

Exp: 06-100553-0295-CI

Res: 001324-F-S1-2011

SALA PRIMERA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas diez minutos del diecinueve de octubre de dos mil once.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Quinto Civil de Mayor Cuantía de San José por **el actor**, [...]; contra **el demandado 1**, [...] y **la demandada 2**, [...]. Figura además, como apoderada especial judicial del actor, la licenciada Francela Anchía Umaña, de calidades no indicadas en autos. Todos son mayores, casados y vecinos de Alajuela.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció demanda ordinaria cuya cuantía se estimó la suma de cinco millones de colones, a fin de que en sentencia: *"...se condene al **demandado 1**, al pago de ambas costas del presente proceso, asimismo se le condene a cumplir con sus obligaciones con mi (sic) el señor **actor** y honrar el convenio familiar, se otorgue en sentencia las (sic) servidumbre de paso tanto para mi familia como para la propiedad de mi vecino y hermano supra, así como para la (sic) personas que habitan en las inmediaciones y requieren paso por mi propiedad."*

2.- La parte demandada contestó negativamente. Opuso las excepciones de prescripción, falta de: derecho, legitimación activa y pasiva e interés actual. Además, cosa

juzgada, litis consorcio necesario y falta de competencia por razón de materia, estas últimas resueltas interlocutoriamente.

3.- La jueza Emi Lorena Guevara Guevara, en sentencia no. 09-09 de las 11 horas 12 minutos del 3 de abril de 2009, resolvió: *"De conformidad con lo expuesto y artículos citados, procede rechazar respecto del actor las defensas de prescripción, falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva y falta de interés actual. En consecuencia, se declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda ordinario (sic) formulada por **el actor** contra **el demandado 1 y la demandada 2**, y se obliga al señor **demandado 1** a respetar el convenio familiar. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 395 del Código Civil, se establece una servidumbre forzosa de paso en contra del predio de los accionados del Partido de Partido (sic) de Alajuela, matrícula número [...], secuencias [...], plano [...], quedando este como predio sirviente, para dar acceso suficiente a calle pública al predio propiedad del actor, del Partido de Alajuela, [...], plano [...], como predio dominante. En cuanto a la ubicación, rumbo, ancho y largo de la servidumbre forzosa de paso que se constituye en esta resolución, se establece que será el mismo establecido en el convenio familiar y que había venido siendo utilizado por el actor por muchos años hasta su cierre. Pero, al no contarse en autos con esos datos exactos para la debida inscripción de la servidumbre en el Registro Público de la Propiedad, se deja la terminación de estos aspectos para la etapa de ejecución de sentencia. En cuanto a la indemnización a que se refiera el artículo 395 del Código Civil, por haber existido ente (sic) las partes el citado convenio familiar sin que se haya hecho alusión a pago alguno, se concede a favor del actor el derecho de paso sin indemnización.*

La demanda se rechaza en cuanto al pedido del actor para que se otorgue derecho de servidumbre en favor también de su vecino y hermano, así como para las personas que habitan las inmediaciones y requieran paso por su predio. Respecto del anterior pedido, se acoge la defensa de falta de legitimación activa formulada por los accionados. Por haber resultado vencidos, son ambas costas de esta acción a cargo de los accionados”.

4.- Los demandados apelaron. El Tribunal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, integrado por los jueces Max Baltodano Chamorro, Ulfrán Corrales Jiménez y Olman Ulate Calderón, en sentencia no. 78-CI-2010 de las 11 horas 55 minutos del 19 de julio de 2010, resolvió: *“Se confirma la sentencia apelada”*.

5.- Los codemandados formulan recurso de casación.

6.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta la Magistrada León Feoli

CONSIDERANDO

I.- El **actor** demanda a su hermano **el demandado 1** y a la esposa de este, **demandada 2**. Aduce, en esencia, que es propietario de un inmueble colindante con el de ellos dos. No soportan servidumbres y aunque tienen frente a la calle pública, esos fundos y los de otros familiares del lugar, topográficamente, no poseen salida. En cuanto al suyo, indica que un paredón se lo impide. Por eso, durante varios años, él y su familia han transitado al costado de la finca de los codemandados, lo que también es consecuencia de un pacto verbal de familia, en virtud del cual se acordó ese paso. No obstante, ellos lo han irrespetado, al levantar un muro dividiendo ambas heredades, que

horas más tarde se cayó por la premura con que se construyó. Alega que los coaccionados interpusieron un proceso abreviado en su contra, para negar la existencia de la servidumbre. Así se dispuso en sentencia, la que también rechazó la demanda, en cuanto se pretendió declarar que él o su familia, no tienen ningún derecho de volver a transitar por ese terreno, pues pueden accionar contra sus colindantes, para exigir paso o salida bastante a la calle pública, cumpliendo los requisitos del artículo 395 del Código Civil. Con todo, afirma, se mantuvo el paso en respeto del convenio familiar, de modo que él y su familia continuaron disfrutándolo. Así aconteció hasta que levantaron unas gradas, cerrando luego, con unas latas, el acceso que servía de entrada a los predios del sitio. Como consecuencia, señala que su hija y su yerno, clausuraron el paso que también sirve de entrada a otros terrenos circunvecinos. Agrega que una señora del lugar lo denunció por usurpación, pero se decretó un sobreseimiento definitivo, basado en el criterio de oportunidad. Desde ese día, detalla, se ha respetado la decisión de los juzgadores de mantener el acceso, pero considera que es su derecho, como lo establece el artículo 395 del Código Civil, que el predio enclavado de su propiedad, tenga salida, máxime si sus vecinos pueden transitar por el suyo, aún y cuando no tienen el problema topográfico tan acentuado, pues en su caso la vía pública se encuentra a casi 10 metros de alto por el citado paredón. Establece que las aducidas gradas son peligrosas, angostas e incómodas, además, de imposible ingreso para cualquier tipo de ayuda o socorro. Reitera la situación de enclavamiento que sufre su heredad y cómo durante 10 años ha tenido salida, la cual clausuraron los codemandados. Insiste en que las escaleras que levantaron dan una salida a calle pública, *"...pero con el inconveniente de que son tan paradas, que en lugar de*

*hacernos un favor, esta (sic) poniendo en riesgo a toda mi familia, tomando en cuenta que en mi hogar aun (sic) hay niños de primaria que utilizan este ingreso a diario". Con fundamento en los artículos 395 y siguientes del Código Civil, pide que en sentencia "...se condene **al demandado 1**, al pago de ambas costas del presente proceso, asimismo se le condene a cumplir con sus obligaciones con mi (sic) **el actor** y honrar el convenio familiar, se otorgue en sentencia las (sic) servidumbre de paso tanto para mi familia como para la propiedad de mi vecino y hermano supra, así como para las personas que habitan en las inmediaciones y requieren paso por mi propiedad".*

II. La parte demandada opuso las excepciones de incompetencia material, cosa juzgada y litis consorcio necesario; esta última, en tanto el accionante pretende que se reconozca un derecho de paso o servidumbre "...a favor de nuestro hermano **W.**, quien no figura en la demanda como actor, requisito ineludible para que una posible sentencia abrigue tan confusa pretensión". También, por cuanto se debe demandar a todos los colindantes. Estas se rechazaron interlocutoriamente. Además, formuló las defensas de prescripción, falta de derecho, de legitimación en su doble modalidad y de interés actual, que el Juzgado denegó en cuanto los extremos acogidos que declaró de la siguiente manera: se obliga **al demandado 1** a respetar el convenio familiar. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 395 del Código Civil, se establece una servidumbre forzosa de paso en contra del previo de los coaccionados, quedando como sirviente, para dar acceso suficiente a la calle pública al fundo del actor, como dominante. La ubicación, rumbo, ancho y largo de la servidumbre será igual al establecido en el convenio familiar y como se había venido utilizando por el demandante por muchos años

hasta su cierre. Al no contarse con datos exactos para la debida inscripción de la servidumbre en el Registro Público, se dejan esos aspectos para la etapa de ejecución de sentencia. En cuanto a la indemnización a que se refiere el canon 395 del Código Civil, por haber existido entre las partes el citado convenio familiar sin que se haya aludido a pago alguno, se concede a favor del accionante el derecho de paso sin que deba indemnizar. Se rechazó la demanda en cuanto al pedido de que se otorgue la servidumbre de paso también a favor del vecino y hermano **W.**, como también para las personas quienes habitan en las inmediaciones y requieran pasar por ese predio, sobre lo cual se acogió la defensa de falta de legitimación activa. Los codemandados deberán pagar ambas costas del proceso. El Tribunal confirmó el fallo de primera instancia. Los perdedores presentan recurso de casación por razones procesales y de fondo. Ofrecen para mejor proveer copias de documentos registrales que, debido a la manera como se resuelve este asunto, resulta innecesario considerarlas, por lo que deberá rechazarse esa solicitud.

Recurso por razones procesales.

III.- Invocan dos motivos. **Primero:** aducen, el actor lo que solicita es que se respete un convenio familiar de otorgar una servidumbre a favor de su predio, pero el Juzgado y el Tribunal declaran con lugar las pretensiones, constituyendo una servidumbre forzosa de paso. A su juicio, este agravio se enmarca en el inciso 3), artículo 594, del Código Procesal Civil (CPC). Agregan que la incongruencia del fallo, considerada como motivo para acceder a la casación, se relaciona directamente con las peticiones deducidas por las partes al trabarse la litis, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia. Citan al tratadista Humberto Murcia Ballen, al decir que el principio de congruencia o

armonía del fallo, se contrae a la necesidad de que este se encuentre en consonancia con las pretensiones planteadas por el actor en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas, con las excepciones que aparezcan probadas y hubiesen sido invocadas por la parte demandada, si no se autoriza su declaración oficiosa. Añaden que el juez, en su sentencia, debe pronunciarse sobre todo lo pedido por los litigantes y solo en cuanto a lo requerido; pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos ajenos al debate. Aclaran, al apelar se advirtió del referido vicio, pero el Ad quem consideró que se trató de un simple error material de la A quo. La pretensión del accionante, sostienen, fue claramente definida en su escrito de demanda, donde en forma expresa solicitó: *"...se condene al **demandado 1**, al pago de ambas costas del presente proceso, asimismo se le condene a cumplir con sus obligaciones con mi señor (sic) y honrar el convenio familiar, se otorgue en sentencia las servidumbres de paso, tanto para mi familia como para la propiedad de mi vecino y hermano supra, así como para las personas que habitan en las inmediaciones y requieren paso por mi propiedad."* Expresan que en la sentencia de primera instancia, avalada por la del Superior, se obliga al señor **demandado 1** a respetar el convenio familiar. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el canon 395 del Código Civil, se establece una servidumbre forzosa de paso en contra del predio de él y de su esposa. Teniendo esto en cuenta, denuncian, lo que el actor pretendió fue el reconocimiento de una servidumbre de paso, surgida producto de la existencia de convenio familiar de índole verbal, supuesto regulado en el precepto 379 del Código Civil; sin embargo, no reclamó la obligación de paso contemplada en el 395 del citado cuerpo normativo. Estiman necesario resaltar las diferencias entre

ambos institutos, destacando que el demandante solo se refirió a una servidumbre voluntaria, no a la otra. La primera nace por acuerdo o última disposición. La segunda por disposición de la ley, ante el oportuno reclamo del interesado y la efectiva constatación de la existencia de varios presupuestos legales. A su vez, argumentan, es importante recordar que existe la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes; continuas y discontinuas. En este sentido, manifiestan, es pacífica la afirmación de que la servidumbre de paso es no aparente y discontinua. De este modo, según el artículo 379 Ibidem., solo puede constituirse por convenio o por última voluntad. A pesar de esto, señalan, los juzgadores de ambas instancias otorgan al actor y a favor de su heredad, además del reconocimiento del supuesto convenio familiar, que en todo caso no se probó, el establecimiento de una servidumbre forzosa de paso u obligación de paso, en contra del fundo de ellos en calidad de sirviente. Enfatizan que solo se pidió el reconocimiento de un derecho de servidumbre de paso producto del supuesto convenio, por ende, regulado en el numeral 379 y no como consecuencia de los presupuestos del 395, ambos del Código Civil. De esta forma, aseveran, Juzgado y Tribunal debieron limitar su análisis en determinar la existencia del pacto para justificar el nacimiento de la servidumbre, no si el fundo del actor se encuentra enclavado. Tampoco si cuenta o no con salida suficiente a la vía pública, elementos propios de la obligación de paso establecida en el canon 395 de cita, pues nunca fue esa la pretensión del actor. Acusan de impertinente el proceder de esos juzgadores, al analizar la condición del terreno del demandante, con el fin de determinar si concurren las condiciones de enclavamiento, sin salida suficiente a la vía pública, entre otras, que utilizan de modo confuso como fundamento para declarar la

existencia de la servidumbre. Si embargo, repiten, lo que debieron hacer era examinar la existencia o no del supuesto convenio verbal, base de la demanda y elemento esencial para el surgimiento de las servidumbres voluntaria de paso, no así para el establecimiento de una obligación de paso, que nace por determinación legal. Con ello se evidencia la confusión de los relacionados presupuestos, incluso, apuntan, en el fallo de la A quo se menciona la necesidad de la indemnización del artículo 395 Ibid., pero se manifiesta que por haber existido entre las partes el citado convenio familiar sin aludirse a pago alguno, se concede el paso sin indemnización. Expresan que este aspecto se apreció, pero no se corrigió en la sentencia de segunda instancia. Más bien se ratifica, pues pese a que el Tribunal también hace un improcedente análisis de la condición del fundo, con el fin de determinar si está o no enclavado, estima que el hecho de que la parte dispositiva del fallo de primera instancia haga referencia a que la servidumbre forzosa de paso conllevaría la obligación del actor de indemnizar, ello obedece a un error de carácter material, al indicarse la existencia de acuerdo familiar sin aludir a indemnización alguna y por eso no se concede. De eso se desprende el motivo de incongruencia, censuran; además, destacan lo siguiente: 1.- Se reconoce la confusión en el examen que se hace de las figuras de la servidumbre de paso y la obligación de paso o servidumbre forzosa, las cuales son diferentes y encuentran su sustento en distintas normas del Código Civil. 2.- Si bien es cierto, el Superior reconoce la errada interpretación que se hace de las disposiciones legales y, por ende, la incongruencia en la sentencia de primera instancia, no la corrige y la tilda de presentar un error material. Nótese, ni el fallo de primera instancia, ni el impugnado, mencionan el artículo 379 del Código Civil como parte de los fundamentos,

que sería el único precepto para justificar el nacimiento de la servidumbre que se impone sobre su finca. En su lugar, manifiestan, la sentencia de la A quo se basa en el artículo 395 Ibidem., al igual que lo hace el actor en su demanda, situación que no fue corregida por el órgano de alzada al resolver el recurso de apelación. Además, arguyen, en el pronunciamiento recurrido se afirma que por existir una imposibilidad material de brindarle salida al fundo del actor a través de su colindancia con calle pública, la situación determina que el fundo es enclavado, como lo concibe el ordenamiento jurídico. Con ello el Ad quem nuevamente incurre en el mismo vicio de la sentencia apelada, valorando como si se tratase de una servidumbre forzosa de paso, pues el término "*fundo enclavado*", solo tiene razón de ser en ese contexto, en el tanto si lo solicitado es el cumplimiento de un "*convenio familiar*", no tendría relevancia si el terreno adolecía de enclavamiento o no. Agregan que si bien el Tribunal trata de disfrazar el yerro, calificándolo de error material, lo ratifica y adiciona, basándose en las disposiciones doctrinales y legales de la servidumbre forzosa de paso. Sobre el particular, justifican sus agravios en la violación de los artículos 99, 153 y 155 del CPC. **Segundo:** reiteran el vicio de incongruencia. Aducen que el inmueble está inscrito a nombre de ellos desde que lo adquirieron, en 1993. A su juicio, así se tuvo por cierto en el hecho probado 2, de acuerdo con las certificaciones registrales que para mejor proveer adjuntan a este recurso, como también se desprende de la demanda y su contestación. En este punto, exponen, la inconformidad radica en que el accionante, a pesar de accionar contra ambos, limitó la pretensión solo hacia el **demandado 1**. No obstante, la sentencia primera instancia, ratificada por el Tribunal, declara con lugar la demanda respecto a los dos, imponiendo la servidumbre forzosa sobre

el predio que tienen en copropiedad. El fallo impugnado, sostienen, modificó el fundamento legal, pues en vez del artículo 395 del Código Civil, se dice que el aplicable es el 380 Ibidem., de la servidumbre por destino del padre de familia, y pese a que no se hubiese probado el acuerdo, siempre procedería la constitución de la servidumbre. Sin embargo, enfatizan, esta debía declararla si se acreditaba la existencia de convenio. Además, indican, en caso de comprobarse, este solo obligaría al coaccionado **demandado 1**. Lo anterior quiere decir que se pide el respeto de un convenio contra uno de los codemandados, accogiéndose la demanda, pero estableciéndose una servidumbre que perjudica a los dos condueños, sin que **la demandada 2** formara parte del acuerdo. Tampoco se le obliga a cumplir algún pacto u obligación, pero se le impone un gravamen a su derecho inscrito en el Registro Público, al constituirse esa servidumbre. Por eso existe la incongruencia señalada, justifican, bajo el vicio de ultrapetita, obligándose a cumplir un convenio familiar del cual no formó parte, ni fue solicitado en las pretensiones. En este entendido, aclaran, si bien es posible que el juez sustituya al deudor u obligado a cumplir con su obligación, esto únicamente se podría dar ante el pedido expreso del afectado con el incumplimiento. Pero el juzgador, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de CPC, no puede de oficio llevar a cabo actos que no le fueron solicitados. Consideran que ambos órganos sentenciadores acomodaron e interpretaron los elementos del expediente, con el fin de justificar la existencia del derecho del actor a constituir una servidumbre en contra del inmueble que ellos dos tienen en copropiedad. No obstante, el resultado produjo ultrapetita, insisten, pues como quedó claro, la pretensión se limitó a exigir el cumplimiento de la obligación, la cual, según se refirió, llegó a adquirir **el demandado 1**

y no **la demandada 2**, lo que implica que el establecimiento de la servidumbre contra la propiedad total es improcedente. Por todas estas razones, concluyen, es imposible e ilegal que con base en los aludidos presupuestos, de la A quo y el Superior, establezcan una servidumbre de paso, y hasta sin acreditarse que **la demandada 2** formara parte del supuesto acuerdo familiar, situación que se refleja en varias de las manifestaciones del actor, como las que indica en el hecho quinto de la demanda, asimismo al formular la pretensión cuando solo exige el cumplimiento del **demandado 1**. Reitera el quebranto de los artículos 99 y 155 del CPC.

IV.- Aunque el actor hizo referencia al convenio familiar verbal que, a su decir, autorizó transitar por el inmueble ajeno para obtener salida a la calle pública, también basó sus pretensiones en que la finca de su propiedad requiere de ese acceso, por la situación de enclavamiento que presenta, lo que daría cabida a la constitución de la servidumbre forzosa de paso, como al efecto lo alegó con reiteración y también lo justificó con cita expresa del artículo 395 del Código Civil. Así lo estableció en los hechos 4, 5, 8, 10 y 11 de la demanda, y lo patentizó con claridad en el fundamento de derecho. Nótese, por lo demás, que sobre esos planteamientos, los coaccionados no objetaron, contundentemente, el carácter de enclavamiento del fundo enclavado del señor **actor**, ni este recurso se contrae a ello. Respecto al hecho 5, sólo dijeron: "*No es cierto. Desconozco el acuerdo que menciona el actor...*"; y, en cuanto al tema de los problemas de salida a la calle pública, se limitaron a indicar que eso era falso, pero sin argumentación alguna. En punto a los eventos 4, 8, 10 y 11, tocante a los motivos que expuso el demandante para justificar la necesidad de acceso, no hicieron más que establecer que sí

cuenta con salida suficiente; sin embargo, no justificaron ni emitieron las razones para considerarlo, tampoco lo fundamentan en esta impugnación. Incluso, califican de apreciaciones y valoraciones subjetivas, las afirmaciones sobre la problemática del inmueble que se hacen en la demanda, sin detallar las razones para estimar que el actor no se ajusta a la verdad cuando insiste en el enclavamiento de su terreno. En todo caso, a fin de justificar que no existen las censuras planteadas, es notorio cómo el accionante ha reiterado que su fundo, pese a tener un frente a la calle pública, no posee salida suficiente, pues existe un paredón con corte vertical, a un desnivel respecto al borde de la calle pública, de aproximadamente ocho metros de alto. Así lo han tenido por probados los juzgadores de ambas instancias. También, ha alegado, y así se tuvo por acreditada, la construcción de unas escaleras hechas por los accionados, con 30 gradas sobre el paredón. Sin embargo, ha resultado patente la dificultad y hasta peligrosidad que presentan, además de las restricciones para su adecuado uso. En consecuencia, la situación de enclavamiento de la heredad del actor, no solo fue invocada y justificada con la normativa pertinente, sino que también se acreditó y en este sentido lo han considerado la A quo y el Superior, sin que los agravios que ahora se examinan tengan la virtud de cuestionar o variar ese criterio. Ciertamente, la pretensión del demandante no ha sido clara; su redacción es confusa. En ella se menciona el convenio familiar con petición de que se ordene al señor **demandado 1** a honrarlo. Pero sí debe destacarse, también se pide que en sentencia se otorgue el paso para los fundos que lo requieren. Esta petición se basa en los hechos invocados o en la causa de pedir de la demanda. Como lo indica el recurrente, con cita del procesalista Murcia Ballen, el juez, en su sentencia, tiene que

pronunciarse sobre todo lo pedido por los litigantes y solo respecto a lo demandado, *"...pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos que no están en el debate..."* . Allí radica la importancia del cuadro fáctico, como se ha destacado con referencia a los hechos relevantes para esta decisión. Por lo demás, la situación del enclavamiento del fundo del señor **demandado 1**, fue alegada como hechos de la demanda y se justificó según los presupuestos del artículo 395 del Código Civil. Además, ese estado de cosas se tuvo por acreditado por parte de la A quo y el Tribunal. De este modo, no existe el vicio señalado por el casacionista, a lo que se debe reiterar, esa situación, que en realidad presenta el terreno, también se consideró y estableció en el fundamento de derecho del escrito de demanda, donde entre algunas normas del CPC que se citaron, también se consignó explícitamente, el canon 395 del Código Civil, sobre servidumbre forzosa de paso. Nótese, en ningún momento se enlistó entre esa normativa el artículo 379 Ibidem., referente a los modos de constitución de las servidumbres discontinuas y no aparentes, que comprende al convenio como una de sus formas. Tampoco los juzgadores de ambas instancias apoyaron jurídicamente sus pronunciamientos en esa disposición, por cuanto la base radicó en el precepto 395 sobre la servidumbre forzosa de paso. Por todo esto, la Sala no tiene mérito para cuestionar que el enclavamiento del fundo persiste y autoriza la aplicación de este último precepto, conforme al cual el actor, como dueño de un predio sin salida bastante a la vía pública, tiene derecho de exigirle paso a los codemandados, para explotar o tener cómodo o suficiente acceso y salida al suyo, tal y como así lo ha estado ejerciendo, hasta que la solidaridad requerida entre vecinos y sobre todo entre familiares, que también es

fundamento del instituto real en estudio, cesó por parte del accionar de los codemandados. En razón de lo expuesto, no existe la aducida incongruencia.

V.- Cabe destacar, por otra parte, el canon 395 del Código Civil establece que el propietario con derecho de paso, deberá asumir el costo de todo perjuicio. En este particular, es evidente que la A quo dispuso la constitución de la servidumbre forzosa sobre la base del enclavamiento que afecta el terreno del actor. Ello, en efecto, basta para establecerla, con independencia de si existe o no el acuerdo verbal que él menciona y los coaccionados niegan. Esa juzgadora, teniendo por establecida la situación de enclavamiento y su justificación en el artículo 395 de referencia, luego consideró que no procedía indemnizar, por cuanto en el susodicho convenio no se estableció nada al respecto. Por su parte, el Tribunal estimó que el predio del actor no cuenta con acceso a la vía pública y, como se dijo, esto está en debida forma corroborado y faculta la constitución de la servidumbre forzosa, al abrigo de la disposición legal de comentario en que también se apoyó el Superior. En este recurso, los codemandados no objetan que no se les haya reconocido la indemnización contemplada en el artículo 395 del Código Civil, precisamente, porque razonan que esa norma no es aplicable. Con todo, bien pudieron hacerlo de modo subsidiario, para el evento de no aceptarse las anteriores censuras. Ello determina que la Sala no pueda incursionar en ese aspecto. Pero, de todas maneras, y mayor abundamiento de motivos para que permanezca incólume el pronunciamiento decretado por los juzgadores de ambas instancias de que no procede indemnizar, considérese lo siguiente: los propios recurrentes manifiestan, en el cuarto agravio de fondo, que existía una finca y de esta fueron segregados y transmitidos varios lotes;

finalmente su anterior dueño no tenía alguna salida o paso como el existente, debido a que con las segregaciones fue que se construyeron las casas y sus accesos. Luego repiten, en el cierre del recurso: *"...se demuestra que la finca de la que provienen los inmuebles objeto de éste proceso -propiedad de los demandados y la del actor- era un único inmueble, que su propietario segregó los lotes hasta que realizó el traspaso de éstos y que además desde el momento de la segregación del lote que pertenece hoy a los demandados, la codemandada [...] también adquirió el derecho que actualmente le pertenece"*. Estas manifestaciones evidencian la existencia de los presupuestos de hecho que autorizarían la aplicación del canon 400 del Código Civil, ubicado dentro del capítulo *"De la obligación de paso"*, según el cual: *"Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si se adjudica cualquiera de los que lo poseían en común, y esa parte queda enclavada, se considerará concedido a favor de ella el derecho de paso sin indemnización alguna"*. (El destacado no es del original). Igual cabe indicar respecto a otra situación relacionada con la servidumbre forzosa de paso que se declara en las sentencias de ambas instancias, como lo es el tema del litis consorcio pasivo necesario. Este asunto tampoco fue planteado entre los agravios del recurso en examen y la Sala solo puede circunscribirse a las censuras concretas que se le plantean. En todo caso, ese aspecto no es óbice para la constitución de esa servidumbre. Obsérvese, que el **demandado 1**, a folio 23, opuso la defensa previa de litis consorcio necesario, pero alegando que el hermano suyo y del actor, de nombre **W.**, no figura como demandante, *"requisito ineludible para que una posible sentencia abrigue tan confusa pretensión"*. Ello lo repitió en el escrito de folio 26. Después, a folios 34 y 35, de nuevo opone esa excepción,

agregando que el accionante tiene la obligación legal de demandar a todos los colindantes y no solo a él (y a su esposa). El Juzgado la rechazó en resolución de folios 48 a 50, y aunque solo la enfocó desde la perspectiva activa, lo cierto es que el señor **demandado 1** no gestionó adición o aclaración, no recurrió de ese pronunciamiento, ni adujo nada sobre el particular dentro de los agravios que conformaron el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia; tampoco lo hace en esta impugnación. Por eso, el punto debe mantenerse inalterado, en virtud de operar el principio de preclusión procesal (artículos 596, 597, 598 y 608 del CPC). Además, no bastaría con alegar litis consorcio pasivo necesario, pues de conformidad con lo estipulado en el artículo 396 del Código Civil, se requiere que existe posibilidad real de que el paso se establezca por otro predio, *"...con iguales ventajas para el que lo solicita, y menores inconvenientes para el que haya de concederlo"*.

VI.- Ahora bien, respecto a la temática del convenio verbal, es claro que el Tribunal incorpora en sus razonamientos un instituto que, en el presente caso, no guarda pertinencia alguna, en concreto, la referencia a la servidumbre por destino del padre de familia, contemplada en el numeral 380 Ibid. Sostiene esa autoridad, que en orden a ese precepto, se imponía la obligación de brindarle salida al actor, aún y cuando no hubiese existido el acuerdo familiar. No lleva razón el Ad quem, por cuanto el instituto en estudio alude a situaciones de hecho en que el propietario de dos heredades establece servicios continuos y aparentes entre ambas, de modo que al llegar a pertenecer esos fundos a distintos dueños, de no establecerse lo contrario en el correspondiente título, ese servicio dará lugar a una servidumbre. Sin embargo, esta asumirá las mismas características del

estado de hecho que le dio origen, es decir, continuidad y apariencia. Estas características no concurren en la servidumbre de paso, la cual, aunque pudiera llegar a tener elementos externos que la revelen, por ejemplo, veredas o aceras por donde se ejercite el tránsito, nunca será continua, por cuanto su ejercicio depende de la actividad humana en que se manifiesta. De todos modos, la referencia a la servidumbre por destino del padre de familia deviene intrascendente, por cuanto la existencia del convenio verbal es irrelevante, en tanto la situación comprobada, de dificultad de salida que sufre el inmueble del actor, autorizó la constitución de la servidumbre forzosa de paso, según lo establecido en el artículo 395 de repetida cita. Así se alegó en los hechos de la demanda, se justificó con la referencia precisa a esa norma, y también se tuvo por acreditado sin reclamo en este recurso. Por este mismo motivo, no interesa si el convenio solo afectaba a uno de los coaccionados, y si se condenó a ambos, fue por la condición de copropietarios del predio que se ha determinado sirviente. Tampoco es cierto que la servidumbre de paso solo pueda nacer por convenio o por acto de última voluntad, como lo expresa el artículo 379 del Código Civil, pues aunada a esta disposición debe incorporarse el artículo 395 Ibidem, que igualmente se refiere a una servidumbre de paso. En consecuencia, no se han cometido los agravios procesales que se denuncian en este apartado de la impugnación que por lo mismo debe rechazarse; además, pese al error conceptual del Ad quem, no existiría casación útil.

Recurso por razones de fondo.

VII.- Alegan cuatro agravios. **Primero:** error de derecho en la apreciación de la prueba e infracción del debido proceso y del derecho de defensa, consagrados en los

artículos 39 y 41 de la Carta Magna. Aducen que como consecuencia de valorar con error la certificación de un proceso abreviado, que el Tribunal convierte en testimonial, se violentan los numerales 351, 354, 356, 357, 358, 359 del CPC. Acusan que el Juzgado y el Superior, extraen lo declarado por un testigo en el abreviado, y lo utilizan ahora como fuente de convencimiento, sin que el deponente lo haya ratificado en este proceso, de acuerdo con los numerales antes citados. Al incurrir en este tipo de desaciertos, arguyen, se quebrantan indirectamente los preceptos 379 y 380 del Código Civil, normas de fondo relacionadas con la constitución de las servidumbres. Ellas señalan los modos de constituirse las denominadas "*discontinuas*" y "*no aparentes*". Según repiten, el objeto de este proceso se centra en la determinación de sí existe o no un convenio verbal, en donde ellos se comprometieron a brindarle paso al actor por el inmueble que tienen en copropiedad, posibilitando la aplicación de lo establecido en los recién citados artículos, o en otra norma del derecho de fondo que fije las reglas para la constitución de las servidumbres. De este modo, agregan, cualquier otro análisis en cuanto a las condiciones y características de la finca del demandante, resulta impertinente, porque no se solicitó la declaración de una servidumbre forzosa de paso. Acusan a los órganos sentenciadores de incurrir en actuaciones contrarias a derecho, al tener por acreditada la existencia de dicho convenio y señalar que por la topografía del terreno, desde hace más de 10 años, por acuerdo familiar, se estableció que el actor utilizaría como salida a calle pública, el paso ubicado al costado sureste del fundo de ellos. Eso lo estimaron probado con fundamento en piezas testimoniales del expediente en que se tramitó el proceso abreviado. No obstante, continúan, esas manifestaciones, incluidas en las copias de ese legajo,

constituyen prueba documental y no testimonial. Entonces, afirman, es desde todo punto de vista ilegal, incluir los testimonios ahí recogidos, como una prueba testimonial evacuada dentro de este ordinario. En su criterio, al hacerse de esta forma, se vulnera el principio del contradictorio, que deberá regir a la hora de recibir cualquier clase de instrumento de convicción. Además, el derecho de defensa, al verse imposibilitados de participar de forma activa en la recepción de esa probanza, defendiendo de modo efectivo sus derechos e intereses. Asimismo, argumentan, se infringe el debido proceso consagrado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. En cuanto a la ilegalidad, impertinencia e improcedencia de esa prueba, traen a colación un fallo de la Sala Segunda que al efecto transcriben. Allí se indica que la traslación de la prueba de testigos de un proceso a otro, para que produzca efectos, debe hacerse a través de su ofrecimiento en el momento procesal oportuno y siguiendo las correspondientes formalidades. De este modo, los deponentes tendrán la oportunidad de referirse a lo expuesto en la otra sede, ratificándolo o no, total o parcialmente. Al mismo tiempo, las partes podrán formular las repreguntas y ejercitar a plenitud el derecho de defensa. En todo caso, no es correcto limitarse a presentar una certificación del contenido de los testimonios rendidos en el otro proceso y tramitarse como si fuese una documental, pues de acuerdo con la naturaleza intrínseca no se está en presencia de ese tipo de prueba, sino de una testimonial. En esta tesitura, deberá ajustarse su producción a lo dispuesto para ella en el CPC. Así se dejará a salvo el principio del debido proceso. Luego de referirse a esa cita jurisprudencial, reiteran que tanto en primera instancia como en segunda, se hace un uso indebido e ilegal de las declaraciones dadas en el abreviado por **E.C.J.**, padre del actor y del **demandado 1**. Se

tuvo esa declaración como si hubiese sido recibida en este proceso, para fundarse en las consideraciones en torno a la existencia del convenio supra citado. Agregan, aunque ese testimonio fue recogido en otra vía, con las formalidades del caso, lo cierto es que se hizo en torno a distintos presupuestos fácticos y de derecho. No fue posible interrogarlo sobre los hechos de la presente demanda. Incluso, destacan que el Tribunal concluyó que se debía aplicar el artículo 380 del Código Civil, gracias a la declaración del padre del actor, lo que de todas maneras no es aplicable en la especie. Por todo ello, insisten, se vulneraron los artículos relativos a las formalidades y requisitos que debe contener la prueba testimonial, sean estos: 351, 354, 356, 357, 358, 359 del CPC. Además, los preceptos 41 y 39 de la Constitución Política, pues al darse validez al traslado de esa probanza, se conculcan el derecho de defensa y el debido proceso. Asimismo, de forma indirecta, los numerales que regulan el modo de constituir en forma específica las servidumbres discontinuas y no aparentes, es decir, el canon 379 del Código Civil, según el cual solo proceden por convenio. También el 308 Ibid., cuando establece, respecto a ese tipo de servidumbres, que el reclamo prosperará si se funda en un título que provenga del propietario, lo cual no ocurre en este caso, pues se está demostrando la existencia de una servidumbre a través de un supuesto convenio verbal. **Segundo:** arguyen error de derecho y quebranto de los principios de legitimidad, legalidad o licitud de la prueba, contenidos en el artículo 316 del CPC, así como del principio de inmediación, regulado en el numeral 152 del mismo cuerpo de leyes. Como consecuencia de esta violación, argumentan que el Tribunal transgredió, en forma indirecta, los numerales 379 y 380 del Código Civil, sobre las formas de constitución de las servidumbres. Señalan que los

juzgadores de ambas instancias admiten como prueba válida el contenido de las declaraciones testimoniales brindadas en otro proceso, violentando los preceptos sobre los modos de crearse las servidumbres, por convenio o mortis causa. Con esa prueba ilegítima, añaden, se tiene por cierta la creación de la servidumbre mediante pacto o, en su defecto, como lo dice el Tribunal con error, por destino del padre de familia. El artículo 316 del CPC, indican, determina que deberán rechazarse las pruebas que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes. Al respecto, hacen referencia a doctrina nacional, para explicar que esta norma tiene su sustento en el principio de licitud de la prueba. De esta manera, para que sea admisible y valorada, debe ser lícita. Se impone denegar la contaminada y obtenida de manera fraudulenta. En consecuencia, es prohibido incorporar la que se haya logrado por medios ilegales, indebidos o de manera subrepticia o espuria, o que de alguna forma viole garantías constitucionales. Insisten que el Ad quem admitió la certificación del expediente del abreviado, extrayendo declaraciones testimoniales allí rendidas. Así, la traslada al presente, con supuestos de hecho y de derecho distintos, lo cual la torna ilegítima en su uso y apreciación. En su criterio, repercute en quebranto una violación de los derechos constitucionalmente consagrados de defensa y debido proceso, por las razones expuestas en el agravio anterior. Repiten que no les fue posible interrogar a los testigos sobre los hechos de la acción en trámite. Por otro lado, se conculca el principio de inmediación de la prueba, con el que, según lo refiere la doctrina, aducen, se procura asegurar que el Juez y Tribunal estén en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias. Ello, a fin de

poderse conocer, en toda su significación, el material de la causa desde el principio, y a su término sea viable pronunciar la sentencia que la defina. Así las cosas, es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juzgador sin alteración, barreras, obstáculos o vallas. Con esa base doctrinal, afirman que en este proceso se irrespeta el principio señalado, que resulta ser una derivación del debido proceso, pues es imposible que el órgano jurisdiccional tenga un contacto directo con la persona que brindó su testimonio en un proceso anterior, lo que le impide obtener certeza de las condiciones en que declaró. Esto es relevante, manifiestan, en virtud de que en muchas actitudes de los testigos se pueden apreciar con la inmediatez, lo que no se logró en el sub-lite. Reiteran el quebranto de las disposiciones jurídicas citadas e insisten que cualquier reclamo, atinente a la servidumbre de marras, debe fundarse en título que provenga del propietario, lo cual no ocurre, pues se está demostrando la existencia de la servidumbre a través de un convenio verbal.

Tercero: recriminan indebida apreciación de la prueba testimonial e infracción indirecta de los artículos 316, 330, 354, 355, 358, 358 del CPC; 308, 379 y 380 del Código Civil. Redundan en que los juzgadores tuvieron por acreditada la existencia del supuesto convenio con el que se comprometieron a darle paso al actor, con fundamento en las declaraciones de las hijas del demandante, **A.** y **S.**, ambas de apellido [...], quienes se limitaron a exponer que su padre les contó sobre la existencia de un acuerdo, pero no sobre sus elementos esenciales. Exponen que la testigo **A.** dijo vivir en el inmueble del actor, propiamente, donde se está pidiendo la salida. Respondió no saber quién planteó el pacto, tampoco la fecha, ni estuvo presente cuando se hizo, pues lo que sabe fue porque su progenitor se lo contó. Ella no puede asegurar que se dio ese convenio, mucho menos

sus especificaciones o condiciones. La otra testigo, señalan, manifestó que no siempre se salió por esas gradas, por cuanto antes se utilizó otra entrada, por el lado de la vecina **demandada 2**. Dijo que su padre salió por cinco años, debido a un acuerdo familiar, que consistía en que le daban paso por el terreno de la casa **del demandado 1** y **la demandada 2**. Indica que escuchó lo del convenio por su papá, pero no le comentó quién lo hizo. Aducen que del testimonio del señor **J.**, no se desprende con claridad la existencia del convenio. Él manifestó que no conoció del acuerdo entre la familia, pero sí se hablaba que eso se iba a hacer; con ello evidencia su total desconocimiento. Se preguntan cómo en las sentencias de primera y segunda instancia, se tiene probado el convenio con base en esas pruebas, cuando solo establecen vagos y ambiguos indicios que impiden, desde un punto de vista lógico y legal, tener certeza sobre su existencia, haciendo que una conclusión en este sentido resulte infundada e ilegal. Cuestionan las declaraciones "*de oídas*" y dicen que el juzgador, basado en el principio de la sana crítica, recogido en el artículo 330 del CPC, deberá afrontarlas con mucho cuidado, por cuanto en el fondo esas personas no percibieron los hechos y además son familiares del accionante. En este predicado, agregan, es evidente que sus narraciones son muy cuestionables, para no decir de poco o nulo valor, especialmente, si hay indicios de que existe un interés directo, como en este asunto. Citan una sentencia de esta Sala sobre la apreciación de este tipo de pruebas, en un caso similar, donde se manifiesta que si la servidumbre nació de un convenio, al constituir un gravamen real sobre un inmueble y por lo mismo una limitación muy grave al dominio, el pacto debe tener como sustento un acuerdo claro y expreso. No se puede inferir de actos o conductas de contenido ambiguo. Y cabe

resaltarlo, porque no parece lógico que una afectación semejante se haya convenido de un modo tan informal, a menos que el consentimiento hubiese sido dado para un propósito de mucho menor alcance. Con base en lo argumentos esbozados, consideran vulnerado el artículo 330 del CPC, ya que si bien es cierto el juez cuenta con posibilidades amplias a la hora de apreciar las probanzas, en este caso en particular, se aprovecha de la incorporación ilegal de probanzas del abreviado, para que en conjunto con testimonios debidamente aportados, pero débiles en su contenido, establezca presunciones extremas en cuanto a sus alcances, de las que deriva conclusiones que no resultan propias de las premisas que se desprenden del expediente. Nótese, enfatizan, que si se pone en práctica el criterio de supresión hipotética de la prueba espuria, reconocida por la Sala Constitucional, eliminándose el testimonio del señor **demandado 1**, que aducen fue incorporado al presente proceso como prueba documental, pero utilizado para resolver como si fuera testimonial, las restantes probanzas se tornarían insuficientes para acreditar el convenio familiar. Todo ello, pese al incongruente análisis en cuanto a la servidumbre de paso y a la obligación de paso, hecho en la sentencia impugnada, con lo que se justificó el establecimiento a favor del predio del actor. Sumado a ello, argumentan, el Tribunal aprecia esos testimonios de modo impertinente. Destacan que el punto medular del presente asunto se centra en determinar la existencia o no de un contrato, producto del cual surge a la vida jurídica la servidumbre reclamada por el accionante, pues de conformidad con el artículo 379 del Código Civil, la de paso, por sus características de discontinua y no aparente, solo nace por convenio o por última voluntad. A pesar de esto, denuncian, el Ad quem justifica su resolución en que de los testimonios se desprende que

el actor y su familia han atravesado por muchos años la finca de los codemandados. Pero, enfatizan, esta situación por sí sola no es suficiente para acreditar el acuerdo. También podría ser visto como un acto de mera tolerancia de los accionados, de modo que en esa calidad, puede ser limitado o finalizado en cualquier momento. Así las cosas, señalan, si por algún tiempo el demandante atravesó el inmueble de ellos, esa situación no basta para patentizar la existencia del convenio invocado, por lo que atribuyen a los jueces una apreciación muy subjetiva de la prueba aportada, y les confieren a los testimonios alcances improcedentes, llegando con ellos a conclusiones infundadas sobre premisas equivocadas. **Cuarto:** reiteran el quebranto de los artículos 308, 379 y 380 del Código Civil. A su juicio, uno de los puntos fundamentales en el presente proceso, que no fue bien analizado en las sentencias de primera y segunda instancia, es la forma en que nacen las servidumbres de paso. El canon 379 Ibidem., señalan, determina expresamente dos maneras posibles: por convenio o por última voluntad. Indican que en el sub-lite, el único hecho que justificaría el nacimiento sería la existencia de un contrato, donde ellos se hubieran obligado a otorgarla a favor del inmueble del actor, pues la consideración de que surgió mortis causa no aplicaría. Además, sostienen, debe determinarse si un pacto de tal envergadura puede ser verbal y probarse con el dicho de testigos. Razonan, en el caso concreto se habla de que se acordó la constitución a favor del terreno del accionante, pero es necesario, cuando se trata de servidumbres voluntarias, como la que supuestamente se alega que existe, que el negocio jurídico, en sus formalidades, se pruebe y no con simples testimonios. Aluden al autor Víctor Pérez, respecto a que en todo negocio, dentro del elemento esencial de la voluntad, existe una forma y un contenido. La primera es la

objetivación de ese último componente, la manifestación misma. En algunos casos, explican, la ley exige formalidades ad substantiam y hay algunos donde se requiere del medio escrito o documentado. En el sub-judice, afirman, se trata de una servidumbre no aparente y discontinua, pues requiere para su ejercicio la actividad humana. De este modo, tiene plena aplicación, para fijar los requisitos del convenio, lo dispuesto en el artículo 308 del Código Civil. Hacen referencia a don Alberto Brenes Córdoba y agregan que por disposición legal es imposible la constitución de una servidumbre voluntaria de paso por un simple convenio verbal, menos aún si no existe prueba clara que acredite su existencia. También mencionan un precedente de esta Sala, de cuya base argumentan que, en la práctica, la única forma de probar los convenios verbales es por medio de la prueba testimonial; sin embargo, la legislación procesal es clara en no admitirla para esta clase de negocios. En este sentido, manifiestan, los preceptos 351 del CPC y 431 del Código de Comercio, establecen como limitación, que no es posible ni admisible la testimonial para demostrar actos o contratos con valores superiores al 10% de la suma mínima fijada para la procedencia del recurso de casación. Además, alegan quebranto del canon 380 del Código Civil. Estiman que como evidencia de la confusión y falta de aplicación que hace el Tribunal de los artículos existentes en materia de servidumbres, consta la siguiente afirmación en la sentencia impugnada: *"Igualmente imponía la obligación de los demandados de brindarle salida, aun y cuando no hubiera existido el citado convenio familiar, en virtud de la denominada servidumbre 'por destino del buen padre de familia' conforme a lo dispuesto en el numeral 380 del Código Civil"*. Argumentan que esa figura aplica para las servidumbres continuas aparentes, pero no para las

discontinuas y no aparentes. De nuevo, citan una sentencia emitida por esta Cámara referente a la servidumbre por destino del padre de familia, de la cual destacan una nueva violación en el fallo recurrido, en punto a las distintas figuras jurídicas relacionadas con la constitución de servidumbres. Ello demuestra conclusiones contradictorias y confusas, aducen, con el fin de justificar el derecho inexistente del actor, de constituir una servidumbre de paso a favor de su fundo y en contra del de ellos. Como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, estiman, una norma se aplica de manera indebida, cuando el caso con ella resuelto no está comprendido dentro de sus disposiciones. En este orden, agregan, la constitución de servidumbres, incluidas las de paso, es factible a través de lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han definido como: "*destino del padre de familia*". Exponen que este tipo surge producto de una situación de hecho más que de derecho. El primer supuesto para su existencia, radica en que una persona ejerza el dominio sobre varios terrenos contiguos y que exista un signo aparente de servidumbre entre las fincas, establecido por el propietario de ambas. Ese hecho se considera como título para que la servidumbre surja con la enajenación de alguna. Enfatizan que la situación establecida en la sentencia en cuanto a los hechos probados, no se ajusta a las disposiciones del artículo 380 de comentario, ni a la doctrina o jurisprudencia citadas sobre esta modalidad de servidumbres. En primer término, es aparente; tampoco se trata de dos predios diferentes que hubieren pertenecido a una misma persona. Explican que existía una finca y de esta fueron segregados y transmitidos varios lotes; finalmente su anterior dueño no tenía alguna salida o paso como el existente, debido a que con la segregación de los lotes fue, se construyeron las casas y sus accesos. Toman nota del pensamiento del

tratadista Brenes Córdoba al indicar: *"Durante el tiempo que dos predios están bajo el dominio de una persona, cualquier servicio que ella establezca en uno a favor del otro, se conceptúa como mero ejercicio del derecho de propiedad; mas cuando al separarlos por traspaso que haga de cualquiera de ellos, o de ambos a favor de dos individuos aisladamente, si no se advierte que la transmisión se efectúa libre de gravamen y el servicio referido tiene el carácter de continuo y aparente, la servidumbre se tendrá por constituida del mismo modo que los sería por título".*

VIII.- Si los recurrentes estiman que las incorrecciones del Tribunal al valorar las pruebas, como fundamento para decretar la constitución de la servidumbre en los términos en que lo hizo, vulneraron disposiciones concretas del Código Civil, necesariamente debieron alegar la violación del artículo 395 Ibidem., pues esa fue la norma que, en definitiva, constituyó el soporte jurídico para su pronunciamiento. Al abrigo de lo dispuesto en el canon 595 del CPC, la omisión apuntada torna informal el recurso en los apartados donde se denuncian los errores de derecho y los cuestionamientos atinentes a la apreciación del material probatorio. Por ello deben rechazarse los correspondientes cargos. De cualquier manera, tómesese en cuenta que, de acuerdo con las manifestaciones de censura que se analizan, la base que los recurrentes exponen para justificarlas, radica en lo que estiman se trata del punto medular del presente asunto, es decir, determinar la existencia o no del convenio familiar verbal, con el que dicen que el actor pretende la constitución de la servidumbre. A tal efecto, todos los agravios apuntan a que los juzgadores de ambas instancias apoyaron sus consideraciones fácticas y jurídicas en pruebas recibidas en otro proceso, que incorporaron en forma indebida a este ordinario,

con las cuales tuvieron por acreditado el citado acuerdo. No obstante, como quedó establecido en los Considerandos precedentes, a los que se hace remisión a fin de evitar repeticiones, la base con la cual se dispuso la constitución de la servidumbre de paso radicó en los presupuestos fácticos del artículo 395 del Código Civil, tal y como así fue planteado, invocado y justificado por el actor en su demanda. De esta manera, no habría casación útil con determinar que se cometieron errores en la apreciación de las pruebas, si el destino de ellas fue patentizar la existencia del convenio familiar, cuando resulta ser, conforme quedara expuesto, que este deviene innecesario para el establecimiento de la servidumbre forzosa. En este predicado, tampoco existe mérito para considerar vulnerados los preceptos 308, 379 y 380 del Código Civil. El primero, por cuanto alude a reclamos interdictales, ajenos a lo aquí debatido. El 379, porque no fue necesaria su aplicación, en orden a las circunstancias que determinaron la constitución de la servidumbre forzosa de paso; ni siquiera se citó en la demanda y los juzgadores de ambas instancias no apoyaron sus decisiones en ese precepto. Se reitera, además, que la servidumbre de paso, contrario a lo afirmado por los casacionistas, no solo nace por convenio o última voluntad, pues también es posible constituirse forzosamente, según el reiterado canon 395. El 380, por cuanto, como se indicó en el Considerando VI, aún y cuando el Tribunal erró en considerarlo aplicable, de todas maneras, ese criterio deviene irrelevante, por la categoría forzosa de la servidumbre. En el mismo sentido, no hay base alguna para considerar vulnerados los principios de defensa y del debido proceso. Cabe agregar, como otro dato de importancia para justificar que el actor requirió la constitución de una servidumbre forzosa, que su accionar en este proceso es consecuente con el pronunciamiento recaído

en el abreviado que en su contra plantearon **el demandado 1 y la demandada 2**. En efecto, como se expone y se transcribe en la demanda ordinaria base de la presente litis, la sentencia de segunda instancia recaída en el abreviado, aunque declaró con lugar la acción negatoria, en virtud de que no existía servidumbre alguna, sí dejó en claro el derecho **del actor** o algún familiar que así lo requiera, de gestionar la constitución de una servidumbre forzosa de paso, según fuese pretendido. En este particular, dispuso el órgano de alzada en el proceso anterior: *"SE RECHAZA LA DEMANDA, en cuanto a:... que el demandado (**actor**) o su familia no tiene ningún tipo de derecho a volver a transitar por el terreno de los actores. En razón del derecho de estos de accionar, contra sus colindantes, para exigir paso o salida bastante a calle pública, cumpliendo los requisitos del artículo 395 del Código Civil...".* En ello ha radicado la demanda del litigio que ahora se resuelve, pues aún y cuando se haya mencionado el convenio verbal, lo determinante para la A quo y el Tribunal ha sido la situación comprobada del susodicho enclavamiento, que ha dado pie a la aplicación del precepto 395 del Código Civil, sin que los agravios de este recurso hayan desvirtuado o modificado ese estado de cosas. Estos solo se han dirigido a cuestionar el referido contrato verbal que, como se ha razonado, es irrelevante para la constitución de esa servidumbre.

IX.- En mérito de todo lo expuesto, se debe rechazar el recurso. De conformidad con lo establecido en el artículo 611 del CPC, impónganse sus costas a la parte demandada.

POR TANTO

Se rechaza la solicitud de prueba para mejor proveer. Se declara sin lugar el recurso; son sus costas a cargo de la parte promovente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

FCHINCHILLA