existencia de un sendero o camino en mal estado, con vegetación y con una configuración de pendiente en descenso, sendero demarcado y con un ancho aproximado de unos cuatro metros, de tierra, transitable en este momento a pie, sin huellas de vehículo...Los linderos del terreno de la demandante según ésta los refiere, corresponden al Norte, con la demandada, al sur, con camino y Blanco y Rodríguez S. A. y con la demandada; al Este con Iris Gisella Esquivel Leitón, y al Oeste, con parte del camino en litis, Javier Blanco Rojas y con la sociedad demandada". (folios 76-78).-

Como se desprende del reconocimiento judicial, se describe la existencia de otro camino –además del que está en conflicto- que da salida al fundo de la actora Deyanira Vasquez, tal y como es coincidente con los datos expuestos en el plano catastrado de folio 5 antes citado.- Los testigos no aportan información sobre este aspecto de las dos salidas del terreno de la actora Vásquez, de allí no se haga análisis de esa prueba testifical en este sentido. Por ello, no podría en este caso otorgarse protección posesoria a la coactora en la medida de su fundo no es enclavado debido a que tiene, aparte de la que está en litis, otra salida a calle pública, independientemente de la naturaleza jurídica de ésta, pues lo de interés en este caso es la posesión actual y momentánea que se ejerza. Por ende, en criterio de esta Sede deberá confirmarse la sentencia en cuanto acoge la excepción de falta de derecho, omite pronunciamiento sobre la falta de interés por innecesario y deniega la demanda interdictal incoada por la señora Vásquez contra La Manguera Sociedad Anónima, no por las razones expuestas por el a-quo, sino por las expresadas en esta instancia."

### **c)Servidumbres: Distinción entre la civil y agraria**

#### **Características, clasificación, constitución y extinción**

[Sala Primera]<sup>7</sup>

Voto de mayoría

"I.- Desde la época del Derecho Romano, y a través de muchos códigos civiles promulgados con ocasión del movimiento de la codificación iniciados con el Code Civil Francés de 1804, se ha hecho siempre la distinción entre servidumbres agrarias y urbanas, o rurales y urbanas. Esto para otorgar



a cada una de ellas una disciplina diferenciada. Las agrarias o rústicas siempre se individualizaron por su vinculación con la agricultura. Ello obedece a la copiosa casuística existente sobre el tema. Aún cuando éstas no eran reguladas en forma autónoma si eran distintas de la otras. Todavía hoy la materia de servidumbres se encuentra concebida fuera del progreso mismo de las materias jurídicas de mayor vigencia. Sin embargo, la ductilidad extraordinaria del antiguo paradigma de las servidumbres lo hace susceptible de utilizaciones varias y frecuentes incluso en sectores nuevos. La distinción más positiva se encuentra en aquellas servidumbres que se intentan constituir sobre el fundo ajeno con el objeto de lograr el paso para poder llevar los bienes al mercado en interés de la producción, e igualmente en llevar los bienes necesarios al fundo para poder cumplir con esa destinación por la que el propietario ha optado. Se trata de una necesidad de la vida del propietario vinculada no exclusivamente con su fundo sino con la actividad desarrollada en él. Esa actividad va a definir su propia existencia y la de su familia. Pero como derechos reales de goce se ha de constituir en un fundo a favor de otro. En igual forma en el Derecho Romano, y en muchos otros códigos, se encuentran referencias a la constitución de servidumbres para el uso del fundo limítrofe para la utilización de aguas para usos agrarios, el derecho de obtener del fundo vecino aguas necesarias para la alimentación de los hombres, de los animales y para usos domésticos. Estas servidumbres se han configurado desde los orígenes de nuestro sistema jurídico porque han surgido como exigencias propias de la agricultura, adquiriendo un tratamiento de favor. Incluso la jurisprudencia y la doctrina han comenzado a otorgarle tutela jurídica a la "posesión" de las servidumbres de paso no constituidas, pues la producción debe protegerse cuando se trata de fundos enclavados (Resolución de esta Sala N° 34 de las 15 horas del 17 de abril de 1990). Un elemento fundamental, dentro de la estructura de la empresa agraria, es su organización. En ella participan bienes no solo materiales sino también inmateriales (instrumenta fundi). Los derechos adquiridos por el titular del fundo (iura fundi), como consecuencia del ejercicio de la agricultura y en vista a su necesidad o utilidad a los fines de la producción agraria, constituyen un valioso instrumento en su estructura organizativa. Normalmente los "iura fundi" se identifican con las servidumbres prediales del Derecho romano, más antiguamente calificadas como res mancipi. Son los llamados "derechos" del fundo y forman parte de la hacienda agraria vista como fundo-organización. La "exigencia de agua" de un fundo para las necesidades de cultivo o de acceso sobre la vía pública, para las comunicaciones a su exterior, crean derechos a favor del fundo enclavado. La utilidad de un fundo es utilizada por otro fundo. Pero estos derechos no siempre coinciden con los derechos de servidumbre predial disciplinados por el Código Civil. Las servidumbres típicas del Derecho romano (iter, via, actus, aquae ductus) eran, como se ha dicho, configuradas como res mancipi. Unidas a los esclavos, al ganado, a las instalaciones y a los aperos de labranza formaban los instrumentum fundi, es decir la organización haciendal. Esta construcción era posible por cuanto la servidumbre se concebía como un ius fundi, el cual se realizaba a través de un dominio material (mancipium) sobre las partes del fundo sirviente destinadas a la mejor utilización económica del fundo dominante. Esta antigua concepción de la servidumbre agraria estaba ligada a la concepción publicística de la propiedad rústica como dominio soberano y fue superada en el ámbito de la nueva concepción privatista de la propiedad romana. En el derecho moderno la servidumbre no puede ser concebida como pertenencia. Algunos de sus elementos característicos, como el de destinación, todavía permanecen y asumen aspectos relevantes. En el acto de constitución de la servidumbre existe la intención, de parte del titular dominante, de destinarla a la organización de su fundo, logrando una utilidad económica del otro fundo. El destino de "buen padre de familia" es esencial para explicar la función económico-social en la constitución de la servidumbre. Esta función se liga a una elección completa del titular del fundo dominante quien ha querido obtener alguna utilidad de otro fundo para poderlo destinar al servicio del propio. La servidumbre fundiaria agraria participa de las características y del ciclo de vida de la servidumbre civil. La diferencia fundamental radica en la naturaleza del bien sobre el cual recae: el fundo agrario. Es decir, recae sobre un bien de naturaleza productiva. Por ello la servidumbre



funditaria agraria, al constituirse, pasa a formar parte del fondo-organización. Tal es el caso de las servidumbres de paso y de acueducto. Además existen las servidumbres agrarias, propiamente dichas, vinculadas con la finalidad de producción agraria. Básicamente cumplen un destino económico a favor del fondo dominante. Estas no están necesariamente ligadas a la titularidad de la propiedad. Fundamentalmente lo están a las exigencias de producción y vida de la organización económica y social de la empresa. El destino específico es la producción agrícola. Se adquieren con el fin de aumentar la productividad y por eso se la califica como *ius fundi*. Los *ius fundi* o servidumbres agrarias son constituidas como derechos sobre el fondo por la necesidad de cultivarlo. Las nuevas exigencias de la técnica agrícola requieren el ingreso sobre el fondo de tractores y estructuras voluminosas. En el Derecho romano se buscaba el reconocimiento de la autonomía de la servidumbre rústica. Hoy la tipicidad legal y social de la servidumbre agraria puede encontrarse en función del fondo agrario y de la actividad productiva agrícola. Todos esos principios deben inspirar hoy día la teoría de las servidumbres agrarias como instituto típico del Derecho Agrario con fundamento en ello se podrán encontrar soluciones justas y adecuadas con el fin de tutelar la producción. Las características generales de las servidumbres, su clasificación, así como sus modos de adquisición, y extinción fueron desarrolladas por esta Sala en la Sentencia N° 26 de las 8 horas y 30 minutos del 15 de marzo de 1991: "V. Las servidumbres son derechos reales en cosa ajena o in re aliena. Constituyen un poder real sobre un predio ajeno para servirse 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 fondo 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 fondo 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 fondo, 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 fondo 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 con 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 predios 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 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. 495); 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 art. 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 N° 82 de las 9 horas 5 minutos del 28 de marzo de 1974; Sala Primera de la Corte N° 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 *ibídem* 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". Conforme se indicó en los considerandos anteriores, una de las típicas servidumbres fundiarias agraria es la de paso. Como el subjúdice versa sobre su ejercicio es necesario incursionar en esta etapa de su ciclo de vida. Debe determinarse las formas de conservación y ejercicio dentro de los parámetros señalados en la Ley. En este tipo de servidumbres se encuentra establecido el lugar de ejercicio de tal derecho: puede generalmente localizarse en una faja de terreno. Esto es importante porque si el fundo sirviente es dividido deben medirse las consecuencias para los propietarios de los nuevos fundos sirvientes. En el Derecho Romano la servidumbre gravaba únicamente la zona o faja donde se encontraba la calle, el canal, o la senda. Esos principios se mantuvieron hasta el siglo XVIII inclusive. El Code Napoleón de 1804 prevía la posibilidad de cambiar el lugar de ejercicio si ello no agravaba la situación del fundo sirviente. Según la jurisprudencia francesa el propietario del predio dominante podía cambiar el lugar de ejercicio cuando la servidumbre no se pudiera ejercitar en el lugar indicado, aún cuando éste estuviera señalado en el título constitutivo. Esta nueva orientación determinó la existencia de la servidumbre en la totalidad del fundo. Con ello la división del fundo no daba lugar a la extinción de la servidumbre respecto de las porciones sobre las cuales no había sido ejercitada. Sin embargo hoy día la servidumbre tiene su lugar de ejercicio. En el título se especifica también su contenido y lugar de incidencia. Cuando no lo especifica todo el fundo queda sujeto a la servidumbre. La fijación del lugar de ejercicio tiene efectos prácticos importantes: permite limitar el grado de gravamen del predio dominante, con la imposición de la servidumbre.

Nuestro Código Civil no regula expresamente el lugar de ejercicio de las servidumbres. Según su numeral 375 la extensión se determina por el título. La norma presupone la obligación de las partes de especificar su rumbo, dimensión y lugar por donde pasa. Por otra parte el Reglamento del Registro Público, Decreto N° 9885-J del 16 de abril de 1979 y sus reformas, en su numeral 87 inciso e) párrafo 2 y 3, establece la forma de identificar las servidumbres. Se deben constituir con indicación del lugar por donde se ejercerán, especificando la dirección, extensión aproximada y demás modalidades para localizarlas y determinar el gravamen en el fundo sirviente. Además prevé la posibilidad, para las partes, de inscribir por separado la sección del fundo sirviente por donde únicamente se ejercerá esa servidumbre, a fin de dejar libre de esas limitaciones al resto del inmueble. Nuestra normativa registral sigue el modelo del Código Francés. La falta de señalamiento de un lugar involucra todo el fundo sirviente. El artículo 373 del Código Civil faculta al titular del fundo sirviente para variar el modo de la servidumbre siempre y cuando no perjudique los derechos del predio dominante. El dueño del fundo sirviente no puede disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante, la servidumbre con que está gravado el suyo. Desde este punto de vista podría plantearse la posibilidad del titular del fundo sirviente de realizar un cambio del lugar de ejercicio en su propio interés. Está obligado a permitir el paso y no hacer más incómodo el ejercicio de la servidumbre. Puede realizar a su costa cualquier variación siempre y cuando no perjudique los derechos del predio dominante: acondicionar pasamanos, portillos o portones. El numeral 374 establece: "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...". Dicha norma otorga la posibilidad al titular de la servidumbre para entrar temporalmente en el predio sirviente con el fin de realizar las obras necesarias para ejercitar la servidumbre. El propietario del fundo dominante no puede variar unilateralmente el lugar de ejercicio de la servidumbre (Casación de las 15 horas y 30 minutos del 1 de setiembre de 1930). Si el lugar de ejercicio está señalado claramente en el documento de su constitución, y el titular varía unilateralmente el rumbo de la misma, podría operar su extinción por el no uso. El paso ocasional por otro lugar distinto no interrumpe la prescripción (civilmente), pues se requiere hechos materiales de ejercicio de la servidumbre constituida (Casación de las 13 horas y 45 minutos del 20 de abril de 1904). En la realidad agraria conviene tomar en consideración las costumbres de los propietarios de fundos agrarios sobre los cambios de lugar de ejercicio de la servidumbre. Ello generalmente opera por convenio. En esta forma se modifican las condiciones de la servidumbre originalmente constituida. Aunque ello no podría tener efectos frente a terceros, por no estar inscritos dichos acuerdos en el Registro, por el principio de nudo consensu tendría eficacia entre las partes. En todo caso, cuando hubiere duda sobre la extensión y modalidades de ejercicio, la servidumbre debe entenderse constituida en forma de satisfacer la necesidad del fundo dominante con el menor perjuicio al sirviente. El hecho técnico de la agricultura, las circunstancias territoriales, y el riesgo biológico asumido por el productor llevan a los dueños de fundos agrarios, por razones de amistad o colindancia, a tomar previsiones con el fin de evitar pérdidas en sus cultivos. El trastorno ocasionado por circunstancias naturales (viento, lluvia, inundaciones, derrumbes) en los caminos o servidumbres de acceso a fundos productivos -enclavados o no- conlleva a la necesidad de acuerdos entre propietarios para solucionar temporalmente el problema. Esos acuerdos, generalmente verbales, pueden implicar el cambio de lugar de ejercicio de la servidumbre -en forma provisional o definitiva-, la construcción de puentes o bien la rehabilitación de caminos, etc. [...]. El recurso combate la falta de apreciación de la prueba documental y testimonial, invocando errores de hecho, por parte del Tribunal. Este, se argumenta, no tomó en consideración el valor probatorio del plano Catastrado [...], el cual sirvió de base para confeccionar la escritura de compraventa del 23 de diciembre de 1988. Dicho plano, se alega, establece con claridad el rumbo de la servidumbre hacia el norte en forma directa hasta la calle pública, sin cambiar de dirección al llegar al Río Palomo. Así lo ha utilizado el demandado desde su adquisición. El Tribunal tampoco consideró, según la recurrente, los testimonios [...], cuyas declaraciones sobre el rumbo de la





servidumbre coinciden con lo indicado en el plano. Dichas manifestaciones, se alega, dieron sustento al Tribunal para acoger el interdicto agrario promovido con anterioridad. Para la recurrente el rumbo del paso siempre ha sido en línea recta y con rumbo norte, pues se trata del camino más corto y fácil hacia calle pública [...], y no con línea inclinada hacia el oeste, pues lo hace más largo y de difícil tránsito. Los errores acusados, se dice, llevaron al Tribunal a infringir los numerales 1022, 1023 en relación con el 692 del Código Civil, 368 y 370 del Código Procesal Civil, así como las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba. En efecto [el actor], [los demandados], y otros colindantes, convinieron en cambiar provisionalmente el lugar de ejercicio de una servidumbre agraria. Lo hicieron motivados por hechos naturales. Como se dijo, en el invierno de 1990 el caudal de Río Palomo arrastró el puente y una viga en el paso original de la servidumbre legalmente constituida. [El actor], como propietario del fundo sirviente, les permitió utilizar un paso alternativo sobre el Río Palomo atravesando su inmueble para llegar a la vía pública. Tanto el demandado [recurrente] como los restantes colindantes de fundos enclavados hicieron uso temporal de ese trayecto mientras restablecían el puente. Poco tiempo después rehabilitaron el paso original colocando unas tablas para cruzar el Río. Pese a ello, el co-demandado [recurrente] continuó utilizando -sin el consentimiento del actor- el paso provisional causando mayor incomodidad al dueño del fundo sirviente. Este último le cerró el paso provisional colocando una cerca con alambres de púas. Por ese motivo, [el recurrente] demandó en la vía interdictal agraria con el fin de restablecer ese paso provisional. Su demanda tuvo éxito. Se ordenó levantar la cerca y se condenó [al aquí actor] a pagar daños, perjuicios y costas. A juicio de esta Sala no ha existido una apreciación equivocada de las pruebas testimoniales y documentales traídas al debate. Tanto el Juzgado como el Tribunal, apreciando la prueba en su conjunto, lograron tener por acreditados los hechos fundamento de las pretensiones del actor. Especialmente se demostró con prueba documental y testimonial el lugar de ejercicio de la servidumbre originalmente constituida, tal y como consta en el Registro Público. La misma se inicia en la propiedad del actor, continúa en dirección este a oeste, paralela al Río Palomo, pasando por las fincas de [...]. Al final, se inclina hacia el norte atravesando el Río para salir a calle pública. Se trata de una típica servidumbre fundiaria agraria pues discurre sobre varios fundos agrarios. Su utilidad consiste en otorgar salida al fundo dominante, propiedad del demandado, también dedicado a la agricultura. La extensión de la misma, así como su lugar de ejercicio, está indicada en el título constitutivo conforme a lo dispuesto en el numeral 375 del Código Civil. Por ello el codemandado [recurrente], propietario del fundo dominante, no podría variar unilateralmente el lugar de ejercicio de la servidumbre. Ello solo sería posible si media un convenio con el titular del fundo sirviente. En 1990, conforme a la prueba traída al proceso, el invierno y la corriente del Río Palomo afectó el puente en el lugar de ejercicio de dicha servidumbre agraria. Como consecuencia las partes, haciendo uso de las costumbres agrarias, buscaron favorecer al fundo dominante. Su fin principal era establecer un paso provisional mientras se restablecía el puente sobre el Río Palomo. De esa forma el codemandado [recurrente] y otros colindantes podían continuar con la explotación económica del fundo, al tener otra salida alternativa para sacar sus productos agrarios. El recurrente sostiene la existencia de ese paso alternativo (en línea recta hasta la calle pública) desde el momento en que adquirió su propiedad. Sustenta su argumento en las deposiciones de los testigos [...]. Relaciona dichas declaraciones con lo indicado en el plano catastrado N° C-78455-88. Sin embargo, su argumento no tiene fuerza en esta vía ordinaria y contradice lo dispuesto en los numerales 375 del Código Civil y 87 inciso e) del Reglamento del Registro Público. Sus argumentos se centran en hacer valer las pruebas del juicio interdictal agrario, idénticas a las aquí evacuadas, pues indican un lugar de ejercicio de la servidumbre distinto del original. Sin embargo debe quedar claro que la vía sumaria y la ordinaria persiguen fines diversos. El juicio interdictal es para amparar una situación de hecho actual y momentánea, por eso no produce cosa juzgada material. El interdicto agrario permite proteger la posesión agraria actual y momentánea cuando ha sido objeto de perturbación o despojo. Incluso se admite la tutela interdictal cuando ha existido perturbación en el paso utilizado -de hecho- por

fundos enclavados o sin salida bastante a la vía pública. En la vía ordinaria agraria no se discute la situación de hecho sino el derecho de servidumbre debidamente constituido en el Registro. Se trata de restablecer el paso original, es decir, el lugar de ejercicio de la servidumbre. Si bien el Plano Catastrado N° C-7845588-88 y la escritura por la cual adquirió el inmueble coinciden con la situación de hecho explicada por los testigos ello no significa un cambio del lugar de ejercicio. Al contrario, el demandado abusó del permiso concedido por [el actor] pues de un paso provisional quiso hacer uno definitivo. Ello no es posible legalmente si no hay un convenio expreso de las partes interesadas en ese sentido. De disponerse lo contrario, se estaría amparando el abuso del derecho prohibido por nuestro ordenamiento jurídico en el numeral 22 del Código Civil. Ni siquiera con la contrademanda se podría entrar a establecer la existencia de un convenio de cambio de lugar de ejercicio de la servidumbre pues no se solicitó dentro de la petitoria. Por lo anterior, tampoco resultan conculcados los numerales 1022, 1023 y 692 del Código Civil. Como se dijo, el lugar de ejercicio de la servidumbre ha existido desde su constitución y la extensión la establece el título. No ha operado ningún convenio en sentido contrario y no es posible por ello modificar la sentencia recurrida. Al contrario conforme lo han ordenado los tribunales de instancia, procede restablecer el lugar de ejercicio original de la servidumbre fundiaria agraria objeto de la litis."

**d) Servidumbre voluntaria: Concepto y distinción con la servidumbre forzosa**

**Servidumbres: Concepto, características, tipos, constitución y extinción**

[Sala Primera]<sup>o</sup>

Voto de mayoría

"III. En el subjúdice la cuestión medular a dilucidar es si la autorización que el actor dio para que se instalaran los postes y el tendido eléctrico en su finca, importa o no la constitución de una servidumbre en provecho de los inmuebles hoy propiedad de la codemandada Caja de Ahorros Lotana S.A.. Dentro de este propósito, es pertinente precisar un poco algunos conceptos relativos a la servidumbre y singularmente a sus modos de constitución. Esta Sala, al respecto, ha considerado 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 objetivo; 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 enclavado o no, en la forzosa favorece a predios 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 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 N° 82 de las 9 horas 5 minutos del 28 de marzo de 1974; Sala Primera de la Corte N° 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 ibídem 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)."

IV. La codemandada aquí recurrente sostiene que la servidumbre se constituyó por acuerdo de voluntades entre el actor y la anterior propietaria del inmueble. El actor, por su parte, si bien admite que el tendido eléctrico se dispuso con su anuencia, niega que el permiso trascendiera de una cuestión meramente personal, esto es, una concesión gratuita en provecho exclusivo de un pariente. La constitución de una servidumbre, como se vio, importa un gravamen real sobre un inmueble y por lo mismo una limitación muy grave del dominio. Por eso, si procede de convenio, debe tener como sustento un acuerdo claro y expreso. No se puede inferir de actos o conductas de contenido ambiguo. Según resulta de la prueba analizada por los juzgadores, fundamentalmente la testimonial, hay elementos de juicio suficientemente explícitos y además coincidentes para concluir que el permiso de reiterada mención se dio *intui personae*. Empero, el que la obra haya sido pagada por el propietario del fundo favorecido y no por el administrador, hace surgir una duda sobre quien era realmente el beneficiario de ese tendido. Examinando la prueba considerada por el Tribunal puede observarse lo siguiente: Son cuatro testigos los fundamentales para la comprobación del sentido y alcance del permiso, a saber los señores Marcos Martínez Grajal, Rogelio Zamora Solís, Marta Elena Alvarado García y Santana Fallas Rodríguez. A cada uno de ellos se le interrogó al respecto y para lo que interesa declararon lo siguiente: Rogelio Zamora Solís, "...don Marcos me solicitó permiso para pasar unos postes por mi finca ... no le di permiso por ser un derecho privado, Marcos pedía el permiso para él, él vivía adentro en propiedad de esa finca hasta donde llega la corriente...en ese tiempo el que pedía el permiso era el beneficiado don Marcos..."(folio 128 vuelto); Marta Elena Alvarado García, "...Marcos fue el que pidió el permiso... pero de boca se le dio el permiso...El Marcos dijo que el permiso era para él, pero el acuerdo era para cuando Marcos viviera en la finca..."(folio 129 vuelto); Santana Fallas Rodríguez, "...el mandador de cuando se hizo el tendido era Marcos Martínez el era el encargado de hacer la construcción del tendido eléctrico y el era el beneficiado, que yo sepa mientras el estaba ahí..."(folio 129), y Marcos Martínez Grajal, "...el señor Raúl Castillo, el me dejó la luz puesta y me dejó el trabajo a mi, mi patrón no estaba, yo ignoraba que había que tener un permiso, Raúl me dijo que necesitaba un permiso para no tener problemas, los colindantes me dijeron que si el servicio era público, si pero sino no, vine aquí y la señora me dijo que de porsí ya estaba trabajando que siguieran, mientras venía don Joaquín, cuando vine de nuevo estaba don Joaquín el me dijo que si era pública, que no que era una línea privada, don Joaquín dijo el no le daba permiso, para una línea privada, pero lo que podían hacer a manera de un acuerdo entre ellos dos, de manera que él tuviera la luz mientras viviera en la finca, pero que una vez que saliera de la finca le avisara que no ocupaba más la luz entonces el buscaría que hacer, el día que yo salí pase y le dije que salía de la finca y no iba a ocupar la luz(...) el servicio se instaló a nombre mío, el servicio se usaba en mi casa y cuando el señor venía tenía luz en la casa de él, no estando yo ahí solo se uso para el servicio de la casa, no se uso en ninguna maquinaria (...) Soy pariente de la esposa de don Joaquín somos primos hermanos..."(folio 130 vuelto). En suma, todos, con mayor o menos concreción, coinciden en que el permiso tenía como único propósito favorecer al exadministrador de las fincas. Estas declaraciones se ven fortalecidas con el hecho de que el servicio de electricidad se autorizara en el ICE a nombre de ese mismo empleado y no de la sociedad propietaria del inmueble. El Tribunal así lo entendió y su percepción, a juicio de la Sala, no es viciosa y antes bien resulta razonable, máxime dentro de un sistema de libre apreciación probatoria, que en este caso se ha ejercitado con prudencia y bajo criterios de equidad y de derecho suficientemente explicados. Es importante destacar que, conforme al dictamen pericial que obra al folio 133, la imposición del gravamen de servidumbre, puesto que se trata de cables que conducen energía de alto voltaje, llevaría a limitar el disfrute de cinco metros a cada lado de las líneas, lo que en su recorrido totalizaría una zona de restricción de aproximadamente 6800 metros cuadrados. Y cabe resaltarlo, porque no parece



lógico que una afectación semejante se haya convenido de un modo tan informal, a menos que, como lo arguye la parte actora, el consentimiento hubiese sido dado para un propósito de mucho menos alcance. Como conclusión, no encuentra esta Sala mérito para dar una solución distinta al caso frente a la prueba recabada, lo que conduce a denegar el recurso y confirmar la decisión censurada."

**e) Servidumbre de paso: Análisis acerca de su constitución**

**Deber de prestar el servicio por parte del fundo gravado sin establecer impedimentos irracionales**

[Tribunal Agrario]<sup>9</sup>

Voto de mayoría

**"VII.-** Para efectos de resolver el presente caso, conviene reiterar lo que ha indicado este Tribunal en materia de protección posesoria tratándose de servidumbres de paso: **III-** *El último agravio debe ser rechazado sin necesidad de mayores análisis. No interesa si los fundos de los actores son fundos enclavados o no lo son, porque en favor de los mismos está constituida una servidumbre de paso para ser utilizada por el terreno del demandado. De manera que, aunque no sean enclavados, tienen pleno derecho a utilizar esa servidumbre y, por ello, a transitar por el terreno del accionado, en los términos en que está constituida aquella.* **IV-** *Las servidumbres no se constituyen en favor de una persona, sino en favor de un fundo o a cargo de él (artículo 370 del Código Civil). Por esto no es de recibo el agravio del recurrente en el sentido de que la servidumbre que aquí interesa está constituida para un destinatario específico, que es el propietario del fundo dominante y su familia. Si así fuera habría que considerar que no existe ningún fundamento para admitir que también los familiares pueden utilizarla, porque sólo el propietario mantiene un vínculo jurídico con el fundo al que sirve el gravámen. La servidumbre se constituye para el servicio del fundo, para que a él pueda ingresar -o salir del mismo a calle pública- toda persona que así lo requiera. Esto es de especial importancia tratándose de servidumbres agrarias, como la que es objeto de este proceso, porque éstas se establecen para beneficio de la producción agraria, en otras palabras para el transporte y comercialización de la misma, por lo que cualquiera puede ingresar a adquirir esa producción...* **VI-** *En este caso la legitimación activa está debidamente demostrada. Los actores no solo son agricultores que dedican sus fundos a la actividad agraria, como lo acepta el propio demandado, sino que en favor de sus fundos está constituida una servidumbre, cuyo fundo sirviente es el del demandado. Esa servidumbre es utilizada, como lo indican los testigos citados en el hecho probado "e)", para transportar y comercializar la producción agraria de sus terrenos.* **VII-** *La legitimación pasiva también está demostrada. El demandado ha cerrado con candado los portones que se ubican en el camino que constituye la servidumbre, impidiendo con ello el libre paso de los actores y otras personas que requirán visitarlos. El accionado aceptó, al contestar el hecho 3 de la demanda, que ha impedido el paso por el camino a algunas personas. Sus justificaciones no son de recibo: si su finca soporta una servidumbre debe permitir el libre ejercicio de la misma. Si como consecuencia de ello se le causan daños -los cuales no ha demostrado en este caso- entonces debe acudir a las instancias policiales o judiciales que correspondan; pero no tiene derecho para impedir que se utilice la servidumbre, pues eso afecta los derechos de los accionantes...* (Tribunal Agrario, Voto No. 58 9:20 hrs del 5 de febrero de 1997)."



**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 Biondi, B. (1978). Las Servidumbres. Anotado por José Manuel Gonzalez Porras, Profesor Adjunto de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. 1510.
- 2 Álvarez-Caperochipi, J.A. (1987). Curso de Derechos Reales. Tomo II. Los Derechos Reales Limitados. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España. 57-58.
- 3 Jiménez Bolaños, M.E. & Picado Mata, R.J. (1994). Análisis de las servidumbres en materia de aguas de especial relevancia para el Derecho Agrario. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 28-31.
- 4 Jiménez Z., M. (1993). "Derecho" de paso e interdictos. Revista Ivstitia. San Pedro de Montes de Oca. San José. Costa Rica. Año 7. Número 81. 4-8.
- 5 TRIBUNAL AGRARIO.- Sentencia número 995 de las trece horas cuarenta minutos del veinte de diciembre de dos mil cuatro. Expediente: 01-160117-0638-AG.
- 6 TRIBUNAL AGRARIO.- Sentencia número 908 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de setiembre de dos mil seis. Expediente: 05-000160-0298-AG.
- 7 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 80 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cinco. Expediente: 95-000080-0004-AG.
- 8 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 750 de las dieciséis horas treinta minutos del dos de octubre de dos mil dos. Expediente: 98-160004-0425-AG.
- 9 TRIBUNAL AGRARIO.- Sentencia número 779 de las catorce horas cuatro minutos del diecinueve de octubre de dos mil cuatro. Expediente: 03-000042-0689-AG.