

C-189-2009

08 de julio del 2009

**Señor
Carlos Matías Gonzaga Martínez
Alcalde Municipal
Municipalidad de La Cruz
La Cruz, Guanacaste**

Estimado señor:

Con aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, me refiero a su oficio No. ALC-01:00505-2009 de 5 de mayo del 2009, en el que nos consulta "sobre la legalidad de (sic) las Municipalidades puedan aceptar como único acceso a terrenos sin inscribir, la figura de las Servidumbres de Paso aunque éstas no provengan de finca inscrita (es decir continúan sobre finca sin inscribir), en lugar de que su acceso sea por calle pública".

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).

(NOTA SINALEVI: El texto cita el voto N° 26 de las 8 horas 30 minutos del 16 de marzo de 1991. La fecha correcta es 15 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.

Unas 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).*

De modo principal, la servidumbre de paso está pensada para ser constituida sobre y a favor de predios respecto de los cuales se ejerce el derecho de propiedad. La utilización de los términos "dueño" y "propietario" en varios de los artículos relativos a las servidumbres en general y de la denominada obligación de paso en el Código Civil así lo hacen presumir:

*"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 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."*

*"ARTÍCULO 396.- El **dueño** del terreno a quien se exija el paso podrá oponerse, por ser posible establecer el paso sobre otro predio, con iguales ventajas para el que lo solicita, y menores inconvenientes para el que haya de concederlo."*

Ahora bien, el concepto de propietario hace alusión no solamente al que tiene inscrito su derecho de propiedad ante el Registro Público, sino también al que, sin tenerlo, ha usucapido un inmueble en las condiciones establecidas al efecto por el ordenamiento jurídico para prescribir positivamente.

Sobre este tema, ha indicado la Sala Constitucional:

"O sea, que se distingue el momento de adquisición de la propiedad por usucapión del momento en que esa situación se hace valer en el procedimiento de información posesoria para obtener un título inscribible en el Registro Público. De ahí que se considere la usucapión como un modo de adquisición de la propiedad y de otros derechos reales poseíbles, y a la titulación como el procedimiento por medio del cual, comprobados los requisitos de la usucapión, se confiere el título de propiedad inscribible.

La usucapión es un modo originario de adquirir un derecho real poseíble por el transcurso del tiempo con los requisitos de ley. El efecto jurídico adquisitivo de la usucapión se produce de manera automática con el transcurso del tiempo unido a una posesión hábil que reúna las condiciones fijadas para la posesión ad usucapionem, y a los demás requisitos establecidos en la ley. En términos generales, el Código Civil establece como requisito para la prescripción positiva: el título traslativo de dominio, la buena fe, y la posesión en condiciones específicas." (Voto No. 4587-97 de las 15 horas 45 minutos del 5 de agosto de 1997).

De ahí que, en tesis de principio, sí es posible la constitución de servidumbres sobre inmuebles sin inscribir (fundo sirviente); como lo es, su constitución en favor de terrenos con esa misma condición (fundo dominante):

"En doctrina se discute si el poseedor puede ser sujeto activo de esta servidumbre. Se alega que un poseedor posee el fundo como se halle, en su situación de hecho, y que por ello entonces no podría obtener una servidumbre de paso.

Sin embargo, al igual que parte de la doctrina creemos que un poseedor ad usucapionem sí puede exigir la constitución de esta servidumbre, porque de lo contrario, sería imposible que él ejerciera los actos posesorios correspondientes para la obtención de su derecho por el transcurso del tiempo, y al igual que para el derecho de propiedad sería imposible el ejercicio de su derecho en ese predio intercluso." (Guerrero Portilla, op.cit., pág. 101).

Pero debe quedar claro que, al no poderse inscribir registralmente la servidumbre por no estar inscrita la propiedad que funge como predio sirviente, la misma no podría surtir efectos hacia terceros, sino sólo entre partes. Tal conclusión se deriva de correlacionar los artículos 459 y 461 con el 455, todos del Código Civil:

"ARTÍCULO 459- *En el Registro de Propiedad se inscribirán:*

1º- Los títulos de dominio sobre inmuebles.

2º- Aquellos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de

usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca. (...)"

"ARTÍCULO 461- Las servidumbres se harán constar en la inscripción de propiedad del predio dominante y del sirviente."

"ARTÍCULO 455- Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro."

Se concederá como tercero aquél que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción. (...)"

Otro inconveniente aparejado a las servidumbres de paso constituidas sobre inmuebles sin inscribir, es el aspecto probatorio; en tanto, para poder demostrar su existencia, no sólo hay que presentar el instrumento de constitución, como podría ser el contrato entre los dueños de ambos fundos, sino también probar que el poseedor del fundo sirviente (y eventualmente del dominante, si ambos están sin inscribir), lo es ad usucapionem, o sea, que ha ejercido la posesión como dueño por más de diez años en forma pública, pacífica e ininterrumpida, de buena fe y amparado a un justo título; prueba que no siempre resulta fácil; más aún si el que debe hacerlo no es el propio poseedor.

Resulta de interés apuntar cómo diligencias de información posesoria no han llegado a culminar adecuadamente por no haberse demostrado la existencia de la servidumbre constituida sobre el predio colindante:

"Tampoco se cumplió lo referente a la prevención sobre la existencia, medida y documento de constitución de la servidumbre que da salida al terreno a titular. Por lo expuesto, al faltar requisitos de procedimiento no es factible entrar a analizar el fondo del asunto hasta que los mismos sean cumplidos en su totalidad, de ahí sea procedente declarar la nulidad de la sentencia de las quince horas del treinta de junio del dos mil cuatro." (Tribunal Agrario, Voto No. 1050-F-05 de las 15 horas 12 minutos del 21 de diciembre de 2005).

"Con todo lo anterior, y como se ha expresado, el plano representa la finca a titular, y debe ser de forma real, tanto en forma gráfica, matemática, literal y jurídicamente. De tal forma, si en la materialidad existe un sendero, tal y como lo indica el acta de reconocimiento judicial a folio 96, se debe de probar la constitución de la servidumbre, tal y como lo indica el artículo 378 del Código Civil. Nótese luego de realizada la prevención mencionada, el promovente, siempre bajo la fe de juramento de conformidad al artículo 3 de la Ley de Informaciones Posesorias, procedió en memorial a folio 146, a describir las servidumbres, pero omitió aportar la constitución y demás información que exige la legislación. En virtud de lo expuesto, la sentencia deviene en anticipada al no haberse completado la totalidad de los requisitos formales que exige la Ley de Informaciones Posesorias, y por ello procede anular la sentencia recurrida, y que el ad quo concluya el procedimiento previo al dictado de una nueva sentencia." (Tribunal Agrario, Voto No. 0859-F-08 de las 14 horas 10 minutos del 19 de diciembre de 2008).

En conclusión, si bien es cierto el ordenamiento jurídico permitiría la constitución de servidumbres de paso sobre fincas sin inscribir, debe esa Municipalidad tomar en consideración los posibles inconvenientes derivados de dicha figura aquí comentados, al momento de asumir las decisiones que correspondan en cuanto a su posible reconocimiento (la consulta formulada es omisa en cuanto a los efectos para los que esa corporación municipal requiere "aceptar" tal servidumbre como único acceso a un terreno sin inscribir). Lo anterior, sin perjuicio, de que puedan existir trámites que expresamente requieran de que tanto el fundo sirviente como la servidumbre de paso se encuentren debidamente inscritos ante el Registro Público.

De usted, atentamente,

Lic. Víctor Bulgarelli Céspedes

Procurador Agrario

VBC/fmc