

Informe de Investigación

Título: LA SERVIDUMBRE DE PASO

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Derechos Reales.
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Naturaleza jurídica de la servidumbre, características, requisitos, modos de constitución, extinción.
Fuentes: Doctrina, Normativa, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 08 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina	2
Naturaleza Jurídica de la Obligación de Constituir la Servidumbre.....	2
3 Normativa.....	4
REGLAMENTO A LA LEY DE CATASTRO NACIONAL.....	4
CÓDIGO CIVIL.....	5
4 Jurisprudencia.....	7
a)Servidumbre de paso: características, requisitos y modos de constitución	7
b)Servidumbre de paso: requisitos	8
c)Servidumbre voluntaria: Improcedencia de la constitución automática.....	8
d)Servidumbre de paso: Características, requisitos y modos de constitución.....	11
e)Servidumbres: Modos de constitución, extinción y diferencia entre la forzosa y la voluntaria.....	14
f)Copropiedad: Análisis con respecto a la división material en materia agraria	18
5 Dictamen Procuraduría General de la República.....	20

1 Resumen

En el presente informe, se recopila información sobre las servidumbres de paso, la información disponible es en las fuentes de Doctrina Normativa, Jurisprudencia y un Dictamen de la Procuraduría General de la República, respectivamente.

2 Doctrina

Naturaleza Jurídica de la Obligación de Constituir la Servidumbre

[Guerrero]¹

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]²

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 acciones 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 iter, actus y vía, pero en cambio no admitió el paso forzoso más que en algún caso excepcional como en el de iter ad sepulchrum, 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 NACIONAL³

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 CIVIL⁴

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

a) Servidumbre de paso: características, requisitos y modos de constitución

[Sala Primera]⁵

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 fundo , heredad dominante , el uso parcial del mismo , a fin de que pueda tener un acceso suficiente a la vía pública . A la vez , ostenta un carácter discontinuo , porque su ejercicio dependerá de los actos humanos de transitar sobre el predio sirviente . La constitución de una servidumbre de paso , al tenor de lo impuesto en el artículo 379 del Código Civil, sólo es permitida por convenio o por disposición testamentaria ; dicho numeral, expresamente , impide usucapirla . Otro medio para la constitución de un derecho de tránsito se halla en la obligación de paso , establecida en los ordinales 395 a 400 ibídem , mediante los cuales se puede demandar judicialmente a los colindantes de un fundo enclavado , con el propósito de obtener una salida adecuada . Esta obligación se encuentra vinculada a la servidumbre de paso , en una relación de género – especie , con algunas variantes respecto de su modo de extinción . La servidumbre de paso siempre será predial , es decir , no es otorgada a las personas de manera directa , sino que su ejercicio servirá al fundo dominante , y por extensión a su propietario , y , siempre , deberá soportarlo el inmueble sirviente . Este último soportará un gravamen , pues deberá destinar una franja de terreno a la construcción de un camino que permita el paso a favor del primero , sin poder darle otro uso ; empero , resulta claro que la faja de tierra empleada como servidumbre no constituye un inmueble autónomo ni de uso público , más bien seguirá formando parte del fundo sirviente , quien sólo está obligado a permitir el cruce de ese camino desde y hacia la finca dominante . Además , un requisito para la existencia de una servidumbre de paso es su utilidad y, de manera adicional , su necesidad , por cuanto su razón de ser se encuentra en que el fundo dominante posee un estado de enclave. Tal situación acaece cuando el predio carece de una salida directa a calle pública , o bien , si tiene alguna , la misma es insuficiente para su comunicación cabal, en salvaguarda de su propietario , quien tiene un derecho de acceso a la vía . Con base en ese mismo motivo , se constituirá una servidumbre forzosa , aún en contra de la voluntad del propietario del predio sirviente . No obstante , si la heredad no está enclavada , es impropiciente 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.”

b) Servidumbre de paso: requisitos[Tribunal Agrario]⁶

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.”

c) Servidumbre voluntaria: Improcedencia de la constitución automática[Sala Primera]⁷

Voto de mayoría:



"II.- Conviene tener presente, en el análisis de este recurso, que la demanda contiene dos pretensiones, de algún modo excluyentes. La principal refiérese al reconocimiento de un derecho real de servidumbre, mientras que la accesoria toca con un ruego referido a un derecho de paso, que en doctrina suele también denominarse servidumbre forzosa de paso. Se trata de dos instituciones que obedecen a presupuestos diferentes tanto en lo que dice a su constitución cuanto a su vigencia. Para mejor entender lo anterior, es pertinente recordar lo que esta Sala dijo al respecto, en su sentencia número 26 de las 8 horas y 30 minutos del 16 de marzo de 1991, que en lo relevante para lo que aquí interesa, reza así: "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 insoluble con el fundo al que activa o pasivamente pertenece; 2) La indivisibilidad (art. 372): aun cuando el predio dominante se divida, la servidumbre subsiste íntegra, y los nuevos propietarios la gozarán, sin incrementar el gravamen del predio sirviente y si es el predio sirviente el dividido la servidumbre permanece y cada uno de los predios segregados soportará en la parte correspondiente el ejercicio de la misma; 3) La utilidad: Toda servidumbre debe reportar al fundo dominante alguna ventaja, aun cuando sean personas las que disfruten de la utilidad (aspectos económicos y de comodidad), y para el caso específico de la de paso además de la utilidad es indispensable una necesidad efectiva, de carácter real y objetiva; d) La permanencia o perpetuidad: deriva de su carácter accesorio para el uso de un fundo, pues se supone que la servidumbre debe brindar una utilidad duradera al predio dominante; 4) Presentan el principio Nemini Res Sua Servit (art. 381.3); es imposible constituir una servidumbre en terreno propio, entonces predio dominante y sirviente deben pertenecer a distintos titulares; 5) La predialidad (art. 370) solo un fundo es útil a otro, no pudiendo establecerse a cargo o a favor de una persona.

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



la forzosa lo es por declaración judicial; b) las voluntarias pueden ser establecidas en favor de un fundo enclavada o no, en la forzosa favorece a predio enclavados o que no tengan salida bastante a la vía pública (art. 395); la indemnización es un elemento inherente a la servidumbre forzosa de paso no siendo indispensable en la otra; d) la servidumbre voluntaria, estaría regulada por la normativa genérica de las servidumbres, en tanto la forzosa le está por la ley (Sala de Casación de 15 horas 30 minutos del 27 de diciembre de 1927, II sem, II tomo, p. 1048). VIII.- Las servidumbres pueden adquirirse por distintos modos, sea por voluntad de los interesados, mediante negocio jurídico mortis causa o inter vivos. También se constituyen por disposición de la autoridad judicial; tal es el caso de la obligación de paso (art. 395); y por prescripción positiva (art. 378), cuando son al propio tiempo continuas y aparentes. Se extinguen por 1) resolución del derecho de que ha constituido la servidumbre; 2) cumplimiento del plazo o condición, si fue constituida a término o plazo; 3) por confusión, reunión de los predios sirviente y dominante en manos de un solo dueño; 4) por remisión o renuncia del dueño del predio dominante; y 5) por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir, y por venir los predios a un estado en que no pueda usarse la servidumbre (art. 381). IX.- Es el artículo 381 inciso 5° del Código Civil el que se refiere a la extinción de la servidumbre por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir. Este artículo no hace diferencia entre servidumbres continuas y discontinuas (Sala de Casación de 9 horas 50 minutos del 16 de octubre de 1924, II semestre, p. 512; Sala Primera Civil No. 82 de las 9 horas 5 minutos del 28 de marzo de 1974; Sala Primera de la Corte No. 95 de las 16 horas del 12 de noviembre de 1982). 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." III.- El primer agravio aducido apunta hacia un supuesto error cometido por el Tribunal, que consistiría en haber pasado por alto la existencia de una servidumbre inscrita en el Registro. El cargo, empero, es infundado. Si bien la prueba obrante en el proceso dice de la existencia de una servidumbre inscrita sobre la finca número 5386 y a favor de la número 9321, es lo cierto que el inmueble de los actores pero también el de los demandados provienen del fundo dominante y no del sirviente, de modo que ambos, usando la terminología empleada por los accionantes, "arrastran" un beneficio y no una carga. Consecuentemente la finca número 83871, contra lo que aduce el recurrente, no soporta registralmente servidumbre alguna, sino que más bien sería beneficiaria de ella. Así las cosas, no hay prueba, en el subjúdice, que esta última propiedad, al momento del traspaso, soportara una servidumbre de paso, permaneciendo con ello vigente la presunción del artículo 376 del Código Civil. De allí que, si como consecuencia de la segregación y venta de los nuevos terrenos, el N° 83.872 quedó sin salida -bajo los supuestos de los artículos 395 a 400 ibídem-, sus propietarios, actores en este proceso, debieron negociar la constitución de una servidumbre de paso por la finca de la demandada o bien, requerir judicialmente, la obligación de paso. Pretender la constitución automática de una servidumbre, se aparta de las características propias de este instituto, que como se indicó anteriormente, es de carácter voluntario y no obligatorio como se ha pretendido por los actores. Por consiguiente, los juzgadores no incurrieron con su decisión en los yerros reclamados, lo que lleva a la desestimación de este primer agravio."

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

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII]⁸

Voto de mayoría :

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

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

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

VI.- En la servidumbre de paso, la ley reconoce al propietario de una finca o heredad el derecho de exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización, siempre que concurren dos requisitos: 1) que se halle enclavada entre otras ajenas; y, 2) que carezca de salida a camino público. De acuerdo con los autores recién citados, si la servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante, al punto de llegar a establecer una vía permanente, la indemnización deberá consistir en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se cause en el predio sirviente (*op. cit.*, página 442). Dichos perjuicios estarán definidos por el importe de aquéllos que se calcule que ha de producirle la servidumbre al predio sirviente (por ejemplo, dificultades para el laboreo, pérdida de frutos, etc.). La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio

dominante al camino público (*op. cit.*, página 443).-

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

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

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

VII .- Así, en cuanto interesa a la solución de este caso, se puede distinguir entre servidumbre voluntaria y la obligación de paso, la última nace por disposición de ley y la primera por acuerdo de voluntades, o por última disposición. Entre ellas existen diferencias: a) en cuanto a la constitución, la voluntaria lo es por negocio jurídico inter vivos o mortis causa , en tanto la forzosa lo es por declaración judicial; b) las voluntarias pueden ser establecidas en favor de un fundo enclavada o no, en la forzosa favorece a predio enclavados o que no tengan salida bastante a la vía pública (art. 395); la indemnización es un elemento inherente a la servidumbre forzosa de paso no siendo



indispensable en la otra; d) la servidumbre voluntaria, estaría regulada por la normativa genérica de las servidumbres, en tanto la forzosa le (sic) está por la ley (Sala de Casación de 15 horas 30 minutos del 27 de diciembre de 1927, II sem., II tomo, p. 1048).

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

Y, más recientemente:

“**V.** Antes de entrar en el análisis del primer cargo, resulta importante traer a colación algunos conceptos básicos en torno al instituto jurídico de la servidumbre de paso. Esta clase de servidumbre constituye un ius in re aliena (derecho en cosa ajena), mediante el cual un inmueble, finca sirviente, debe permitirle al otro 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.” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2005-00968 de las 14:30 horas del 15 de diciembre del 2005; también se ha añadido los subrayados.)”

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

[Sala Primera]⁹

Voto salvado:

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

I.- La actora, Incon S.A., narra en los hechos de la demanda, sobre la existencia de una servidumbre de paso, constituida al momento de adquirir un inmueble de B y L S.A. Su fundo es sirviente y dominante el de la demandada, quien unió a éste otro terreno de su propiedad, lindante al sur con calle pública, conformando en la realidad uno sólo, sobre el cual inició la construcción de un apartotel, cuyos planos los aprobó el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y la Municipalidad de Montes de Oca, según el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, condicionado a que el acceso al edificio habitacional fuera, únicamente, por la vía pública que tiene por el lado sur y no por la servidumbre ubicada al costado norte. Indica que al aceptar expresamente esa condición, B y L S.A. cerró el acceso a sus fundos por la servidumbre. Además, que se extinguió por prescripción, pues dejó de utilizarla por más de doce años y, también, por su propia voluntad, manifestada al reunir ambos terrenos y construir sobre ellos, pues no puede usarse la servidumbre en beneficio de la nueva finca, nacida de esa reunión, siendo ella parte indivisible por destino y construcción del fundo dominante. Asimismo, expone, pese a la extinción del aludido gravamen, la demandada ha pretendido hacer uso de ese paso con motivo de la construcción, ingresando de forma arbitraria y causando serias molestias a los ocupantes e inquilinos del fundo sirviente, lo cual es base para su reclamo de daños y perjuicios, que liquidará en ejecución de sentencia. Con ese fundamento fáctico y apoyada en los artículos 371, 375, 381, incisos 5 y 6, 834 y 1045 del Código Civil, pretende se declare en sentencia, en lo fundamental, que las fincas de B y L S.A. se encuentran reunidas de hecho y conforman una unidad, sobre la cual construye un apartotel, en consecuencia, debe declararse la extinción de la servidumbre y cancelarse las respectivas inscripciones registrales, con la condena al pago de daños y perjuicios, lo mismo que a las costas personales y procesales.

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

III.- Aún con la imprecisión descrita, es lo cierto que no existe base para que se extinga del derecho real de servidumbre, por las siguientes razones. En primer lugar, con respecto a la unión de los inmuebles de la demandada, esa circunstancia, por sí sola, no es motivo de extinción, al abrigo de las causales enumeradas en el artículo 381 del Código Civil. Esta norma fue citada en la

demanda, concretamente, en sus incisos 5 y 6. En virtud de este último, la servidumbre fenece por venir los predios a tal estado que no puede usarse de ella. No obstante, agrega ese canon, *“revivirá desde que deje de existir la imposibilidad”*, siempre y cuando suceda antes de cumplirse el término de la prescripción negativa. Sobre el particular, pudiera ser que la intención de la demandante haya sido poner de manifiesto la existencia de nuevos elementos que han impedido ejercer la servidumbre, o bien, la pérdida de su utilidad por eventos sobrevenidos. Sin embargo, no existe razón alguna, alegada por la actora o demostrada en autos, para concluir que la unión de hecho de las fincas imposibilite el ejercicio del paso hacia el fundo dominante, incluso, ni siquiera habiendo conformado un nuevo inmueble que, en todo caso, registralmente no consta su existencia. Tampoco la fusión de las heredades deriva inconvenientes para los derechos de la actora o para el ejercicio de las facultades de disposición sobre su inmueble, ni los daños y perjuicios que cobra conllevan la extinción del derecho real de servidumbre.

IV.- En lo que a una posible pérdida de utilidad se refiere, el Tribunal advirtió en el fallo impugnado: *“En la sentencia recurrida el a-quo procede a resolver sobre la utilidad de la servidumbre que pretende la parte actora eliminar, sin que este aspecto de la utilidad o necesidad del derecho real haya sido argumentado directamente por el accionante.”* En efecto, la pretensión no parece derivarse de esta hipótesis. De todos modos, la situación actual de los inmuebles no enerva la utilidad de la servidumbre, en tanto ha venido a representar la satisfacción de los intereses plasmados por las partes contratantes al constituirla, habida cuenta de tratarse de un derecho real nacido convencionalmente que, según se ha acreditado, sigue ejerciéndose en provecho del fundo dominante y, claro está, en beneficio de su titular y de sus poseedores, todo ello, de conformidad con las estipulaciones de las partes al constituirla. Esa utilización que se le ha dado a la servidumbre conduce a afirmar, asimismo que no es posible sostener su extinción con base en la renuncia, no uso o prescripción negativa, con lo que no se ha verificado la causal del artículo 381, inciso 5, del Código Civil. Tampoco el desconocimiento que pudo haber hecho la demandada de requisitos o condiciones impuestas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, según normas del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, lleva a pensar que esa causal se cumplió y, por tanto, la servidumbre se ha extinguido, habida cuenta que no implica renuncia del derecho ni prescripción negativa, además de tratarse de aspectos que conciernen sólo a ese instituto, que no ha formulado reparo alguno, que así se conozca, ni guardaría relación, en todo caso, con lo que aquí se debate. Nótese, a este respecto, que la actora no ha pretendido se declare extinto el derecho real por una imposibilidad jurídica sobrevenida en razón del condicionamiento del visado para la construcción del apartotel. Esta referencia la hizo para los efectos de justificar la supuesta renuncia que dice haber hecho la demandada de la servidumbre, pero ella no aconteció en la realidad.

V.- Por lo demás, aunque el terreno de la demandada, que colinda con su fundo dominante, tiene acceso a la vía pública, ello no representa causal de extinción. De cualquier manera, no puede derivarse de la demanda que esa circunstancia se consideró como parte de la causa petendi. Con todo, el a-quo se introdujo en esa temática y obligó al Tribunal a razonar: *“Señala el señor juez de primera instancia que la razón de existir de la servidumbre había ya desaparecido, por cuanto el fundo a favor del cual había sido constituida, fue reunido con otro que sí tiene salida a calle, y que por consiguiente el motivo que generó la imposición de esta carga sobre el inmueble del actor había desaparecido. Este razonamiento no es acertado, la servidumbre aquí en discusión se constituyó por acuerdo de voluntades, fue producto de una negociación en la que los propietarios de ambos fundos, el dominante y el sirviente estuvieron de acuerdo en su constitución...”*. Conviene



insistir, la actora no hace cita, en su demanda, del artículo 399 del Código Civil, ni apoya su pretensión con argumentos que den paso a entender justificable la extinción de la servidumbre bajo los presupuestos de esa norma, razón de suyo suficiente para estimarla inaplicable al caso concreto. En esta inteligencia, mal ha hecho el juzgador a-quo al incursionar en un tema que no fue planteado ni en la causa petendi ni en la pretensión, forzando, en contra del principio de congruencia, la aplicación de un canon legal extraño a lo debatido, mediante el empleo de un método de integración normativa, como lo es la analogía, en casos que no compete hacerlo, pues los linderos de esta litis lo imposibilitan y porque, de cualquier modo, como se ahondará en el siguiente considerando, se trata de una disposición impertinente. VI.- El artículo 399 del Código Civil estipula: *“Si obtenido el derecho de paso en conformidad con los artículos presentes, deja de ser indispensable para el predio enclavado porque el dueño adquiera acceso cómodo al camino, el obligado a dar el paso tendrá derecho a pedir que se le exonere de la obligación, restituyendo lo que al establecerse se hubiere pagado por el valor del terreno”*. Esta disposición debe interpretarse dentro de su entorno jurídico, pues no aplica para cualquier tipo de servidumbre de paso. Su ubicación, en el Capítulo III, Título V, Libro II de dicho cuerpo legal, dentro de la normativa que regula las cargas o limitaciones de la propiedad impuestas por la ley, sugiere que el legislador, separándola del apartado que rige las servidumbres (artículos 370 a 382), la concibe como un gravamen que pesa, forzosamente, sobre algunos fundos en provecho de otros, cuando éstos se encuentren en la hipótesis prevista en el artículo 395 ibídem. Ello representa una limitación al derecho de propiedad de quienes se ven obligados a conceder tránsito por sus terrenos, que la ley dispone y el juez constituye mediante sentencia, determinando, si fuere del caso, el ancho del paso y el lugar por donde debe quedar definido. En este sentido, es justificable cómo, repetidamente, las disposiciones que conforman este capítulo aluden a derechos u obligaciones a favor o en contra de los sujetos que se favorecen o perjudican con el paso (artículos 395, 396, 397, 399), contrario a la concepción normal que resulta de las servidumbres, según los artículos 370 y 371 del Código Civil cuando, respectivamente señalan: *“Las servidumbres no pueden imponerse a favor ni a cargo de una persona, sino solamente a favor de un fundo o a cargo de él”*. *“Las servidumbres son inseparables del fundo a que activa o pasivamente pertenecen”*. Correlativo a la obligación de quienes deben tolerar el tránsito por sus heredades, se prevé el derecho a disfrutarlo, en provecho de las personas que requieran entrar o salir de los suyos, todo a cambio de una contraprestación que, de modo equitativo, compense los inconvenientes causados por el servicio prestado. Es apreciable cómo se regula la llamada *“obligación de paso”*, bajo coordenadas específicas que atienden a una imposición legal frente a la existencia de situaciones concretas de enclavamiento, muy diferente a pasos que se conceden en virtud de contratos, según las necesidades que puedan tener las partes, plasmadas en infinidad de acuerdos. Por eso, cuando esa situación de enclave deja de existir, en los términos que fueron requeridos por el legislador para la imposición del gravamen, éste igualmente debe desaparecer como lógica consecuencia, en cuyo evento el sujeto obligado a conceder el paso debe restituir lo que al establecerse, forzosamente, recibió como justa compensación. En esta inteligencia, el artículo 399 del citado cuerpo normativo contempla la posibilidad para el obligado a dar el paso, de requerir se le exonere de esa obligación, cuando deje de ser indispensable, porque el dueño del predio enclavado logra acceso cómodo al camino público, siempre y cuando se trate de un paso constituido por el órgano jurisdiccional como trasunto material de la imposición legal a los dueños de fundos ajenos de tolerar o facilitar el tránsito hacia la vía pública; derecho de paso obtenido, entonces, *“... en conformidad con los artículos precedentes”*, sea, dentro de las características propias que rigen para este tipo de instituto. Este derecho es catalogado, también, como una especie de servidumbre de paso, de carácter forzosa, la cual tiene, conforme se analizó, regulación especial, sobre todo, en punto a la regla que sienta el relacionado artículo 399, a los efectos de determinar su extinción, por encontrar acceso suficiente a la vía pública el sujeto que la ha venido disfrutando, ocupantes o poseedores del inmueble, por ende, es sólo aplicable a ese tipo de servidumbre de paso, dentro de su contexto fáctico y jurídico,



no así a la contractual, que responde a situaciones diversas, en orden a las estipulaciones contractuales que le dan origen y que determinan su extinción, como de seguido se ahondará en ello.

VII.- Según el canon 484 del Código Civil, el convenio es un modo de constituir derechos reales, el principal y más corriente. Los ordinales 377 y 378 del mismo código también lo contemplan para la constitución de servidumbres. Bajo el principio de autonomía de la voluntad contractual, las partes pueden estipular, libremente, todo aquello que no contrarie el Derecho, la moral o las buenas costumbres y sus acuerdos deben basarse y ejercitarse dentro de parámetros de equidad y buena fe (artículos 21 y 1023). El artículo 452 *ibidem* permite la creación de derechos reales a quien tenga inscrito su derecho en el Registro Público o a quien lo adquiera en el mismo instrumento de su constitución. Es usual el establecimiento de contratos conexos, cuya interdependencia determina el modo indispensable que los contratantes llegaron a prever para alcanzar la satisfacción de sus necesidades o el logro de intereses específicos. Con este fundamento normativo y dentro de esta coyuntura nació, precisamente, el vínculo jurídico entre las sociedad litigantes, quienes negociaron el traspaso del dominio de un inmueble y, en el mismo contrato, la constitución de un derecho real de servidumbre de paso. Los efectos de esa relación contractual los vincula, como lo informan los artículos 260 y 1025 del Código Civil, y lo pactado entre ellos tiene fuerza de ley, así lo establece el 1022 *ibidem*. Ese contrato determinó la constitución de una servidumbre de paso, como tal, nació voluntariamente. Además, la naturaleza del clausulado, acerca de las características de la servidumbre que por acuerdo constituyeron, revela la vigencia de disposiciones que responden a requerimientos muy precisos, tomados en cuenta al momento de negociar para darle origen, en punto a su extensión, ubicación, derechos y obligaciones de las partes atinentes a su ejercicio, estipulaciones para permitir el paso de peatones y vehículos con ciertas dimensiones, controles y dispositivos de seguridad, facilidades de ingreso a los usuarios, mecanismos de entrada, incluso, hasta aspectos relativos a instalación de líneas eléctricas y telefónicas, medios de comunicación y cañerías. No se trató, por consiguiente, de un paso forzado, nacido en virtud de una sentencia constitutiva basada en el carácter obligado que determina la ley en contra del propietario que debe dar salida por su fundo a quien tenga el suyo en la situación tipificada de enclavamiento, que precisa para constituirlo, cuya normativa que lo regula, sucintamente, establece disposiciones mínimas, referidas al lugar y al ancho del paso, de conformidad con lo establecido en los artículos 397 y 398 del Código Civil, ya citados. Por todo lo expuesto, la servidumbre objeto de estudio se debe regir por lo pactado y como los contratantes no estipularon su vigencia bajo condición resolutoria, pues no consideraron como hecho que condujera a su fenecimiento el acceso o salida a vía pública que pudiera llegar a tener el fundo dominante por otro lugar, no puede extinguirse bajo este predicado, ni aplicarse el artículo 399 del Código Civil, cuyo radio de acción se circunscribe a la servidumbre forzosa de paso, por corresponder a su esencia, no así a la voluntaria, nacida por la vía del contrato. Sostener lo contrario, como lo hace el a-quo, es crear, por la vía de la interpretación analógica o de la jurisprudencia extensiva, una nueva causal de extinción, extraña a la naturaleza y características de la servidumbre voluntaria de paso, constituida contractualmente, cuando es principio general que las causas de terminación de los derechos reales es materia reservada a la ley, no así a la discreción del juez, quien tampoco tiene competencia ni atribuciones para desconocer, favoreciendo a la actora y en contra de la demandada, el valor legal que entre ellas tiene un contrato que cumple, a cabalidad, con todos los requisitos para darle validez y eficacia para ambas. En definitiva, no puede trasladarse a la regulación de las servidumbres voluntarias de paso, las reglas que regulan la llamada "*obligación de paso*", por la esencia y particularidades disímiles entre ambos institutos, lo cual explica la razón de ser del artículo 395 del Código Civil, cuando señala que lo dispuesto en el capítulo de servidumbres se aplicará a las



limitaciones de la propiedad impuestas por la ley, incluida la “obligación de paso”, en tanto no se oponga a las prescripciones especiales sobre dichas cargas. Obviamente, la aplicación inversa no está permitida, esto es, trasladar a la servidumbre voluntaria de paso, las reglas de la “obligación de paso”, no sólo porque las prescripciones especiales de aquélla lo impiden, ni porque ésta tiene un desenlace extintivo propio y especial, sino porque el legislador no lo admitió de esa manera, máxime en lo que a causas de fenecimiento se refiere, para cuya servidumbre voluntaria el legislador dispuso de determinados modos, entre los que no comprendió el previsto en el artículo 399, en todo caso, impertinente en tratándose del tipo de servidumbre escogido por las partes. Tampoco la actora ha pretendido la revisión del contrato por motivos de imprevisión, por ejemplo, modificación sustancial y perjudicial de la causa que se tuvo en cuenta al contratar, o por haber sobrevenido circunstancias que imponen cargas excesivas y lesivas a alguna de las partes en provecho de la otra, riñendo contra la equidad, buena fe o el justo y normal equilibrio de las prestaciones asumidas en el momento de la contratación. El quebranto que se aduce en el recurso del artículo 22 del Código Civil, no guarda coherencia con la causa petendi y esa norma ni siquiera sirvió de fundamento jurídico de la demanda, ni el artículo 21 ibídem, de la cual no se desprende petitoria que así lo determine y aunque se hizo cita en ella del canon 834 del mismo cuerpo de leyes, éste contempla hipótesis que, de todos modos, no se han presentado en el caso concreto y no se alegó en el recurso violación de ese precepto legal. Por último, los supuestos daños y perjuicios que se atribuyen a la demandada no tienen por efecto la extinción del derecho real de servidumbre.”

f) Copropiedad: Análisis con respecto a la división material en materia agraria

[Tribunal Agrario]¹⁰

Voto de mayoría:

“V.- ANÁLISIS DE FONDO DEL ASUNTO : La pretensión principal de la empresa actora es decretar la división material de la finca del Partido de Alajuela, folio real número doscientos cuarenta y siete mil trescientos ochenta y seis - cero cero cero, de la cual es copropietaria por partes iguales con el demandado Róger Villalobos Fonseca. Subsidiariamente en caso de que la finca no pueda ser vendida y ninguno de los condueños este dispuesto a adjudicarse la totalidad reitegrando al otro el dinero en efectivo a la parte proporcional a su derecho, se decrete la venta de la cosa en común y se reparta el precio entre las partes para lo cual se deberá nombrar perito. El a quo con fundamento en la normas que regulan la copropiedad, que se encuentran reguladas en el Título II Capítulo I del Código Civil y son básicamente los artículos **270, 271, 272, 273 y 274, y principalmente en el artículo 272 que establece que "Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su condueño, y puede en todo tiempo exigir la división-.."**

, y con base en las pruebas documentales, testimoniales y en la pericial y sus recomendaciones, decide dividir materialmente la finca entre los copropietarios. Sostiene el a-quo, la naturaleza del inmueble admite cómoda separación. Por ello, es factible dividirla en forma equitativa. La parte



demandada no mostró interés en comprarla y la empresa actora tampoco en venderla, por lo que la pretensión subsidiaria no tiene razón de ser. Por otro lado, la empresa actora desarrolla una actividad productiva en el lugar lo que le causaría perjuicio, si se diera esta segunda alternativa. Por lo que la división de la finca se hace tomando en consideración la misma cantidad de terreno y los mismos frente a calle pública, lo que esta acorde con la ley y con los principios de equidad que son los pilares del derecho agrario costarricense. Por lo expuesto anteriormente, es evidente que el recurrente no lleva razón en sus agravios contra la sentencia de fondo. En primer lugar, en cuanto al alegato de que el a quo otorga la parte de la finca con mayor valor a la empresa actora sin fundamento, no lleva razón, porque según se desprende de la abundante prueba documental, pericial y testimonial (Prueba confesional del demandado Róger Villalobos Fonseca a pregunta numerada seis a f- 38 vto; testimonial de Idaiia González Alvarado a f. folio 41 fte; Walter Cruz Ballesteros a fs. 41 vto. y 42 fte; Mantin Rodríguez Murillo a f. 43 fte; Leonel Angulo Campos a fs. 43 vto. y 44 fte.), se acreditó que dicha empresa ejerce una actividad agraria estable desde hace al menos cinco años en la parte norte de la finca, y por lo tanto las mejoras presumen que las realizó para ejercer la actividad agraria. Tanto la doctrina como la jurisprudencia agraria han reconocido a la empresa agraria como el instituto principal del derecho agrario, donde parte de la empresa es también la hacienda, como conjunto de bienes organizados para llevar a cabo la actividad, lo que se ve como un todo. En segundo lugar, en cuanto al alegato del apelante de que se le adjudica a la empresa actora la parte que posee; realmente se determina que en la porción norte ejerce una actividad agraria y lógicamente aparte de ser condueña de la propiedad y ser propietaria de una parte alícuota, ejerce actos posesorios en una determinada área que según se desprende de las pruebas testimoniales, con el anterior propietario tuvieron dicho acuerdo, al punto de dividir materialmente la finca, y no cumplir con el requisito registral, que es puramente formal. En todo caso, cuando se trata de bienes proindivisos, el trámite que autoriza la Ley de Inscripción de Derechos Indivisos (No. 2779 del 12 de julio de 1961), se basa en la prueba de la posesión anual, de conformidad con el artículo 1 de la misma, sin que ello pueda entenderse como un perjuicio para los otros copropietarios, siempre que se respete el derecho proporcional. Es decir, nuestro legislador privilegia al copropietario-poseedor del derecho respectivo, y por eso le facilita el proceso de localización. Pero por otra parte, habiendo el demandado adquirido por venta judicial el derecho 001, es evidente que el mismo se atiene a la situación de hecho del inmueble al momento de su adjudicación, tal y como lo reza el numeral 642 del Código Procesal Civil: "*Quien adquiera bienes mediante remate, lo hará bajo su riesgo en cuanto a situación, estado o condiciones de hecho, consten o no en el expediente*". De modo que antes de adjudicarse el referido derecho, bien pudo constatar las condiciones fácticas en las cuales adquiriría ese derecho real a la mitad del fundo que ahora es objeto de división. Hay que recordar que el Derecho agrario, es un derecho de producción, donde la actividad empresarial productiva es la que se protege a diferencia del derecho civil donde la propiedad es vista desde una concepción estática. Así que el a quo, estimó que a parte de proteger la propiedad, debe proteger la posesión del área a donde ya hace muchos años se estaba desarrollando la actividad productiva de plantas ornamentales, por parte de Tica Plants S.A. **VI.** En cuanto al alegato del apelante de que la división de la finca se debe realizar con base en el valor de la misma, sin importar la medida, como se indicó, se probó que la empresa actora ha trabajado en dicha porción por más de cinco años, inclusive hay plantas que ambas partes reconocieron voluntariamente (ver reconocimiento judicial a folio 46 a 48), que tenían ocho años, lo que hace que la parte norte de la finca ha estado en constante producción y mantenimiento durante estos años, lo que indiscutiblemente acrecienta el valor de la porción poseída y trabajada por la empresa actora. En otro orden de ideas la parte sur, está en abandono parcial lo que hace presumir un valor inferior pero obvio por su condición actual. Por otro lado la división se realizó con base en la opción B que presentó el agrimensor experto, según el criterio del a quo, que compare este Tribunal, se hizo de manera equitativa y procurando inclusive dejar los mismos frente a calle pública y la parte de bosque proporcional, lo que no riñe con ninguna norma, por el contrario, es



acorde con lo dispuesto en el artículo 270 del Código Civil en relación al 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria y a los principios generales de la disciplina. Esa conclusión está acorde con la Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte, cuando en sentencia No. 33 de las 10:50 horas del 24 de febrero de 1995 estableció que en materia de división de derechos debe estarse a lo poseído lo cual debe guardar a su vez concordancia con la proporción de su derecho con relación al todo, y que si un sujeto adquiere un derecho de un copropietario, para ser localizado debe tomar en cuenta los derechos de los restantes y la posesión que éstos ejercen sobre el inmueble con relación al derecho de cada uno de ellos. Por otro lado, la sentencia citada por el recurrente, de la misma Sala de Casación, No. 58 de las 15:15 horas del 31 de mayo de 1995, lejos de disponer algo diverso, mantiene esa misma línea de análisis, pues permite a los copropietarios dividir la cosa común localizando su derecho o cuota ideal siguiendo los procedimientos establecidos por ley o exigiendo la separación, caso en el cual cada coposeedor o copropietario, hace valer su posesión sobre la porción proporcional al derecho que le corresponde y sobre la cual ha invertido. Lo que no está permitido por la Ley es poseer el todo, y luego pretender ser el propietario del todo, pues ahí si se estaría violando lo dispuesto en el artículo 864 del Código Civil.”

5 Dictamen Procuraduría General de la República

[PGR]¹¹

C- 192-2009

Estimada señora:

Con aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, me refiero a su Oficio No. AI-MG-031-2009 de 25 de mayo del 2009, en el que nos consulta si *“tiene la Municipalidad la obligación de otorgar licencia de funcionamiento municipal y/o patente, cuando la solicitud sea para un local o terreno que esté ubicado físicamente en una servidumbre, de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente.”*

Sobre las servidumbres en general y de manera particular, la de paso, ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

“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 gozan, 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 soportan en la parte correspondiente el ejercicio de la misma; 3) La utilidad: Toda servidumbre debe reportar al fundo dominante alguna ventaja, aun cuando sean personas las que disfruten de la utilidad (aspectos económicos y de comodidad), y para el caso específico de la de paso además de la utilidad es indispensable una necesidad efectiva, de carácter real y objetiva; d) La permanencia o perpetuidad: deriva de su carácter accesorio para el uso de un fundo, pues se supone que la servidumbre debe brindar una utilidad duradera al predio dominante; 4) Presentan el principio *Nemini Res Sua Servit* (art. 381.3); es imposible constituir una servidumbre en terreno propio, entonces predio dominante y sirviente deben pertenecer a distintos titulares; 5) La predialidad (art. 370) solo un fundo es útil a otro, no pudiendo establecerse a cargo o a favor de una persona.

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

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

Voto No. 26 de las 8 horas 30 minutos del 16 de marzo de 1991).

Así, las servidumbres de paso se clasifican como discontinuas, por ser requerida la actividad del hombre para su ejercicio o disfrute; y la doctrina nacional las divide en servidumbres voluntarias de paso y servidumbres forzosas de paso, con características diferentes cada una:

“...entratándose de servidumbres de paso se pueden distinguir dos formas; Una voluntaria y otra forzosa.

Estas a pesar de tener un contenido igual consistente en el otorgar el paso, se diferencian básicamente en que una surge por imperativo de la ley, mientras la otra, por acuerdo de voluntades, lo que se a su vez nos hace sacar otras diferencias.

Una de ellas ya fueron planteadas por nuestra jurisprudencia, sólo que en sentido equivocado se hace la distinción entre servidumbre de paso y obligación de paso, cuando lo correcto es hacerla entre servidumbre voluntaria de paso y servidumbre forzosa de paso, ellas son a saber:

a) En cuanto a la constitución: La voluntaria se constituye por negocio jurídico inter vivos o mortis causa, mientras la forzosa se constituye por declaración judicial.

b) En cuanto al enclave: Las voluntarias pueden ser en predio que se encuentre o no enclavado, mientras la forzosa sólo en predio enclavado, o en predios que no tengan una salida idónea a la vía pública.

c) En cuanto a la indemnización: En la voluntaria, no es obligatorio el pago de una indemnización por el paso, aun cuando las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad así lo pueden pactar, por su parte en las forzosas ese resarcimiento es elemento integrante de esta clase de servidumbres.

d) En cuanto a la tipicidad: La servidumbre voluntaria de paso se rige por la normativa genérica de las servidumbres, mientras que la forzosa se encuentra regulada expresamente (arts. 395 y s.s. C.C.) estipulándose en forma de constitución y de extinción, aunque en el ejercicio de la misma se rige por esa normativa general.

Nosotros por nuestra parte acotamos otras diferencias importantes a saber:

a) En cuanto a la utilidad: La voluntaria se constituye para brindar una utilidad al predio, de manera que el paso se puede otorgar hasta por razones de comodidad; en cuanto a la forzosa el término se restringe a la necesidad de modo que no se constituye para satisfacer una utilidad en el sentido amplio de este término, sino para satisfacer una necesidad de un predio que se encuentra en una determinada situación de hecho, cual es la interclusión y que necesita del acceso a la vía pública.

b) En cuanto a la permanencia: La servidumbre voluntaria, por responder a una utilidad, y porque su constitución se hace por negocio jurídico su duración puede ser sometida a condición resolutoria y a término final, pero en la forzosa por responder a una necesidad, el Juez no puede hacer esta clase de estipulaciones, porque llegando el término final por ejemplo, la necesidad siempre persistirá y por consiguiente el deber de otorgar el paso.

c) En cuanto a la apariencia: La servidumbre voluntaria por surgir de un acuerdo inter partes, se puede convenir en no establecer una senda por donde se deba ejercitar el derecho, lo que nos daría una servidumbre no aparente. En el caso de la servidumbre forzosa, ésta necesariamente tiene que ser aparente, por cuanto ha surgido de una imposición legislativa y en esa medida el Juez debe, en su sentencia, especificar cuál es el “locus servitutes”, o lugar de ejercicio del paso, lo que implica que sí existirá un camino o senda por donde se ejercite el paso y éste no se podrá



llevar a cabo por distintos lugares, como sí sucede para el caso anterior.

d) En cuanto a la cesación del enclave: La servidumbre voluntaria por no responder a la satisfacción de la necesidad de paso de un predio enclavado, si ésta se hubiese constituido en un fundo en el que existiera enclave y que con posterioridad desapareciera, la servidumbre siempre subsistirá por cuanto ella responde a una utilidad, que incluso puede ser, simplemente, de mayor amenidad, utilidad que no desaparece con el enclave. En cambio en la servidumbre forzosa, que responde a la satisfacción de una necesidad, si desaparece el enclave, desaparece la necesidad del acceso a la vía pública a través de la servidumbre. Esto implica que el titular del predio sirviente podrá solicitar al Órgano Jurisdiccional que se declare la extinción de la servidumbre por la desaparición de la necesidad, causal ésta que no es aplicable a ninguna servidumbre voluntaria. La extinción de la servidumbre no se da “per se” con la sola desaparición de la necesidad, por cuanto la constitución de la misma se dio mediante resolución judicial, lo que implica que la extinción debe acogerse al mismo principio.” (Guerrero Portilla, Ricardo. La servidumbre de paso. Editorial Alma Mater, 1986; págs. 139 a 141).

Con base en los elementos enunciados anteriormente, resulta evidente que no pueden las municipalidades otorgar una licencia de funcionamiento municipal y/o patente cuando la solicitud sea para un local o terreno que esté ubicado físicamente en una servidumbre, toda vez que se estaría perjudicando o anulando con esa acción el derecho constituido. Véase cómo si el propietario del fundo sirviente instala un local sobre la servidumbre de paso estaría obstruyendo con el mismo el libre uso que sobre esa franja de terreno pudiera tener el dueño del fundo dominante. De igual manera, si es el propietario del fundo dominante el que desea ubicar un local sobre la servidumbre, se estaría perjudicando al dueño del fundo sirviente en su derecho de propiedad (el cual no ha perdido) y desnaturalizando el derecho constituido que es únicamente de paso, y no para desarrollar ninguna actividad sobre la franja de terreno utilizada para dar entrada y salida al fundo dominante.

Ahora bien, en caso de que la consulta hubiese sido mal formulada, y lo que realmente se quiso preguntar es si están obligadas las municipalidades a otorgar licencias de funcionamiento o patentes en terrenos que tengan acceso por una servidumbre de paso, deberá tomarse en cuenta para ese evento que las corporaciones municipales se encuentran sometidas al bloque de legalidad, y por lo tanto, deben atender, entre otras, a las especiales regulaciones que en materia urbanística se hayan establecido.

En esa línea, por ejemplo, el artículo 1° de la Ley No. 7947 de 30 de noviembre de 1999, que fija los impuestos municipales del cantón de Grecia, señala que *“las personas físicas o jurídicas de las áreas de comercio, industria o servicio, que se dediquen al ejercicio de actividades lucrativas en el cantón de Grecia, estarán obligadas a contar con la respectiva licencia municipal y pagarán a la Municipalidad el impuesto de patente, conforme a esta ley”*. En otras palabras, no podría la Municipalidad de Grecia otorgar una licencia de funcionamiento o patente en un terreno con acceso por servidumbre cuyo uso en los instrumentos de planificación municipal no se encuentre destinado al comercio, industria o servicio; prohibición que es conforme también con el numeral 28 de la Ley de Planificación Urbana que impide dedicar terrenos a cualquier uso que sea incompatible con la zonificación implantada.

De modo similar, el artículo 81 del Código Municipal establece la posibilidad de denegar el otorgamiento de licencias municipales *“cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes”*.



Otro factor que debería tomarse en cuenta al momento de definir el otorgamiento de una licencia municipal o patente en casos de inmuebles con acceso por servidumbre de paso, es si las características de ésta definidas en su acto de constitución (sea por voluntad de las partes o declaración judicial) permiten la realización de la actividad solicitada sin desmejorar las condiciones del fondo sirviente; ya que, para nadie resulta un secreto que el desarrollo de una actividad comercial conlleva normalmente un uso mayor de las vías de acceso que el generado, verbigracia, por el uso exclusivamente habitacional. En el mismo sentido, si en el acto de constitución se fijó un uso determinado de la servidumbre de paso, ese uso no podría ser modificado unilateralmente por el propietario del fondo dominante, siendo necesario a ese efecto la aquiescencia del dueño del predio sirviente o la declaración judicial favorable.

De usted, atentamente,

Lic. Víctor Bulgarelli Céspedes

Procurador Agrario



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, J.R.(1984). 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.
- 2 Salazar, E.(1994) 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.
- 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.- Sentencia número 968 F de las catorce horas treinta minutos del quince de diciembre del dos mil cinco.
- 6 TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia número 1049 F de las nueve horas veinticinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil siete.
- 7 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 17 de las catorce horas treinta y cinco minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve.- Expediente: 97-000042-0238-AG.
- 8 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA.- Sentencia número 76 de las diez horas treinta minutos del treinta y uno de julio de dos mil nueve. Expediente: 02-017271-0170-CA.
- 9 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 706 de las once horas quince minutos del veintidos de octubre de dos mil tres. Expediente: 98-001307-0185-CI.
- 10 TRIBUNAL AGRARIO.- Sentencia número 1035 de las quince horas diez minutos del dieciocho de diciembre de dos mil siete. Expediente: 04-101038-0297-CI.
- 11 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número 192 del diez de julio de 2009. Dirigido a la Máster Adilsa Suárez Alfaro, Auditora interna de la Municipalidad de Grecia. C- 192-2009.