

Dictamen : 192 del 10/07/2009

C- 192-2009

10 de julio del 2009

Máster

Adilsa Suárez Alfaro

Auditora Interna

Municipalidad de Grecia

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 fundo 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 fundo 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