

EXP: 00-000407-504-CI

RES: 000507-F-04

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José

a las once horas cincuenta y cinco minutos del diecisiete de junio del año dos mil cuatro.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Civil de Heredia por **la actora, [...]**; contra **el demandado 1, [...]** y **la demandada 2, [...]**. Todos son mayores de edad y vecinos de Concepción de San Rafael de Heredia.

RESULTANDO

1°.- Con base en los hechos y disposiciones legales que citó, la actora estableció demanda cuya cuantía se fijó en la suma de setecientos cincuenta y un mil colones, a fin de que en sentencia se declare: “Con lugar la presente demanda en todos sus extremos. Que por estar invadiendo mi propiedad, se ordena a los demandados la inmediata restitución del área de la que fui despojada ilegal e ilegítimamente con el levantamiento del muro o tapia por ellos construido, para lo cual se les obliga a la inmediata demolición de dicho muro o tapia. Que la invasión y despojo indicados en el punto petitorio anterior fueron realizados por los demandados de mala fe. Que se ha constituido a favor de mi propiedad y en contra del fundo de la **demandada 2**, una servidumbre de luz, de aireación, de ventilación y de vista, la cual se ejerce a través de la ventana que dá a la sala de mi casa. Subsidiariamente al punto segundo de esta petitoria, que el muro o tapia construido por los demandados obstruye completamente el disfrute de la servidumbre constituida a favor de mi propiedad y que por lo tanto se ordena y obliga a los

accionados a demoler tal muro en la parte correspondiente a mi ventana, realizando todos los trabajos que sean necesarios a fin de hacer cesar la perturbación del derecho real de servidumbre indicado. Si se considerare que demolición total es innecesaria, los trabajos consistirán, al menos en la creación de una abertura en el muro o tapia que sea capaz de restablecer íntegramente al fundo dominante en el indicado disfrute de toda la luz aireación, ventilación y vista al que tiene derecho en virtud de la citada servidumbre constituida en su favor. Que además de lo anterior, el muro o tapia levantado por los demandados presenta una estructura extremadamente deficiente que lo convierte en un peligro para mí, para mi familia y para mi vivienda, razón por la cual se le ordena y obliga a los demandados a su inmediata demolición. Que la demolición del muro y/o los trabajos correspondientes para restituirme en el pleno disfrute de los derechos que me han sido perturbados, deberá ser hecho en el término prudencial de un mes contado a partir de la firmeza de la sentencia, siendo que los trabajos deberán ser realizados procurando causarme a mí y a mi propiedad la menor cantidad de molestias o inconvenientes.- Que de no cumplir los demandados en el plazo indicado con las órdenes y obligaciones a las que serán condenados, serán procesados penalmente por el delito de desobediencia a la autoridad. Sin perjuicio de lo indicado en el punto inmediato anterior de esta petitoria, que en caso de que los demandados no cumplan con las órdenes y obligaciones a las que serán condenados, dentro del plazo indicado, se autoriza a la suscrita para que realice la demolición de la tapia construida por los accionados, realizando los trabajos necesarios, de manera tal que se haga cesar la perturbación de mis derechos reales, todo a costa de los demandados a quienes

además se les condenará al pago de los daños y perjuicios que ocasionen con su inercia. Que se les previene a los demandados abstenerse en lo sucesivo de perturbar en manera alguna mi derecho de posesión y propiedad sobre el inmueble y el derecho real de servidumbre constituido a favor de éste y en contra de su fundo. Que se condene a los demandados al pago de los daños y perjuicios causados. Dichos daños consisten en la eliminación por parte de los demandados de la cerca de árboles y poró y otras especies naturales, la cual era de mi propiedad y que fuera literalmente arrancada por los accionados. Estimo tales daños en la suma de doscientos cincuenta mil colones. Que se condena a los demandados al pago de ambas costas de este proceso.”

2°.- Los accionados por separado contestaron negativamente la demanda y opusieron las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa, y la expresión genérica de “sine actione agit”.

3°.- El Juez, Lic. Javier Víquez Herrera, en sentencia N°154-02, de las 15 horas 15 minutos del 29 de mayo del 2002, **resolvió:** “Se rechaza el incidente de hechos nuevos, como las excepciones opuestas contra este por ser abiertamente improcedentes a este tipo de proceso accesorio. Se acogen parcialmente las excepciones de Falta de Legitimación y Falta de Derecho, y sin lugar la de Falta de Interés Actual, comprensivas en la Genérica sine actione agit, opuestas por el **demandado 1**. Se declaran sin lugar las excepciones de falta de legitimación y falta de interés actual comprensivas en la Genérica sine actione agit, y parcialmente con lugar la de Falta de Derecho, opuestas por la **demandada 2**. Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR la presente DEMANDA ORDINARIA promovida por

la actora en contra del **demandado 1 y la demandada 2**, en cuanto a: 1) Se les ordena la demolición de la tapia o muro por ellos construido y es objeto de este proceso por representar un peligro para la actora y sus bienes, como también para su familia; 2) Se ha construido a favor de la finca de la actora, inscrita en el Registro Público de la Propiedad, Partido de Heredia, número [...], servidumbre de luces y vista, en contra de la finca inscrita en el Registro Público de la propiedad, Partido de Heredia, número [...], registrada a nombre de la **demandada 2**, cual se ejercerá por la zona donde está la ventana de la sala; 3) Para que los demandados demuelan el muro o tapia se les concede el término prudencial de un mes a partir de la firmeza de esta sentencia y los trabajos deberán de ser realizados procurando causarle a la actora y su propiedad la menor cantidad de molestias o inconvenientes; 4) De no cumplir los demandados en el plazo concedido para la demolición, se autoriza a la actora para que realice la demolición de la tapia construida por los demandados, realizando los trabajos necesarios, de manera tal que se haga cesar la perturbación de sus derechos reales, todo a costa de los demandados a quienes además se les condenará al pago de los daños y perjuicios que ocasionen con su inercia; 5) Se previene a los demandados abstenerse en lo sucesivo de perturbar en forma alguna el derecho de posesión y derecho real sobre la servidumbre constituida a favor de su fundo; 6) De no cumplir los demandados con lo indicado en el punto anterior, se les seguirá causa penal para que se investigue la comisión del delito de desobediencia a la autoridad. En cuanto a los extremos sobre los cuales no se hace pronunciamiento expreso, se tienen por denegados. Se condena a los demandados al pago de las costas personales y procesales de este juicio.”

4º.- Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior Civil de Heredia, integrado por los Jueces Henry Madrigal Cordero, Carmen Ma. Blanco Meléndez y Roberto J. Tánchez Bustamante, en sentencia N°191-01-2002 de las 9 horas 40 minutos del 9 de octubre del 2002; y, con voto salvado de la segunda, **dispuso:** “Por mayoría se admiten con el carácter de prueba para mejor resolver las diecisiete fotografías que aparecen entre folios 156 a 173 y, se REVOCA PARCIALMENTE la sentencia venida en apelación en los extremos donde declara con lugar la demanda contra **el demandado 1**, aceptándose en ese sentido la excepción de falta de legitimación ad causam pasiva, eximiendo de costas a la actora respecto de dicho codemandado; SE REVOCA en cuanto se constituye a favor del fundo de la actora una servidumbre de luz y vista y, donde se le previene a la demandada que se abstenga de perturbar en forma alguna ese derecho constituido a favor del fundo de la actora, bajo apercibimiento de seguirle causa penal. SE CONFIRMA en todo lo demás el fallo recurrido.”

5º.- Todos por separado formulan recurso de casación por el fondo. Alegan violación de los numerales 11, 21, 302, 312 378, 852, 860 del Código Civil; 221, 222 y 330 del Código Procesal Civil.

6º.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado González Camacho

salvo el considerando VIII que Redacta la Magistrada León Feoli

CONSIDERANDO

I.- Afirma la parte actora que es propietaria de la finca del Partido de Heredia, matrícula número [...], ubicada en el distrito quinto, Concepción, cantón

quinto, San Rafael. Colinda por el rumbo norte con el predio número [...] propiedad de la **demandada 2**. Tal lindero, indica, fue delimitado con una cerca natural de árboles de diversas especies ubicada en su propiedad. Agrega, que el padre de la **demandada 2**, señor **demandado 1**, arrancó dicha cerca, y en su lugar construyó una tapia, la cual cubrió una ventana de la sala de su casa, impidiéndole la visibilidad y la entrada de aire y luz, que venía disfrutando desde hacía 20 años. En virtud de lo anterior, formula el presente proceso, solicitando en lo fundamental: la restitución del área despojada con el levantamiento del muro, así como la destrucción de este último; la declaratoria de constitución de una servidumbre de luz y vista a favor de su propiedad y a cargo del fundo de la **demandada 2**; que se ordene la inmediata demolición del muro por ser una estructura peligrosa; la condena al pago de los daños, perjuicios y costas. Los codemandados contestaron negativamente y opusieron las defensas de falta de derecho así como la expresión genérica de *sine actione agit*. El **demandado 1** adujo además la de falta de legitimación ad causam pasiva. El **Juzgado** acogió parcialmente las excepciones de falta de legitimación y falta de derecho opuestas por **el demandado 1**; rechazó las de falta de legitimación y de interés actual, y declaró parcialmente con lugar la de falta de derecho opuesta por la **demandada 2**. Acogió de forma parcial la demanda, ordenó la demolición de la tapia; declaró la constitución de la servidumbre de luz y vista a favor del fundo de la actora y a cargo del terreno de **la demandada 2** y condenó a la parte demandada al pago de las costas personales y procesales. Ante apelación formulada por ambas partes, la mayoría del **Tribunal** revocó la sentencia en los siguientes términos: acogió la excepción de falta de legitimación ad causam

pasiva interpuesta por **el demandado 1**, eximió de costas a la actora respecto del **demandado 1**, rechazó la existencia de la servidumbre y confirmó el fallo en todo lo demás. Inconformes con lo resuelto, tanto la parte demandada, **la demandada 2 y demandado 1**, como la parte **actora**, formulan recurso de casación por razones de fondo.

RECURSO DE CASACIÓN DE LA ACTORA

II.- Reclama violación directa de los artículos 378, 852 y 860 todos del Código Civil, así como el quebranto indirecto por errores en la apreciación de prueba testimonial y de un reconocimiento judicial, con el consecuente atropello de los numerales antes mencionados. Los cargos planteados se reformulan de la siguiente manera. **Primero**, acusa infracción de los numerales 378 y 860 del Código Civil. Al respecto, refiere, quedó demostrado que la ventana de la sala de su casa que da al predio de los demandados, tiene más de 20 años de haberse construido, a una altura de aproximadamente un metro del suelo y a menos de un metro del lindero de ambas propiedades, por lo que a través de ella ha recibido iluminación, ventilación y vista, las cuales ha perdido. Pese a esto, indica, el fallo se niega a reconocer y a declarar que se ha establecido una servidumbre a favor de su propiedad. Agrega que al tratarse de una servidumbre continua y aparente, de acuerdo al numeral 378 de la normativa civil, puede constituirse por el simple uso del uno y paciencia del otro, lo cual equivale a la prescripción positiva. En su opinión, los Juzgadores se equivocaron al no aplicar esas normas, negando la existencia de la servidumbre. **Segundo**, reclama el quebranto del artículo 852 del mismo Código Civil. Estima que el Tribunal le negó su derecho a solicitar en el proceso el reconocimiento de la

servidumbre que adquirió por prescripción, y su respectiva matrícula en el Registro.

Tercero, manifiesta que los testimonios de **M., I., M.A. y M.M.**, *la contestación de los demandados y el reconocimiento judicial*, demuestran que ella construyó su casa hace más de 20 años y, desde entonces, la sala tiene una ventana que se encuentra a menos de un metro de la colindancia con la propiedad de la **demandada 2**, ahora obstruida con la construcción del muro. Reconoce que la ventana se hizo a una distancia del lindero menor a la que la ley permite, pero que esa situación irregular o anómala por su condición de continua y aparente, se ha consolidado por el transcurso del tiempo como una servidumbre continua y aparente de luz, aireación, ventilación y vista, según dispone el numeral 378 del Código Civil, las cuales, en situaciones similares, han sido aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia que en parte cita. Insiste en el quebranto a los artículos 378, 852 y 860 del Código Civil. En punto al ordinal 378, menciona, las servidumbres continuas y aparentes, nacen por el simple uso de uno y la paciencia del otro durante el tiempo necesario para que opere la prescripción adquisitiva. Ese tiempo, aduce, es de 10 años según el artículo 860, el cual ha transcurrido sobradamente, ya que la ventana tiene más de 20 años. El “uso” ha consistido en el beneficio que le ha dado la luz, ventilación y vista que recibe del fundo de los demandados; “la paciencia del otro”, se da al no haber interpuesto en ese período ninguna acción judicial en la que se solicite el cierre de esa ventana irregular. Agrega, que para la defensa de su predio respecto de la constitución de posibles gravámenes de servidumbres continuas y aparentes, el propietario está obligado a oponer la acción nugatoria antes del término de la prescripción, circunstancia que nunca se dio. Lo único que consta en autos, señala, es una

supuesta notificación de la Municipalidad de San Rafael para el cierre de la ventana, la cual no tiene la virtud de evitar la constitución de la servidumbre, por varias razones: a) nunca la recibió, b) se refiere a otra ventana, c) es de fecha 6 de diciembre de 1999, para ese momento la ventana tenía 18 años de existir, d) es una comunicación hecha por un tercero no legitimado para interrumpir el plazo de prescripción. De lo anterior concluye, que si los demandados desean construir, deben hacerlo a una distancia no menor de 3 metros. Agrega, que conforme a la tesis del Tribunal, la constitución de la servidumbre choca con el derecho a la intimidad de las personas, infringiendo disposiciones del Código Civil, de las que no puede alegarse desuso ni práctica en contrario. Sin embargo, menciona, los demandados tuvieron 10 años para proteger su derecho a la intimidad y privacidad, de modo que si no lo hicieron, deben soportar el derecho real constituido a favor del predio dominante, sin que puedan alegar menoscabo de su derecho. Censura la decisión del ad-quem, porque parte de que el numeral 385 del Código Civil hace inaplicable el instituto de la constitución por prescripción de servidumbres de vista, cuando se trata de la obligación a dar pega contenida en el artículo 401 ibídem. Tal interpretación en su criterio, es forzada y prácticamente derogaría el sistema de constitución de servidumbre consagrado en el ordenamiento jurídico nacional, consecuentemente, indica que debe declararse con lugar la demanda, como lo expresó el voto salvado.

III. De los autos se desprende que la mayoría del Tribunal consideró imposible la constitución de la servidumbre de luces y vista, toda vez que la ventana

construida por **la actora**, contravino lo dispuesto en el artículo 407 del Código Civil, que en su literalidad señala:

“No pueden abrirse ventanas ni balcones que den vista a las habitaciones, patios o corrales del predio vecino, a menos que intervenga una distancia de tres metros”.

Con ese fundamento, reforzado por lo establecido en el ordinal 406 del mismo cuerpo normativo (según el cual “El dueño de pared divisoria no medianera puede abrir ventanas y claraboyas, con tal que estén guarnecidas por rejas de hierro y de una red de alambre, y que disten del piso de la vivienda a la que se quiere dar luz, dos metros y medio a lo menos”), estima prioritaria la tutela del derecho a la intimidad de las personas, “...que viene a ser un derecho universal y de un mayor valor” por sobre el de vista, cuya constitución reclama a través de la demanda por vía de la prescripción adquisitiva. A todo lo expuesto, el ad-quem agrega que la pretensión de constituir la servidumbre para que una persona mire a la casa, patio, etc. del vecino, atropella la Convención Americana de los Derechos Humanos, pues en su artículo 11.2 se dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia. De modo que, insisten los jueces en el voto de mayoría, “...permitirle a una persona que dirija sus miradas al patio del vecino, es una intromisión arbitraria o abusiva en su vida privada, además de la molestia que esa situación puede provocar”. En esa misma línea de razonamiento, añaden que de la relación de los artículos 385 y 401 del Código Civil, ningún propietario puede adquirir servidumbre de vistas y luces por usucapión, pues “... ello se opone a la prescripción especial que obliga sin restricción alguna de

tiempo a permitir pega a la edificación vecina. Y a nada conduciría la servidumbre, si en cualquier tiempo, el vecino puede exigirle esa pega, obstruyendo su luz o vista”. (El subrayado figura en el original). Finalizan diciendo que no es lógico ni legal, permitir mediante la usucapión, que una persona dirija sus miradas a través de ventanas al patio del vecino, sin que el propietario afectado directamente en su intimidad, pueda construir una tapia, muro etc. que restrinja la visibilidad y el ruido de los demás. Se trataría de una limitación no establecida por ley, por ende, violatoria del derecho de propiedad, “...lo cual iría en contra del artículo 45 de la Constitución Política”.

IV. Ninguno de estos argumentos, que sirvieron de base para sustentar el voto de mayoría, fueron combatidos en debida forma por la actora. Ésta no alegó el quebranto de los artículos del Código Civil que han constituido el fundamento jurídico de la decisión arribada. Tan sólo se limitó a exponer las normas con las cuales, a su criterio, procedía la usucapión del derecho real de servidumbre de luces y vista, propiamente, los artículos 378, 852 y 860 del Código Civil. Sin embargo, ello es insuficiente para pretender quebrar el fallo, pues si éste se asienta sobre el análisis y aplicación de las otras normas, también debieron ser objeto de censura, mediante la invocación de cargos concretos que justifiquen su interpretación o aplicación indebida, expuestos con la claridad y precisión exigida por los artículos 596 y 597 del Código Procesal Civil. Ya ilustres estudiosos de la casación civil se han pronunciado sobre esta exigencia, así, por ejemplo, Humberto Murcia Ballen (Recurso de Casación Civil, Tercera Edición, Librería El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983, p.303) ha expuesto: “... *en no pocos casos la inaplicación de una norma viene*

hermanada con la aplicación indebida de otra u otras: en ellos es preciso, para que quede suficientemente integrada la indispensable proposición jurídica, acusar el fallo, en el mismo cargo, por falta de aplicación de las normas no aplicadas y por aplicación indebida de las que se hicieron actuar a cambio de las primeras”; criterio por demás que en forma reiterada ha sostenido esta Sala. Así las cosas, este órgano colegiado ha indicado que

“... cuando se invoca una violación directa, además de citarse la normativa que se considera infringida, debe señalarse con precisión y claridad en qué consiste el quebranto conforme a lo establecido en el párrafo segundo de los artículos 596 y 597, ambos del Código Procesal Civil. Si bien el numeral 594 inciso 1) ibídem no señala las formas en que puede producirse este tipo de infracción, por vía jurisprudencial se ha establecido que ello ocurre cuando se irrespeta una ley, se aplica indebidamente o en forma equivocada. Así, el Juez incurre en ese yerro cuando no aplica la ley que corresponde, resuelve en contra de lo que ésta dispone o no acata lo que ésta manda, o bien cuando se apoya en una norma no aplicable al caso. El error no estriba en los hechos, sino en la aplicación de la norma jurídica, o en su contenido y alcance cuando, tratando de desentrañarla por falta de claridad, le da un contenido diferente o inadecuado. En cualesquiera de estos supuestos, el casacionista está obligado a identificar el vicio y explicar en qué consiste para que la Sala pueda atenderlo. Véase, entre otras, las

sentencias de esta Sala N° 331 de las 14 horas 15 minutos del 23 de abril, N° 398 de las 15 horas 10 minutos del 16 de mayo y N° 591 de las 17 horas del 31 de julio, todas del 2002". Entonces, cuando se alegue el quebranto directo de la ley deberá concretarse como se produce el mismo. La parte recurrente se limitó a señalar la supuesta inaplicación de ese canon 33, porque estima un tratamiento disímil dado a la contraparte y a ella, por parte del Tribunal, en su detrimento. Pero, a partir del requisito de especificación impuesto por la ley, si se está acusando la falta de empleo de un precepto legal, quiere decir que se considera aplicada de manera indebida la normativa utilizada por el Tribunal para arribar a su decisión. En consecuencia, si se viola la ley por obviar un precepto determinado, simultáneamente también se la estaría infringiendo por aplicar un numeral en forma incorrecta, el cual suplanta a aquel estimado como pertinente al caso. Entonces, resulta imprescindible también citar esa norma mal aplicada y exponer las razones por las cuales se le considera así. Ello fue incumplido por los codemandados, quienes no hicieron mención directa del articulado legal bajo el cual se amparó el ad quem, a fin de explicar por qué fue mal utilizado por éste. ..." (Sentencias No. 296 de las 11 horas 15 minutos del 28 de mayo del 2003 y 364-F-2004, de las 10 horas 40 minutos del 26 de mayo del 2004).

Dentro de este enfoque, y sólo a manera de ejemplo, se omitió la cita de los artículos 406 y 407 del Código Civil, base fundamental de todo el fallo impugnado, pues sobre ellos gira la tesis jurídica sostenida por la mayoría del Tribunal. De esta manera, la insalvable deficiencia descrita que presenta el recurso en este sentido, impone su rechazo por informal.

V.- No obstante lo anterior, a mayor abundamiento de razones, vale indicar lo siguiente. En el presente caso, la actora pretende que se constituya una limitación a la propiedad de la **demandada 2**, como lo es la servidumbre de luz y vista, la que aduce haber adquirido mediante prescripción positiva, al ostentar una posesión más que decenal (artículos 378, 852 y 806 del Código Civil), por lo que estima el Tribunal se equivocó al negarle ese derecho. Al respecto es menester señalar, que la aceptación de la servidumbre requerida implica una restricción al derecho de propiedad de **la demandada 2**, pues se le impediría disponer de cierta área de su terreno, para que el predio de la actora pueda disfrutar de tal beneficio. Sin embargo, del cuadro fáctico establecido por los Juzgadores de instancia, se obtiene que hubo infracción de los numerales 406 y 407 del Código Civil, al haberse construido la ventana con vista al predio vecino a una distancia inferior a los 3 metros. En efecto, el hecho cuarto de su demanda, al referirse a ese punto, expresó *“La pared Norte de esa casa fue **levantada a una distancia de alrededor de un metro, respecto de la colindancia por ese mismo rumbo, siendo que en dicha pared fue abierta una ventana de aproximadamente un metro treinta centímetros de ancho por un metro veintidós centímetros de alto, al cual desde entonces quedó con vista directa hacia la finca de la **demandada 2**.”*** (folio 3 vuelto) Esa situación se

tuvo por acreditada en el elenco de hechos probados de la sentencia de primera instancia al establecerse “f) *Dicha ventana se encuentra a aproximadamente noventa centímetros de la tapia levantada por los demandados y a una altura de un metro quince centímetros del suelo*” (folio 237 vuelto), y posteriormente, fue avalado por el Tribunal. Bajo esa relación de hechos, resulta inaceptable, derivar o constituir un derecho sobre la base de una situación fáctica violatoria del Ordenamiento Jurídico. Conviene resaltar que en esta etapa de nuestra evolución jurídico política, puede considerarse superado el concepto absoluto de propiedad privada, que hace de aquél un derecho irrestricto, exclusivo y perpetuo. La concepción filosófica que de ella brinda la Constitución, trasciende desde luego el concepto liberal acuñado de manera constante por la evolución constitucional patria, influenciada al respecto por las ideas de la posrevolución francesa (que para aquella época se plasmaron incluso de manera expresa en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789), para dar paso a un concepto heterogéneo en el que confluyen diferentes corrientes ideológicas que hacen de la propiedad un “derecho función”. En efecto, aquella noción de un propietario omnímodo, sin miramiento, ni respeto del derecho ajeno, expresada por los antiguos en la vieja noción de un dominio extensivo desde el confín de los cielos hasta el confín de los infiernos (*usque ad inferna, usque ad coela*), ha dejado de tener vigencia en un sistema colectivo en el que la interrelación de los individuos obliga, por razonabilidad básica, a la delimitación de lo propio, siempre dentro del contexto de la colectividad, de la que en no pocas oportunidades se sirve para la satisfacción de sus necesidades elementales. Es así como el numeral 45 de la Norma Suprema

nacional, califica la propiedad de inviolable y pasa luego a conjuntarla, de manera en todo armónica, con la expropiación fundada en intereses públicos superiores, así como en las limitaciones arraigadas en la satisfacción de necesidades colectivas, que garanticen un medio de vida sano y equilibrado para los actuales y futuros habitantes del territorio. De esta forma, la noción de propiedad se amalgama de manera plena y perfecta con el derecho constitucional al medio ambiente, que con igual intensidad y jerarquía, proclama el cuerpo constitucional en su precepto 50. Por ello no es difícil inferir la regulación urbanística como intermedia entre propiedad y ambiente, pues al fin y al cabo, es el anverso gris, ordenatorio y edificativo de esta última materia. Ambiente y urbanismo se constituyen así en áreas del Derecho que con su rol limitante, delimitan el contorno preciso del derecho de propiedad, es decir, su contenido esencial. Surgen de esta forma, las limitaciones a la propiedad autorizadas en la propia Constitución, que por generales y expresas requieren de la aprobación legislativa calificada, y están siempre condicionadas por el uso natural del bien y su valor económico de mercado, pues de no ser así, en vez de limitación hay expropiación. Su vocación para la satisfacción de intereses colectivos o generales, ha justificado la negativa indemnizatoria en la restricción producida, pues al fin y al cabo ha sido aprobada por todos (o por una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa) para la satisfacción de todos. En ese sentido, se convierten en un elemento imprescindible para la convivencia en sociedad. Dentro de este marco referencial se ubican las limitaciones establecidas en lo relativo a la construcción de ventanas contiguo a inmueble vecino, previstas en los artículos 406 y 407 de nuestra normativa civil, que devienen, como es obvio, no de un origen directamente

convencional sino por disposición directa, expresa e imperativa de la propia ley. Son por tanto, limitaciones ex lege que están fuera del ámbito de los derechos disponibles del particular y en esa medida, irrenunciables, ya sea de forma expresa o tácita. Así las cosas, no cabe imponer derechos por prescripción positiva en infracción de una prohibición absoluta que sobrepasa el interés individual para radicarse en el seno del conjunto de los intereses individuales, lo que permite afirmar que no es posible la constitución de servidumbres en circunstancias fácticas violatorias del Ordenamiento Jurídico, pues la misma ley no puede cohonestar la constitución de derechos sobre la base de conductas expresamente prohibidas por razones de un interés público superior. La tesis tradicional de la servidumbre que en este sentido se ha impuesto por vía jurisprudencial (a manera de ejemplo, puede verse el voto de esta Sala, N° 275-F-00 de las 16:05 hrs. del 14 de abril del 2000; así como el de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo. N° 179-99, de las 15:10 hrs. del 31 de mayo de 1999; del Tribunal Segundo Civil. Sección Primera. N° 278 de las 9:00 hrs. del 22 de noviembre de 1996 y del Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. N° 699 de 9:15 hrs. del 23 de diciembre de 1991; N° 315 de 9:10 hrs. del 11 de julio de 1991 y la N° 299 de 9:25 hrs. del 14 de junio de 1993), beneficia y premia a quien infringe la ley, pues jurídicamente construye y autoriza un derecho fundado en la ilegalidad flagrante, como si se tratase de un derecho subjetivo por renuncia, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuando lo cierto es, como se ha dicho, que frente a prohibiciones absolutas, arraigadas en intereses públicos superiores y en el beneficio colectivo (dentro de él, el de la vecindad), no existe la plena disponibilidad de derechos, a consecuencia, precisamente, de la limitación establecida de manera

expresa por la ley. Pero a más de lo dicho, analizado el fenómeno desde una perspectiva individual, cabe agregar que la limitación de comentario paradójicamente se revierte en un mejor uso y disfrute del derecho de propiedad particular, en cuanto inhabilita acciones indebidas que atentan contra su contenido esencial y contra algunos derechos fundamentales de igual nivel y raigambre, asentados incluso en la circunferencia infranqueable del ser humano, como es el caso de la intimidad, la paz social, la tranquilidad, etc. Lo contrario llevaría al contrasentido de la afectación al propietario que se ve obligado a retirar su edificación dentro de su propio inmueble, por respeto a un derecho de tercero engendrado en la antijuricidad, es decir, que se vería afectado, como propietario del fondo sirviente, él sí, a una limitación a su derecho de propiedad. Por contra, con la tesis ahora sostenida en este giro jurisprudencial, no sólo se protege la función colectiva y urbanística de nuestro derecho de propiedad, sino su individualidad misma. No en vano, el contenido de los artículos 292 y 383 del propio Código Civil, que con ajuste pleno a lo anteriormente expuesto disponen:

*Artículo 292.- “Los derechos de transformación y enajenación son inherentes a la propiedad y ningún propietario puede ser obligado a transformar o no transformar, a enajenar o no enajenar, **sino en los casos y en la forma que la ley lo disponga**”*

*Artículo 383.- “La propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas u obligaciones que **la ley impone a favor de los predios vecinos, por motivos de utilidad pública.**”(el destacado no es del original)*

Las disposiciones civiles son claras, sólo por ley o norma superior (calificada, debe añadirse), se pueden establecer cargas u obligaciones **públicas** e **imperativas** a favor de predios vecinos, siempre y cuando estén fundamentadas en motivos de utilidad pública. Lo que significa que el propietario puede transformar o enajenar su inmueble como a bien tenga, con la salvedad de las obligaciones y límites impuestos por la ley. En el caso bajo examen, ha de reiterarse, no existe en las normas legales carga u obligación para el predio de la demandada, ni mucho menos, motivo de utilidad pública. Por el contrario, sí opera para la actora una prohibición absoluta por expresa disposición legal, que no se puede contrariar, sobre la base de una supuesta servidumbre adquirida por usucapión, ya que, ha de reiterarse por enésima vez, no cabe la constitución de una servidumbre cuando infrinja una norma legal prohibitiva y de orden público, tal y como ocurre de manera incuestionable en el presente caso. Frente a esto, podría argüirse el equivocado argumento de que *“toda servidumbre se constituye sobre la base de la ilegalidad”*; afirmación que por contundente produce el espejismo de una verdad inmutable, basada en una especie fáctica que arroja el nacimiento de una carga sobre el fundo de tercero (y por ende, a contrapelo de los derechos de éste), sin consentimiento ni indemnización, las más de las veces, por el sólo hecho del transcurso del tiempo (al menos en lo que a las extraconvencionales se refiere). No obstante, hay que advertir que se trata de una tergiversación lamentable del instituto, pues toda servidumbre, para serlo, ha de estar constituida por autorización y con sujeción al Ordenamiento Jurídico. En efecto, no habría servidumbre sin norma legal que la autorice (aún sea de forma genérica) y sin ajuste pleno al régimen jurídico preexistente (lo que incluye el respeto absoluto a las

prohibiciones expresas de orden legal). La confusión del argumento indicado, opera por desenfoque en el análisis, pues lo que en verdad ocurre frente al supuesto de la servidumbre extraconvencional, es la protección bajo determinados requisitos, de una circunstancia fáctica como carga en un bien de tercero, por autorización expresa y previa del propio Ordenamiento Jurídico, y desde luego, siempre restringida por la barrera infranqueable de las prohibiciones dispuestas por el mismo régimen de Derecho. Parece una obviedad decir que el sistema Jurídico como tal, no puede permitir la constitución de derechos basados en la infracción de reglas prohibitivas superiores (que lo son por estar fundadas en razones de interés y necesidad colectivas), de las cuales el propio régimen no las ha excepcionado.

RECURSO DE CASACIÓN DE LA DEMANDADA 2

VI.- Su inconformidad radica en dos cargos que de seguido se exponen. **Primero**, acusa la existencia de error de hecho y derecho en la apreciación del **dictamen pericial** realizado por la Ingeniera Ana María Solano Vindas fechado 18 de junio del 2001 y del **reconocimiento judicial** (folio 121). Con la consecuente infracción de los artículos 330 del Código Procesal Civil al no hacer el Tribunal una valoración conjunta de los medios probatorios según las reglas de la sana crítica; 11, 21, 302, 312 del Código Civil. Atinente a la prueba pericial, indica que el Tribunal hizo una lectura parcial, pues omitió aspectos importantes, como lo son: a) que la actora *“realizó un corte de terreno (...) bajando el nivel original de la tierra para la construcción de la acera”*, b) *“cada propietario debe construir, dentro de su propiedad una estructura o muro que le permita sustituir la resistencia del terreno*

eliminado o en su defecto, soportar la nueva carga.” (folios 831-832). Sobre el reconocimiento judicial, manifiesta que en él se indicó *“el muro se nota un poco falseado e irregular, sin refuerzo suficiente aún cuando hay varias varillas.”*(folio 832). A su juicio, si el Tribunal hubiese analizado esas probanzas de manera conjunta conforme a las reglas de la sana crítica, debió concluir que la actora contribuyó en parte a la inseguridad del muro al realizar la excavación. Agrega, que los Juzgadores se equivocaron al negar ese hecho evidente y al permitirle a la actora, pese haber actuado de mala fe (artículo 21 del Código Civil), sacar provecho de su propio dolo, al ordenarse la demolición sin considerar la posibilidad de refuerzo. Por otra parte, reprocha al ad-quem haber aceptado lo dicho en el dictamen pericial sobre la falta de cimentación absoluta del muro. Manifiesta que el método utilizado en ese peritaje, no permite arribar a tal conclusión con plena certeza. Considera que el fallo del Tribunal lesiona su derecho a cerrar su propiedad (artículo 302 del Código Civil); y niega una solución equitativa como lo es el refuerzo del muro (artículos 11 y 312 ibídem), con el pago correspondiente de los daños y perjuicios causados, siempre que su origen no sea la excavación realizada por la actora. Como **segundo** agravio, combate la condenatoria en costas, solicita su exoneración de conformidad con el artículo 222 del Código Procesal Civil al haberse acogido parcialmente la demanda.

VII.- En punto al primer reproche, la recurrente acusa simultáneamente error de hecho y de derecho en la ponderación de dos elementos probatorios, sin embargo, de su argumento se colige que se trata propiamente de un error de derecho con el consecuente quebranto a las reglas de la sana crítica. De las

pruebas que aduce mal valoradas no es posible deducir, como señala la recurrente, que la actora hubiese contribuido a la inseguridad del muro. Lo que si se desprende de dichas probanzas, es la inestabilidad de la tapia, basta para ello la lectura del dictamen pericial donde se arriba a la siguiente conclusión: *“En ambas excavaciones se llegó al final de las hiladas de bloques sin encontrar cimiento alguno(...) Por lo tanto, dicha estructura es totalmente insegura y debe demolerse”*. (folio 148) Tal posición es reafirmada por el reconocimiento judicial, pues en él se establece: *“El muro se nota un poco falseado e irregular, sin refuerzo suficiente...”* (folio 121). En virtud de lo expuesto, lo pertinente para proteger a las personas y a las cosas, es ordenar la destrucción de lo edificado, como bien lo hizo el Tribunal, al amparo de los ordinales 311 y 312 del Código Civil. Cabe resaltar en este asunto, que la orden de destrucción no se sustentó en una restricción al uso de la propiedad de la recurrente, porque no se le impide cerrar su predio, sino se le obliga a que lo haga por medios seguros; en este caso la tapia resultó insegura y de ahí se impone su derribo. Sobre los cuestionamientos hechos por la casacionista al dictamen pericial, en punto al método utilizado para determinar la falta de cimentación del muro, conviene resaltar lo siguiente: la recurrente en escrito fechado 9 de octubre del 2001 solicitó la ampliación de esa pericia para aclarar dicho extremo (folio 177). En resolución de las 10 horas 20 minutos del 29 de noviembre del 2001, el Juez Civil de Mayor Cuantía de Heredia le ordenó a la demandada cancelar la mitad de los honorarios del perito, en virtud de no haber solicitado en su oportunidad esa prueba y pretender luego que se ampliara (folio 178). Posteriormente, en resolución de las 10 horas 18 minutos del 18 de febrero del 2002, se prescindió de lo peticionado al no

depositar la demandada los honorarios (folio 187). Así las cosas, al incumplir la recurrente la prevención formulada por el Juez Civil de Heredia, se conformó con la pericia, razón por la cual no puede pretender en esta sede desvirtuarla. En razón de lo expuesto, corresponde desestimar el agravio.

VIII.- Referente al extremo de costas, la mayoría de los integrantes de esta Sala, mantiene el criterio que, en forma unánime, se sostuvo en reiteradas ocasiones (v.gr. sentencias Nos. 3 de las 14 horas 40 minutos del 6 de enero de 1995 y 8 de las 14 horas 40 minutos del 29 de enero de 1997), respecto a que la imposición de costas al vencido lo es por imperativo legal, de forma que no existe mérito para quebrar el fallo cuando el Juez lo que ha hecho, al disponer ese pago a cargo del perdedoso, es tan sólo dar aplicación al artículo 221 del Código Procesal Civil. Contrariamente, la exoneración constituye una facultad del juzgador, que puede darse ante supuestos concretos que determina la ley en el ordinal 222 ibídem. En este sentido, es cuando se hace un uso indebido de esa facultad, que podría, eventualmente, tener cabida el recurso de casación. La sentencia del Tribunal mantuvo el criterio del a-quo de condenar a la señora Ana Lucía Vargas Chaves quien de conformidad con las pretensiones planteadas resultó perdedosa en este asunto puesto que si bien no se declaró la constitución de la servidumbre de luz y vista, si se le obligó a la demolición de la tapia, lo que dice del sustento necesario para mantener la condenatoria. Por lo que corresponde rechazar el cargo.

RECURSO DE CASACIÓN DEL DEMANDADO 1

IX.- Formula un **único** cargo por violación directa de los artículos 221 y 222 del Código Procesal Civil; el primero por falta de aplicación y el segundo por

indebida aplicación. Alega que el Tribunal acogió la defensa de falta de legitimación ad causam pasiva, y declaró sin lugar la demanda en su contra, pero absolvió a la actora del pago de costas a su favor. Manifiesta que de conformidad con el artículo 221 del Código Procesal Civil, el vencido debe ser condenado al pago de costas, por lo cual estima que el ad quem yerra al exonerar a la actora del pago de aquéllas porque no se encuentra en ninguno de los supuestos de exención regulados por el numeral 222 ibídem.

X.- En reiteradas ocasiones se ha indicado que es por vía de excepción, conforme lo previsto en el artículo 222 del Código Procesal Civil que se puede eximir del pago de una o ambas costas, cuando: se ha litigado con evidente buena fe; la demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas; el fallo acoja solamente parte de las peticiones; admita defensas de importancia invocadas por quien resulte vencido, o exista vencimiento recíproco. En el caso bajo estudio, el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia en cuanto declaró con lugar la demanda contra **el demandado 1**, acogió la defensa de falta de legitimación ad causam pasiva, y eximió a la actora del pago de costas respecto de dicho codemandado (folios 315 - 316). Para ello consideró que “a pesar de que en los hechos probados se afirma que los demandados, construyeron una tapia lo cierto del caso, es que para los fines de hacer una reclamación por dicha construcción, la misma debe dirigirse contra el o la propietaria del inmueble, beneficiada con dicha edificación. Otra persona participante en dicha obra, no pasa de ser un tercero...” (folio 308). Sin embargo, olvidó el Tribunal indicar los motivos que tuvo para eximir del pago de costas a la actora respecto del **demandado 1**. En autos quedó

demostrado que el **demandado 1** no era el propietario del inmueble en el cual se construyó el muro, sino que se limitó a construir en él una tapia por encargo de la propietaria, la **demandada 2**, esto fue incluso aceptado por la actora en su demanda (folio 4). La ponderación de esos aspectos condujo a los Juzgadores a declarar sin lugar la demanda en lo que a él respecta; por ende, si no existió motivo para haberlo traído al proceso, no es posible justificar la buena fe de la actora. Existe entonces una violación por parte del Tribunal, al no imponer el pago de las costas personales y procesales a **la actora respecto del demandado 1**, quebrantando los artículos 221 y 222 del Código Procesal Civil. Por tal motivo, debe acogerse en este sentido el recurso incoado.

XI.- Por las razones dadas anteriormente, procede rechazar los recursos interpuestos por **la actora y la demandada 2**. El recurso planteado por el **demandado 1** ha de acogerse y en consecuencia, en lo que respecta a sus costas se anulará la sentencia del Tribunal, y resolviendo por el fondo se revocará la del Juzgado, para en su lugar condenar a la parte actora al pago de ese rubro al **demandado 1**.

POR TANTO

Se declaran sin lugar los recursos interpuestos por la **actora y la demandada 2** con las costas a cargo de cada una de las recurrentes. Se acoge el formulado por el **demandado 1**. En consecuencia, se anula la sentencia del Tribunal únicamente en cuanto eximió a la actora el pago de ambas costas a su favor.

Fallando sobre el fondo, se revoca la del Juzgado, y en su lugar, se condena a la **actora** a pagar ambas costas del proceso **al demandado 1**.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

Nota de los Magistrados González Camacho y Escoto Fernández.

Con absoluta independencia de lo resuelto sobre las costas en la presente litis, estimamos que la inaplicación de los preceptos que permiten la exoneración de ellas, podría infringir en algunos casos el Ordenamiento Jurídico y, en concreto, las normas que la autorizan, ya sea por error o una indebida apreciación de los jueces en el conflicto específico. En ese tanto, aunque se trate de una facultad, es lo cierto que no está inmune al control, pues su ejercicio u omisión, no es ni debe ser sinónimo de arbitrariedad, en tal caso, cometida por el propio Juzgador. Por ello, en este particular aspecto, consideramos que con la sola aplicación de la regla general del artículo 221 del Código Procesal Civil (condenatoria al vencido al pago de ambas

costas), no se cierran las puertas al recurso de casación, pues por el contrario, es admisible (siempre y cuando se cumplan los requisitos de ley) por un eventual vicio omisivo en la aplicación de la norma legal (artículo 222 del Código de Rito). De esta forma, aunque compartimos la condenatoria en costas efectuada en este caso, es lo cierto que estimamos admisible para el análisis de fondo el cuestionamiento que realiza la **demandada 2** y no como se indica en el considerando VIII del fallo, en el que se rechaza ad portas.

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

Rec: 830-02
gdc.