

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA EXTENSIÓN MENOS GRAVOSA DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN
ÁREAS URBANAS”**

TESIS

PRESENTADA POR:

SANDRA STHEYSI RAMOS FIGUEROA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO - PERÚ

2016



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

“LA EXTENSION MENOS GRAVOSA DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN
ÁREAS URBANAS”

PRESENTADA POR:

BACH. SANDRA STHEYSI RAMOS FIGUEROA

A la Coordinación de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de
la Universidad Nacional del Altiplano - Puno, para optar el Título Profesional de:

ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACION: JUEVES, 24 DE NOVIEMBRE DEL 2016

APROBADA POR:

PRESIDENTE DEL JURADO :



Abog. PÉTER JESUS MANZANEDA CABALA

PRIMER MIEMBRO :



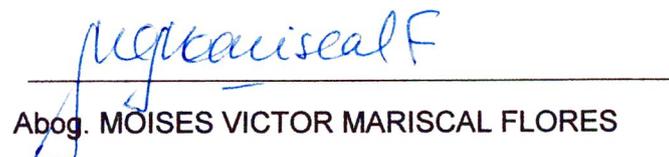
M.Sc. JHONI SHANG CASTILLA
COLQUEHUANCA

SEGUNDO MIEMBRO :



Abog. JUAN JOSE BARRIOS ESTRADA

DIRECTOR/ASESOR DE TESIS :



Abog. MOÍSES VICTOR MARISCAL FLORES

AREA: DERECHO PRIVADO

LINEAMIENTO: DERECHO CIVIL

TEMA: DERECHOS REALES

PUNO – PERU

2016

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico en especial a mi familia, los miembros que son parte fundamental dentro de estos años de preparación academia, de igual forma dedico a mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno, que formaron parte de lo que ahora soy y espero ser, una gran profesional de calidad.

Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar quiero agradecer a Dios, por estar ahí en todo momento de mi vida, y quien me da fuerzas, seguridad y convicción de seguir adelante.

MI familia, quienes dentro de mis años de preparación académica, he recibido el apoyo incondicional de los seres que forman parte mi existir sin los cuales no podría culminar mi preparación y los objetivos como profesional en la rama del derecho.

Al Doctor Moisés Víctor Mariscal Flores, quien no solo acepto ser el asesor y director de este trabajo de investigación, sino también por ser quien me impulso a seguir adelante con esta profesión; por ser mi inspiración, mentor y motivación de perseverancia, quien sin su apoyo continuo, con sus conocimientos, tiempo, y tolerancia no podría haber cumplido con esta meta trazada.

A todos los integrantes del Estudio Jurídico Mariscal & Galdos, tanto abogados y practicantes que lo conforman, por su apoyo constante y motivación hacia mi persona para mi formación y culminación de esta etapa universitaria.

A todos mis docentes, quienes sin su calidad, profesionalismo, y la aplicación estricta en cuanto a la enseñanza, no hubiera podido ser la profesional que ahora seré.

A Gian, por su apoyo incondicional, comprensión y tolerancia, en mi formación como profesional, así como, el respaldo brindado para lograr este trabajo de investigación.

INDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCION	18
I. DESCRIPCION DEL PROBLEMA	20
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	20
1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA	25
1.3. ANTECEDENTES	25
1.4. HIPOTESIS.....	26
1.4.1. HIPOTESIS GENERAL:.....	26
1.4.2. HIPOTESIS ESPECIFICAS.....	27
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	27
1.5.1. OBJETIVO GENERAL.....	27
1.5.2. OBEJTIVOS ESPECIFICOS.....	27
1.6. JUSTIFICACION DEL ESTUDIO:	28
II. REVISION DE LITERATURA.....	30
2.1. CONCEPTOS PREVIOS.....	30
2.1.1. DERECHOS REALES	30
2.1.1.1. ELEMENTOS DE LOS DERECHOS REALES	32
2.1.1.2. MODOS GENERALES DE ADQUISICION Y PERDIDA DE LOS DERECHOS REALES.....	35
2.1.2. DERECHO DE LA PROPIEDAD	35
2.1.2.1. EXTENSION DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD	37
2.1.2.2. MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.....	38

2.1.2.3.	DERECHOS DEL PROPIETARIO	39
2.1.2.4.	LIMITES DE LA PROPIEDAD	40
2.1.3.	MODALIDADES DE PROPIEDAD	45
2.1.3.1.	COPROPIEDAD	47
2.1.3.2.	PROPIEDAD HORIZONTAL.....	48
2.1.3.3.	USUFRUCTO	50
2.1.3.4.	SUPERFICIE	51
2.1.3.5.	ASPECTOS COMUNES	53
2.1.4.	OBJETO DE LOS DERECHOS REALES.....	54
2.1.5.	BIEN	56
2.1.6.	PREDIO	63
2.1.6.1.	DEFINICION LIMITADA DE PREDIO	65
2.1.6.2.	DEFINICION LEGAL DEL PREDIO	67
2.1.6.3.	DEFINICION FUNCIONAL DEL PREDIO	70
2.1.6.4.	COMPONENTES DEL PREDIO	75
2.1.6.5.	PREDIO Y UTILIDAD	83
2.1.6.6.	PREDIO Y EDIFICACION	90
2.2.	SERVIDUMBRE	98
2.2.1.	REFERENCIA HISTORICA.....	98
2.2.2.	DEFINICION	99
2.2.3.	DOCTRINA COMPARADA	101
a)	DOCTRINA EN ESPAÑOL	101
b)	DOCTRINA ITALIANA.....	104

c) POSICION PERUANA.....	105
2.2.4. NATURALEZA JURIDICA.....	106
2.2.5. CARACTERISTICAS	107
2.2.5.1. INSEPARABILIDAD.....	109
2.2.5.3. PERPETUIDAD	110
2.2.5.4. ACCESORIEDAD.-.....	112
2.2.5.5. DERECHO INMOBILIARIO.-.....	113
2.2.5.6. INDIVISIBILIDAD.-.....	115
2.2.5.7. INSEPARABILIDAD.-	116
2.2.5.8. PRESCRIPTIBILIDAD Y CADUCIDAD.-.....	117
2.2.5.9. EXCEPCIONALIDAD.....	119
2.2.5.10. UNILATERALIDAD.....	119
2.2.5.11. ONOROSIDAD O GRATUIDAD	119
2.2.5.12. AUTONOMA.....	120
2.2.6. ELEMENTOS	120
2.2.6.1. PREDIO SIRVIENTE.....	122
2.2.6.2. PREDIO DOMINANTE	122
2.2.7. POR LA NATURALEZA DE LOS PREDIOS	122
2.2.7.1. URBANAS	124
2.2.7.2. RUSTICAS.....	124
2.2.8. POR SU CONTENIDO.....	125
2.2.8.1. POSITIVAS.....	125

2.2.8.2.	NEGATIVAS	127
2.2.9.	POR EL EJERCICIO.....	127
2.2.9.1.	CONTINUAS.....	127
2.2.9.2.	DISCONTINUAS.....	128
2.2.10.	POR LAS EVIDENCIAS DE SU EXISTENCIA	129
2.2.10.1.	APARENTES.....	129
2.2.10.2.	NO APARENTES	130
2.2.11.	POR LA FORMA DE SU CONSTITUCION.....	130
2.2.11.1.	FORZOSAS O LEGALES.....	131
2.2.11.2.	VOLUNTARIAS	133
2.2.12.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTE EN LA SERVIDUMBRE.....	134
2.2.12.1.	TITULO CONSTITUTIVO	134
2.2.12.2.	DERECHOS DEL TITULAR DEL SIRVIENTE	136
2.2.12.3.	OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO DOMINANTE.....	140
2.2.12.4.	DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL PREDIO SIRVIENTE ...	142
2.2.12.5.	OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO SIRVIENTE	144
2.2.13.	SERVIDUMBRES LEGALES EN EL CODIGO CIVIL PERUANO .	145
2.2.13.1.	DEFINICION Y NATURALEZA JURIDICA	145
2.2.13.2.	CARACTERISTICAS DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES	146
2.2.13.2.1.	OBLIGATORIAS.....	146
2.2.13.2.2.	ONEROSAS	147

2.2.13.2.3. REALIZAN OBRAS	147
2.2.13.2.4. NO PUEDEN SER OBSTACULIZADAS	147
2.2.13.2.5. PERMANENTES O TEMPORALES	147
2.2.13.2.6. EL OBJETO DE LA SERVIDUMBRE NO PUEDE SER CONTRADECIBLE.....	148
2.2.13.3. CLASES DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES.....	148
2.2.13.3.1. SERVIDUMBRES LEGALES PÚBLICAS Y PRIVADAS	148
2.2.13.3.2. SERVIDUMBRES LEGALES DE ORIGEN CIVIL SERVIDUMBRE DE PASO	148
2.3. SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO.....	149
2.3.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.....	149
2.3.2. BREVE REFERENCIA HISTORICA	150
2.3.3. DEFINICION	152
2.3.4. REQUISITOS DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO	153
2.3.4.1. ENCLAVAMIENTO DEL PREDIO DOMINANTE	153
2.3.4.2. PAGO PREVIO O INDEMNIZACION	154
2.3.4.3. EXCEPCION.....	155
2.3.4.4. AMPLITUD.....	155
2.3.5. MODOS DE CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE	156
2.3.5.1. CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE POR LEY	156
2.3.5.2. CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE POR NEGOCIO JURIDICO 157	
2.3.5.3. CONSTITUCION POR PRESUNCION ESPECIAL DE LA LEY	157

2.3.5.4.	CONSTITUCION POR USUCAPION	158
2.3.6.	EXTINCION DE LA SERVIDUMBRE	158
2.3.6.1.	POR NEGOCIO JURIDICO	158
2.3.6.2.	POR EL NO USO	159
2.3.6.3.	POR ABANDONO DEL PREDIO SIRVIENTE	160
2.3.6.4.	CUANDO SE CONSTITUYA POR CIRCUNSTANCIA QUE CAUSA EXTINCION.....	160
III.	MATERIALES Y METODOS.....	168
IV.	RESULTADOS Y DISCUSION	173
	<i>A. RESULTADOS.....</i>	<i>173</i>
	1. Análisis e interpretación de la encuesta	173
	2. Estudios de Casos.	190
	<i>B. DISCUSION</i>	<i>198</i>
V.	CONCLUSIONES	216
VI.	RECOMENDACIONES	218
VII.	REFERENCIAS.....	220
VIII.	ANEXOS	226

INDICE DE FIGURAS

FIGURA Nº 1	66
FIGURA Nº 2	71
FIGURA Nº 4	73
FIGURA Nº 5	75
FIGURA Nº 6	76
FIGURA Nº 7	87
FIGURA Nº 8	92
FIGURA Nº 9	153
FIGURA Nº 10	192

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Concepto a la Servidumbre Legal de Paso	173
Tabla 2: Concepto por Gravamen de Servidumbre	175
Tabla 3: Interpretacion de la “Extension menos gravosa para el sirviente” ...	177
Tabla 4: Requisitos de la “Extension menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas”	179
Tabla 5: Derecho Subjetivo del Dominante	181
Tabla 6: Deber Juridico del Sirviente	183
Tabla 7: La “Extension Menos Gravosa” debe ser considerada en el Titulo Constitutivo	185
Tabla 8: Casos de Constitucion de Servidumbre legal de Paso	186
Tabla 9: Termino de Medidas	187
Tabla 10: Propuesta de materia Legislativa	189

INDICE DE ACRONIMOS

- 1) C^o. : Constitución.
- 2) CC: Código Civil.
- 3) CPC: Código de Procedimiento Civiles.
- 4) CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
- 5) CE. : Constitución Española.
- 6) D^o. : Derecho.
- 7) Gles: Generales.
- 8) G^o: Gobierno.
- 9) In-C^o. : inconstitucional.
- 10) INE: Instituto Nacional de Estadística.
- 11) LO. : Ley Orgánica.
- 12) M^o. : Ministerio ó Ministro
- 13) OC. : Órgano Colegiado.
- 14) OJ. : Ordenamiento Jurídico.
- 15) PJ: Poder Judicial
- 16) STC. : Sentencia Tribunal Constitucional.
- 17) STJ: Sentencia del Tribunal de Justicia
- 18) TC. : Tribunal Constitucional.
- 19) TS. : Tribunal Supremo
- 20) TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

RESUMEN

La Tesis denominada “*La extensión menos gravosa de la Servidumbre Legal de paso en áreas urbanas*”, se enfoca en un estudio riguroso de la *SERVIDUMBRE* como un gravamen impuesto en un predio para utilidad o beneficio de otro.

Siendo materia de investigación, la ambigüedad existente en el artículo 1043 del (Código Civil, 1984), toda vez que no se determina *la extensión menos gravosa de una Servidumbre Legal de Paso*; ya que toda duda sobre su existencia, su extensión y modo de ejercerla, se interpreta en el sentido menos gravoso para el sirviente, de tal manera que quien reclame derecho a una servidumbre debe acreditarla con el título correspondiente.

Siendo así, nace la interrogante: ¿Cómo se debería interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas?, ya que al desconocer cuanto es la extensión mínima del gravamen a imponerse en áreas urbanas, ocasionaría un posible abuso del derecho por parte del dominante al tratar de exigir más de lo que le corresponde otorgar el servidor, quien cede parte de su predio para la utilidad o beneficio del dominante; o, por el contrario sea el servidor quien considere dar menos de lo que se debería otorgar al dominante.

Por lo tanto, en el desarrollo de esta investigación se ha encontrado que los Profesionales en Derecho (Abogados), no poseen un nivel de conocimiento adecuado para poder realizar una debida interpretación y aplicación de la norma antes citada, encontrándonos con un vacío legal; y, poco estudiado, generando una multiplicidad de interpretaciones, ocasionando que las partes celebren constituciones de servidumbre legal de paso en áreas urbanas inadecuadamente, al no establecer los límites de derechos que tendrían y las dimensiones mínimas acorde a la realidad, planteando medidas judiciales, para que este conflicto sea resuelto, buscando que en dicha Sentencia en encuentre la solución más justa para ambas partes.

Y gracias a la investigación doctrinal y de campo que se ha desarrollado, se ha logrado alcanzar el principal objetivo, que es el Analizar cómo se debe interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas; así también, los objetivos específicos: a) Determinando hasta donde alcanza el derecho subjetivo, tanto del dominante como del servidor, al constituir una Servidumbre Legal de paso en áreas urbanas, b) Determinando la importancia de contar con una norma legal sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre de paso legal en áreas urbanas, y c) Proponiendo una interpretación jurídica acerca de la extensión menos gravosa que tiene una servidumbre legal de paso en áreas urbanas para ser tomada como propuesta legislativa o ser considerada para un estudio riguroso y tenga la calidad de precedente vinculante para su obligatorio cumplimiento y observancia debida por parte de los operadores del derecho.

Resultados que se lograron en base a un diseño o enfoque Mixto, con un tipo de investigación exploratorio, con la aplicación de los métodos de investigación, como la Exegesis, Sociológico, Interpretación y Estudio de Caso, logrando así desarrollar una propuesta legislativa que ayude a realizar una adecuada aplicación del artículo 1043 del Código Civil, para contribuir con el derecho y a la sociedad, evitando futuros procesos judiciales.

Palabras claves (Keywords): Servidumbre de Paso Legal, gravamen, predios urbanos, predio sirviente, predio dominante.

ABSTRACT

The Thesis, entitled "The Least Extenuated Extension of Lawful Easement of Transit in Urban Areas," focuses on a rigorous study of SERVIDUMBRE as a levy imposed on one property for utility or benefit to another.

As a matter of investigation, the ambiguity existing in article 1043 of the Civil Code, since it is not determined the less serious extent of a legal easement of passage; Since any doubt about its existence, its extent and way of exercising it, is interpreted in the least burdensome sense for the servant, so that whoever claims the right to an easement must prove it with the corresponding title.

Thus, the question arises: How should the less burdensome extension be interpreted and applied in a legal easement of passage in urban areas ?, since to ignore the minimum extent of the tax to be imposed in urban areas, would cause a possible abuse Of the right on the part of the dominant in trying to demand more than what it corresponds to grant the servant, who gives part of his property for the utility or benefit of the dominant; Or, on the contrary, it is the server who considers giving less than what should be given to the dominant.

Therefore, in the development of this research, it has been found that Law Professionals (Lawyers) do not possess an adequate level of knowledge to be able to perform a proper interpretation and application of the aforementioned norm, finding a legal vacuum; And, little studied, generating a multiplicity of interpretations, causing the parties to celebrate constitutions of legal easement of passage in urban areas inadequately, not establishing the limits of rights that would have and the minimum dimensions according to reality, raising judicial

measures, to That this conflict be solved, seeking that in the Judgment in finding the most just solution for both parties.

And thanks to the doctrinal and field research that has been developed, it has been possible to reach the main objective, which is to analyze how to interpret and apply the less burdensome extension in a legal easement of passage in urban areas; As well as the specific objectives: a) Determining the extent to which the subjective right, both the dominant and the server, by establishing a legal easement of passage in urban areas, b) Determining the importance of having a legal rule on the extent less And (c) Proposing a legal interpretation of the less burdensome extension of a legal easement of passage in urban areas to be taken as a legislative proposal or to be considered for a rigorous study and to have the quality Binding precedent for its mandatory compliance and due observance by the operators of the law.

Results that were achieved based on a mixed design or approach, with a type of exploratory research, with the application of research methods, such as Exegesis, Sociology, Interpretation and Case Study, thus achieving a legislative proposal to help The better interpretation and application of article 1043 of the Civil Code, to contribute to the law and society, avoiding future legal proceedings.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación jurídica, desarrollará una figura real, como es la Servidumbres, que es señalada como *“Una de las materias más interesantes y, a la par, más complejas, por cuanto, su dificultad radica fundamentalmente en la diversidad de conceptos doctrinales y legales que de la misma se han dado, y en la multiplicidad de aplicaciones del concepto mismo. Mientras en algunos Códigos y en algunos tratados doctrinales se da de este derecho un concepto estricto que deja fuera de campo de manifestaciones jurídico – reales, en otros se da un concepto tan amplio que permite calificar de servidumbres cualquier derecho que recaiga sobre un inmueble, o cualquier limitación de su propiedad no enmarcados de un modo claro en alguno de los moldes legales de derechos reales preestablecidos”* (FERNÁNDEZ, 1956), es por ello y para contribuir con el correcto desarrollo de la aplicación normativa es necesaria una correcta interpretación que vaya acorde a la realidad social que se presenta.

Siendo materia de investigación el artículo 1043 del (Código Civil, 1984), investigación que se ha desarrollado de acuerdo a una investigación doctrinaria y de campo. Donde se ha observado el criterio que tienen los abogados, acerca de la Servidumbre Legal de Paso y la determinación de la extensión menos gravosa que se debe tener en cuenta en su Título Constitutivo, ya sea de manera voluntaria (Escritura Pública) o Judicial (Sentencia Judicial), llegando a la conclusión que se necesita una propuesta legislativa que ayude a tener una mejor comprensión e interpretación del artículo 1043 del (Código Civil, 1984), y así evitar que las partes intervinientes formulen

futuras acciones judiciales, además de garantizar el deber jurídico que tiene el sirviente y el derecho subjetivo del dominante.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo siguiente: Un marco Teórico: Conceptos previos de los Derechos reales, modalidades adquirir el derecho de propiedad, relacionandolo con algunos aspectos comunes, definiciones de bien, el predio, la Servidumbre, sus características, elementos, Servidumbre legal de paso, sus modos de constitucion, derechos y obligaciones tanto del sirviente como del dominante, para finalizar con el desarrollo de la extinción de la Servidumbre.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, luego se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas y casuística. Para así realizar la discusión con la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis, criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustentan la propuesta legislativa. Finalizando con las conclusiones y recomendaciones.

I. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para determinar el planteamiento del problema, considero primero señalar la verdadera importancia que tiene el derecho real como es la servidumbre, en el aspecto de la realidad económica, es decir, cuales son las necesidades y utilidades por las que se hace una mayor aplicación de las servidumbres en nuestra sociedad.

En otras palabras, a una persona natural (familias) o personas jurídicas (inversionistas), qué de utilidad podrían sacar al conocer sobre la extensión menos gravosa en una Servidumbre Legal de paso en áreas urbanas, ya sea el propósito de tener una vivienda privada; o, construir un centro comercial, un complejo de viviendas, etc.; nuestro ordenamiento jurídico peruano, desarrolla dos opciones claras en cuanto a su necesidad y utilidad se refiere: I) Tener salida a camino público, un predio encerrado entre otros; o, II) Tener mayor comodidad así como su incremento económico (ALBALADEJO, 2009, pág. 119), por tanto se trata de un único propósito, el de otorgar un beneficio al propietario que tiene un predio encerrado a costa del propietario de predio con acceso a la calle.

Por otro lado, la adquisición de un inmueble lleva implícito un riesgo inherente que es la posibilidad de que el predio de éste varíe significativamente durante el largo tiempo en el que se va a explotar ya sea una vivienda o un negocio.

Es así que, como se ha señalado, un problema relevante, y que tiene mucha relación con el tema del precio, es la creciente escasez de terrenos atractivos en las áreas urbanas de las ciudades importantes. Adicionalmente, en los terrenos atractivos para la explotación de centros comerciales, así como, el de

constituir una familia con una vivienda cerca a todas sus actividades de desarrollo en cumplimiento a sus necesidades, ante ello, se suele producir la circunstancia peculiar de que los propietarios son en la mayoría de los casos personas no mercantiles, cuyo interés no necesariamente es la transferencia definitiva del inmueble, bien porque se trata de personas particulares, asociaciones, fundaciones, etc. (PUIG BRUTAU, 1973, pág. 152), o, porque se trata de entidades estatales para las que vender un inmueble implicaría un conjunto de trámites administrativos e incluso un costo político (MEJORA CHAUCA, 2005, pág. 02).

Así también aparecen circunstancias en las que dichos propietarios decidan al paso del tiempo vender, arrendar, usufructuar, etc. sus propiedades para establecerse en otro ambiente, ya sea estas por las razones de trabajo o de oportunidad que se les presenten, donde nuestro ordenamiento jurídico se hace presente al otorgar dichas facultades que tiene como derecho subjetivo el propietario. Sin embargo, al no tener un acceso a la calle o una debida constitución de una Servidumbre legal de Paso acarrea problemas para su explotación económica del que podría percibirse además de encontrarse limitados en su derechos de propietarios que tiene según nuestra Constitución Política.

Conforme señala el artículo 70C^o, el derecho de propiedad constituye el zumun de facultades (utendi, fruendi, abutandi). Que regula la propiedad la misma que debe usarse dentro de los límites de la ley y en armonía con el interés social.

Por tanto, el derecho exclusivo excluyente perpetuo que tenía el propietario ahora tiene limitaciones establecidas por la ley y fundamentalmente que ésta

propiedad ya no constituye un derecho absolutamente privado y que solamente sirva para el propietario sino que debe ser ejercida para satisfacer las necesidades del dominus y también atender las ajenas.

Es un hecho de la realidad que existen predios urbanos o rurales que se encuentran en el interior y encerrados, sin posibilidad de una salida hacia el exterior o caminos públicos, disminuyendo su capacidad de uso para el dominus.

Encontrándonos así con el propietario del inmueble externo, (sea el causante o no) del encierro del predio interior, por el principio de uso en armonía del interés social tiene el deber jurídico de conceder una salida adecuada a las necesidades del predio interior encerrado.

El encierro sin posibilidad de salida al exterior concluye con el otorgamiento de la servidumbre de paso, el mismo que puede otorgarse en forma voluntaria (acto jurídico) o por imposición de una Sentencia Judicial con calidad de Cosa Juzgada.

En todo caso debe atenderse las necesidades de salida del predio encerrado pero como contrapeso el predio exterior que se llama sirviente no debe sufrir daño que perjudique su valor económico.

Conforme al artículo 1051 del (Código Civil, 1984), establece el deber jurídico de otorgar una servidumbre legal de paso, en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos; siendo éste un gravamen pues se rige por el principio de utilidad, toda vez que cesa con la apertura de otros caminos de salida se han públicos o privados, por lo que no constituye una compraventa; (que se caracteriza por ser real y perpetua)

El otorgamiento de la servidumbre legal de paso impone al predio dominante

una serie de obligaciones como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al predio sirviente, lo cual no constituye un precio sino una reparación del daño al imponer una servidumbre de paso.

La servidumbre legal de paso debe ser otorgada necesariamente por imposición de la ley, la misma que establece que la amplitud del derecho de paso se fijará según las circunstancias artículo 1054 del Código Civil.

Es así que, los operadores del derecho no vienen realizando una debida interpretación de lo que significa los derechos reales como son las servidumbres específicamente en las servidumbres legales de paso en áreas urbanas, y que son consideradas como gravámenes impuestos en un predio para utilidad o beneficio de otro predio. He aquí que aparece con claridad el concepto de la utilidad de las servidumbres, por lo que si la utilidad o el beneficio desaparecen, consecuentemente la servidumbre debería también desaparecer (CASTAÑEDA, 1996, pág. 167), definición que se profundizará más adelante y de la que va acompañada de distintos derechos reales, como es el derecho de superficie, propiedad horizontal, copropiedad, entre otros; por cuanto constituye el derecho real que otorga la posibilidad de tener una construcción en propiedad separada sin ser propietario del suelo sobre el que la misma se encuentra, por ello, el derecho de los aires, conjuntamente con el derecho de la propiedad horizontal, es y será parte del tratamiento en los contratos del ahora para el futuro, y por tanto, la realidad económica que ésta tendrá será la más cotizada al paso del tiempo.

Siendo el propósito de investigación el artículo 1043 del (Código Civil, 1984), normativa que sufre de ambigüedades en cuanto a la extensión menos gravosa que se podrían establecer en un título constitutivo, generando

múltiples interpretaciones que determinen el derecho subjetivo que tiene el dominante sin perjudicar al sirviente, ocasionando un conjunto de problemas de corte práctico para los que el limitado y algunas veces anacrónico tratamiento de este derecho en los manuales de derechos reales no proporciona respuestas suficientes, justamente porque las preguntas implican la visión de los conceptos jurídicos a la luz de la realidad y de su funcionalidad y, a la vez, implican la interrelación de conceptos de derecho civil con las normas de índole urbanística, registral, tributaria, etc., e incluso de disciplinas como la arquitectura.

Pues para la constitución de una Servidumbre Legal de paso, se puede celebrar mediante un negocio jurídico de acuerdo mutuo, (en caso sea de manera voluntaria), o en una Sentencia Judicial (ante la negativa de conceder tal servidumbre de paso), al respecto, en el estado de cosas actual, el contrato de constitución de servidumbre de paso resulta ser un contrato atípico (DE LA PUENTE Y LA VALLE, 2007, pág. 154), es decir, un contrato cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto en la práctica jurídica diaria la elaboración de este tipo de contrato comienza desde cero y sin un parámetro de referencia claro a pesar de los diferentes aspectos que éste debe contener y de la complejidad de la operación que usualmente se busca regular.

Esto motiva que se deba invertir demasiados recursos en la elaboración de un contrato o en sus peores casos, la simple – *lógica*- que utilizan los operadores del derecho al constituir este tipo de títulos constitutivos de servidumbres de paso en áreas urbana, sin mediar, los requisitos mínimos que deben tener para su correcta aplicación. Lo que lleva como consecuencia la problemática

fase de cumplimiento y la eventual fase de defectos en el contrato.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

PROBLEMA GENERAL

¿Cómo se debería interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas?

PROBLEMAS ESPECIFICOS

- ¿Hasta dónde alcanza el derecho subjetivo del dominante y el servidor, al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas?
- ¿Existe una inadecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas?

1.3. ANTECEDENTES

Dentro de la investigación no existe un antecedente de tesis a nivel local y nacional, por cuanto se ha tratado de recabar todos los ámbitos de recursos de investigación, como repositorios de tesis (Facultad de Derecho, UNAP, entre otras universidades locales), así también, en repositorios a nivel nacionales.

Entre otras, donde no se ha encontrado alguna tesis o artículo científico referido al campo del problema de la presente investigación.

Sin embargo se encontró una tesis a nivel internacional la misma que por su semejanza al problema investigado, ha servido para el desarrollo y complemento de esta tesis, y fue elaborada por:

- Soto Ludeña, Edgar Patricio (2014), “Reformas a la ley de caminos para establecer la dimensión de la servidumbre de tránsito”, (Tesis de Pregrado), Universidad Nacional de Loja Modalidad de Estudios a Distancia, Carrera de Derecho recuperada de:

<http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/7485/1/Edgar%20Patricio%20Soto%20Lude%C3%B1a.pdf>

La investigación es un estudio acerca de la ley de caminos, los mismos en su regulación jurídica no establece las dimensiones de las servidumbres de tránsito, donde las personas propietarias de bienes venden terrenos, sin hacer constar la servidumbre, o sus dimensiones son inadecuadas para asegurar la plena vigencia y ejercicio de derechos consagrados en la constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos por lo que las personas concurren a su tutela jurisdiccional para la solución a su problema. El estudio es concebido como una investigación de campo del tipo descriptiva, se concentró en el análisis de su regulación Ecuatoriana. La recolección de los datos, se realizó a través de entrevistas y la aplicación del cuestionario a una muestra representativa, con lo que se obtuvo la información para realizar el diagnóstico de la importancia que tiene la regulación de las dimensiones de las servidumbres de tránsito en la Ley de Caminos. El análisis de los resultados permitió determinar las reformas que deben tener la ley de caminos para establecer la dimensión de la servidumbre de tránsito.

1.4. HIPOTESIS

1.4.1. HIPOTESIS GENERAL:

La servidumbre legal de paso en áreas urbanas, debe ser interpretada en el sentido menos gravosa para el sirviente y estableciendo mecanismos legales para que el gravamen resulte menos perjudicial en el Título Constitutivo.

1.4.2. HIPOTESIS ESPECIFICAS

1. Los límites de los derechos subjetivos del dominante y el sirviente dependen del principio de utilidad para constituir la servidumbre legal de paso en áreas urbanas, determinando lo menos gravoso en cuanto al ancho, alto y largo del trayecto del paso.
2. No existe una adecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la “*extensión menos gravosa*”, en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, perjudicando a los titulares del derecho.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar cómo, se debería interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

1.5.2. OBEJTIVOS ESPECIFICOS

1. Determinar hasta donde alcanza el derecho subjetivo del dominante y el sirviente, al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
2. Determinar si existe una inadecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas

3. Proponer un proyecto de ley o pleno casatorio que permita aplicar adecuadamente la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas

1.6. JUSTIFICACION DEL ESTUDIO:

Haciendo un análisis del estado económico del Perú, ha sucedido que el incremento en la capacidad adquisitiva del ciudadano en promedio originado en el crecimiento económico sostenido que ha tenido el país desde hace a más de una década se ha conjugado con un factor importante para determinar que el incremento de los precios de los inmuebles no es uno artificial.

Este factor es el déficit habitacional histórico que tiene nuestro país: “El déficit habitacional se define como el estado de carencia o insatisfacción de la necesidad de refugio y alojamiento de los hogares de un determinado territorio (...)” se deben considerar dos aspectos: el acceso a una vivienda y calidad de la misma, en términos de disponibilidad de servicios, satisfacción de necesidades básicas, autonomía, etc.” (VIVIENDA, 2016)

Partiendo de este concepto, de acuerdo al último censo de vivienda en el Perú, es decir, los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de vivienda, “(...) a nivel nacional el déficit habitacional asciende a 1 millón 860 mil 692 viviendas (...) (MINISTERIO DE VIVIENDA, 2016). Esta circunstancia particular en nuestro país es un indicador de que el incremento de los precios responde a una demanda real de vivienda.

Por tanto, la creciente clase media en nuestro país, debido al crecimiento económico en los últimos años, ha ido aumentando su capacidad

adquisitiva (ECONOMIA, 2016) y esta circunstancia se ha ido reflejando en el incremento de la demanda de viviendas, Aunando ello la apertura económica que nuestro país ha generado con una mayor facilidad para la población en el acceso a bienes de consumo masivo. Consecuencia de ello es el incremento de los negocios y la ascendiente cantidad de centros comerciales a nivel nacional, mercado que, no obstante lo dicho, todavía no llega a satisfacer la demanda de la población de bienes y servicios. (PERU, 2016).

De esta manera, ante la demanda existente de la población ya sea por adquirir una vivienda o por razones comerciales, conforme a la realidad social y ante la expansión de la población, la servidumbres, es un derecho real del que será visto muy frecuente en el desarrollo de nuestro país, por ende, es muy importante adentrarnos más allá de un concepto superficial y genérico, desarrollando específicamente en la elaboración del título de constitución, en cuanto a la extensión menos gravosa en áreas urbanas, la misma que surtirá sus efectos en una correcta aplicación evitando así futuros conflictos legales.

Siendo los principales beneficiarios el sirviente como el dominante quienes por ley o a petición de las partes interesadas invocando su derecho de liberarse de un injusto y antieconómico encierro, exigen este tipo de servidumbres de paso; ayudando a poder delimitar la extensión en cuanto al ancho, el largo, los aires y los subsuelos del paso, buscando ser lo más justa, sin llegar a perjudicar al sirviente; en el que por medio de la doctrina, normativa concordada y la practica social se resolverá, librándolos de una confusión y problemas legales futuros.

II. REVISION DE LITERATURA

2.1. CONCEPTOS PREVIOS

Los seres humanos, debido a su condición gregaria, interactúan con otros a nivel de relaciones sociales en donde se produce y se reproduce la vida resultando de dicha interacción, la convivencia social.

La sociedad, en tal sentido, no puede ser una simple coexistencia física, sino una delicada, cambiante y complejísima estructura de relaciones materiales y espirituales, sustentadas en la conciencia de una multiplicidad de objetivos y de intereses comunes (VASQUEZ RIOS, 2009), es ahí donde aparece su relación entre la persona y la cosa.

Por tanto durante todo el decurso del pensamiento jurídico tradicional ha denominado, un criterio definidor que fue aceptado casi con la categoría de un axioma, señalando a los derechos reales como aquellos que otorgaban a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa.

2.1.1. DERECHOS REALES

Las titularidades que reconoce el ordenamiento en el ámbito de los derechos reales tienen determinadas particularidades que las diferencian de otros tipos de situaciones jurídicas. Los derechos reales, son diferentes a las obligaciones no solo por su contraposición milenaria, sino por las consecuencias prácticas de este distingo. Por ello, antes de entrar a analizar los rasgos jurídicos de esta figura veamos sus características desde el punto de vista de su funcionamiento.

Tener un derecho real implica, que el ordenamiento jurídico reconozca la atribución de un bien de manera exclusiva a un sujeto. En ese sentido, cuando hablamos de los derechos reales, nos referíamos a aquellos

derechos que constituyen una titularidad estática respecto a los objetos de derecho. Esto en contraposición al derecho de crédito, que constituye una titularidad dinámica, ya que implica un movimiento derechos (Que puede consistir en una transferencia, una entrega, una cesión temporal, etc.).

El campo de los derechos reales de crédito es el campo del dinamismo, pero éste precisa de la existencia de los derechos reales y, en conjunto, ello conforma el sustento jurídico de la actividad económica de los privados.

En razón de todo ello, los derechos reales no son figuras que impliquen la existencia de dos o más personas; “en los derechos reales no hay sino dos elementos: el titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho” (BORDA, 2006, pág. 05). Tal es la relación que se denomina de dominio, por ejercerse frente a un objeto de derecho, la que no existe, por ejemplo, frente a la persona del deudor, en el caso del derecho de crédito (LARENZ, 1978, pág. 371). En ello radica la distinción jurídica entre los derechos reales y de crédito.

Como se ha señalado, los derechos reales se ocupan de la atribución inicial que hace de un objeto de derecho a una persona, relación que se menester establecer como presupuesto para que el sujeto beneficiario pueda negociar con otro individuo en relación a dicho objeto. En otras palabras, los derechos reales se ocupan de las titularidades en su faceta de inmediatez (del sujeto de derecho frente al objeto de derecho).

“Dentro de este contexto, las características comunes en los distintos tipos de derechos reales son la inmediatez del titula del bien y la

exclusividad que conlleva su posibilidad a los terceros” (GONZALEZ BARRON, 2009, pág. 06). El segundo factor a tomar en cuenta es que la atribución del derecho a una persona es exclusiva.

Esta inmediatez puede ser absoluta, como en el derecho de propiedad o limitada, como en los demás derechos reales, pero siempre será inmediatitud; es decir, que el titular del derecho real domina directamente la cosa con poder absorbente, no necesitando de nadie para la actualización de ese poderío.

Con el tiempo se hizo necesario dotar a la definición del derecho real de un contenido jurídico, entonces empezó a dibujarse en la doctrina la llamada tesis obligacionista o personalista, que trata ya de dar precisión dogmática a la definición de los Derechos Reales (PUIG PEÑA, 1980, págs. 02-04).

2.1.1.1. ELEMENTOS DE LOS DERECHOS REALES

Comúnmente se han establecido dos elementos principales del derecho real, los cuales son (VASQUEZ RIOS, 2009, pág. 46):

a) ELEMENTO INTERNO.- Es la inmediatez del poder del hombre sobre la cosa, en esta fase las expresiones fundamentales son tres: poder, cosa e inmediatez.

El poder, en cuanto representa potestad; es decir, poder legalizado, pues aún la misma posesión, si bien en principio representa una mera situación de hecho, sin embargo, esta situación de hecho es legalizada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, esa potestad de hacer no es una potestad de hacer sin límites, sino que está sometida y encuadrada dentro del ordenamiento jurídico.

b) ELEMENTO EXTERNO.- La absolutidad es el elemento externo del derecho real, Este es absoluto; es decir, que se da contra todos y frente a todos, a diferencia del derecho personal, que es relativo, pues que solo se da contra la persona del deudor. Existe pues, un deber universal de abstención. Deber, decirnos y no obligación, pues no de alcance estrictamente privado, sino más bien lindante con el derecho público.

Asimismo se tiene que dentro del área de los Derechos reales tiene elementos que lo componen en toda su naturaleza, los mismos que son el sujeto, el objeto u la causa.

A) EL SUJETO

Es “el único sujeto de los derechos reales como todo derecho civil es la persona”; en principio, “Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, puede ser titular de derechos reales”; sin embargo, los derechos de uso y de habitación no admiten titularidad por parte de personar de existencia ideal. El código no lo establece en forma expresa, pero la limitación puede inferirse fácilmente, ya que las facultades de uso y goce, que se reconocen al usuario y al habilitador, se circunscriben a lo que precisen para satisfacer no solo sus necesidades, sino también las de sus respectivas familias.

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso algún, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática; sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni poseer, por ningún título,

minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, ni fuentes de energía directa ni indirectamente.

B) EL OBJETO

El código no define el objeto del derecho real, sin embargo, esta se refiere tanto a las cosas como bienes inmateriales.

En base a la tendencia prescrita en el derecho alemán, el derecho real debe referirse solo a las cosas que puede comprender. En verdad, todo lo que existe es susceptible de una medida de valor y por consiguiente ser accesible al hombre y ser apropiable, o lo que es lo mismo, estar en el comercio, de donde se puede inferir que hay ciertas cosas, como el sol y el aire, que, siendo cosas físicas, no son cosas jurídicas, ya que, al ser inapreciable el primero y hallarse en cantidades ilimitadas, el segundo, no son susceptibles de apropiación pecuniaria.

C) LA CAUSA

Si los derechos nacen, se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay un derecho que no provenga de un hecho.

Aunque el código no los formula expresamente, es posible enunciar importantes principios fundamentales sobre la causa de los derechos reales, como son la tradición, el principio *nemo plus juris*, el principio de convalidación de los derechos reales, el principio rector en materia de cosas muebles, y el principio de publicidad registral inmobiliaria. (VASQUEZ RIOS, 2009, págs. 46-47).

2.1.1.2. MODOS GENERALES DE ADQUISICION Y PERDIDA DE LOS DERECHOS REALES

Entre los modos de adquisición del dominio (VASQUEZ RIOS, 2009, pág. 47), enumerados, tienen carácter general la tradición, la sucesión y la prescripción, dejando en claro que todas estas generalidades no atribuyo a que se apliquen a todos los derechos reales.

Así, la tradición, no rige para los derechos reales que se ejercen por la posesión; la sucesión solo es un modo de adquisición cuando se trata de derechos reales transmisibles *mortis causa* o cuando admiten, como fuente, un acto de última voluntad; y la prescripción no juega con respecto a los derechos de garantía.

En cuanto a los modos de extinción, se aplican, a todos los derechos reales, las causales de extinción absoluta del dominio; y dentro de las causales de extinción relativa, también puede generalizarse la transformación, accesión, prescripción, atribución, de la propiedad de la cosa mueble no robada ni perdida al poseedor de buena fe, el efecto de los juicios que ordenan la restitución de una cosa o que declaran la anulación, resolución o revocación de un derecho real y la expropiación.

2.1.2. DERECHO DE LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad es enunciado en nuestro sistema en el artículo 923 del Código Civil, como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Como quiera que esta definición legal se centra más bien en la descripción de facultades que confiere el derecho de propiedad, una definición que creo es la más apropiada es la que señala que la propiedad es el derecho que establece una plena

asignación de un bien a una persona y que, por tanto, le permite proceder a voluntad con ella (potestad positiva) y excluir a los demás de su aprovechamiento (potestad negativa) (HEDMAN, 1955, pág. 14). La propiedad se materializa usualmente en el aprovechamiento del bien por su titular, pero se concreta como derecho en el momento de la agresión exterior, en la posibilidad de excluir a los demás.

La propiedad es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de denominación. En buena cuenta, esta institución responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo cual conlleva en el propietario un tener, pero simultáneamente se manifiesta en un “excluir” a los terceros (GONZALES BARRON, 2003, pág. 372).

Por tanto, el derecho de propiedad no es una consideración de la jerarquía conceptual del derecho, sino una consecuencia del desenvolvimiento de estas instituciones en la realidad.

El derecho de propiedad se considera el derecho real absoluto en contraposición a los demás derechos reales que vienen a ser derechos limitados en su contenido, debido a que la propiedad se caracteriza por conferir el control o el señorío pleno sobre un bien, el más amplio señorío sobre un bien que el ordenamiento concede, solamente limitado por las disposiciones generales de la ley o por la existencia de los derechos de otras personas.

Los titulares de otros derechos no pueden disfrutar y disponer del bien como lo puede hacer el propietario. Los demás derechos reales, en

comparación con el de propiedad, muestran un contenido limitado anticipadamente, solo otorgan el señorío de la cosa en una dirección determinada. Por ello reciben el nombre de derechos limitados, porque afectan el bien sobre bienes ajenos y reuniéndose con la propiedad, esta los absorbía. (VON THUR, 1998, pág. 139)

2.1.2.1. **EXTENSION DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD**

Según que el contenido jurídico del derecho de propiedad sea total, este derecho será pleno o menos pleno. Nos referimos expresamente al derecho de propiedad y no a la propiedad, porque el derecho de propiedad es el que puede o no sufrir limitaciones en su contenido jurídico. Pleno es el derecho de propiedad que ejerce un titular que tiene todas las potestades sobre el bien. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 339).

En el derecho de propiedad pleno, el titular tendrá los poderes jurídicos de usar, gozar disponer y reivindicar el bien, sin más restricciones que la establecida por las leyes que tienen relaciones con el interés social. En el derecho de propiedad menos pleno, se puedan haber cedido las facultades de disfrute, como el usufructo, por ejemplo o se pueden haber transferido las facultades de disposición, como en los derechos reales de garantía. En todos los casos en que el titular el ejercicio de todos los poderes derivados del derecho de propiedad, estaremos frente a un derecho de propiedad menos pleno.

- a) Extensión en cuanto a los Bienes.- En cuanto a los bienes el derecho se extiende a todos los que son susceptibles de apropiación. Consiguientemente, solo se excluirán los que no están en el

comercio, pero que también tienen dueño. No existen bienes inmuebles sin dueño. Desde este aspecto el derecho de propiedad podrá abarcar, las cosas materiales o los derechos, los bienes muebles o inmuebles y en general todos los bienes, que son objeto de derecho común; podrá asimismo comprender ciertas clases de bienes en que las potestades del titular no son plenas, tales como la propiedad minera, los productos de inteligencia (propiedad intelectual), la propiedad en que la cosa está dividida horizontalmente (propiedad horizontal), etc. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 340)

- b) Extensión material de la propiedad.- el asunto de la extensión material de la propiedad, equivale a la determinación de los límites físicos del dominio, y decimos dominio, usando la diferencia que le asigna la calidad de derecho de propiedad solamente sobre cosas, vale decir, sobre bienes materiales con valor económico, pues solamente estos bienes tienen confines físicos. Comprende asimismo el derecho a los accesorios y a los frutos.

2.1.2.2. MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

Los modos de adquirir la propiedad son las formas por las cuales se origina el derecho de propiedad. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 351), por cuanto se tiene, legítimamente el modo o medio de adquirir la propiedad, modo el vocablo título, como causa del derecho. Serán entonces formas, modos o medios de adquirir la propiedad, no es sino el título, como causa de derecho. Serán entonces formas, modos o medios de adquirir la propiedad, los diferentes títulos de los cuales nace ese derecho.

Es decir, de acuerdo a nuestra legislación tenemos que, la apropiación, especificación o transformación, accesión, tradición, prescripción e inscripción en el Registro de Predios son los modos de adquirir la propiedad, considerando que la transmisión por negocio jurídico, especificación, unión, mezcla, inclusión en inventario, accesión, percepción de frutos, sucesión, prescripción, hallazgo de cosas perdidas, hallazgo, subrogación legal, expropiación y acto de estado; no son solo los que desarrolla en el Capítulo segundo del Título II del Libro V, relativo a la adquisición de la propiedad, son además los que se encuentran en otros libros, como el acto jurídico, o la sucesión.

Por tal razón, existe una serie de clasificaciones, tanto por su forma, originarios o derivados; por su valor en cambio, es decir, onerosos o gratuitos; por su amplitud del título, siendo estos a título universal y a título particular; todos ellos con relación al momento de la adquisición, que pueden ser entre vivos o por causa de muerte (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 352-353). Por lo que, considerando el modo de adquirir la propiedad para el derecho de Servidumbre se tiene que ante la existencia de una necesidad surge la importancia de constituir un derecho de propiedad tanto para el dominante como para el sirviente, perfectamente constituido de acuerdo a la realidad social que se presente, y al que se desarrollará más adelante.

2.1.2.3. DERECHOS DEL PROPIETARIO

La denominación genérica del Sub Capítulo III, del Título II del libro de los Derechos Reales de nuestro Código Civil puede conducir a la confusión entre los derechos que nacen para el propietario por el

contenido jurídico de su derecho y aquellos otros derechos, expresamente normados dentro de ese mismo contenido; de los primeros ya se ha desarrollado al tratar del contenido jurídico del derecho de propiedad, ahora hablare acerca de los derechos específicos, que por su importancia y naturaleza han sido objeto de regulación especial.

De acuerdo a nuestro Código Civil, se tiene regulado entre los derechos del propietario: el de cercar, el deslinde y amojonamiento, el de cortar ramas y raíces, para el cual he considerado necesario desarrollar de manera genérica de estos derechos específicos, por cuanto, como se verá después, la amenaza de ruina, el exceso o abuso de derecho y el paso de aguas que han sido considerados como limitaciones del derecho de propiedad derivadas de las relaciones de vecindad.

Al desarrollo de los derechos que tiene el propietario, se ha señalado hasta donde alcanza su dominio, como hasta donde debe ser respetado por sus colindantes o terceros, que traten de ir más allá del predio que les corresponda, conceptos necesarios para el análisis de la Servidumbre legal de paso, al interpretar hasta donde alcanza el derecho subjetivo que tiene el dominante así como el sirviente, objetivo que será materia de desarrollo más adelante.

2.1.2.4. LIMITES DE LA PROPIEDAD

Así como se ha señalado que la propiedad es un poder pleno con tendencia a expresarse en una disponibilidad ilimitada, por tanto sin confines, esta se halla necesariamente en lucha continua con el idéntico

poder de otro propietario; es claro entonces que tal estado de cosas nos llevaría al caos. Aquí es donde entra en función el derecho, al señalar el ámbito de la propiedad, sus confines y, por consiguiente, sus límites.

“Límites, que, dentro del derecho de propiedad son todas aquellas restricciones legales de facultades del propietario.” (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 433).

De acuerdo a la legislación francesa, en su artículo 639 del Código Civil, clasificaba a las restricciones a la propiedad en “Servidumbres legales o naturales”. Siendo esta definición inexacta ya que la servidumbre, significa el sacrificio del interés de una propiedad en favor de otro” (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 434).

En efecto señala Barbero: “Lo que caracteriza y diferencia a los límites legales de las servidumbres, es su reciprocidad en igualdad de situación” (BARBERO, 1967, pág. 277). Es último criterio es el que recoge nuestra legislación, al tratar este tema; sin embargo, nuestro Código no legisla unitariamente al respecto, ya que cuenta con una marcada dispersión de normas; señalando únicamente el Sub Capítulo II del Capítulo II del Libro V del Código Civil, al tratar lo que denominan las limitaciones por razón de vecindad, las cuales se engloban en los llamados límites de orden privado.

Es así que, los límites del derecho de propiedad son “las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, o sea el régimen ordinario de restricciones a que está sometido tal poder” (ALBALADEJO, 2009, pág. 261), lo que nos indica que es característico de los límites, estar determinados por la ley.

En ese sentido amplio, podrían considerarse como limitaciones todo el ordenamiento jurídico destinado a organizar la propiedad, hasta conseguir el equilibrio de la justicia en su utilización (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 434). Pero no es en ese sentido que se analizará las denominadas *limitaciones* al derecho de propiedad, sino desarrollando de manera específica, ya que, dentro del ordenamiento expresan y realizan los principios generales sobre los cuales se regula la propiedad. “la propiedad debe usarse en armonía con el interés social” (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 434-435), debido a que las leyes han restringido la potestad del propietario.

- a) NATURALEZA DE LA LIMITACION Y DIFERENCIA DE LA PROHIBICION.- La limitación es una constricción del derecho de propiedad. De tal modo que si desapareciere la limitación, el derecho volvería a adquirir sus caros tereres y contenido tradicional. Por tanto, si hablamos del derecho de propiedad como derecho absoluto, cualquier limitación sería violación de ese derecho.
- b) LIMITACIONES DE ORDEN PÚBLICO.- Son limitaciones de orden público, aquellas que se ejercitan en atención a los intereses sociales, en los que están comprometidos la subsistencia y al desarrollo social. Es decir, se basan en el interés social, siendo sus características: la irrenunciabilidad, que consiste en que no podrán ser modificadas ni suprimidas por acto jurídico; y, la generalidad, que consiste en que su efecto es generalizado para todos, aunque no esté inscrita la limitación. Una limitación de orden público, es

disposición que obliga a todos a quienes va dirigida, sin que se pueda invocar excepciones o privilegios.

- a. LAS LIMITACIONES QUE SE ORIGINAN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.- La mayor parte de las limitaciones de orden público, contenidas en el derecho público son de origen administrativo, en ese sentido, las limitaciones que pueden imponer la Municipalidad son las siguientes: 1.- la fijación del uso de la tierra de conformidad con la zonificación; planes reguladores y el Reglamento Nacional de Edificaciones; 2.- la obligación de no construir, reconstruir, ampliar, modificar o reformar un inmueble sino en la forma que establece la ley; 3.- la demolición de edificio contrarios a la versión del Reglamento Nacional de Construcciones y de ordenanzas municipales; 4.- la obligación de conservar el alineamiento o retiro establecidos y la de no sobrepasar las altura máximas permitidas; y, 5.- la obligación de cercar los predios y de usar o no usar determinados colores o de pintar periódicamente las fachadas.
- b. LAS LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE DISPOSICION.- Estas limitaciones son consideradas las más importantes, porque, restringen específicamente la enajenabilidad de los bienes, en base a superiores consideraciones a la naturaleza, ubicación o destino de los bienes. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 436)

Principio sustancial de la propiedad privada es la libertad de enajenación, que no puede ser renunciada ni limitada por acto jurídico. Así lo dispone el artículo 882 del Código Civil. Solo cuando existan razones especiales, la ley en forma expresa podrá limitar esta facultad.

- c. LAS SERVIDUMBRES PUBLICAS.-Este tipo de limitación adquiere una cierta característica, importante de ser desarrollado, por cuanto su principal objetivo es señalar todos aquellas servidumbres de carácter público, es decir, con un interés social, requieren ser impuestas en predios del que se verán beneficiados toda la población; por lo que, requieren de una regulación especial, para señalar las distintas características presentadas de acuerdo a la realidad social que se presente, así tenemos algunas servidumbres de carácter forzoso:
- a. De acueducto y de obras hidroeléctricas
 - b. De electroductos para establecer líneas de transmisión y distribución.
 - c. De líneas telefónicas, telegráficas, y de cable – carril
 - d. De instalaciones de radio y televisión
 - e. De paso para constituir senderos, trochas, caminos y ferrovías y,
 - f. De tránsito para custodia, conservación y reparación de las obras e instalaciones.

También las servidumbres para el servicio de electricidad son forzosas y pueden ser permanentes o temporales. En todo caso obligan al pago de la indemnización correspondiente por el justiprecio de los bienes que se hayan tomado para la constitución de la servidumbre, así como el perjuicio ocasionado. Además el propietario del predio sirviente podrá cercar y construir su inmueble, respetando la servidumbre y realizando las obras a la distancia mínima de seguridad establecida por el Código Nacional de Electricidad.

Con respecto a las limitaciones, que nuestra legislación conoce como restricciones, podemos señalar que ellas “reducen el poder que normalmente tiene el dueño sobre su bien”; y en esa línea acorde a nuestra legislación, estas limitaciones (restricciones) se pueden originar por causa de necesidad, utilidad o interés social y en segundo caso, por la propia voluntad de las partes.

El derecho de propiedad puede adoptar ciertas modalidades en función a los intereses en juego. Algunas de estas modalidades son las que vamos a detallar a continuación con el objetivo de comprender, a través, de ejemplos, las reglas que rigen una modalidad de un derecho de propiedad.

2.1.3. MODALIDADES DE PROPIEDAD

De acuerdo a nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de tener diferentes subtipos o modalidades del derecho de propiedad. Si bien existen clasificaciones de la propiedad desde puntos de vista filosóficos, políticos, económicos, etc. Nos centraremos en aquellas modalidades de

la propiedad que tienen relevancia jurídica, especialmente en nuestro ordenamiento jurídico, al tener una u otra manera de reconocimiento a nivel legal.

Es necesario distinguir las modalidades del derecho de propiedad del derecho privado de la propiedad especial contenida en legislación propia del ámbito público en función al propio objeto del derecho de propiedad: tal es el caso de la propiedad sobre las aguas, minerales, en el que el bien es un recurso natural del dominio público; sobre las obras literarias, científicas, y la propiedad industrial. Ya que de estas propiedades reguladas en el derecho público no se va a desarrollar.

Por el contrario, en el caso de las modalidades de la propiedad, al tratarse de subtipos de este derecho, les son de aplicación directa los reglamentos correspondientes a la propiedad, tanto las contenidas en el libro de derechos reales, como las de otros libros del Código Civil y de otros cuerpos legislativos y ámbitos del Derecho.

Sin perjuicio de ello, la mayor o menor particularidad que una modalidad de propiedad tenga puede hacer necesarias ciertas reglas específicas, sin que las mismas excluyen la aplicación de las normas generales sobre el derecho de propiedad. Estas reglas específicas son usualmente recogidas en normativas especiales, por regla general de rango legal, las mismas que han ido ampliando el campo de aplicación de los derechos reales y extrayendo del Código Civil su regulación.

Eugenio Ramírez considera entre las modalidades de la propiedad predial a la propiedad horizontal, la multipropiedad, la propiedad de los sepulcros, el dominio de los recursos naturales, el dominio imperfecto, el

dominio fiduciario, el dominio revocable, el dominio desmembrado y la propiedad aparente. (RAMIREZ CRUZ, 2003, págs. 339-378). Vamos a ocuparnos de algunos de estos casos de manera individual a continuación. Debemos precisar que, según nuestra legislación peruana ha dado denominaciones diferentes a estas instituciones, por fines didácticos vamos a consignar en los títulos los nombres que reciben estas instituciones en doctrina.

2.1.3.1. **COPROPIEDAD**

De acuerdo a nuestro Código Civil se tiene como primer derecho de propiedad regulado a la copropiedad, considerada como “la situación jurídica que se produce cuando la propiedad de una cosa pertenece proindiviso a varias personas”.

La realidad determina que la relación entre un propietario y un bien no se presente de manera sencilla en todos los casos, inclusive eventos que no dependen de la voluntad de las personas, como es el caso del fallecimiento y la consecuente sucesión hereditaria de los bienes, generan situaciones de copropiedad. De ahí que se justifique la existencia de normas que regulan las particularidades de esta modalidad de la propiedad.

Las normas específicas de esta modalidad están contenidas en el Capítulo Quinto dentro del título destinado al derecho de propiedad dentro del libro de Derechos Reales, siendo así, tal como lo he señalado, a la copropiedad se aplican todas las normas del ordenamiento jurídico aplicables al derecho de la propiedad, tanto para la administración y disposición por todos los copropietarios del bien común, como para la

administración y disposición por cada copropietario de sus cuotas ideales. (WOLF, 1971, pág. 610)

Así por ejemplo, cuando todos los propietarios venden el bien común serán de aplicación las normas de compraventa y las normas referentes a la calificación registral de dicho acto. Lo mismo sucederá en relación a la venta que cada uno de los copropietarios puede hacer de su propia cuota ideal.

No obstante, a consecuencia de determinadas particularidades que tiene el concepto de la copropiedad, en el capítulo del Código Civil correspondiente se establecen reglas específicas para la coexistencia de cuotas ideales sobre un mismo bien, el procedimiento de adopción de acuerdos, la administración del bien, los derechos y obligaciones de los copropietarios, el concepto de partición, la extinción de la copropiedad, el pacto de indivisión y la medianería como caso de copropiedad forzosa.

Todas estas normas no derogan las demás aplicables al derecho de propiedad, sino solamente las complementan en razón de la específica situación de la copropiedad.

2.1.3.2. PROPIEDAD HORIZONTAL

Como segundo derecho real regulado por nuestra legislación, tenemos la propiedad horizontal, que en nuestro país recibe el nombre de *régimen de unidades de propiedad exclusiva y de propiedad común*, aunque en opinión de una parte de la doctrina éste no constituye un nombre, sino, más bien, la definición de la institución (GONZALES BARRON, 2003, pág. 139). En todo caso, para facilitar la referencia a

esta institución, en adelante me hare referencia solo como la propiedad horizontal.

“El fin de esta institución jurídica es hacer posible el establecimiento de derechos separados, iguales a los de la propiedad, sobre partes de un edificio utilizables cada uno como una unidad económica”. La propiedad horizontal responde al interés contemporáneo que tienen las personas de utilizar de manera completamente autónoma un espacio en un edificio o unidad inmobiliaria en la que, no obstante, se comparte con los demás propietarios el uso y los gastos de los bienes y servicios comunes.

Al tratarse de una excepción al principio de accesión y al representar un ámbito muy propenso a generar conflictos entre las personas el legislador ha optado por establecer una regulación más pormenorizada que la de copropiedad.

La propiedad horizontal es solamente mencionada en el artículo 958 del Código Civil, normal en la que se remite su tratamiento a la legislación de la materia. La actual legislación sobre la materia está contenida en la Ley N° 27157 de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común y su respectivo reglamento, cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, adicionalmente, existe un instrumento en el ámbito registral, la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, aprobada mediante la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP/SN que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común.

Más claramente en este caso puede observarse como la transferencia y demás actos relativos al ejercicio de la propiedad sobre las secciones individuales se rigen por las normas generales del derecho de propiedad. No obstante, la circunstancia de que bienes, en principio integrantes como son los diferentes pisos de un edificio, tengan jurídicamente diferentes dueños, obliga al establecimiento de determinadas reglas especiales, como es el caso del establecimiento de un reglamento interno, la determinación de los derechos sobre las zonas comunes, la distribución de los gastos de mantenimiento, etc. Sin esta regulación específica, los problemas jurídicos en torno a los edificios y condominios de vivienda serían más comunes.

2.1.3.3. **USUFRUCTO**

En ese orden de desarrollo, encontramos también el usufructo, que es definido como “un derecho real en virtud del cual una persona, el usufructuario, puede gozar temporalmente de la cosa que pertenece a otro sin alterar su esencia” (GONZALES BARRON, 2003, pág. 140), por el usufructo, la propiedad se desmiembra, pues el usufructuario adquiere la facultad de gozar la cosa mientras el propietario conserva el derecho de propiedad disminuido en la facultad de gozarla.

Éste derecho real se encuentra regulado en el artículo 999° del Código Civil, el mismo que señala que “el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades. El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en el artículo 1018 a 1020”.

Por tanto, se tiene que el usufructo es aquel derecho real, donde el usufructuario ejercita su derecho, recibiendo la posesión de la cosa, y estableciendo una relación jurídica directa e inmediata o un poder jurídico, tal como lo establece el artículo 1006 del nuestro Código Civil, por tanto puede usar y gozar de la cosa, ya que puede servirse de la cosa y obtener los frutos que sean susceptibles de producir; teniendo a su favor el *idus atendi*(derecho de usar) y el *ius fruendi*(Derecho a percibir de los frutos); siendo necesario que la cosa sobre la cual recae el usufructo sea ajena, es decir, que pertenezca a un tercero; sin embargo, el usufructo no debe conllevar ninguna modificación sustancial del bien o de uso a fin de que conservándolo pueda devolverlo al propietario, extinguido el derecho usufructuario, teniendo en cuenta que el usufructo es un derecho real limitado en el tiempo, conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico.

Es así que, por la complejidad que presenta dicho instituto legal, se ha visto necesario que para las determinadas particularidades existentes también en este derecho real, existan normas que especifiquen el accionar de todas estas particularidad que tienen, tanto en su forma de constitución del usufructo, ya sea esta, por ley, por contrato o por un acto unilateral.

Ya que todas estas normas no van en contra de aplicadas al derecho de propiedad, debido a que, son consideradas como complemento a las específicos casos que se puedan presentar al constituir un usufructo.

2.1.3.4. **SUPERFICIE**

Finalmente he considerado desarrollar el derecho real de la superficie, por la relación en común que se ha venido desarrollando con las ya mencionadas modalidades de derecho real; siendo así, la definición del derecho de superficie es aquel de “naturaleza real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otra (superficiaria) el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de la que deviene titular el que los hace bajo ciertas y determinadas condiciones” (VASQUEZ RIOS, 2009, pág. 513), por tanto, es aquel derecho real factible de poder enajenar y gravar, transmisible *mortis causa*, salvo las limitaciones establecidas en el título de constitución del derecho.

Por otra parte, la norma jurídica nos refiere: artículo 1030: “puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo”

Considerado como un derecho temporal, según nuestra legislación no puede durar más de noventa y nueve años, considerado como un plazo excesivo, y que la doctrina considera debió ser un plazo de treinta y cinco años; sin embargo, este derecho otorga a su titular, el derecho de tener y mantener una edificación en propiedad separada, por encima o por debajo del suelo. En el ámbito de la propiedad predial es una concavidad que comprende el suelo, el subsuelo y el sobresuelo, por lo que el derecho de superficie puede constituirse sobre cualquiera de estos estamentos.

Su carácter social hace que el derecho de superficie sea uno de los tantos medios más utilizados para resolver el problema de la vivienda,

entendiéndose como la generación de un relación real, puesto que mientras dura la propiedad superficiaria, el propietario del suelo está privado del goce y deducida la condición de nudo propietario con lo que se evidencia la tesis de la yuxtaposición de propiedades, que en un derecho de superficie coexisten dos propiedades (un propietario del suelo y otro propietario de la construcción).

De tal modo que este también es un derecho del que requiere para su constitución, señalamiento normativos específicos para los distintos casos que se presente para la aplicación del derecho de superficie, sin contravenir con el ordenamiento jurídico general que regula el derecho de propiedad, quien también funciona como complemento para su regulación.

2.1.3.5. **ASPECTOS COMUNES**

Si uno se pone a analizar las modalidades del derecho de propiedad a las que las normas y la doctrina se refieren, uno puede identificar en ellas un denominador común para esta investigación: de una u otra manera, implican la necesidad de una regulación específica a cada institución real desarrollada, muy aparte del ordenamiento jurídico que regula el derecho de propiedad de manera general, por cuanto se ha visto la necesidad que tienen, al presentarse distintas particulares existentes en cada derecho real antes descrito.

Asimismo señalan, que para tal especificación normativa, surgida por esta necesidad de regular distintas realidades sociales que se presentan en la aplicación del derecho, es necesaria también, el desarrollo

interpretativo y dogmático para el mejor entendimiento de dichas aplicaciones especiales que solicitan estas instituciones jurídicas.

Por esta razón; y, tomando estos aspectos en común que presentan estas modalidades del derecho de propiedad, es que, se requiere las mismas implicancias de análisis y aplicación normativa para el caso del derecho de la servidumbre legal de paso, que desarrollaré más adelante.

2.1.4. OBJETO DE LOS DERECHOS REALES

El objeto de los derechos, específicamente el de los derechos reales, se ha visto utilizado de una manera equívoca, por cuanto, hacen referencia a las titularidades de cualquier tipo respecto a un objeto, refiriéndolas en frases como: “hemos adquirido una casa”, “he vendido mi auto”.

Sin embargo, el análisis jurídico de dichas situaciones nos llevaría a afirmar que cuando las personas se refieren a l objeto-casa o al objeto – auto, se están en realidad refiriendo al derecho de propiedad sobre la casa o al derecho de propiedad sobre el auto. Una casa como tal no es al susceptible de transferiréis a través de una relación jurídica originada en un contrato.

La mera existencia del bien no es lo más relevante para los sujetos. Para ellos, según, se ha explicado, es la existencia de un derecho de exclusividad sobre dicho objeto. Tal derecho de exclusividad – derecho de propiedad- es el que puede ser objeto de las transacciones en el tráfico jurídico. Este derecho es el instrumento que en última instancia satisface la necesidad de un sujeto de aprovechar sin interferencias un bien determinado.

Por esta razón, es que Karl Lorenz divide el concepto de objeto de derecho en objetos *de derecho de primer orden* y *objetos de derecho de segundo orden*. Ante todo, el objeto según este autor es “(...) en su significado filosófico más general lo que “está opuesto” a la persona como sujeto cognoscente (...) (LARENZ, 1978, pág. 369), mientras que el objeto de derecho se trata de una entidad “(...) diferente de la persona misma y que está disponible para ella de algún modo según el derecho (LARENZ, 1978, págs. 369-370)”

A partir de tan general definición, el autor precisa que los de primer orden son aquellos objetos sobre los cuales recae un derecho de dominio, que podría ser cualquier derecho real, donde se produce una relación de inmediatez del sujeto con el objeto. En ese entendido, sería objetos de derecho en primer orden los bienes que directamente pueden satisfacer el interés de las personas, lo que incluye los bienes muebles e inmuebles.

Por otro lado, los objetos de derecho en segundo orden son aquellas entidades de las cuales se dispone a través negocios jurídico, es decir, constituyen figuras que solo existen en el mundo jurídico. Es el caso de las situaciones jurídicas y de las relaciones jurídicas.

Cuando se produce un negocio traslativo de propiedad, el objeto del negocio no es el propio bien, sino es el derecho de propiedad que recae sobre el bien. Del mismo modo, cuando se produce un negocio de cesión de posición contractual o un negocio de resolución contractual, el objeto del negocio es la relación jurídica contractual completa. Esta distinción es la permite analizar cuidadosamente situaciones en las que

el lenguaje cotidiano e incluso en muchas ocasiones el lenguaje normativo puede llevar a equivocación. (LARENZ, 1978, págs. 396-397)

Ahora bien, aplicando lo dicho al campo que estamos tratando, los derechos reales son, pues, derechos de dominio, de modo que los objetos de aquellos son objetos de derecho de primer orden. Sin embargo, los derechos reales en sí mismos son objetos de derecho de segundo orden en tanto que pueden disponerse a través de negocios jurídicos.

La servidumbre, en su calidad de derecho real, es un objeto de derecho de segundo orden, cuya existencia no es concebible fuera del ordenamiento jurídico, en este punto lo que será de suma relevancia es determinar en qué consiste el objeto de derecho de los derechos reales en general, para así, poder darle un completo análisis y aplicación a uno de los tipos de servidumbre como es el de la servidumbre legal de paso, para así, poder determinar hasta donde alcanza el derecho subjetivo tanto del dominante como del servidor, al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas; y , la importancia que este tiene para contar con una norma legal sobre la extensión menos gravosa que esta figura jurídica real presenta.

2.1.5. BIEN

El objeto de los derechos reales está constituido por los bienes. Si bien es cierto que respecto al término bienes existe discusión en la doctrina, debido a la posición de juristas y de sistemas jurídicos que utilizan el término cosas, lo que considero más relevante es la definición que se haga de estos conceptos.

El termino bien, en sentido genérico, comprende cualquier elemento de patrimonio, esto es, los objetos corporales (“un automóvil”) o incorporeales (“una marca de fábrica”), e incluso los derechos obligacionales (“me deben 100”, es decir, un crédito). Junto a estos bienes patrimoniales se puede mencionar también a los bienes personales, tales como la vida, la libertad, el honor, etc. (GONZALES BARRON, 2003, pág. 106).

Sin embargo para precisar el concepto se debe tener en cuenta, que los derechos reales tienen un evidente carácter patrimonial, por lo que deberá descartarse dentro de una terminología estricta a los “llamados bienes personales” (GONZALES BARRON, 2003, pág. 106). Por otro lado, si el derecho real se caracteriza por la apropiación particular que hace su titular respecto a una entidad determinada sobre la cual recae el poder, entonces los derechos obligacionales no podrán ser objeto de este tipo específico de poder; y , es por ello que ambas categorías son distintas y tienen diverso régimen legal.

Existe por un lado la opinión de quienes consideran que se utiliza el término de *bienes*, puesto que éste incluye tanto a los objetos corporales (cosas) como a los objetos incorporeales (derechos). En ese sentido, el sistema de derechos reales no se limitaría a tratar un segmento de los posibles derechos de dominio que es el de los objetos corporales, sino que sus reglas también serían aplicables a los derechos considerados bienes u objetivados como tales por el ordenamiento jurídico.

Esta interpretación encontraría en nuestro Código Civil como en la mayoría de legislaciones a nivel comparado por la inclusión de bienes

que claramente no tienen una existencia corpórea. En nuestro listado de bienes inmuebles contenido en el artículo 885 del Código Civil se incluyen:

- Las concesiones para explotar servicios públicos.
- Las concesiones mineras obtenidas para particularidades y
- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.

Y por su parte, en el listado de bienes muebles contenido en el artículo 886 del Código Civil se incluyen:

- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.
- Las rentas o pensiones de cualquier clase y
- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.

Este concepto amplio de los bienes se sustenta en la idea de que las personas, de acuerdo a la evolución de la sociedad, no tienen esa relación directa de pertenencia solamente con los bienes corpóreos, sino que ésta se da también y como tal debe ser protegida respecto de ciertas entidades incorpóreas de alguna manera objetivada. (HEDMAN, 1955, pág. 09)

De ahí que Andreas Von Tur utilice la terminología de cosas incorporales o bienes inmateriales para referirse a objetos de existencia inmaterial pero cuya utilización puede reservarse de manera exclusiva a un titular (VON THUR, 1998, pág. 137).

Al respecto, se define también que la utilización del término bienes, amplía el ámbito de aplicación de las reglas de los derechos reales al

incluir a los objetos que no necesariamente tienen naturaleza material pero que también son aprovechables económicamente (ROMERO ROMAÑA, 1947, págs. 19-20).

Por otro lado, se encuentran quienes consideran que el campo de los derechos reales debe limitarse a los objetos que tiene existencia corpórea, es decir, las cosas (LOEWENWARER, 1943, pág. 30). Desde esta perspectiva, son solamente las cosas las que pueden sustentar todas las particularidades reguladas en el campo de los derechos reales, las mismas que incluyen normas que presuponen una existencia material (partes integrantes, posesión, etc.)

Afirmar lo contrario sería admitir la paradoja de la existencia de derechos reales sobre derechos reales, cuando la estructura de los derechos reales implica la existencia de un objeto de derechos de primer orden, es decir, con una existencia independiente al Derecho, según la explicación hecha anteriormente.

La errónea inclusión de derechos crediticios como objeto de los derechos reales proviene, desde un sector de la doctrina, de la confusión existente entre los conceptos de propiedad y titularidad, en tanto que si bien existe la posibilidad de ser titular de un derecho crediticio, puesto que la titularidad implica nada más que una relación de partencias respecto a una atribución favorable reconocida por el ordenamiento jurídico, ello no es posible respecto de la propiedad. No es posible ser propietario de un derecho de crédito en tanto que el mismo contenido de este derecho es uno de naturaleza obligacional (LOEWENWARER, 1943, pág. 30). El supuesto dueño de un crédito no

podría ejercer acción real alguna en tanto que la forma de ejercer el derecho del que supuestamente es dueño es a través de una acción personal. Se trata de un titular de un derecho de crédito en lugar de un propietario de uno.

No obstante, los bienes como objeto de los derechos reales no serían cualquier cosa. El término *bienes* sería uno que parte del concepto de cosa agregando que sobre este último recaiga un interés relevante de las personas. De esta manera, de la universalidad de cosas materiales que rodean al hombre, se considerarían bienes solamente a aquellos que, según un criterio que ya escapa a lo jurídico y recoge consideraciones de índole económicas y sociales, sean de interés de los sujetos de derecho. Bien, de acuerdo a esta terminología, vendría a ser una cosa sobre la cual recae un interés relevante de las personas.

Este aspecto guarda estrecha relación con el concepto de certeza del bien, en tanto que el interés de los sujetos para llegar a ser parte de una situación jurídica como la de un derecho real debe recaer sobre un bien que es identificable. Solo de esta manera es que pueden materializarse los aspectos de la preferencia y persecutoriedad propios de los derechos reales.

El aspecto de la certeza en los bienes tiene especial relevancia en el caso de los bienes inmuebles, como profundizaremos más adelante. Esto porque, a diferencia de los que sucede con los bienes muebles, en los que su existencia material facilita el aspecto de la especificidad e identificación, en el caso de los inmuebles la imposibilidad de diferencias físicamente dos predios colindantes o de establecer *a priori* cual es la

extensión vertical de un predio determina que se deba recurrir a otro tipo de criterios al momento de identificar el bien inmueble.

Es así que teniéndose en cuenta que “bien” es toda entidad apta para satisfacer un interés económico, lo natural es que el ser humano satisfaga esa necesidad a través de las entidades propias de la realidad externa es, objetos corporales con valoración económica. (GONZALEZ BARRON, 2009, pág. 108) Por ejemplo: una finca, la madera de un árbol, un animal, etc. Los bienes patrimoniales son todos aquellos que satisfacen una necesidad material o espiritual del ser humano; le dan “bienestar”, de allí su nombre.

Las principales características de los *objetos corporales*, es que tienen materialidad, por lo que son perceptibles a través de sus sentidos; y son impersonales, es decir, son ajenos a las personas. En tal sentido, el cuerpo humano NO es objeto, ya que a pesar de tener carácter material, a través de él y en forma inescindible se desarrolla la personalidad humana. En este tipo de objetos se nota claramente el vínculo del sujeto titular con el bien, por cuanto este es susceptible del señorío físico o donación exclusiva y excluyente del individuo (GONZALEZ BARRON, 2009, págs. 108-109).

Sin embargo, en algunos supuestos específicos el legislador ha objetivado ciertas entidades ideales o INCORPORALES con el fin de considerarlas objeto sobre el que recaen los derechos reales. De esta manera se busca dotar a este tipo de objetos de la tutela otorgada a la propiedad y, en general, a la que corresponde a los derechos reales.

Cierto es que en el listado ya mencionado de bienes se incluyen determinados objetos incorporeales; sin embargo, lo cierto es que ellos tienen un tratamiento justamente en legislaciones especiales, conforme lo prescribe el artículo 884 del Código Civil, en las normas administrativas referentes a las concesiones de servicios públicos, en las normas sectoriales referentes a las concesiones mineras, en las normas especiales de derechos de autor y de propiedad industrial, etc. (HEDMAN, 1955, pág. 10).

Asumiendo esta última perspectiva, señala Ludwig Enaceras que “ solo son cosas en sentido leal los objetos corporales, se trata de partes de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre, que tienen substantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico, siendo en consecuencia reconocida como objetos de derecho independientes. Esta interpretación guarda coherencia con la diferenciación hecha anteriormente entre los objetos de derecho de primer y de segundo orden. Los derechos son el objeto de los negocios jurídicos. No son objeto de derechos de dominio (derechos reales).

Esta última es la opinión que no s aparece la más coherente con nuestro sistema jurídico, cuyas instituciones en el campo de los derechos reales están claramente pensadas para vienes corporales (posesión, partes integrantes abandono son ejemplos de conceptos que implican objetos que existen en la realidad y no solamente en la mente) y no para objetos incorporeales (como por ejemplo la variedad que existe de instrumentos de crédito) en donde se justifica plenamente la

limitación de la aplicación de las instituciones tradicionales de los derechos reales y la existencia de normas especiales,

El objeto de nuestro siguiente análisis – el predio- es claramente un bien que tiene una existencia material. Pero nos sirve esta delimitación del concepto de bien para tener en caso que es el interés real de los sujetos el que debe guiar cualquier interpretación de lo que es y no es un bien y de las reglas que deben aplicarse a la solución de conflictos alrededor de los bienes. Siendo así, vamos a pasar a delimitar la extensión y los alcances del concepto de predio, lo que posteriormente nos servirá de insumo para el análisis y aplicación de la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

2.1.6. PREDIO

La propiedad predial es un segmento de los derechos reales, que tiene como punto central el concepto de predio, también denominado como finca, fundo, solar o heredad. Etimológicamente, la voz predio proviene del vocablo latino *praedium* que significa finca o fundo y que proviene de *praes, praedis, fiador*, puesto que el predio, la tierra o la casa era la finca que se daba en dote, como si fuese la fianza del casamiento (Jurídica, 1964, págs. 791-792).

Desde un punto de vista sistemático, la propiedad predial puede considerarse como un tipo específico o una modalidad del derecho de propiedad. Sin embargo, se diferencia de las modalidades de la propiedad reseñadas anteriormente, debido a que la particularidad de estas últimas radica en la manera en que se entrecruzan los intereses de varios sujetos, y la respuesta que el mecanismo legal otorga. Por el

contrario, con la propiedad predial segmentamos una sección de los derechos de propiedad tomando en consideración, más bien, el bien sobre el cual recae el derecho de propiedad.

Siendo así, los derechos de propiedad pueden recaer tanto sobre predios como sobre bienes muebles e incluso sobre bienes incorporales, como sería el caso del segmento de la propiedad intelectual. En ese entendido, al ámbito de la propiedad predial abarca todas las titularidades que pueden existir sobre predios: la copropiedad sobre un predio, la propiedad fiduciaria sobre un predio y los tipos de propiedad que justamente solamente se entienden en función a los predios: la propiedad horizontal y, como veremos más adelante, la servidumbre legal de paso. Todas estas instituciones tienen como una base común las reglas de la propiedad predial establecidas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dentro del conjunto de bienes inmuebles categorizados de esta manera por nuestro ordenamiento, deberíamos decir que en nuestro sistema es el predio el que tiene la importancia central. Naturalmente, esta importancia del concepto de predio no le viene al derecho inmobiliario de una jerarquía de conceptos intrusiva al derecho. Sino más bien de la propiedad realidad y utilidad práctica para las personas. En esa línea, se sostiene que la importancia de la propiedad predial radica en que "(...) la familia descansa en la propiedad territorial, y también esta constituyó más tarde el fundamento del crédito real."

El predio es, desde una perspectiva sociológica y antropológica, y desde periodos historias anteriores al nuestro, el soporte de la actividad privada

de los individuos, es el sustento de la vida familiar, de la recreación, de la actividad laboral; etc., es decir, de todo el actuar de la persona en su esfera privada. Y son, en última instancia, los problemas de estas personas de carne y hueso los que el derecho busca solucionar (BULLARD GONZALES, XIV, pág. 100)

En ese marco, el estudio de las diferentes titularidades que se pueden tener sobre un predio, las vicisitudes que dichas titularidades confieren en el campo del derecho inmobiliario no puede obviar una precias delimitación del concepto de predio, sobre el que se basan todas las demás figuras.

2.1.6.1. **DEFINICION LIMITADA DE PREDIO**

La doctrina tradicional establece algunas definiciones disimiles de predio, algunas de las cuales identifican el concepto con la parcela de terreno delimitada en su perímetro por unos linderos o, lo que es lo mismo, el “trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común” (PEREZ PEREZ, 2000, pág. 100). En el mismo derecho romano se consideraba al predio como el terreno en el que no exista construida ninguna edificación (Juridica, 1964, págs. 791-792).

En la línea de esta posición, Heinrich Leman, aunque después se ocupa de la extensión vertical del predio, señala la siguiente definición inicial. “Son inmuebles las fincas, es decir, las partes de la superficie terrestre delimitadas por medio humana, junto con sus partes integrantes esenciales”. La definición de predio se hace en función a la superficie

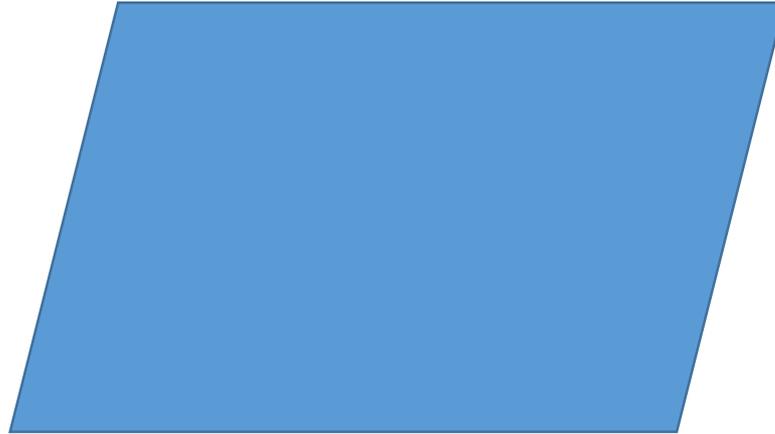
terrestre, un concepto de dos dimensiones, largo y ancho al que circunstancialmente podrían estar unidas partes integrantes.

Por su parte, Martin Wolf señala respecto a la definición civil de predio: “Se llama finca – independientemente considerada de toda mención en el Registro – a un espacio de límites determinados en la superficie de la tierra. Cuales sean sus límites, se desprende de la historia de cada inmueble (WOLF, 1971, pág. 217). El autor hace referencia a la definición civil independiente de la realidad registrada en razón de que en el sistema alemán el sistema del registro constitutivo de derechos da lugar a que la inscripción sea el aspecto determinante de la concepción jurídica de predio. En cualquier caso, la definición que este autor hace de un predio o finca hace hincapié también en una delimitación de la superficie de la tierra, la misma que se da artificialmente para efectos jurídicos atendiendo a la historia particular de cada predio.

Por su lado, en la doctrina nacional, Jorge Eleodoro Romana señala que los predios constituyen “(...) las divisiones materiales que se hacen del suelo, para su apropiación por el hombre”. Más allá de que se utilice, esta vez, el concepto de suelo en lugar de la superficie terrestre, la definición es sustancialmente la misma, puesto que lo determinante sigue siendo la división hecha por el hombre de las parcelas de tierra que le sirven para satisfacer sus intereses.

Desde una perspectiva bidimensional, el predio señalado en las referencias anteriores se vería así:

FIGURA N° 1



Es interesante apuntar que esta definición bidimensional de predio es una que se identifica con la que el lenguaje cotidiano se tiene de dicha palabra. Nuestro vocabulario cotidiano identifica el predio con el terreno de dos dimensiones sobre el que bien se puede asentar una construcción o se utilizar como terreno sin construir.

2.1.6.2. DEFINICION LEGAL DEL PREDIO

El código civil se refiere indirectamente al predio en el artículo 885 del Código Civil, puesto que lo nombra (en el inciso 1) en función a sus componentes: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. De ahí en más, se ocupa de este concepto un título específico bajo el nombre de propiedad predial. Sin embargo, en dicha sección tampoco se incluye una definición para efectos civiles de lo que constituye un predio¹. De acuerdo al artículo 954 del Código Civil se menciona la extensión de la propiedad predial; dicha norma, tiene un tenor muy similar a

¹ Existe sí una definición del concepto de predio a efectos de la determinación del impuesto predial. Así, el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 776 Ley de Tributación Municipal señala: “ para efectos del impuesto se considera predios a los terrenos, incluyendo los terrenos ganados al mar, a los ríos y a otros espejos de agua, así como las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de dichos predios, que no pudieran ser separadas sin alterar, deteriorar o destruir la edificación”

su antecedente legislativo en el Código Civil de 136, la misma que introdujo una norma de este tipo por primera vez, al no existe una semejante en el Código Civil de 1852 (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 99)

Artículo 854 del Código Civil de 1936.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial, y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de sus derecho, la regla de este articulo comprende la propiedad de lo que se encuentra bajo el suelo, excepto las minas y las aguas, que esta regidas por leyes especiales.

A pesar de las similitud de las normas citadas en los Códigos de 1936 y 1984, se sostiene que a regulación actual de la propiedad predial se encuentra mejor estructurada en razón de que las normas en los códigos anteriores se enmarcaban en un contexto de preponderancia de la propiedad agraria (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 266), lo que redujo la cantidad de normas en materia de propiedad predial en el anterior código.

Adicionalmente, Lucrecia Maisch, miembro de la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, ponente del Libro de Derechos Reales, en su anteproyecto para la reforma del libro IV, señala que sirvió como referencia legislativa del actual articulo 954 el parágrafo 905 del BGB (MAISCH VON HUMBOLT, 1984, pág. 112) , la misma que señala lo siguiente:

“*extensión de la propiedad.*- El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio sobre la superficie y al cuerpo de tierra bajo la superficie. El propietario no puede, sin embargo, prohibir interferencias que se realicen a tal altura o profundidad que él no tenga interés en la exclusión”

La existencia de esta norma determina que en la doctrina alemana el tratamiento de la propiedad predial no albergue mayor discusión en cuanto a la extensión vertical del derecho del propietario (HEDMAN, 1955, pág. 145), salvo por la delimitación del interés en la exclusión a que se refiere la norma, materia a la que me referiré más adelante.

No obstante de ello, la utilización de la expresión *extensión* de la propiedad predial denota que la manera de abordar esta problemática es una en la que se considera que lo que está en discusión es la extensión del derecho, es decir, la delimitación de hasta donde se reconoce al propietario la posibilidad de excluir del aprovechamiento del bien. No se centra la definición en el bien sino en el derecho. Al estudiar la extensión sería prioritario de acuerdo a esta doctrina determinar qué es lo extendido, esto es, según un enfoque conceptual, la propiedad predial.

Por mi parte considero que la línea de razonamiento debe partir de manera contraía, es decir, de lo que funcionalmente se entiende como bien en el caso específico, para a partir de ahí recién establecer la extensión del derecho de propiedad. En otras palabras, en primer lugar es necesario estudiar qué es lo que debe ser considerado como predio en función a las utilidades que en la realidad se le reconozca a esta entidad. Esto no el objetivo de tener una definición actual del mismo, definición que lógicamente tiene una evolución paulatina en la forma de entendimiento de los sujetos.

En lugar de que el sistema jurídico se ocupe de la extensión es mejor limitar lo jurídico a la identificación del derecho: la propiedad. Ver sobre que recae y en que extensión, ya corresponde al análisis de la realidad y de los intereses de los sujetos. En otras palabras, una vez identificado el bien, recién entra en

consideración el derecho de propiedad que recae en el en toda su extensión.

La particularidad de la propiedad predial no es el derecho, que es el fin y al cabo un derecho de propiedad como cualquier otro, sino, más bien, el bien sobre el que recae: el predio.

De ahí que considero acertada la opción de no incluir una definición legislativa, puesto que ello permite que la delimitación de un concepto extralegal como el del predio pueda ir evolucionando a través de los años sin la necesidad de que para tal efecto se hagan modificaciones legislativas o interpretativas alambicadas. A continuación realizare el estudio de esta norma y de los demás aspectos que involucran a la propiedad predial, la misma a la que encuentro muy ligado al tema de investigación y que servirá como componente para la elaboración de esta tesis.

2.1.6.3. **DEFINICION FUNCIONAL DEL PREDIO**

El concepto de predio es uno que debe definirse de cara a la realidad en lugar de la concatenación abstracta de conceptos jurídicos. Esto porque se trata de un objeto con existencia extrajurídica, en cuya definición tiene relevancia menor la referencia a los orígenes histórico y etimológicos de las palabras. No es lo óptimo el estudio puro de conceptos ya que "(...) los sientas en realidad se cierran con soluciones, con respuestas concretas a las preguntas que la realidad les plantea" (BULLARD GONZALES, XIV, pág. 101).

El derecho se ocupa de la existencia de titularidades, léase derechos, como la propiedad, que vienen a otorgar tributos reconocidos por el ordenamiento jurídico sobre objetos que son externos al Derecho, como es el caso de los intereses y las actividades humanas, los hechos naturales y las cosas. En este

último grupo está el predio, puesto que su existencia es previa a la atribución jurídica de titularidades que emanada de la propiedad predial.

Siendo así, es la observación de la realidad, especialmente de las actividades de las personas, la que permite llenar de contenido el concepto jurídico de predio. Solo así puede el mundo jurídico ir de la mano con la realidad. A medida que la utilización del espacio terrestre por parte de los humanos va evolucionando, también tiene que ir evolucionando el Derecho que regula la contraposición de intereses entre los sujetos.

En base a las mencionadas consideraciones de orden práctico y en base a la propiedad regulación del predio del Código Civil, resulta, en primer lugar, sencillo descartar que el predio pueda identificarse con una porción de suelo o parcela delimitada de la superficie terrestre, puesto que un objeto semejante no refleja los intereses que tiene las personas sobre el predio. Las actividades humanas que se dan sobre un predio naturalmente no se hacen en dos

FIGURA Nº 2



dimensiones, se hacen en tres dimensiones... ello se aprecia del ejemplo contenido en la siguiente imagen.

Figura N° 03



De nada serviría ser propietario de un terreno si no fuera posible dar uso al espacio que existe encima de él. Lo mismo respecto de un terreno en el que existe una construcción. Es, pues, visto desde un punto de vista funcional, el espacio como objeto el que satisface el interés de los sujetos, donde las personas trabajan, juegan, duermen, estudian, conversan, escriben, leen, etc.

Así se entiende que el crecimiento de las ciudades pueda darse también de manera vertical. Si lo que se necesitara fueran los terrenos entendidos desde un punto de vista bidimensional, el crecimiento de las ciudades sería necesariamente a través de las áreas que se encuentran en la periferia. Sin embargo, cada vez se desarrollan más posibilidades de utilizar de mejor manera el espacio que se encuentra por encima de las zonas donde los terrenos ya han sido en su mayoría o en su totalidad utilizados para fines de construcción. Véanse nada más las siguientes imágenes que grafican la

utilización tridimensional de las personas del espacio comprendido por sus predios.

FIGURA Nº 3



Así, en análisis más recientes de la propiedad predial, se señala que el concepto tradicional de predio "(...) ha evolucionado hasta llegar a entender que 'suelo' no sólo es el trozo de terreno, sino además las parcelas cúbicas existentes o futuras, pero que sean susceptibles de aprovechamiento económico" (GONZALEZ BARRON, 2009, págs. 258-259).

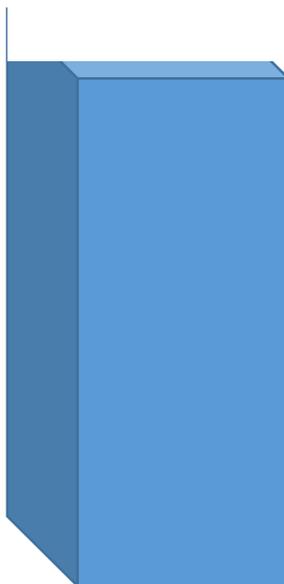
En esa misma línea, se sostiene que

"Es ya una opinión plenamente compartida la de que el objeto de la propiedad puede perfectamente concebirse como un espacio

cúbico, (...) la finca ya no puede considerarse, en su acepción clásica de porción de superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, sino más bien como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada" (GONZALEZ BARRON, 2009, pág. 261).

Aunque no deja de hacer hincapié en el elemento de la construcción, así grafica la doctrina la evolución del concepto de predio. Es peculiar señalar que se utiliza vagamente el concepto de cubo, cuando en realidad se trata de otra figura geométrica. Estos espacios de aprovechamiento de los particulares son geoméricamente poliedros de espacio, de la especie *paralelepípedos* (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 270), en tanto que los lados no tienen la misma longitud que la extensión vertical, la misma que depende de la utilización del predio en particular.

Al igual que José Carlos, considero que la figura a la que se ha descrito anteriormente en su forma bidimensional, esta sería de un predio representada por la siguiente figura:

FIGURA N° 4

Siendo así, considero que un predio es un bien que se define como un poliedro compuesto por segmentos de espacio y segmentos materiales, delimitada por un perímetro en sus lados y por la utilidad del propietario en su altura y profundidad, en el que las personas desarrollan sus actividades. Asimismo está compuesto por tres elementos jurídicamente definidos: el suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

Como se ha podido apreciar, el predio es un bien que tiene una complejidad particular por tener una naturaleza compuesta, si bien el espacio que se encuentra en el ámbito del predio es el objeto que presta la utilidad directa a los sujetos, de manera indirecta también el predio es útil como sustento físico sobre el cual todas las actividades u objetos de las personas se apoyan.

2.1.6.4. COMPONENTES DEL PREDIO

El predio El predio como objeto compuesto está formado, siguiendo nuestra legislación, por tres elementos: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Los conceptos de suelo, sobresuelo y subsuelo se nombran, además de en el

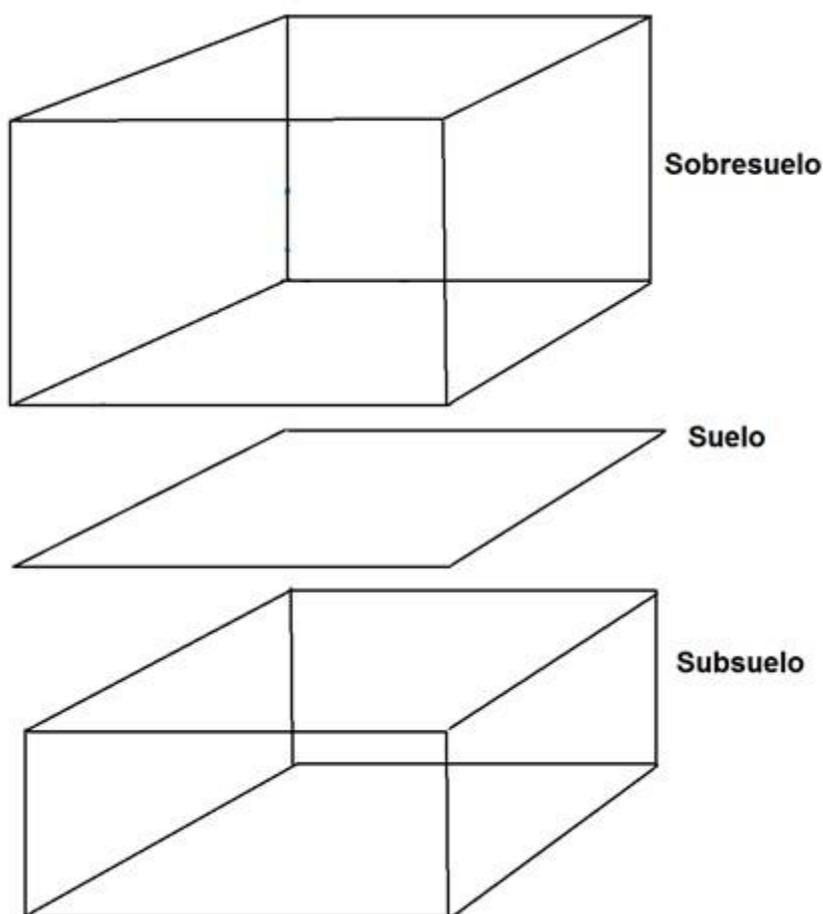
artículo 954 del Código Civil, en el listado de bienes inmuebles, de la forma siguiente:

“Artículo 885.- Son inmuebles:

1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo. (...).”

Antes de pasar a desarrollar en detalle cada uno de los componentes del predio, creemos que la idea de predio que creemos ha sido expresada por el citado artículo y, en general, acogida en el Código Civil es la que se muestra en el siguiente gráfico:

FIGURA Nº 5



El primer elemento *suelo* vendría a ser una parcela plana de terreno. Dicha parcela se encuentra delimitada dentro de un plano mayor compuesto por el complejo urbano de la ciudad o de una zona rural determinada en el caso de un predio agrícola.

Considerada aisladamente, es decir, separándola del sobresuelo y del subsuelo, sería específicamente nada más que una membrana fronteriza entre lo que constituye el sobresuelo y el subsuelo, un "(...) estrato (necesariamente sutilísimo y en rigor, sin espesor) de la corteza terrestre (...) que está en contacto con el inicio del espacio atmosférico" (ARIAS SCHEREIBER PEZET, 1998, pág. 197).

Como tal, el suelo materialmente constituye un elemento infinitamente delgado debido a que lo que sea que se encuentre por encima o por debajo de él, aún por unos pocos centímetros, ya no podrá considerarse que se encuentre *en el suelo*, sino, más bien, estará en el sobresuelo o en el subsuelo, respectivamente. De este modo, semejante entidad infinitamente delgada es también económicamente inútil, porque no hay explotación posible del suelo sin hacer uso de alguno de los otros dos elementos.

Concordamos en este punto con Gunter Gonzáles cuando señala respecto al espacio en el que se producen las actividades humanas que "(...) [e]l aprovechamiento económico nunca puede circunscribirse sobre la delgada línea de la corteza terrestre que denominamos 'suelo', ya que éste sin espacio físico para albergar las actividades del ser humano carece de toda utilidad" (GONZALES BARRÓN, 2011, pág. 292) . Queda clara, por tanto, la dificultad de considerar como un bien individualmente útil al suelo.

Del mismo modo, Eugenio Ramírez hace hincapié en la proyección del suelo como objeto útil y no del suelo por sí mismo, cuando señala que "Se diría que no es concebible la idea del suelo, desligada de las anteriores sobresuelo y subsuelo. La propiedad del suelo o superficie lineal no nos dice nada, necesita proyectarse hacia arriba y hacia abajo para encontrar expresión, es decir, se trata de su ámbito físico" (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 270).

Este apunte, aunque lógico desde un análisis funcional, produce una discrepancia con lo que el razonamiento jurídico común entiende en el campo de los derechos reales. La terminología usualmente utilizada en el Derecho apela a voces como los *derechos reales sobre suelo ajeno* o incluso a nivel normativo términos como la *ley de suelo* española, toman como centro el concepto de suelo para efectos de regular el aprovechamiento de los sujetos de los espacios urbanos. Ello demuestra que se produce una equívoca atribución de la utilidad principal al concepto de suelo, la misma que como veremos corresponde más bien a los otros componentes del predio, el sobresuelo y el subsuelo.

En determinados casos podría reconocerse al suelo (individualmente considerado) un valor propio, si se toma en cuenta la posibilidad que otorga al propietario por ejemplo de actuar en su calidad de poseedor mediato, así como en la posibilidad de ejercitar su poder de enajenación y gravamen u otros derechos relacionados con la propiedad del inmueble como el retracto, el tanteo y eventuales cargas reales (LARENZ, 1978, pág. 387) e incluso en la posibilidad de que la propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo regresen a su patrimonio para consolidarse como sucede en el caso de la superficie que analizaremos más adelante.

Sin embargo, no se puede negar que estas utilidades no nacen en función a una inmediatez entre el sujeto y el objeto como es propio en los derechos reales, sino en función a una particular expectativa del sujeto en su posición jurídica de concedente de derechos.

Diferente es el caso del sobresuelo y del subsuelo. Estos componentes del predio sí son fácticamente útiles para el propietario aún considerados de manera individual. Reconocer el sobresuelo y el subsuelo como elementos del predio es lo que "Nota de contenido económico a la propiedad predial, pues el titular solamente obtiene utilidades y disfrute en cuanto realiza actos de aprovechamiento sobre el espacio físico que se encuentra sobre el suelo (igualmente en el subsuelo)" (GONZALES BARRÓN, 2011, pág. 291).

Por un lado, cuando nos referimos al *sobresuelo*, estamos hablando de todo el espacio que se encuentra por encima de la superficie del suelo, espacio que es de utilidad para los sujetos con independencia de la existencia de una construcción. Con este componente del predio es con el que se identifica lo que usualmente se considera en el lenguaje común un predio. De ahí que la determinación de su utilidad sea más sencilla, pues casi cualquier actividad humana se da teniendo como sustento físico el sobresuelo, las actividades familiares en una casa, las actividades recreativas en un campo deportivo, las actividades laborales en oficinas, las actividades productivas en edificios industriales, etc.

En el lenguaje jurídico a veces se equipara con el concepto de aires. Al respecto, señala Romero Romaña que el propietario "puede así, construir en los aires de su propiedad edificios de diversa altura, sujetos a las disposiciones administrativas; puede, inclusive, vender los aires, de su propiedad; puede

impedir que por los aires se invada su propiedad" (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 99).

Ludwig Enneccerus opina también que "Se requiere, y es suficiente, la perceptibilidad por *cualquiera* de los sentidos (no es menester que sea perceptible al tacto). Así, pues, no tiene importancia para el concepto de cosa el que un objeto será sólido, líquido o gaseoso" (ENNECCERUS L. , 1953, págs. 534-535). Sin embargo, hace la atingencia de que los cuerpos líquidos y gaseosos deben encontrarse separados, como en el caso de los que se encuentran recogidos en un recipiente.

Por su parte, Karl Larenz considera los bienes gaseosos siempre que se encuentren en recipientes, aunque después apunta que no se consideran bienes por no ser accesibles o delimitables los astros, los meteoros, la capa atmosférica, las nubes y las aguas de los mares y ríos (LARENZ, 1978, págs. 372-373).

Sobre el particular, consideramos que el criterio para considerar corpóreo un bien no es la posibilidad de observarlo con los ojos, ni la posibilidad de contenerlo en un recipiente. Debe ser el que éste pueda ser percibido por cualquiera de los sentidos, que no sea percibido solo por la mente como sucede con los derechos. Tal es el caso de los aires o el espacio, puesto que se trata de un ente con existencia real y no solamente en la abstracción del Derecho.

Del mismo modo, estas consideraciones se encuentran acordes con lo que se practica en nuestra realidad socio-económica, pues diariamente se pueden encontrar transacciones que tienen como objeto los aires de los terrenos o de las edificaciones. Incluso en los condominios y edificios de departamentos los

aires son también objeto de valorización económica en la asignación de derechos de los propietarios de las secciones exclusivas.

Tan es así que en el novísimo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predio se ha incluido la posibilidad de reservar los aires de un edificio como una unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva independiente. Así, los dos últimos párrafos del artículo 63 del mencionado reglamento establecen:

“Cuando en el Reglamento Interno se establezca la reserva de aires de la edificación, ésta podrá independizarse como sección de dominio exclusivo siempre que se le asigne porcentaje de participación de los bienes comunes. En este caso la independización procederá, siempre que cuente con área proyectada de acceso.

El Reglamento Interno puede establecer reserva de aires sin independización, en cuyo caso esta circunstancia consta en asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz o de otra partida vinculada”.

A esta circunstancia se refiere Lucrecia Maisch al comentar las normas que consideran a los aires como objeto de derechos en él, en aquél entonces nuevo, Código Civil de 1984: "Se establece así que el subsuelo o el sobresuelo pueden ser de propietarios distintos al dueño del suelo, norma que posibilita enajenar el subsuelo y los denominados aires de una edificación, probabilidad que, dado el señalado crecimiento urbano y el creciente valor de los inmuebles, es de gran utilidad" (MAISCH VON HUMBOLT, 1984, pág. 112). Se evidencia con ello la real importancia de este componente del predio sobre los otros dos, la misma que llevada al campo económico tendría su correlato en un valor mayor considerando el sobresuelo de manera unitaria.

Por otro lado, el *subsuelo* se define como la entidad material que se encuentra por debajo de la superficie terrestre delimitada en función a un predio específico. Más precisamente, siguiendo la terminología del parágrafo 905 del BGB, aquello que se encuentra debajo de la superficie del suelo no es otra cosa que el *cuerpo de tierra* sobre la que se proyecta de manera vertical la parcela de terreno de la superficie.

El subsuelo presta utilidad principalmente por constituir el apoyo físico sobre el cual recaen las edificaciones construidas en los segmentos superiores del predio. En este sentido, si bien la utilidad inmediata de un predio se encuentra en el sobresuelo por la posibilidad que otorga a los sujetos de aprovechar el espacio, el subsuelo tiene una utilidad mediata al permitir que las actividades de los sujetos recaigan físicamente en este cuerpo de tierra.

Si bien de acuerdo a lo dicho el subsuelo constituye un objeto material, cuya corporeidad es la que en última instancia sirve de apoyo a las eventuales edificaciones a construirse encima o de sustento al sembrío en el caso de predios agrícolas, existe también la posibilidad de que en el subsuelo se encuentren espacios aprovechables por los sujetos, ya sea originados de manera natural como las cavernas, manantiales o similares o con origen en la mano del hombre: "El dominus puede excavar, construir, plantar y hacer cimientos en la profundidad o subsuelo de su terreno; para construir, para plantar, en general para cualquier obra en superficie, es siempre necesario ocupar también una parte de su subsuelo, ya para colocar los cimientos, ya para depositar las semillas y después con las raíces".

Es así que, en cuanto a la utilidad práctica del subsuelo, además de la función principal de apoyo que cumple este componente del predio, resalta su cotidiana utilización como sustento de construcciones subterráneas igualmente útiles para los sujetos (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 270).

Cabe mencionar la diferencia antes mencionada entre el lenguaje jurídico y el lenguaje común en cuanto a este componente del predio. En el lenguaje común existe una relación diferente a la que se tiene jurídicamente entre dos conceptos: suelo y subsuelo. En el hablar cotidiano se incluye dentro del término *suelo* también lo que está debajo de la faz de la tierra y que constituye el cuerpo de tierra o "superficie de la tierra" (ESPAÑOLA, 2001, pág. 2104) que soporta lo que se encuentra encima.

Subsuelo, siempre en el lenguaje cotidiano, no se define como la zona inmediatamente inferior al suelo, sino más bien como aquello que se encuentra a una profundidad regular que puede incluir espacios como cavernas, manantiales y, del mismo modo, cuerpos de minerales. En este punto, la norma recoge una definición que no calza perfectamente con la palabra en el lenguaje cotidiano.

2.1.6.5. PREDIO Y UTILIDAD

Habiendo explicado la disgregación física del predio, a continuación vamos a ocuparnos de la extensión que tiene el mismo y los límites que el ordenamiento establece para él desde el punto de vista vertical y cuál es la relación de esta problemática con el concepto de utilidad. "Teóricamente el propietario podría avanzar verticalmente en cierto modo hasta la luna y, siempre que el derecho de los recursos naturales no establezca limitaciones de derecho público, hasta el centro de la tierra". Tal sería la conclusión de

considerar solamente la proyección vertical del predio hacia arriba y hacia abajo. La posibilidad de excluir a otras personas del ámbito del predio que se le reconoce al titular constituiría la mayor manifestación de la faceta negativa del derecho de propiedad.

Esta posibilidad de explotar la proyección del predio de manera total en el sentido vertical era propia de la doctrina individualista del derecho de propiedad (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 99). Se sostiene, así, que ésa era la propiedad romana: "En el Derecho romano la propiedad es extremadamente individualista en cuanto a su naturaleza e ilimitada en su proyección vertical hasta el cielo (*usque ad coelum*) y hasta el infierno (*usque ad ínferos*), o sea, hacia arriba y hacia abajo" (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 256).

Como explica Eugenio Ramírez, la citada concepción de la extensión del predio se aplicó durante muchos siglos, inclusive llegó a proclamarse así el Código Civil francés (artículo 552 y siguientes), en el contexto de la búsqueda de la revolución francesa de quitarse los atavismos y cargas del feudalismo, y así se expandió a través de España a los códigos civiles latinoamericanos.

No obstante, desde inicios del siglo XX, especialmente con la inclusión del concepto en la Constitución de Weimar, se desarrolla paulatinamente la idea de la función social de la propiedad (*Sozialbindung*), en el sentido de que el reconocimiento de este derecho no debe llegar a extremos perjudiciales para la misma sociedad y se establecen límites (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 265). La faceta positiva de poder aprovechar según la voluntad particular el bien se mantiene con similar protección a pesar de la evolución del Derecho, pero la faceta negativa de excluir a los demás de interferencias en los bienes propios

es la que se va limitando, específicamente, en función a lo que se considere que es la *utilidad* del propietario (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 265).

Reflejo de esta evolución son las normas referidas a los límites de la propiedad predial introducidos en los principales códigos civiles desde el BGB en adelante. Específicamente en el artículo 954 de nuestro Código Civil se señala que la propiedad sobre el sobresuelo y el subsuelo se extiende hasta "(...) donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho". Nuestra norma establece en esta línea un límite a esta extensión vertical del predio que no son los cielos ni los infiernos como rezaba el aforismo romano. El límite en nuestro sistema es el de la *utilidad al propietario*. Tal parece entonces que para cerrar nuestra definición de predio, la extensión tridimensional de éste debe tomar en cuenta el concepto de utilidad. Entonces, ¿cómo debe delimitarse la utilidad del propietario?

Para responder esta pregunta existen dos posiciones que se pueden defender. Una opción es la de considerar que al momento de establecer los límites verticales de la propiedad predial se deba tomar en cuenta una utilidad *concreta*, es decir, la posibilidad real de que el propietario pueda dar uso a la extensión vertical, ya sea en el sobresuelo o en el subsuelo, del predio, bien porque se están realizando las transacciones legales y financieras para la realización de un proyecto de construcción, bien porque tiene aprobado en sede municipal la realización de un proyecto, bien porque la construcción ya está en proceso o ya está terminada.

En esa línea, opina Eugenio Ramírez citando a Jorge Avendaño que "Para el legislador, la *utilidad* debe apreciarse en términos actuales, es decir, de explotación real, vigente. No se la puede interpretar en función de lo potencial,

de lo que podría ser" (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 272). En cualquiera de los casos tomados como ejemplo el interés o la utilidad del propietario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo son irrefutables y tienen un sustento tangible en las circunstancias.

No existiría, pues, utilidad del sobresuelo y/o el subsuelo, para quien no tuviera intención, ni recursos para la inversión en algún tipo de edificación en el predio, más allá de que potencialmente o eventualmente puedan cambiar las circunstancias o pueda esta persona sacarse la lotería, favoreciendo con ello la construcción de dicha edificación. Lo mismo cabría decir de un propietario que sí hace uso de un predio ya construido en dos pisos pero que no tiene la intención, ni los recursos para iniciar la ampliación vertical de la edificación. En su caso, la extensión en función a su utilidad se limitaría en el sobresuelo solamente a la altura del segundo piso y no más allá.

FIGURA Nº 6

Una segunda opción es la de considerar una utilidad no concreta sino *abstracta* o potencial. Desde esta perspectiva, el análisis de la extensión vertical del predio objeto del derecho considerará no solamente la existencia de contratos o actividades que demuestren la inminencia de la construcción de una edificación en el predio, sino inclusive el interés potencial que el propietario pueda tener sobre el vuelo. Desde esta perspectiva sería suficiente un criterio tan amplio como serían las capacidades o tecnologías humanas en el momento dado.

Por ejemplo, sería el caso de un nuevo propietario que, a pesar de no tener la intención ni los recursos para realizar la construcción en ese momento, ha adquirido el bien justamente por el atractivo que puede tener la construcción en dicho predio o incluso la posibilidad de venderlo posteriormente con una

valorización económica que considere la posibilidad de que se construya en dicho predio. Un propietario también podría tener un interés aun cuando no tenga la decisión de construir en el predio si por ejemplo existe una empresa que le alquila una parte del terreno para la instalación de un aviso publicitario o de una antena de telecomunicaciones.

En otras palabras, desde este punto de vista, el interés del propietario se analizaría desde un punto de vista más amplio sin exigir que necesariamente la situación actual evidencie la pronta ejecución de trabajos de construcción. Señala Eleodoro Romero, a manera de ejemplo, en los años en que escribía que "En el derecho francés se ha considerado desde hace tiempo que el espacio aéreo no debía tener más amplitud que la que era posible utilizar. Se fijaba como límite el de 330 metros, altura de la torre de Eiffel" (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 99).

En uno u otro caso, ha de tomarse en cuenta que existen límites fundados en el bien común al ejercicio del derecho de propiedad en el ámbito del derecho urbanístico, de modo que si, por ejemplo, los parámetros urbanísticos y edificatorios de una determinada zona establecieran que las construcciones no pueden extenderse más allá de tres pisos, sobre el interés del eventual propietario estaría la limitación normativa de la utilidad que puede recaer sobre un predio que se encuentre en dicha zona. Dicha limitación, se entiende, estaría referida solo al interés particular en construir y no en otro tipo de intereses sobre el bien.

Por lo demás, la norma no hace diferencia entre el tipo de interés del que debe tratarse, de modo que éste no necesariamente debería circunscribirse al interés en construir, puesto que podría incluir intereses más particulares como

es el interés estético o el interés de un propietario cualquiera de tener un terreno en el cual hacer volar cometas o globos aerostáticos. Similar consideración a la de los límites urbanísticos cabría hacer respecto a las licencias y autorizaciones que son necesarias para ciertas actividades como por ejemplo la instalación de paneles publicitarios que se pueden realizar en los aires que conforman el sobresuelo del predio.

Por otro lado, deben considerarse como ya hemos mencionado anteriormente, los supuestos en que el derecho público determina limitaciones en razón del interés público, como sucede con la propiedad de los recursos naturales en el subsuelo (que según el artículo 66 de la Constitución son de patrimonio de la nación y se rigen por el principio del dominio eminente del Estado a pesar de encontrarse por debajo de un predio privado) y la necesidad de que se tiendan cables eléctricos ("De ahí que se diga que el titular de una concesión de distribución tiene la potestad de establecer soportes y hacer que pasen los cables; se encuentra dotado, frente a predios atravesados, con una servidumbre real" (RAMIREZ CRUZ, 2003, pág. 273)) y de que por ejemplo los aviones circulen a determinada altura (esto no es problema en una zona cualquiera de la ciudad en que incluso los rascacielos no se encuentran a la altura en la que los aviones comerciales suelen volar (MAISCH VON HUMBOLT, 1984, pág. 112), pero sí en el caso de los predios que se encuentren en las cercanías o en colindancia con aeropuertos en los que primaría el interés público en el transporte sobre el interés privado de construir un edificio de gran altura al costado del aeropuerto).

Por nuestra parte, adoptamos la opinión de que debe tomarse en cuenta un interés abstracto cuando se trata de delimitar la extensión de la propiedad

predial, porque creemos que esta teoría refleja mejor la heterogeneidad de los intereses que puede tener un propietario sobre su predio. Sin embargo, el análisis del concepto del derecho de superficie que realizaremos más adelante sería aplicable también asumiendo la perspectiva del interés concreto. Esto debido a que la mera existencia de un derecho de superficie implica la previa celebración de un contrato de superficie. Y dicho contrato claramente refleja el interés del propietario en la utilidad que le pueda proporcionar el espacio que se encuentra en el sobresuelo de su predio, de modo que con él se despejan las dudas acerca de que el predio se extienda o no de manera vertical.

2.1.6.6. PREDIO Y EDIFICACION

Habiendo delimitado los contornos del concepto de predio, Habiendo delimitado los contornos del concepto de predio, veamos las consecuencias de esta delimitación en un concepto que será de gran relevancia al momento de estudiar el derecho de superficie: la edificación.

En la línea de nuestro razonamiento, observamos que la construcción o edificación que podría existir sobre un predio no tiene la misma naturaleza que el espacio que compone el sobresuelo y el subsuelo, es decir, no puede ser considerada como un elemento esencial del predio, en tanto que sobre ella no recae de manera directa la utilidad del propietario. La construcción es un elemento que no está siempre y en todos los casos en un predio. Puede perfectamente identificarse un predio en el que no existe ninguna edificación. Esto debido a que la construcción es una mera herramienta de delimitación y mejor aprovechamiento del espacio.

Desde el punto de vista de la función de estos bienes, las paredes no son útiles en sí mismas sino que solo sirven para delimitar el espacio, lo mismo que las vigas y las lozas, los dinteles, los vanos, etc. sirven para aprovechar de mejor manera el espacio en los diferentes pisos y ambientes de una construcción determinada. Es necesario realizar un vaciado de cemento para tener un segundo piso, porque sin él, como consecuencia de la fuerza de gravedad, las personas no podrían utilizar adecuadamente el espacio que se encuentra cuatro o cinco metros por encima del nivel del suelo.

A lo mejor si las condiciones humanas permitieran sí abstraerse a las leyes de la gravedad no se necesitaría tal vaciado, aunque sí se necesitaría siempre el espacio. Aún tratándose del segundo o cualquier otro piso, el bien objeto del interés del hombre no deja de ser el sobresuelo como espacio y no la construcción que se encuentra en él.

De cara a una institución diferente como es la propiedad horizontal y aunque de ello se deducen diferentes conclusiones, en la Directiva de SUNARP sobre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común se explica un similar razonamiento:

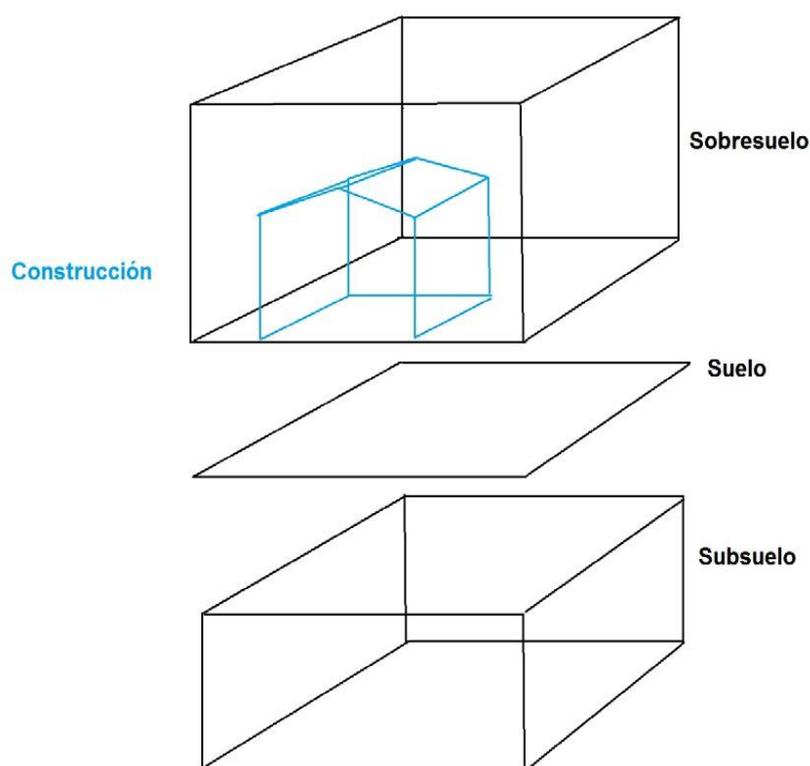
“(...) el predio es un bien presente (art. 954 CC), con o sin construcciones, éstas son solo un aprovechamiento más del bien que ya existe, pero su existencia o ausencia en nada modifican la naturaleza y presencia del bien, el cual de por sí ya se extiende en línea vertical hacia arriba y hacia abajo por todo su perímetro. Las construcciones futuras o proyectadas en nada

obstan a que estemos ante un bien presente, ya existente, real, y no ante un bien futuro” (Código Civil, 1984).

De manera específica, el sobresuelo y, en general, el predio, existen de esta manera con independencia de la presencia de una construcción. Va quedando claro que lo realmente útil de este tipo de bien es la existencia de un espacio que pueda servir a los sujetos para desarrollar sus actividades.

La representación gráfica de las consideraciones vertidas sobre la relación entre el predio y la edificación se puede observar en la siguiente imagen:

FIGURA Nº 7



Siendo así, es importante señalar que parece existir ya no solo una diferencia accidental entre los bienes muebles e inmuebles o entre los bienes muebles y los predios, sino una diferencia estructural y de concepto.

La antigua clasificación de bienes muebles e inmuebles presente en nuestro Código Civil y en la mayoría de codificaciones salvo en el BGB (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 26) ha sido objeto de muchas críticas justamente porque los argumentos para defenderla estaban basados en la tradición jurídica o en la proveniencia romana de dicha clasificación (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 25). Como bien señala Alfredo Bullard, es necesario responder a estos argumentos que los abogados "No clasificamos en muebles o inmuebles para tener nuestra conciencia con Dios por haber creado cosas que se mueven y cosas que no se mueven, ni para estar tranquilos con Olaechea y los demás autores del Código de 1936 o para que Justiniano descanse en paz" (BULLARD GONZALES, XIV, pág. 101).

Planiol señalaba, según Eleodoro Romero, que la solución no está en crear ficciones en la clasificación de los bienes, sino que bastaba con dar el tratamiento legal que correspondiera, haciendo referencia a lo que se hacía en el código alemán y el código suizo (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 26). En esa línea, se defiende que la clasificación propuesta hace ya muchos años por el profesor Jorge Avendaño (AVEDAÑO VALDEZ, XLVII N° 10, págs. 36-37) entre bienes registrados y no registrados podría resultar una que facilite la publicidad y seguridad en la transmisión de titularidades sobre los bienes. Creemos que ello resulta cierto en relación al aspecto de la oponibilidad de los derechos reales.

Sin embargo, por nuestra parte, creemos que puede encontrarse una fundamentación ya no solo histórica, sino esta vez práctica, de la distinción entre los bienes muebles y los bienes inmuebles, es decir, los predios, ya no en la circunstancia de que unos puedan moverse y otros no. Más bien, los

bienes muebles vendrían a ser aquellos cuya utilidad está en su materialidad (ENNECCERUS L. , 1953, pág. 535), es decir, un automóvil es útil por su propia existencia, es decir porque el motor le permite al propietario moverse y los neumáticos le permiten rodar. Un ordenador es útil porque su procesador permite utilizar los programas y su pantalla nos permite visualizar los contenidos informáticos. *Un plumón es útil porque sus propios componentes corporales nos permiten graficar o escribir en una pizarra.* Sin embargo, lo que sucede con el predio es lo contrario.

La utilidad de los bienes inmuebles, en general, y del predio, en particular, es la existencia de un espacio utilizable, lo útil son los aires, el vacío donde uno puede realizar sus actividades. La utilidad económica es típicamente la de tener un ámbito de desenvolvimiento que el propietario pueda utilizar a voluntad y del cual pueda excluir a los demás. De ahí que se fundamente un tratamiento diferente al de los bienes muebles, puesto que al ser el espacio lo útil en un predio, el interés de las personas determina que éstas busquen la manera de aprovechar mejor ese espacio, circunstancia que típicamente se da a través de la construcción de edificaciones.

La posibilidad de efectuar construcciones es una particularidad privativa de los bienes inmuebles, lo que determina que sean aplicables a ellos algunas reglas específicas e incluso algunos derechos reales específicos como las servidumbres y la superficie (ENNECCERUS L. , 1953). A manera de ejemplo, a diferencia de los bienes muebles, "En el caso de los bienes inmuebles (predios), el *ius aedificandi* constituye una facultad ínsita del dominio, pues el suelo sirve precisamente para asentar construcciones" (GONZALES BARRÓN, 2011, pág. 291). Éstas serían las razones por las cuales de

acuerdo a nuestro análisis del concepto de predio, no podría excluirse de manera absoluta la diferencia conceptual entre los bienes muebles y los predios.

Por otro lado, la diferencia entre los bienes muebles y los predios se resalta con la circunstancia de que éstos últimos no tienen estrictamente una existencia separada en la realidad natural. "A la finca le falta por naturaleza la separación que permita representarla como cosa" (ENNECCERUS L. , 1953, pág. 535). Uno no puede determinar con los sentidos e independientemente del Derecho dónde termina el predio de una persona y dónde comienza el de su vecino. "En este particular el concepto de cosa se basa simplemente en la determinación humana" (ENNECCERUS L. , 1953, pág. 536).

Uno puede estar ante un predio en el que se realiza una explotación comercial única como puede ser un centro comercial o un edificio de viviendas, pero jurídicamente ese espacio puede estar compuesto por dos o más predios independientes inclusive con partidas registrales autónomas y, por el contrario, uno puede estar ante una zona donde se realizan una variedad de actividades diferentes entre ellas, ferreterías, farmacias, cafés, pero todos formar parte de un mismo predio para efectos civiles y/o registrales (LOEWENWARER, 1943, pág. 140). Solamente las titularidades atribuidas son las que determinan la separación de predios que físicamente forman parte de un mismo compuesto material que vendría a ser la ciudad o la zona rural de la que se trate.

Un indicador de que la delimitación de los predios es más jurídica que física se presenta en el sistema alemán de registro constitutivo, respecto del cual se señala que

"Para la cuestión de si una cierta parte de la superficie de la tierra ha de considerarse sólo como parte de una finca, o como toda una finca, o como una pluralidad de fincas o de partes de fincas diferentes, no es decisivo el destino económico común o diverso, ni tampoco la situación y cohesión, sino, por regla general, la inscripción en el registro" (ENNECCERUS L. , 1953, pág. 535).

La necesidad de regular aspectos jurídicos como por ejemplo las formas de publicidad, el ejercicio posesorio o el modo de transmisión (LARENZ, 1978, pág. 374) fundamenta la distinción que debe haber de estos bienes inmuebles con los bienes muebles en los que su corporeidad permite automáticamente su individualización.

En última instancia, las construcciones son nada más que bienes muebles que se instalan permanentemente en el suelo y que, por tal circunstancia, se los considera integrantes del predio y —casi ficticiamente—reciben la calidad de bienes inmuebles. De ahí que cuando se hacía la distinción entre los tipos de bienes inmuebles (inmuebles por naturaleza, por accesión y por destino) "Constituían inmuebles por accesión, o por incorporación permanente ciertos muebles agregados al suelo tales como las construcciones hechas en forma permanente; no en forma temporal. Ejemplo: Un edificio, que se compone de distintos bienes muebles; pero que, por el hecho de estar incorporados al

suelo, forman un todo" (ROMERO ROMAÑA, 1947, pág. 26). Como se aprecia, la construcción en sí misma tendría la calidad de un bien mueble por cumplir con el criterio de la corporeidad, pero por la circunstancia de estar unida al suelo, se le considera bien inmueble.

Un ladrillo cargado en una carreta no es diferente en esencia a un ladrillo ya unido a la pared con el cemento, solamente que por esta circunstancia ya se le considera una parte integrante del predio. Pero esta circunstancia es solamente un elemento contingente. Una muestra de ello son las denominadas construcciones móviles. Cuando en lugar de una construcción de material noble se aprovecha el terreno mediante *containers* como en el caso de los "hospitales de la solidaridad" en nuestra ciudad o mediante estructuras removibles del suelo como las casas prefabricadas o las utilizadas por establecimientos como SODIMAC para operar sus tiendas, resulta claro que dichas estructuras constituyen muebles circunstancialmente aparejados al predio que no pasan a formar parte del mismo, por ser removibles sin causar daños o modificación alguna al predio.

Partiendo de ese punto ya parece una diferencia difusa la que existe con las construcciones tradicionales. Incluso en el caso de construcciones tradicionales, el avance de la tecnología que permite la separación de edificaciones sin necesidad de destruirlas, demuestra que las estructuras de la edificación entran más bien en el campo de los bienes muebles, y queda dentro del concepto de predio esencialmente el espacio que se encuentra por encima o por debajo del suelo, es decir, el sobresuelo o el subsuelo.

La demostración que hemos realizado en esta sección de la investigación de las particularidades del predio como bien inmueble, diferentes desde un punto de vista estructural de las de los bienes muebles, así como la demostración de que la utilidad en el caso de este bien recae en el espacio aprovechable más que en las construcciones existentes en el predio nos permitirán plantear en adelante un análisis más realista del derecho de superficie.

Este análisis tendrá en cuenta preponderantemente el aspecto funcional de las instituciones frente a la definición dogmáticamente compleja que, como veremos, caracteriza al concepto tradicional de esta figura.

2.2. SERVIDUMBRE

2.2.1. REFERENCIA HISTORICA

Las servidumbres aparecen en Roma (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 150-151), en interés de la agricultura, en el momento en que las tierras colectivas se dividen y pasan a ser de propietarios diferentes. La Ley de las XII Tablas, cita ya las servidumbres de paso, de saca de aguas y acueducto. En cambio las servidumbres urbanas, se constituyen mucho después, posiblemente después del incendio de Roma por los galos, como consecuencia de la necesidad de una rápida reconstrucción de la ciudad. En sus inicios la servidumbre constituye una ampliación del derecho de propiedad, él titular crece posteriormente, se elabora el concepto de la servidumbre predial que se conserva hasta nuestros días. Se trata de un derecho real que grava un inmueble y no de una obligación personal.

En la sociedad feudal, se establece similitud entre la servidumbre personal, es decir aquella que se establecía sobre las personas y la servidumbre real. Los derechos impuestos que gravan la tierra, gravan asimismo al propietario en

favor del propietario de otra tierra. Es seguramente en la sociedad feudal, en la que la servidumbre real, toma los caracteres de la servidumbre personal y representa el sometimiento de un predio a otro predio.

La revolución francesa prohíbe los servicios personales durante toda la vida, y el Código de 1804, establece los principios fundamentales de la servidumbre real, tal cual se le conocen hoy. La servidumbre no determina jerarquía entre los predios; no debe ser contraria al orden público y no puede constituir carga personal. Sin embargo se mantiene aún la terminología alusiva a la servidumbre y se conserva ese falso criterio de relación predial. El artículo 1125 del Código Civil de 1852, inspirado en el Código Francés de 1804 define y clasifica la servidumbres reales “que gravan sobre unas fincas a favor de otras son urbanas o rústicas,” “predio dominante es aquel a cuyo favor se establece la servidumbre y sirviente el que la sufre”, reza su artículo 1127.

Ese mismo criterio se reproduce en el artículo 960 del Código Civil de 1936, al que repite en texto y doctrina el artículo 1035 del Código Civil de 1984. Esto es que para nuestro derecho, como para todo el derecho contemporáneo la servidumbre predial constituye gravamen de un predio en favor de otro.

2.2.2. DEFINICION

Dentro de los derechos reales de carácter limitativo se encuentran las servidumbres, debido a que limitan el dominio del titular del derecho sobre el predio sirviente y facultan al titular del derecho de servidumbre a disfrutar o servirse del bien de otro. (CARDONA LOPEZ, 2014)

En esta misma línea de definición tenemos a la *Servidumbre* como un gravamen tendencialmente perpetuo de un fundo en provecho de otro fundo o de una utilidad legalmente reconocida (causa servitutis). Ordinariamente la

servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño; el inmueble en cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que lo sufre, se denomina predio sirviente (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 271). Por tanto la servidumbre es un derecho real sobre bien ajeno que concede al titular el derecho de usar el predio de otro o de impedir que su propietario ejercite determinados derechos. (www.monografias.com, 2016).

Es decir que la servidumbre puede consistir en un hacer (el ejercicio del derecho de usar un bien ajeno) o en un dejar de hacer o un no hacer, cuando el dueño del predio que sufre el gravamen no puede ejercitar determinados derechos. Se trata de formas a través de las cuales se aprovecha el valor del uso del bien ajeno. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 145) Ese aprovechamiento puede ser positivo, cuando el titular del derecho a la servidumbre ejercita determinados actos sobre el predio ajeno, o puede ser negativo, cuando el propietario del predio que sufre el gravamen se abstiene de ejercitar sus derechos.

Es decir que no es posible puntualizar más, pues tal poder puede constituir en las cosas más diversas. Así, bien permitir a su titular un cierto aprovechamiento positivo del predio (por ejemplo, pasar por el), bien permitirle impedir al dueño hacer lo que sin la servidumbre podría (por ejemplo, construir en determinada área de aquel), obteniendo, con ello, ventajas (luces, vistas) que proporciona – negativamente – el predio al no ser edificado (ALBALADEJO, 2009, pág. 102) Encontrándonos con dos sujetos intervinientes tanto A) el sirviente (quien otorga parte de su predio para ser impuesto con el gravamen de servidumbre

legal de paso) y B) el dominante (quien solicita la constitución del gravamen para el acceso y salida que necesita su propiedad).

2.2.3. DOCTRINA COMPARADA

a) DOCTRINA EN ESPAÑOL

Para Caperochi, define la servidumbre como un gravamen. Se define la servidumbre como un gravamen tendencialmente perpetuo de un fundo en provecho de otro fundo o de una utilidad legalmente reconocida (causa servitutis). Ordinariamente la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, el inmueble en cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que lo sufre, se denomina predio sirviente (art. 530).

De la definición legislativa pueden deducirse los siguientes caracteres: 1. Es un gravamen que afecta a bienes inmuebles; 2. Se establece en beneficio de inmueble, es decir, para el mejor provecho o utilización de predios rústicos o urbanos; 3. No se exige la vecindad, ni siquiera la contigüidad de los fundos aunque se circunscribe ordinariamente al provecho de predios colindantes o cercanos; 4, toda servidumbre se constituye y funda en una causa servitutis, y la existencia y subsistencia de la servidumbre está ligada a la existencia y subsistencia de dicha causa.

La elaboración romana de la dogmática de las servidumbres se realiza partiendo siempre de figuras concretas y determinadas, sin llegar a desarrollar una auténtica teoría general. Puede deducirse de textos literales – CICERON en particular- que la concepción originaria de servidumbre, más que un

concepto jurídico era una imagen o metáfora; más que un derecho, un gravamen.

Las figuras se fueron delineado una a una típicamente, cada una con su régimen específico, sin llegar a formar una categoría general. Las categorías originaria serían las servidumbres de paso (*iter, via y actus*) y *arquidectus* – que son consideradas *res mancipi* en las fuentes, posteriormente con el desarrollo económico y urbanístico de Roma, se irían desarrollando nuevos tipos de servidumbre rústicos y urbanas (que son tratadas, sin embargo, como *res nec mancipi*). Las primitivas servidumbres (paso y acueducto) eran consideradas parte de la propiedad del fundo dominante (*iura praediorum*). Las sucesivas servidumbres se fueron incorporando a la categoría, típicamente, sin llegar a definir un principio de libertad de constitución de servidumbres, por otra parte, en ningún lugar de las fuentes se reconoce con carácter técnico el concepto de predio dominante, y aunque normalmente el régimen de las servidumbres contempla también relaciones de vecindad entre fundos, se reconocen intereses distintos, como parte del tratado de las servidumbres. La glosa, acentúa una generalización comenzada en la misma en la misma época postclásica, y elabora el llamado *arbor servitum*.

La servidumbre era considerada una forma de dominio sobre personas, sobre fundos, o de fundos a personas – señoríos jurisdiccionales- o de personas reales y mixtas, es también corriente en España donde la encontramos hasta la codificación.

A partir de la ilustración, el régimen de las servidumbres queda afectado por la legislación des vinculadora y por la supresión de los derechos feudales – señorías jurisdiccionales – sobre los fundos.

Observamos que la servidumbre es un gravamen tendencialmente perpetuo sobre la propiedad; el régimen de la servidumbre es una excepción a la prohibición de vinculaciones; por ello cuando nos preguntamos sobre la posibilidad de constitución de servidumbres, en realidad nos planteamos también cual es el límite a la posibilidad de constitución de gravámenes tendencialmente perpetuos sobre la propiedad inmobiliaria. En el derecho codificado como corolario de la legislación des vinculadora, la única causa servitus reconocida es el provecho o utilidad de otro fundo (por que la legislación des vinculadora cierra la posibilidad de establecimiento de gravámenes perpetuos sobre la propiedad en beneficio de personas). Modernamente la legislación especial civil y administrativa introduce la posibilidad de constitución de servidumbres sobre un fundo – gravámenes inmobiliarios tendencial mente perpetuos – en los que no existe propiamente el provecho un fundo dominante, sino el reconocimiento de un interés público, que legitima una inmisión o restricción tendencialmente perpetua del derecho de propiedad. Así pues dos son las razones que sustentan el establecimiento de una servidumbre como gravamen tendencialmente perpetuo sobre la propiedad: el provecho de otro fundo (definición clásica de servidumbre), y un interés público legalmente recogido, y tipificado que se puede constituir también en causa servitutis. ¿Puede cualquier utilidad servir de causa servitutis y fundar una servidumbre? La idea de que cualquier utilidad puede justificar la imposición voluntaria de una servidumbre es contraria al derecho romano y

propio del derecho intermedio. En la moderna codificación se admite que cualquier provecho del fundo dominante puede fundar una servidumbre, y pierde el sentido de la tipicidad de las servidumbres inmobiliarias. Sin embargo, el análisis atento de la jurisprudencia muestra que la propia excepcionalidad de las servidumbres, hace del problema un problema teórico, pues la práctica apenas conoce la existencia de servidumbres innominadas.

b) DOCTRINA ITALIANA

Para enclavar el termino de servidumbres tenemos la doctrina Italiana, quienes señalan que la contraposición a la propiedad es hablar de los derechos reales limitados, donde se ha intentado presentar una doctrina general valedera para aquellos derechos reales de goce que no atribuyen la plenitud del contenido que es característica de la propiedad, a ello BIONDE BIONDO, refiere que es un concepto equivoco, preguntándose ¿limitados respecto a qué? Si el limite se refiere al contenido, la calificación es vaga, ya que todo derecho está limitado, es decir, comprende aquellas facultades que la ley le atribuye; por tanto, contraponer tales derechos a la propiedad no ayuda a nada, ya que la plenitud es característica peculiar y exclusiva de la propiedad, contraponer los derechos reales limitados a la propiedad en consideración a su limitación es como decir que no son propiedad. Ciertamente las facultades del propietario consienten limites, pero entonces tendríamos que incluir en tales categorías a los límites legales de la propiedad que presentan siempre caracteres reales, y sobre todo tendríamos que hablar de derechos reales no limitados sino limitantes (BIONDI BIONDI, 2012, pág. 07).

La servidumbres es ciertamente uno de los derechos a los que tradicionalmente se les atribuye la calificación de reales. Puesto que la noción

de derecho real constituye el género inmediato para la definición y el concepto mismo de servidumbre, es necesario, ante todo, afirmar aquella noción, que no tiene nada de segura y pacífica.

Se distinguen los derechos personales y los derechos reales como dos categorías de derechos patrimoniales, teniendo cada una estructura y disciplina diferente, tanto bajo el aspecto material como bajo el procesal. La distinción se ha alargado incluso hasta abarcar relaciones no patrimoniales, de modo que se proyecta entre los derechos absolutos y los relativos (BIONDI BIONDI, 2012, pág. 47).

c) POSICION PERUANA

Siendo la posición predominante la doctrina española, quienes en su desarrollo de la figura jurídica de servidumbre dentro de los derechos reales, han profundizado el tema en tipos que puedan presentarse de acuerdo a una determinada realidad y naturaleza jurídica, definiendo a la **SERVIDUMBRE**, como un derecho inmobiliario; grava directamente un fundo ajeno sin intermediación de su propietario (sin importar conducta alguna del mismo: *servitus in faciendo consistere nequit*), el acuerdo contenido un gravamen que implique una actividad del titular del fundo sirviente, no será una servidumbre sino un acuerdo obligacional.

La servidumbre es un derecho real sobre bien ajeno, que necesariamente ha de limitar el derecho de propiedad de un predio en favor de otro. No se concibe la servidumbre como una limitación del propio derecho de propiedad de un predio en favor de otro del mismo propietario. Si se trata de una limitación del derecho de propiedad, y ese derecho corresponde al mismo titular, no es admisible la servidumbre, sino cuando se transmite el derecho de propiedad

sobre uno de los predios. Sin embargo, se admitió desde muy antiguo que las servidumbres se constituyesen por título, por usucapión y también por "constitución del padre de familia". Esta última forma era la servidumbre que el propio dueño establecía sobre una parte de su predio en favor de otra del mismo predio, o que mantenía al haber adquirido y consolidado en una sola mano el derecho de propiedad sobre los dos predios (dominante y sirviente). Este modo de constituir servidumbres no fue conocido en el derecho romano, pero si conservado en el derecho francés y español.

La servidumbre será siempre una limitación del derecho de propiedad. Es por eso que la servidumbre no puede consistir en un hacer del propietario del predio sirviente, porque entonces, no se limitaría el derecho de propiedad sobre el predio, sino se impondría una obligación personal del sujeto titular del derecho. (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 151-1153)

2.2.4. NATURALEZA JURIDICA

La servidumbre es un derecho real sobre bien ajeno. Deja de ser servidumbre predial en cuanto se la impone sobre bien propio. Es un derecho real porque el titular de la servidumbre, es decir quien goza de ella, ha de obtener los provechos que ofrece, sin sometimiento ni obligación del propietario del predio sirviente (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 151).

La doctrina y la legislación han considerado a la servidumbre como una relación ínter predial, concediendo a los predios inclusive personalidad. En la relación, uno será dominante y otro será sirviente. Los jurisconsultos romanos decían que se trataba de una "cualidad del fundo" (Celso). Colín y Capitán (1923, t. II, p. 768) dicen que "constituyen una relación entre dos fundos." Lo que se quiere decir al afirmar que la servidumbre se establece no en beneficio

de una persona, sino en el de un fundo, es que la persona que se beneficia de hecho con la servidumbre y la que la soporta son indiferentes, y que la relación jurídica continuará subsistiendo aunque los propietarios hayan cambiado, en tanto los fondos dominante y sirviente subsistan y no se haya producido uno de los hechos que llevan consigo la extinción de la servidumbre".

Por tanto la naturaleza de derecho real de la servidumbre, no deriva del hecho de recaer sobre predio, sino de la inmediatez de su ejercicio. El titular de la servidumbre, no podrá exigir al dueño del predio sirviente que lo haga gozar de la servidumbre. Deberá procurarse directamente, sin sujeto pasivo, el goce de la servidumbre. Es por eso que puede ejercitar las acciones destinadas a defender el derecho de propiedad es la servidumbre (confesorio) o su posesión (legítima defensa, acciones posesorias, interdictos). La realidad de la servidumbre deriva pues de su modo de ejercicio. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 154)

2.2.5. CARACTERISTICAS

La servidumbre es, un derecho moderno, un derecho inmobiliario; grava directamente un fundo ajeno sin intermediación de su propietario (sin imponer conducta alguna del mismo: *servitus in faciendo consistere nequit*), el acuerdo contenido un gravamen que implique una actividad del titular del fundo sirviente, no será una servidumbre sino un acuerdo obligacional. Por otra parte, no puede establecerse servidumbre sobre un fundo propio.

El derecho real de servidumbre es excepcional. Su título debe constar expresamente. Todo gravamen real sobre un fundo debe ser objeto de interpretación restrictiva.

La servidumbre es un derecho real indivisible la servidumbre permanece inalterable tanto si se divide el fundo dominante como si se divide el fundo sirviente. La indivisibilidad se funda en la satisfacción de las necesidades para la que fue constituida, y también porque el uso es indivisible. Por ello las fuentes configuran la servidumbre como un modo de estar, inherente o cualidad del fundo.

El derecho real de servidumbre se fundamenta en una causa servitutis, la utilidad del fundo dominante. La utilidad debe existir y subsistir para que se mantenga el gravamen del fundo sirviente. (ALBALADEJO, 2009, pág. 254)

- 1) La servidumbre constituye un gravamen impuesto en beneficio de un predio; no en beneficio del propietario. Si esto último ocurriera no habría derecho de servidumbre.

Las servidumbres son relaciones entre dos predios: el dominante, que aprovecha del gravamen, el sirviente, que lo sufre. Son limitaciones, no desmembraciones.

Se trata de relaciones entre predios, pero el provecho o el detrimento lo experimentan o lo sufren las personas que son propietarias de dichos predios.

El derecho real de servidumbre no constituye nunca una obligación de hacer un *faciendo*, sino un *non faciendo*. Siempre se tratará de una obligación de no hacer, de una abstención u omisión, o, por lo menos, de un dejar de hacer. El propietario del predio sirviente solo deja de gozar; no viene obligado a hacer gozar. La servidumbre es pasiva, se soporta, se sobrelleva. No es activa, jamás podrá obligarse al dueño del predio sirviente a hacer algo.

- 2) La servidumbre deberá soportarla un predio, o sea que se trata de relaciones entre predios. Parecería que esto no es verdad porque solo las personas son sujetos de derecho no pueden establecerse relaciones jurídicas entre bienes. Se acepta este temperamento por dos motivos:
- 1) Porque al considerar que la servidumbre constituye un derecho entre predios, son innumerables las ventajas que se obtienen;
 - 2) Porque en último término esta relación es entre personas, porque los predios deberán forzosamente tener un propietario.

2.2.5.1. INSEPARABILIDAD

La servidumbre es un derecho real indivisible, ya que pertenece tanto al predio sirviente como al dominante. La indivisibilidad se funda en la satisfacción de las necesidades para la que fue constituida, y también porque el uso es indivisible. Por ello las fuentes configuran la servidumbre como un modo de estar, inherente o cualidad del fundo. (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 275) La servidumbre es, en el derecho moderno, un derecho inmobiliario; grava directamente un fundo ajeno sin intermediación de su propietario, el acuerdo contenido un gravamen que implique una actividad del titular del fundo sirviente, no será una servidumbre sino un acuerdo obligacional. (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 274)

2.2.5.2. UTILIDAD

Para definir la Utilidad Ferdinand refiere (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 157-158): La servidumbre se constituye para conceder una ventaja económica al propietario de predio dominante. Esa ventaja económica es la utilidad que le presta, puede ser estrictamente patrimonial o de mero recreo; puede consistir en la mayor comodidad o en la amenidad que ofrezca el predio dominante, o

puede relacionarse con el destino industrial del predio. De la servidumbre, debe resultar beneficio para el propietario del predio dominante. La utilidad es la razón de ser la servidumbre. No puede existir servidumbre inútil. Su justificación es su destino económico, entendiéndose por económico, tanto la utilidad que satisface necesidades materiales, como la utilidad que satisface necesidades espirituales. La diversidad de destinos que pueden tener las servidumbres, sobre todo las convencionales, es resultado de las distintas formas de utilidad que puede prestar. Puede establecerse servidumbre para atravesar otro predio, vecino o no, y puede asimismo establecerse servidumbre de no construir a mayor altura (*altius nom tollendi*) para conservar la vista del paisaje.

De lo que se trata es de proteger la utilidad de la servidumbre. No importa que ella sea satisfecha por un lugar u otro, en una forma u otra, siempre y cuando su destino económico no sea perjudicado. Debido a que la utilidad es la razón de ser de la servidumbre, es que ella puede extinguirse por el no uso. Esto es que la falta de utilización de la servidumbre da lugar a la caducidad del derecho. Quien no obtiene la utilidad que la servidumbre debe producir, pierde el derecho a ella.

2.2.5.3. PERPETUIDAD

La perpetuidad (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 158-159) de la servidumbre es una consecuencia de su naturaleza de limitación del derecho de propiedad del predio sirviente y de incremento del derecho de propiedad sobre el predio dominante. La servidumbre debe tener por objeto una posibilidad duradera de utilización. Si el derecho de propiedad susceptible de transmisión, hace al nuevo propietario titular de la servidumbre activa, la limitación en el derecho

sobre el predio sirviente, y el incremento en el derecho de propiedad del dominante, acompañarán permanentemente al derecho, independiente del sujeto titular. Cualquiera sea el propietario, gozará o sufrirá la servidumbre. Es decir que se trata de un derecho accesorio del de propiedad y por tanto sigue la suerte de él.

“El requisito de la perpetuidad es una afirmación común en las distintas escuelas del derecho intermedio y en la padeciste sobre la base de textos del derecho romano, tal requisito, sin embargo, se pone en duda en el derecho moderno. En la codificación francesa se afirma que la perpetuidad está en la naturaleza de la servidumbre pero no en su esencia, y se niega en general que la perpetuidad sea requisito constitutivo de las servidumbres en el derecho moderno” (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 276)

Nuestro Código se ocupa de la perpetuidad de la servidumbre en el artículo 1037 que dice: “la servidumbre son perpetuas salvo disposición legal o pacto en contrario”. Quiere decir que el carácter de perpetuidad, no es absoluto, sino relativo, indudablemente la fuente principal de la servidumbre es la voluntad de ellas partes y ellas corresponden al derecho privado, que puede ser alterado por voluntad. Entonces caben también las servidumbres temporales, por lo que establece la ley, como en el caso del artículo 105 del Decreto Legislativo 17752, Ley General de Aguas, que admite la ocupación temporal de terrenos para la ejecución de las obras, o el inciso e) del artículo 112, que admite la extinción de la servidumbre por vencimiento del plazo cuando es temporal. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 159)

2.2.5.4. ACCESORIEDAD.-

La servidumbre es un derecho accesorio (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 159-160) al derecho de propiedad. Lo amplía o lo disminuye. No se trata de un carácter inherente al predio. Ya vimos que algunos autores lo consideran no sólo accesorio al predio, sino inclusive integrante. Se trata de un derecho accesorio al derecho principal de propiedad. Es por eso que acompaña siempre al derecho principal y de acuerdo con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*) sigue a ese derecho, cualquiera que sea su propietario. Por tanto serán susceptibles de ser transmitidas junto con el derecho principal y nunca independientemente, por actos entre vivos o mortis causa, a los sucesores universales o a título singular.

No existe en nuestro Código, norma expresa sobre el carácter accesorio del derecho a la servidumbre. Afiliado como está el Código a la doctrina de la vinculación interpredial, dice en su artículo 1036 (Código Civil, 1984) “Las servidumbres son inseparables de ambos predios. Solo pueden transmitirse con ellos y subsisten cualquiera que sea su propietario”. Este artículo es comprensible, solo cuando se estima que las servidumbres vinculan a los predios, por eso los hace inseparables de ellos. Pero hay que entender la accesoriidad, no como que la servidumbre es el sometimiento físico de un predio a otro, sino como la limitación que se establece en el derecho de propiedad, de un predio y la ampliación del derecho de propiedad a otros, y que por tanto constituyen derecho u obligación accesoria al derecho de propiedad pertinente.

2.2.5.5. DERECHO INMOBILIARIO.-

Es un derecho inmobiliario (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 160-161) porque la servidumbre es un derecho que recae en el derecho de propiedad sobre predios. Todavía en Roma se les denominó "servitudes praediorum" para diferenciarlas de las denominadas servidumbres personales justinianas, que eran aquellas que prestaban servicios a las personas (usufructo, uso, habitación). Sólo se puede constituir servidumbre limitando el derecho de propiedad sobre el predio sirviente y ampliando consiguientemente el derecho de propiedad sobre el predio dominante. Se trata de una relación jurídica establecida entre los propietarios de dos predios o entre el propietario del predio sirviente y la persona autorizada por la ley para imponer servidumbre en el derecho de propiedad sobre predio ajeno (usufructuarui, por el plazo del usufructo)

La naturaleza que le concedemos a la servidumbre de ser una limitación del derecho de propiedad, en favor de otro derecho de propiedad, determina que no se puede interponer servidumbre sobre parte del predio, pues es el derecho de propiedad sobre todo el predio el que resulta afectado o beneficiado.

Tampoco se puede establecer servidumbre sobre otra servidumbre, pues si se trata de un derecho accesorio al derecho de propiedad, no puede ser gravado independientemente del bien principal al cual accede. Del mismo modo, no podrán ser objeto de servidumbre, los derechos de propiedad sobre cosas muebles y menos los inmuebles por representación, es decir los derechos sobre inmuebles, pues la limitación del derecho de propiedad sobre el predio sirviente es para hacer algo en él, o para impedir que su dueño ejercite algún

derecho. Consiguientemente el derecho de propiedad limitado o ampliado por la servidumbre ha de recaer necesariamente en cosas inmuebles.

No todos los derechos de propiedad que recaigan en los inmuebles enumerados en el artículo 885° del código civil, son susceptibles de servidumbre. No podrá imponerse servidumbre sobre el mar, las aguas corrientes y estancadas, las minas o las canteras, porque son bienes que pertenecen al Estado. Tampoco podrá establecerse servidumbre sobre el derecho de propiedad de las naves o aeronaves, porque son bienes muebles por naturaleza.

Las concesiones para explotar servicios públicos y las concesiones mineras otorgadas a particulares, así como los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro, son bienes inmateriales, derechos sobre los cuales tampoco podría establecerse servidumbres. Lo que quiere decir, que sólo podría establecerse servidumbre sobre el derecho de propiedad del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo. Los diques y los muelles, los pontones, plataformas y edificios flotantes, que tiene la naturaleza inmobiliaria.

No son predios:

El código no ha mencionado entre los inmuebles a las construcciones que se levantan en el suelo o que se realizan en el subsuelo. Es posible que a los legisladores les haya bastado el principio tradicional de la accesión, de que todo lo que se construye en el suelo, se convierte en su accesorio y como tal participa de la naturaleza inmobiliaria del suelo. El artículo 938°, dice: "El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él. El asunto es importante, puesto que el artículo 883°, ha limitado los derechos reales normados en el Libro V del código, solo a los

bienes urbanos, dentro de los cuales la construcción desempeña un papel primordial.

Es lógico entonces que se admita servidumbres urbanas que amplíen o limiten el derecho de propiedad sobre las construcciones o edificios que se levanten sobre la superficie del suelo o que se realicen en el subsuelo.

Hemos dicho que el concepto de predio, no es el mismo que el de suelo. Mientras el suelo es la superficie terrestre en general, el predio es aquella parte de esa superficie incorporada al servicio del hombre. Por tanto el suelo puede ser una superficie terrestre no sometida al dominio del hombre, o puede ser un predio. La servidumbre sólo compromete a los predios, porque sobre ellas existe un derecho de propiedad que es el que se limita o amplía en la servidumbre. Lógicamente entonces, sólo los predios, es decir la parte del suelo sometida al servicio del hombre, serán susceptibles de servidumbre.

2.2.5.6. INDIVISIBILIDAD.-

Carácter de la servidumbre es su indivisibilidad (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 162). La establecen todos los códigos. El artículo 1038° del nuestro dice: "Las servidumbres son indivisibles. Por consiguiente, la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente". Se trata de establecer que el beneficio o utilidad que presta la servidumbre, no puede satisfacerse parcialmente. De ahí que la servidumbre se deberá entera a cada uno de los propietarios del predio dominante, y por cada uno de los propietarios del predio sirviente. Se advierte claramente que la norma regula únicamente la forma de gozar del beneficio en que consiste la servidumbre, el que no se puede prestar fraccionadamente. En el mismo camino de tutela del derecho de propiedad sobre el predio dominante está el

artículo 1039° que establece "Si el predio dominante se divide, la servidumbre subsiste en favor de los adjudicatarios que la necesiten, pero sin exceder el gravamen del predio sirviente". De donde resulta que no interesa la división del predio sirviente, pues la servidumbre siempre será debida por entero.

“La servidumbre permanece inalterable tanto si se divide el fundo dominante como si se divide el fundo sirviente. La indivisibilidad se funda en la satisfacción de las necesidades para la que fue constituida y también porque el uso es indivisible.” (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 275)

2.2.5.7. INSEPARABILIDAD.-

Carácter de la servidumbre es ser inseparable (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 163) conforme al artículo 1036° del código civil, dice: "Las servidumbres son inseparables de ambos predios. Sólo pueden transmitirse con ellos y subsisten cualquiera sea su propietario". Este es un carácter que resulta de la naturaleza interpredial que se otorga a la servidumbre comprendida la servidumbre como un integrante del predio, es lógico que se ha de considerar inseparable de él, sea dominante o sirviente. Pero si se considerase la servidumbre, como es, una limitación en el derecho de propiedad del predio sirviente, en favor del derecho de propiedad del predio dominante, sería suficiente decir que se trata de un derecho accesorio, que sigue la suerte del derecho de propiedad principal. Bastaría una declaración en este sentido, para comprender que el incremento del derecho de propiedad sobre el predio dominante, lo acompaña siempre, cualquiera que sea su propietario. Del mismo modo, la limitación que sufre el derecho de propiedad sobre el predio sirviente, acompañará igualmente al derecho de propiedad, de tal modo que ese gravamen se transmitirá siempre juntamente que el derecho principal.

2.2.5.8. PRESCRIPTIBILIDAD Y CADUCIDAD.-

Las servidumbres pueden adquirirse por prescripción (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 167-168) y pueden perderse por caducidad del derecho, por el no uso. Así lo establecen los artículos 1040° y 1050° de nuestro código civil. Pero sólo podrán adquirirse por prescripción las servidumbres aparentes, es decir aquellas que tienen manifestación externa. Dice el código en su artículo 1040°: "Solo las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o 'durante diez años sin estos requisitos". En la interpretación de nuestro código, hay que tomar en cuenta, de que sin embargo que reproduce la doctrina del artículo 950° que norma la prescripción de inmuebles, sólo se refiere a la posesión continua para adquirir las servidumbres, sin mencionar los otros requisitos de la posesión para la prescripción inmobiliaria, cuales son que la posesión sea pacífica, pública y como propietario. En ese sentido, tuvo mejor redacción el artículo 966° del código de 1936, en cuanto se refería a que las servidumbres podían adquirirse por prescripción "durante el tiempo y con las condiciones fijadas para adquirir inmuebles".

Dispone el código que solamente las servidumbres aparentes son susceptibles de prescripción. El código de 1936, en su artículo 966° exigía además que la servidumbre fuese continua. Ahora sólo se reclama el requisito de la apariencia, porque ella es ostensible y en ella entonces los actos de ejercicio de la servidumbre, vale decir de posesión, son manifiestos. No es necesario el requisito de la continuidad, porque la servidumbre continua es aquella que existe sin necesidad de un hecho actual del hombre, mientras que la discontinua exige la realización de actos humanos. Es suficiente la apariencia

de la servidumbre para revelar su posesión y su ejercicio, independiente de que sea servidumbre continua o discontinua.

El tiempo de prescripción será de cinco años de posesión continua, cuando concurren justo título y buena fe. La presencia del justo título, significará que el derecho a la servidumbre no nace del tiempo transcurrido, sino del título. El justo título es la fuente defectuosa del derecho, presupone la relación de los propietarios de ambos predios, que concertaron un título defectuoso, al que hay que mejorar con el transcurso del tiempo. En la prescripción con Justo título, no nace el derecho del tiempo de posesión, nace del propio título que siendo defectuoso, ha tenido que exigir el transcurso del tiempo para convalidarlo.

La buena fe, consiste en la confianza del adquirente de la servidumbre en la existencia y conformidad del título del dominante, después de ese plazo, pretendiese ejercitar la servidumbre, podría el propietario del predio sirviente, oponer la acción negatoria de servidumbre.

El no uso es la demostración de que la servidumbre no presta utilidad a su titular. Consiguientemente carece de objeto conservarla. Hay legislaciones que en forma expresa establecieron el fenecimiento de la servidumbre por haberse extinguido la utilidad que prestaba. Esto es que la única justificación de la servidumbre, es la utilidad que puede prestar al propietario del predio dominante. Si esa utilidad no existe o se extingue, es lógico que desaparezca la servidumbre, que es una limitación al derecho de propiedad. Es cierto que la servidumbre es un instrumento regulador de las relaciones de propiedad sobre los predios, pero esa regulación se establece a través de su contenido económico, de la ventaja que puede ofrecer.

2.2.5.9. EXCEPCIONALIDAD

El estar gravado con una de las limitaciones de la propiedad establecida en el interés privado, es el estado normal de la propiedad, el hecho de estar un fundo gravado con servidumbre constituye un estado excepcional de la propiedad, de allí que:

- La servidumbre no se presupone: porque su constitución y existencia deben probarse.
- El ejercicio de la servidumbre, si bien debe adaptarse al objeto y necesidades para el que se estableció. También debe efectuarse de manera que resulte lo menos gravoso posible para el fundo sirviente.

2.2.5.10. UNILATERALIDAD

Las servidumbres son unilaterales en el sentido de que implica una carga para uno en cambio un derecho para otro. Así pues, la limitación impuesta sobre la propiedad de uno no está compensada por una limitación correlativa de la propiedad del otro. Las aparentes excepciones de esta unilateralidad están constituidas por casos de que en realidad existen dos servidumbres de igual contenido y de signo contrario.

2.2.5.11. ONOROSIDAD O GRATUIDAD

Precisamente porque la servidumbre representa una carga unilateral sobre a propiedad el fundo sirviente, la constitución de las servidumbres suele hacerse por actos a título oneroso (aunque también puede hacerse por actos a título gratuito).

2.2.5.12. AUTONOMA

La servidumbre no es un derecho autónomo en el sentido de que no puede existir, sino siendo inherente a un derecho de propiedad, pero si es un derecho autónomo en el sentido de que originalmente nace por título separado y de que puede extinguirse separadamente del correspondiente derecho de propiedad. (AGUILAR GORRONDONA, 1964, pág. 130)

2.2.6. ELEMENTOS

Son elementos constitutivos (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 146-147) de este derecho real sobre bien ajeno:

- a) **Los sujetos**, que pueden ser individuales o colectivos de derecho privado. La servidumbre es una relación jurídica entre dos sujetos. Uno que es titular del derecho a la servidumbre y otro que es titular del gravamen. No existe norma alguna que establezca quienes pueden imponer una servidumbre. Tratándose de una situación que ampliará el derecho de propiedad, se supone que quien debe imponerla es el propietario; sin embargo es admisible que quien no sea propietario pueda ganar una servidumbre. Se trata de una situación beneficiosa para el derecho de propiedad que recae en el predio. El artículo 1042° del código civil admite que el copropietario pueda ganar una servidumbre aún que lo ignorasen los demás copropietarios. No creemos que haya inconveniente en que el usufructuario o el usuario puedan ganar una servidumbre. (Código Civil, 1984)

Donde la situación es absolutamente clara es en cuanto al sujeto que puede gravar. Dispone el artículo 1035° del código civil actual, que es el propietario el que puede imponer el gravamen. (Código Civil, 1984)Se

trata de una limitación al derecho de propiedad, que solamente el propietario podrá determinarla, con cuanta mayor razón si esa limitación es perpetua. Ha de suponerse al propietario en capacidad de ejercicio o debidamente representado por su representante legal, que haya sido expresamente autorizado por el juez para constituir el gravamen, de acuerdo con lo establecido por los artículos 447°, 531° y 568° del código civil. Pero también puede imponer el gravamen el usufructuario, por el plazo del usufructo, esto es que se tratará de una servidumbre temporal (Art. 1041° (Código Civil, 1984)). Del mismo modo los copropietarios podrán gravar el predio objeto de la copropiedad, cuando haya asentimiento de todos (Art. 1042° (Código Civil, 1984)).

- b) El objeto.-** Sólo puede constituirse sobre predios. No se trata de los inmuebles enumerados incompleta y desordenadamente por el artículo 885° de/ código civil. Se trata específicamente de los predios, a los cuales no se ha referido el código civil de 1984. El inciso 2° del artículo 812° del código civil de 1936, consideraba entre los inmuebles a los predios y los diferenciaba de las tierras a que se refiere su inciso primero.

Dentro de nuestro Derecho cabe, pues, la servidumbre consistente en la imposición al dueño del predio sirviente de hacer alguna cosa; cosa que sólo en un caso reputado como anómalo admitía el derecho romano" (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 148-149).

"A falta de disposición legal o pacto en contrario -dice la norma- el propietario del predio dominante hará a su costo las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre, en el tiempo y forma que sean de

menor incomodidad para el propietario del predio sirviente". Lo que quiere decir que si bien la ley no establece norma alguna de obligación personal del propietario del predio sirviente, la puede establecer el convenio, de donde resulta que la naturaleza de derecho privado de la servidumbre, admite que pueda todavía conservarse, por voluntad de las partes, aquel antiguo instituto que obligaba personalmente al propietario del predio sirviente.

2.2.6.1. PREDIO SIRVIENTE

Es el inmueble, predio, fundo o la cosa por la que se va a gravar una servidumbre, cuyo propietario es denominado como el sirviente, por ser el sujeto quien sufre las limitaciones a su propiedad, en beneficio de otro propietario.

2.2.6.2. PREDIO DOMINANTE

Es el propietario del inmueble, predio, fundo o cosa que necesita la servidumbre para poder explotar su propietario, por tanto, es a quien se le constituye a su favor y beneficio una servidumbre en propiedad ajena.

2.2.7. POR LA NATURALEZA DE LOS PREDIOS

Los predios pueden ser urbanos o rústicos, según su destino económico, más que su ubicación. En este momento la institución administrativa de la habilitación urbana, transforma en urbanos los predios de destino agrícola, ubicados en los extramuros de las ciudades, por mero decreto, sin tomar en consideración su destino. Se trata del servicio del Estado, al negocio inmobiliario. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 149)

Resalto aquí el aspecto pasivo de la servidumbre, consecuencia del activo. Las facultades en que se desenvuelve el contenido del derecho de servidumbre, se actúan sobre un fundo no perteneciente al titular, con lo que destaco al propio tiempo el objeto de la servidumbre, que ha de ser un predio o finca. (ALBALADEJO, 2009, pág. 103) Y siguiendo esa misma línea de definición, Albaladejo reafirma que la servidumbre recae solo sobre predios o fincas, es decir inmuebles por naturaleza. En ese sentido – de gravamen de un predio – la servidumbre - toda servidumbre- es siempre un gravamen predial (ALBALADEJO, 2009, págs. 103-104)

Por esa razón el predio ha de ser ajeno en el sentido de no pertenecer al titular de la servidumbre. Es decir, no pertenecer la propiedad al titular de la servidumbre, pues como sabemos éste tiene como propietario facultades para utilizar la cosa sin necesidad de otro derecho sobre ella. (OSSORIO, 2008, pág. 892) Sin embargo se tiene dos tipos de propiedades sobre el que recae una servidumbre, estas pueden ser urbanas o rústicas, diferencias tanto por su campo económico, y la razón a la que está destinada cada predio.

Esta es una clasificación que también viene desde el derecho romano. Cuando pertenecían a fundos itálicos entraban en la categoría de res mancipi, es decir de los bienes más importantes y más protegidos por la ley. Los glosadores del derecho romano denominaron servidumbres urbanas o rústicas según se diera en el predio. Esto es que siguieron el criterio de ubicación, modernamente se estima que las servidumbres rústicas o urbanas están en relación con el predio dominante. Si ese es un predio rustico la servidumbre será rústica y si el predio dominante es urbano, la servidumbre será urbana.

Pero el gran obstáculo será indudablemente la calificación de los predios. No existe uniformidad de criterio para clasificar el predio urbano o rústico, se estima como factores de distinción, la ubicación y el destino económico.

2.2.7.1. URBANAS

Son urbanas las que se constituyen para subsistencia o comodidad de un edificio, o del objeto a que éste se destine.

Son aquellas servidumbres que se imponen para provecho o comodidad de un edificio o de una construcción de tamaño considerable, independientemente de que dichas edificaciones estén en la ciudad o en el campo

Es la servidumbre que afecta un predio urbano, es la especie contraria a la locución rústica y en esta clase se incluyen las servidumbre de luces, vistas, la de apoyar la construcción propia en la ajena, la de desagüe y la de no edificar o no hacerlo a más de cierta altura (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 149)

A ello se agrega la opinión que hace Ferdinand Cuadros al referirse; “Aunque la servidumbre tiene origen y destino predominantemente rústico, de acuerdo con el título 883 del Código Civil de 1936, debe tratarse únicamente de predios urbanos. Esto es que las servidumbres reguladas por el Código Civil, sólo se refieren a las servidumbres urbanas, establecidas sobre el derecho de propiedad de predios urbanos. Queda de ese modo sumamente circunscrito el ámbito de las servidumbres.” (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 150)

2.2.7.2. RUSTICAS

Son rústicas las que tienen por objeto el uso de una finca agrícola, sin tener en consideración que la finca este en poblado en el campo; esta disposición fija un

criterio para distinguir los predios rústicos de los urbanos, el cual coincide con el adoptado por la doctrina.

Son servidumbres rústicas cuando se cuándo se constituyen sobre un predio sin edificar. Son servidumbres rústicas aquellas que se constituyen para provecho o comodidad de un objeto agrícola, independientemente de que esté en la ciudad o en el campo.

Es la que recae sobre un predio rústico. A este grupo pertenece la servidumbre de paso, de acueducto, de abrevadero, de pastos, ganado y de extraer materiales para la construcción. (OSSORIO, 2008, pág. 892)

2.2.8. POR SU CONTENIDO

2.2.8.1. POSITIVAS

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo. Dicho de otro modo es positiva la servidumbre si impone soportar o hacer lo que normalmente no hay deber. (ALBALADEJO, 2009, pág. 112)

Es decir, se impide al dueño repeler lo que podría impedir sin la servidumbre, o si le priva de poder no hacer lo de que, sin la servidumbre, podría abstenerse. Por ejemplo, tener que tolerar que el vecino pase por nuestro predio, o que produzca en la suya ruidos, calor, humos, etc., que penetren en la nuestra y que, según las relaciones de vencida se podría prohibirle.

Entendiéndose entonces que las positivas son aquellas que imponen un *dejar hacer*, por ser considerada aquella que puede realizar actos de intromisión en el fundo ajeno.

Mas debe advertirse que la servidumbre positiva la hay, no solo cuando en ejercicio de la misma se penetra materialmente (pasando, entrando cuanto en él el ruido, el humo, calor, etc.) en el fundo sirviente, sino también cuando éste debe de soportar lo que aun hecho fuera de él no tendría que tolerar sin la servidumbre. (ALBALADEJO, 2009, págs. 112-113)

Toda servidumbre positiva, en cuanto fuerza a soportar lo que sea constriñe a *no hacer* lo que está en contradicción con lo que se debe soportar lo mismo que en cualquier obligación se puede decir que él debe de cumplirla constriñe también a abstenerse de incumplirla. Pero esto no debe dar lugar a que se confunda con una servidumbre negativa, cuyo no hacer es el contenido directo y único de la servidumbre y no el mero reverso del soportar.

Por ejemplo, quien está obligado a tolerar el paso de otro por su predio (servidumbre positiva), por razón de ello, ha de abstenerse de impedirselo; mientras que el que no puede construir en cierta parte de su finca; para no tapar vistas del vecino (servidumbre negativa), simplemente está obligado a no construir él, pero no lo está soportar nada que haga el otro.

Dejando ello en claro y estando a lo expuesto se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, es decir, literalmente, habría unas servidumbres positivas de tener que *dejar hacer al dueño dominante* y otras de tener que *hacer el dueño sirviente algo a lo que sin la servidumbre no estaría obligado* (ALBALADEJO, 2009, pág. 116).

En cuanto a soportar o tolerar las servidumbres no hay problema, son muy corrientes y concebirlas como derechos reales en cosa ajena, no plantea dificultades, puesto que son un poder que, en efecto, se tiene sobre esta: tal es

el caso de la de paso, por ejemplo, en que quien la disfruta puede pasar por la fina ajena, es decir, tiene poder sobre esta para pasar por ella.

2.2.8.2. NEGATIVAS

Son aquellas servidumbres que se ejercen sin ningún acto del dueño del predio dominante y también sin ningún acto del dueño del predio sirviente. También son las que prohíben al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Aquella que le prohíbe al dueño del predio sirviente algo que, en otro caso, le sería lícito, como no edificar a cierta altura (OSSORIO, 2008, pág. 893)

La negativa es aquella que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre; por tanto, es negativa si impone *no hacer* lo que normalmente se podría. (ALBALADEJO, 2009, pág. 113)

Por ejemplo, no se puede construir hasta la altura que la ley permita porque el vecino tiene derecho (de servidumbre) a que no le tape las vistas que mi edificación le quitaría; o no se pueden abrir ventanas con vistas sobre el fundo vecino, en zona que la ley permita abrirlas. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 180)

2.2.9. POR EL EJERCICIO

2.2.9.1. CONTINUAS

Son aquellas cuyo uso puede ser incesante, sin intervención de ningún hecho del hombre. Por ejemplo, la que consiste en no poder levantar cierto muro el dueño del predio sirviente.

Son continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante sin la intervención humana. Así, se consideran continuas: la servidumbre de luces y vistas; la

servidumbre de acueducto, la de no edificar por encima de cierta altura; la de conducción de energía eléctrica.

Por tanto son continuas aquellas cuyo uso es o puede ser continuo sin necesidad de un hecho actual del hombre. El establecimiento de la servidumbre puede haber demandado la intervención humana, pero una vez realizada la obra la servidumbre dura indefinidamente, sin necesidad de una nueva actividad humana. Una ventana en la pared medianera, constituye una servidumbre continua, pues su sola construcción estará revelando la existencia de la vista, aunque no haya personalmente nadie que la ejercite. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 180)

2.2.9.2. DISCONTINUAS

Son discontinuas las que se usan a intervalos más o menos largos, y dependen de actos del hombre. Por ejemplo, la de pasar por el predio sirviente.

Para los efectos legales, la servidumbre de acueducto es siempre continua, aunque no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o por horas.

Como servidumbres discontinuas se tiene: la servidumbre de paso de personas, ganado, vehículos, etc., a cuyo tránsito tenga derecho el titular de la servidumbre, aunque haya camino o carril construido para pasar (ya que incluso en el caso de que la vía para transmitir esté permanente instalada en el fundo sirviente, sólo se usa éste para pasar cuando se le atraviesa) (ALBALADEJO, 2009, pág. 108)

Es decir se requieren actos reiterados. Es forzosamente intermitente. Es decir la que se ejercita con actos reiterados del titular del predio dominante o de

quien represente su derecho. En la servidumbre que permite pasar el predio vecino, es necesario ejercitarla, no se pasa por el predio, no se ejercita la servidumbre. Entonces son las que requieren actos reiterados del hombre. (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 180-181)

2.2.10. POR LAS EVIDENCIAS DE SU EXISTENCIA

2.2.10.1. APARENTES

Son las que anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. Por ejemplo la de paso que se hace ostensible mediante un camino trazado a través del predio sirviente, y que nace en la carretera lleva a la puerta de entrada de la casa de campo que hay en el dominante.

El ser aparente la servidumbre no consiste sólo en que haya un algo exterior visible, sino en que este algo revele aquel signo *aparente*.

Con frecuencia hay instalaciones o formas de construcción, etc. Que manifiestan un uso de la cosa, por ejemplo, un pozo abierto, que muestra se usa de las aguas subterráneas, una ventana, que muestra se recibe luz o se tienen vistas. Pero en principio, no son signo que revele servidumbre, cuando de otros datos o del conjunto de la situación, no sea normal deducir que el uso no es por razón del dueño del predio.

Por tanto las aparentes son aquellas que se anuncian al exterior por medio de obras visibles. Sin embargo no debe confundirse lo aparente con lo visible. Puede una investigación sencilla encontrar la obra que se haya realizado para gozar de la servidumbre, tal el caso de un acueducto subterráneo, en el que será suficiente una investigación simple para establecer su existencia, o una

operación de limpieza si es que debido al transcurso del tiempo la obra hubiese sido cubierta de tierra o de vegetación. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 179)

De donde deduzco que la apariencia de la servidumbre puede ser ostensible y fácilmente reconocible, o ser ostensible, pero si susceptible de establecerse mediante una investigación sencilla.

2.2.10.2. NO APARENTES

Las servidumbres no aparentes, son las que no tienen manifestaciones externas de existencia. Se trata fundamentalmente de las servidumbres negativas; aquellas que imponen una obligación de no hacer y que nacen solamente de la voluntad humana. En ellas no existirán signos que las manifiesten y para su existencia, tiene que constar expresamente en un título constitutivo de servidumbre. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 180)

Servidumbres no aparentes las que no requieren la existencia de signos exteriores. No presentan indicio de su existencia (OSSORIO, 2008, pág. 890), así tenemos a las servidumbre de agua y desagüe que es invisible a la simple vista por ende es no aparente, pero que se califica como continua, a pesar del des uso que le pudiesen dar.

2.2.11. POR LA FORMA DE SU CONSTITUCION

La servidumbre es un gravamen que impone la Ley o el propietario de un predio en beneficio de otro, que da derecho al dueño del predio dominante a practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos. Si al momento de efectuar la transferencia del lote existía servidumbre alguna en favor suyo. impuesta por Ley, por la propietaria, no cabe que con posterioridad a dicho acto traslativo se

pretenda constituir una de paso, por el hecho que la propietaria del predio acumulado haya abierto en la parte posterior de aquél una puerta» (Ex. 7453-93. Lima, 3 de diciembre de 1993)

La servidumbre es una limitación del derecho de propiedad. Por lo tanto, no puede presumirse su existencia. Como derecho real que es, tiene como características la inmediatividad y las absolutas. Lo primero quiere decir que se ejerce sobre la cosa, mientras que lo segundo significa que se ejerce erga omnes.

En ese sentido se tiene que gran parte de las que esta llama servidumbres legales son simplemente límites de dominio. Preferible es, en consecuencia, distinguir, a parte de las mal llamadas servidumbres legales, dos clases de verdaderas servidumbres: las voluntarias y las forzosas (que son también denominadas como legales). (ALBALADEJO, 2009, pág. 117)

El régimen legal de toda servidumbre legal o voluntaria se funda en unos principios de usos y aprovechamientos de la servidumbre condicionando a la existencia y subsistencia de la causa de la servidumbre, el gravamen según reiterada jurisprudencia ha de ser en todo caso objeto de interpretación restrictiva (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 285).

2.2.11.1. FORZOSAS O LEGALES

Son las impuestas por la ley como consecuencia de la situación natural de los predios tomando en cuenta un interés particular o colectivo.

Las servidumbres legales se subdividen a su vez en naturales y legales. Son naturales las que impone la ley por la situación natural a los predios; son legales en estricto sentido a las que compone el legislador para beneficio particular o colectivo, a pesar de que no las motiva la situación de los predios.

La establecida por ministerio de la ley ante necesidades de los predios y por indudable necesidad pública, se contrapone a las servidumbres convencionales (OSSORIO, 2008, pág. 391).

Solo pueden ser solicitadas si la necesidad (no mera utilidad) las requiere; y entonces, una vez establecidas, no se extinguen por la sola desaparición de aquella ni se reducen por la sola reducción de la misma, sino cuando basándose en tal desaparición o reducción se pide y obtiene la extinción o reducción, o se da el hecho (así, no uso) a que la ley liga éstos. (ALBALADEJO, 2009, pág. 119)

Nace también la servidumbre por disposición de la ley. Se trata de las servidumbres legales, cuya naturaleza es obligatoria y que pueden presentarse en diferentes campo jurídicos. En nuestra legislación hay servidumbres legales en el campo civil, en el derecho de aguas, en el derecho de minería, en el ámbito de las comunicaciones. Estas servidumbres son forzosas y pueden establecerse en predio privado.

Se trata de limitaciones al derecho de propiedad que establece la ley por razones de interés público. Para quienes consideran que las servidumbres solo nacen como tales de la voluntad, las legales no son servidumbres propiamente dichas. Nosotros estima manos que la servidumbre es una limitación al derecho de propiedad, que puede provenir de la voluntad, de la ley, o de la posesión, como en la prescripción, es limitación al derecho de propiedad puede obedecer a razones de interés privado o de interés público. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 172) Si producen como efecto que el propietario del predio dominante pueda realizar ciertos actos de uso del predio sirviente se habrá calificado la servidumbre, cualquiera que sea su fuente. Habrá que entender que por

disposición de la ley solo se puede crear servidumbres positivas. Las servidumbres negativas, solo la establece la voluntad del propietario del predio sirviente.

2.2.11.2. VOLUNTARIAS

Las servidumbres voluntarias son aquellas que se crean por contrato, por acto de muerte por testamento o por prescripción. (DIPIETRO, 2000, págs. 235-241)

La que tiene su origen en un contrato., admite el reconocimiento la iniciada unilateralmente, que así no precisa el transcurso del lapso para prescribir. (OSSORIO, 2008, pág. 890)

Las servidumbres constituidas por contrato o servidumbres convencionales, son las que surgen del acuerdo entre los propietarios de los predios dominantes y sirviente, adoptado conforme a las ilimitadas modalidades de los actos jurídicos. Planiol y Ripert apuntan certeramente que: "Las servidumbres constituyen una numerosa familia, no hallándose su número limitado por ley, resulta, por consiguiente, que las servidumbres convencionales siguen el cauce trazado por el principio de la libertad de contratación; y que sólo se detienen allí donde el orden público y las buenas costumbres actúan como barreras." No se podría imponer, por ejemplo, en funciones de una servidumbre, trabajos de orden personal al propietario del predio sirviente.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1035° del código civil, que "La ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos". Es indudable que la fuente principal de la servidumbre predial es el acto jurídico, sea este el contrato o el testamento. La voluntad es la fuente

primigenia y fundamental de la servidumbre. Puede tratarse de un acto jurídico expreso, destinado a constituir la servidumbre, o puede tratarse de un acto de transmisión del derecho de propiedad, en el que se incluya la servidumbre como un derecho accesorio. El acto jurídico, como cualquier acto jurídico, exigirá para su validez los requisitos exigidos por el artículo 140° del código civil, es decir agente capaz, objeto posible y determinado, jurídicamente lícito, y fin lícito. No será exigible ningún requisito de forma, porque no existe disposición alguna que establezca la forma cómo habrán de constituirse las servidumbres. (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 170-171)

En ese sentido se tiene que las servidumbres voluntarias pueden nacer si las parte las quieren (o surgen cuando se da el hecho – fuente), y subsisten sin reducción hasta que aquellas las suprimen o reducen (o se da el hecho extintivo o reductor), pues la ley deja en manos de los interesados el juzgar de su conveniencia (o deja su subsistencia tal cual, a resultas de que concurra el hecho extintivo o reductor) (ALBALADEJO, 2009, pág. 119)

2.2.12. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTE EN LA SERVIDUMBRE

2.2.12.1. TITULO CONSTITUTIVO

Si la voluntad es la fuente principal de la servidumbre, es lógico que los derechos y obligaciones de las partes estén establecidos en el título de constitución. Reproduciendo un principio establecido uniformemente en la doctrina y en la legislación, el artículo 1043 del Código Civil, establece: “la extensión y demás condiciones de la servidumbre se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este código.

Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercerla, se interpreta en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre.

Dos principios generales brotan de esta disposición. El primero de que la extensión y condiciones de la servidumbre se rige por el título de constitución, y el segundo que la extensión y modo de ejercicio de la servidumbre debe ser lo menos gravoso para el propietario del predio sirviente, tema materia de tesis en el presente trabajo de investigación, por ende, será un tema que profundizaremos más adelante, por lo que ahora solo desarrollaremos la primera condición que es el título constitutivo de manera general, para así tener conocimiento de cuán importante es para todo tipo de servidumbre que pueda establecerse de acuerdo a su utilidad.

El vocablo título está utilizado en su verdadero sentido, de fuente derecho y no de documento. Diferenciado el título del modo. Sánchez Román dice: “El título es la causa fuente, el modo, el medio. Uno es la esencia del derecho a crearse o transmitirse, el otro el conducto por el cual dicha esencia se transmite”. Hay que entender el título, como la fuente del derecho. uno puede gozar de la servidumbre a título será siempre la causa del derecho y no el documento que contiene dicha causa, como el testimonio de la Escritura de Compra – venta, el testamento o la Sentencia Judicial de la Prescripción. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 184)

Será pues este título la fuente originaria de la servidumbre, su extensión, la forma de ejercitarla, las demás condiciones de la servidumbre se determinan al constituirse y aparecerán del documento que contenga el título. Solo en el caso que el título constitutivo de la servidumbre en hubiese establecido la extensión

o forma de ejercicio, entonces, se acudirá a la ley, a las disposiciones del Código Civil que tienen así carácter supletivo de la voluntad. Será pues la ley una fuente secundaria de la servidumbre, supletoria de la voluntad, cuando ella no haya sido expresada.

2.2.12.2. DERECHOS DEL TITULAR DEL SIRVIENTE

1. Siendo, como es, la servidumbre, una limitación del derecho de propiedad del predio sirviente, el propietario del predio dominante o quien represente su derecho, adquiere un derecho sobre la servidumbre que le da facultades para ejercitar ciertos actos de uso del predio sirviente, o para impedir que su propietario ejercite alguno de sus derechos. Esto es que la servidumbre constituye un derecho real sobre bien ajeno. El titular tiene facultades para ejercitar ciertos actos sobre el predio sirviente, o para impedir que su propietario ejercite alguno de sus derechos.
2. El titular de la servidumbre, puede transmitir su derecho de propiedad sobre el predio dominante y al hacerlo, transmitirá con ese derecho también el derecho a gozar de la servidumbre, dada la naturaleza inseparable de la servidumbre, que acompañará siempre al derecho de propiedad sobre el predio dominante, como derecho al derecho propiedad del predio sirviente, como gravamen. El artículo 1036 de nuestro Código Civil, establece este carácter y dispone que la servidumbre solo puede transmitirse con los predios. Hemos visto que la relación interpredial no existe y que los predios., hemos visto que la relación interpredial no existe y que el incremento o disminución se opera en el derecho de propiedad.

3. El titular del derecho de la servidumbre, quien quiera que sea, se trate de un titular individual o de un copropietario, gozará entre la servidumbre. La servidumbre no podrá fraccionarse por haberse fraccionado el predio dominante. Ella será debida en su integridad en favor de los adjudicatarios que la necesite, así lo establece el artículo 1039 del código Civil, que dispone: “Si el predio dominante se divide la servidumbre subsiste en favor de los adjudicatarios que la necesite, pero sin exceder el gravamen del predio sirviente”. La naturaleza indivisible de la servidumbre, determina que ella subsista, por mucho de que se fraccione al predio dominante.
4. Las servidumbres aparentes puede adquirirse por prescripción, con el ejercicio de la posesión no solo continuo como lo establece el código sino la posesión pacífica, pública y como ejercitaría el titular. Este es otro derecho que nace del artículo 1040 del Código Civil. Se requerirá entonces la concurrencia de la posesión de la servidumbre, es decir, de su ejercicio público, pacífico, continuo y como lo ejercitaría el titular, por el tiempo establecido para la adquisición de inmuebles señalado en el artículo 950 del Código Civil.
5. En la prestación de las servidumbres se admite la prescripción corta o de cinco años con justo y buena fe y la prescripción larga o de diez años, sin aquellos requisitos. Esto es que se admite que cuando la servidumbre nace un título imperfecto (justo título) puede ser convalidado o perfeccionado por el transcurso de cinco años de posesión continua.

6. De acuerdo con el artículo 952 del Código Civil, quien haya adquirido la servidumbre por prescripción, sea corta o larga, podrá pedirle al juez que lo declare titular de ella. La sentencia que admita esa petición servirá de instrumento público para la inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad Inmueble, en las partidas relativas al predio dominante y al predio sirviente.
7. De acuerdo con el artículo 1041 del Código Civil, el usufructuario podrá constituir servidumbres por el plazo del usufructo. Esto es que tiene derecho a imponerlas, pero con conocimiento del propietario del predio sometido a usufructo, se trata de una servidumbre temporal, que tendrá solamente el plazo de duración del usufructo. Además no es este un derecho intrínseco, estará necesariamente subordinado al criterio del propietario del predio sirviente, puesto que es su derecho de propiedad, el que sufrirá limitación. Por eso el artículo 1041 establece que la imposición de la servidumbre será puesta en conocimiento del propietario.
8. Si por la oposición del propietario no pudiese imponerse la servidumbre, el usufructuario podrá recurrir al juez, reclamando el derecho establecido en la ley y demostrando la utilidad de la servidumbre para el ejercicio del usufructo. No se puede olvidar el que usufructo solo da derecho al uso y disfrute del bien ajeno y que la imposición de la servidumbre, constituye una limitación al derecho de propiedad, que rebasa las facultades de que se otorga al usufructuario.
9. Los titulares del derecho de propiedad sobre el predio sirviente, pueden ser varios, en una copropiedad. El artículo 1042 del Código Civil, les

concede derecho para gravarlo con servidumbre, si concurre el consentimiento de todos los copropietarios. El artículo 971 del propio código, dispone que la decisión para gravar el bien común se adoptara por unanimidad.

10. Pero la misma norma del artículo 1042, permite al copropietario adquirir servidumbres en beneficio del predio, aun sin el conocimiento de los demás copropietarios. La segunda parte del mismo artículo se reproduce en el texto y doctrina que le o propietario pudiese adquirir servidumbres que beneficien al predio común aunque lo ignoren los demás copropietarios. Es que se trata de dos situaciones completamente diferentes. En la primera parte se trata de imponer al predio como una limitación en su derecho de propiedad, limitación que solamente la puede imponer la voluntad aníma de todos los copropietarios. En la segunda se trata de ganar un derecho párala copropiedad, de incrementar o ampliar el derecho de propiedad sobre el predio común.
11. Otro de los derechos que la ley le otorga al titular de la servidumbre es la de ceder el ejercicio de la servidumbre a una persona extraña, se conservará la servidumbre, si esta persona la ejercita en consideración al predio dominante. El artículo 1045 de nuestro Código dice: “ La servidumbre se conserva por el uso de persona extraña, si lo hace e consideraron al predio dominante”
12. Deriva de la naturaleza de derecho real de la servidumbre, que cualquier persona pueda ejercitarla, sea por transmisión onerosa o gratuita del derecho sobre ella. El propietario del predio sirviente no

podrá impugnar el ejercicio que un extraño haga de la servidumbre, si la ejercita en representación del titular. “Si lo hace en consideración al predio dominante”, dice el artículo 1045 del Código Civil.

13. Finalmente el titular del derecho a la servidumbre tiene derecho al ejercicio de las acciones destinada a defender el ejercicio de la servidumbre. Esas acciones pueden darse en relación a la defensa del derecho a la servidumbre, y en relación a su posesión. La acción que se ejercita para defender el derecho a la servidumbre es el confesorio. Es una acción destinada a afirmar la servidumbre y como tal obliga a su probanza esta acción corresponde al propietario del predio dominante, pero también corresponde al usufructuario y el copropietario. Pero solo se puede ejercitar en contra del propietario del predio sirviente o de quien representando su derecho pretenda negar la existencia y ejercicio de la servidumbre.

2.2.12.3. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO

DOMINANTE

1. El propietario del predio dominante, tiene la obligación de respetar el ejercicio de los derechos del propietario del predio sirviente, la servidumbre no impide que el propietario del predio sirviente pueda disponer o gravar su predio. El ejercicio de esos derechos y otro derivado de su derecho de propiedad, no podrán ser obstaculizados ni enervados en forma alguna por el propietario del predio dominante. El goce de la servidumbre no significa en modo alguno el sometimiento del predio sirviente.

2. Si no se hubiese pactado la forma de hacer las obrar requeridas para el ejercicio de la servidumbre, o si no hubiese disposición legal en contra, el propietario del predio dominante, tendrá la obligación de realizar dichas obras a su costo, cuidando que se afecten en el tiempo y forma que sea de menor incomodidad para el propietario del predio sirviente.
3. El artículo 1046 del Código Civil, impone además de otra obligación al propietario del predio dominante, la de no poder aumentar el gravamen por hecho o acto propio. Dice la norma legal: “ El propietario del predio dominante no puede aumentar el gravamen del predio sirviente por hecho o acto propio”
4. Luego que las servidumbre haya sido constituida determinada su extensión y forma, en el título constitutivo, sea este el contrato o el testamento, o la sentencia de prescripción, cesa extensión y forma no podrán ser modificadas incrementando el gravamen del predio sirviente, por acto propio y particular del propietario del predominante. No solo porque si la servidumbre nace la voluntad bilateral, no puede ser modificada por una de las partes, por acto propio sino también, porque si el título constitutivo es el testamento, la voluntad del testador no podrá ser modificada por quien resulta beneficiado con la servidumbre. Lo mismo ocurrirá con la sentencia judicial de prescripción, si es ella el título constitutivo.
5. En resumen, el propietario del predio dominante solo puede usar de la servidumbre en el modo y forma establecidos por el título

constitutivo, por la posesión en su caso, o por la naturaleza de la servidumbre.

2.2.12.4. DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL PREDIO SIRVIENTE

1. El propietario del predio sirviente, tiene pleno derecho al ejercicio de su derecho de propiedad, consiguientemente podrá disponer o gravar el predio sirviente, respetando es cierto el principio de la inseparabilidad de la servidumbre. El hecho de que la servidumbre constituya una limitación del derecho de propiedad del predio sirviente, no significa que este predio ha de quedar sometido al predio dominante. Lo que adquiere el propietario del predio dominante, es el derecho de ciertos actos de uso del predio sirviente, o a que su propietario no ejercite alguno de sus derechos.
2. El propio artículo 1043 del Código Civil, establece que la duda en cuanto al modo y extensión de la servidumbre, es decir la duda en cuanto a su ejercicio, debe interpretarse siempre en el sentido menos gravoso para el propietario del predio sirviente.
3. Del mismo modo el artículo 1044 del Código Civil, establece que las obras que se realicen para el ejercicio de la servidumbre, deberán hacerse en el tiempo y la forma que sea de menos incomodidad para el propietario del predio sirviente. Esto es que lo que constituye una obligación para el propietario del predio dominante, resulta también un derecho del propietario del predio sirviente, quien podría reclamarlo, si las obras realizadas por el propietario del predio

serviente, podría este reclamar por el ejercicio inmoderado de esas obrar, por su exceso o por la oportunidad perjudicial o incomoda de su realización.

4. Tiene el propietario del predio serviente, el derecho de varias la ubicación de la servidumbre, si por azor de lugar o modo de su ejercicio le resultare incomoda. El artículo 1047 del Código que continúe una obligación y un derecho del propietario del predio serviente dice en su parte pertinente “si por razón de lugar o modo la servidumbre le es incomoda, podrá ser variada si no perjudica su uso”. Esto es que deben concurrir los siguientes elementos para el ejercicio de este derecho:

- 4.1. Que por ubicación o modo de ejercicio la servidumbre resulte incomoda al propietario del predio serviente, el concepto de incomodidad, resulta sumamente impreciso en la ley.

- 4.2. Del mismo modo, si la forma como se ejercita la servidumbre, resulta perjudicial, por razón de lugar, podrá asimismo variarse su ubicación, para evitar el perjuicio, si los cultivos de flores fuesen dañaos por la caída frecuentemente de la pelota en un campo cedido para ejercicio del deporte de baloncesto, podrá invocarse este hecho para cambiar la ubicación o la orientación del campo de juego

- 4.3. Que al variar el lugar de la servidumbre, no se perjudique su uso. Significa que la modificación del lugar por el cual se ha de ejercitar la servidumbre, no importe disminución de utilidad para el propietario del predio dominante.

5. Del artículo 1050 del Código Civil, se deduce asimismo otro derecho para el propietario del predio sirviente; el de poder oponer la caducidad de la servidumbre por el no uso. Si la servidumbre no fue ejercitada durante cinco años, significa que no tiene utilidad para el propietario del predio dominante. Consiguientemente, si después de vencido el plazo legal de cinco años prendiese expropietario del predio donante le ejercicio de la servidumbre el propietarios del predio sirviente, podrá oponer su caducidad por no uso.
6. El propietario del predio sirviente, puede también ejercitar las acciones destinadas a impedir la imposición de la servidumbre. Si se pretendiese imponer una servidumbre, podrá ejercitar en la vía ordinaria, la acción negatoria de la servidumbre, para impedir que se establezca gravamen sobre el predio.

2.2.12.5. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO SIRVIENTE

1. El propietario del predio sirviente, tiene una obligación fundamental; la de tolerar el ejercicio de la servidumbre, si es positiva o el de abstenerse del ejercicio alguno de sus derechos, si es negativa. Debe pues abstenerse de todo cuanto redunde en perjuicio del gravamen. De tal manera que sus actos serán de tolerancia de los actos de uso del predio sirviente, en que consista la servidumbre o serán actos de abstención del ejercicio de alguno de sus derechos.
2. Todas las obligaciones del propietario del predio sirviente giran alrededor del respeto de ejercicio de la servidumbre. El artículo 1043,

dispone que la duda favorece al propietario del predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre. El artículo 1047, concede el derecho de variar el lugar por donde se ejerce la servidumbre, pero sino perjudica su uso. Esto es que la ley tutela cuidadosamente que no se constriña el derecho del propietario del predio dominante.

3. El artículo 1047 del Código en forma expresa regula una obligación importante del propietario del predio sirviente – dice- no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre. Si por razón de lugar o modo la servidumbre le es incomoda, podrá variarla si no perjudica su uso. Esta es la norma que en forma directa establece la obligación central del propietario del predio sirviente. La no de impedir o menoscabar el ejercicio de la servidumbre. Si la servidumbre es una obligación de no ejercitar los propios derechos, después de establecida, y determinados su extensión y forma, en el título constitutivo, no podrá sufrir alteración o menoscabo. La servidumbre se instituye en favor del propietario del predio dominante, para concederle utilidad; es decir que tiene un destino económico que no puede ser limitado ni alterado.

2.2.13. SERVIDUMBRES LEGALES EN EL CODIGO CIVIL

PERUANO

2.2.13.1. DEFINICION Y NATURALEZA JURIDICA

Se denomina servidumbres legales, las que nacen de la ley; cuando su fuente es la ley. Algunos autores, Valverde entre ellos sostienen que la ley no crea la

servidumbre y lo único que hace es establecer limitaciones al derecho de propiedad. Para ello la servidumbre legal no es más que una limitación al derecho de propiedad. Poca o ninguna diferencia existe entre una servidumbre y una limitación al derecho de propiedad.

Comprendida la servidumbre como una restricción o una ampliación del derecho de propiedad y no como una relación interpredial, toda servidumbre constituye limitación del derecho de propiedad. Se constriñe el derecho propio para dejar hacer o dejando de ejercitar los derechos que nos corresponden. Se trata de una limitación a la propiedad.

Esa limitación al derecho de propiedad, puede nacer de la voluntad o de la ley. El artículo 1035 de nuestro Código Civil, reconoce expresamente a la ley como fuente de la servidumbre. Pero no han reparado en que existen muchas servidumbres legales en las que no existe predio dominante, como ocurre con las servidumbres que se establecen para el servicio público de electricidad (Ley 23406, artº 88) en las que solo existen el gravamen, pero no existe predio alguno que se beneficie. Se trata únicamente de un gravamen que se impone a un precio por razones de interés público.

2.2.13.2. CARACTERISTICAS DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

Las servidumbres tienen caracteres específicos, tales como (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 221-222):

2.2.13.2.1. OBLIGATORIAS

Las leyes las declaran forzosas. Si bien alguna de esas leyes, estima la voluntad de las partes como primera fuente de la servidumbre, la negativa del propietario del predio sirviente, no enerva en modo alguno su imposición. Es tal

la naturaleza obligatoria de la servidumbre legal, que en muchas leyes el procedimiento de su imposición inclusive con el mero poseedor.

2.2.13.2.2. **ONEROSAS**

Disponen las leyes que la Resolución Ministerio que las instituya contendrá necesariamente el monto que debe pagarse por indemnización al propietario del predio sirviente. Ese monto podrá ser contradecirle, ya sea mediante los recursos impugnativos de la resolución Ministerial. Es decir que podrá discutirse el monto de la indemnización, pero no la imposición de la servidumbre.

2.2.13.2.3. **REALIZAN OBRAS**

Se obligan a realizar obras o tomar medidas destinadas al cuidado del predio sirviente y evitar que sufra perjuicio. La persona o entidad que obtenga una servidumbre legal deberá adoptar las medidas pertinentes para impedir que ejercicio de la servidumbre resulte perjudicial al propietario del predio sirviente.

2.2.13.2.4. **NO PUEDEN SER OBSTACULIZADAS**

Las servidumbres legales no pueden ser obstaculizadas, ni limitadas. Se constituye principalmente para fines de interés público. Consiguientemente no pueden ser limitadas ni obstaculizadas, pues el propósito económico de la servidumbre se vería disminuido.

2.2.13.2.5. **PERMANENTES O TEMPORALES**

Según el tiempo de duración que tenga el servicio al cual se afectan. Son permanentes cuando son también permanentes las obras que se realizan para la atención del servicio público, para el que se instituyen. Será temporales, cuando estén destinadas a un servicio secundario, cuya duración será solamente transitoria, mientras se realizan las obras.

2.2.13.2.6. EL OBJETO DE LA SERVIDUMBRE NO PUEDE SER CONTRADECIBLE

Disponen las diferentes leyes que la instituyen, que solo se podrá contradecir el monto de la indemnización, más no el objeto mismo de la servidumbre.

2.2.13.3. CLASES DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

Podemos intentar algunos criterios de clasificación de las servidumbres legales:

2.2.13.3.1. SERVIDUMBRES LEGALES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Son servidumbres públicas las que están destinadas a atender un servicio público. La limitación en el derecho de propiedad del predio sirviente, tiene por objeto atender un servicio público. Es decir que están en relación las necesidades de la colectividad y el derecho de propiedad del predio sirviente. (CUADROS VILLENA, 1995, págs. 223-224)

a) Es servidumbre legal privada.- la que está destinada a atenderé necesidades privadas, que la ley tutela debido a la naturaleza de la actividad. En esta clase de servidumbre están en relación el derecho de propiedad sobre el predio sirviente y el derecho de propiedad, sobre el predio dominante. Cuando la ley dispone que se establezca una servidumbre en un predio superficial a la concesión minera, es porque la explotación minera está considerada de utilidad pública.

b) Es servidumbre legal pública.- Las que se establecen principalmente sobre predio de derecho privado. Sin embargo excepcionalmente pueden establecerse también sobre predios del Estado o de entidades paraestatales.

2.2.13.3.2. SERVIDUMBRES LEGALES DE ORIGEN CIVIL SERVIDUMBRE DE PASO

Son las que se encuentra regulado en el artículo 1051 del Código Civil, que establece la servidumbre legal de paso, en beneficio del predio que no tienen salida a los caminos públicos. La norma “La servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos”.

Esta servidumbre cesa cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le de salida o cuando se abre un camino que de acceso inmediato a dicho predio. Este artículo reproduce en texto y doctrina el artículo 974 del Código Civil de 136.

Este tipo de servidumbre es el que interesa para la solvencia de esta tesis, por cuanto considero necesario hacer un profundo análisis de esta servidumbre forzosa en un capítulo especial.

2.3. SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO

2.3.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Interesa mucho la determinación de la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso, cuyo estudio, sentado que se trata de un derecho real de servidumbres, se ha de limitar a encuadrar esta especie dentro de las categorías más comúnmente admitidas en el género de la servidumbre.

El fundamento de la servidumbre coactiva de paso es el de hacer posible o facilitar la explotación o goce de un fundo que por estar enclavado entre otros no tiene acceso a un camino público o lo tiene dificultoso. Ciertamente que por favorecer el interés del predio enclavado que con la salida aumenta

indudablemente su valor, se agrava a otro en otros intermedios cuyo valor disminuye. (FERNÁNDEZ, 1956, págs. D-244)

Se trata en suma, como ya vimos al estudiar a la servidumbre en sus términos generales, señalando que de un supuesto de colisión de derechos entre titulares de ambos predios, colisión que el legislador resuelve en función del interés general que exige que los predios no permanezcan incultos, y en consideración, además, de que si bien es cierto que el predio sirviente ve disminuido su valor éste no mengua en la misma proporción en que le calor del predio dominante aumenta, sino en una proporción inferior, y no impide dicha servidumbre que también el predio sirviente sea explotado. (FERNÁNDEZ, 1956, págs. D-244) Por otro lado, la disminución de valor implica el establecimiento del gravamen, se ve en cierto modo compensada con la exigencia de una indemnización que el dueño del predio dominante debe satisfacer al sirviente.

2.3.2. BREVE REFERENCIA HISTORICA

La servidumbre de paso puede muy bien considerarse, junto con la de acueducto, como el más antiguo de los derechos reales, y, por supuesto, como la más antigua de las servidumbres, en la Historia del Derecho Romano.

Esto no quiere decir que la servidumbre de paso existiese desde los primeros tiempos de la organización jurídica en que ya se reconocía el derecho de propiedad sobre los predios. La necesidad de acceso al predio a que provee esta servidumbre, fue satisfecha en la Roma primitiva por otros medios.

Como BRUGI ha demostrado, al igual que el concepto típico del dominio de los particulares sobre los fundos está basado sobre el *ager limitatus*, así también el paso necesario era provisto por las reglas de la *limitatio* al dividir y asignar a los

ciudadanos, los terrenos conquistados por Rómulo, se dejaron entre fundo y fundo unas fajas de terreno de mayo o menor anchura que servían al tránsito público y consiguiente acceso a los predios.

Dichas fajas de terreno o senderos respondían a la necesidad de dar acceso a los predios enclavado entre otros. La servidumbre surge después para atender, no ya a esta necesidad de acceso a la finca que, como hemos visto, se satisfizo de dar acceso a los predios enclavado entre otros. La servidumbre surge después para atender, no ya a esta necesidad de acceso a la finca que, como hemos visto, se satisfizo por el medio indicado, sino para atender a una comodidad de los mismos.

Esta comodidad no se podía obtener, sino se modificaba el sendero limitativo, es decir, abandonando el sendero que había sido asignado con la división para sustituirlo por otro a través de los fundos.

Con toda probabilidad, tal mutación fue en Roma el primero y más fácil modelo de la servidumbre de paso.

Y aun entonces no fue configurada como propio *ius in re aliena* sino como derecho de propiedad sobre la faja de terreno por la que se transitaba. Tal es la tesis de VOIGT para el cual, además, el objeto de la servidumbre había sido considerado efectivamente separado del fundo sirviente, objeto de la manus del titular, sometido como el fundo, y solo mediante convenio podía el propietario del fundos sirviente tener una comunico y una participación en el uso del locus series.

Los derechos comprendidos normalmente en el actus, podían ser restringido, y entonces se deba lugar al *actus minus plenus* que podía surgir:

- a) Cuando el derecho de pasar con vehículos había sido explícitamente excluido, o debía entenderse tácitamente excluido por la estrechez del sendero concedido por la conducción del ganado.
- b) Cuando faltaba el ius itineris, ya que no se puede concebir el derecho de conduri el ganado sin estar al mismo tiempo autorizado.
- c) Cuando el ganado cuya conducción hubiera sido concedida había sido restringida a determinada especie de animales.

Y por último la vía que consiste en el derecho a pasar sobre el fundo ajeno con toda clase de vehículos y de arrastrar sobre él piedras o maderos. La anchura de la vía fue fijada en una ley de las Doce Tablas en ocho pies en la parte recta y dieciséis en las vueltas, esto es, donde hay recodo.

Estas servidumbres no podían constituirse de modo forzoso, tenían que ser voluntarias, sin embargo con el paso del tiempo existieron brotes de los particulares la que proveyó a constituir servidumbre de manera coactiva.

2.3.3. DEFINICION

La servidumbre legal de paso se regula en los artículos 1051 y siguientes del Código Civil. Advirtiéndose una serie de requisitos para solicitar la servidumbre legal de paso son las que se interponen en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos, cesando la servidumbre cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio.

Es aquella servidumbre mediante la cual el propietario de un predio encerrado, sin acceso a la vía pública, puede reclamar el paso por predios sirvientes con el fin de obtener un camino que lo comunique con la vía pública, para lograr con

ello el beneficio del predio enclavado

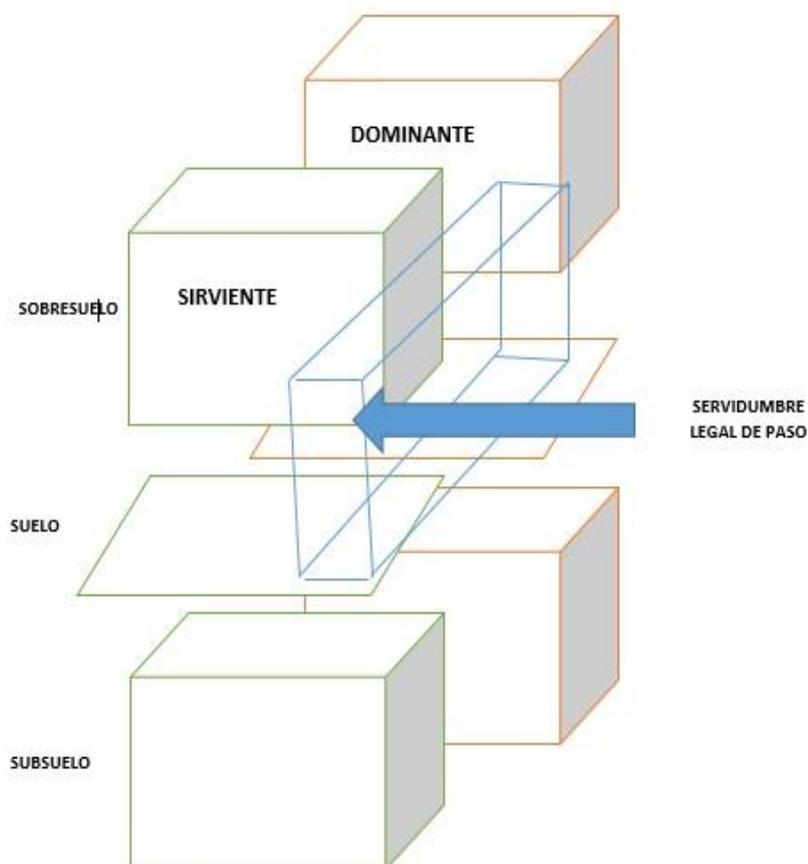


FIGURA Nº 8

2.3.4. REQUISITOS DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO

2.3.4.1. ENCLAVAMIENTO DEL PREDIO DOMINANTE

Esto se refiere a que el predio dominante debe estar encerrado entre otros predios de distinto o distintos dueños sin tener acceso o salida a la vía pública, o que para acceder a la vía pública deba hacer gastos muy elevados o que sea sumamente dificultoso el paso.

El propietario de un predio enclavado entre otros ajenos que no tengan salida a la vía pública, o que no pueda procurársela sin exceso de gasto o dificultad, tiene derecho a exigir el paso por los predios vecinos para el aprovechamiento y

explotación del mismo predio. El propietario de una finca rústica, tenga o no salida a la vía pública, podrá también exigir paso por los predios vecinos hasta la estación de cualquier ferrocarril. En ambos casos y mientras resuelven en definitiva las autoridades judiciales, esta podrá constituirse provisionalmente, previa garantía de indemnización y de daños y perjuicios.

Para pretender la servidumbre legal de paso, se ha de tratar de un predio que no tiene salida directa a los caminos públicos. Es decir que se entre encerrado entre varios predio.

Dentro de la doctrina general de la servidumbre de que su imposición se a lómenos gravosa posible para el propietario del predio sirviente, el propietario del predio encerrado, no podrá escoger salida por predio que constituya el camino más largo, ni pretender que se abra el camino destruyendo bienes del propietario del predio sirviente, salvo sea ineludible hacerlo, caso en el que la indemnización comprenderá también el valor de los bienes destruidos y el perjuicio ocasionado al propietario del predio sirviente. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 225)

2.3.4.2. PAGO PREVIO O INDEMNIZACION

El propietario del predio sirviente puede pedir al dueño del precio dominante una suma dineraria en compensación por la carga que su propiedad debe soportar en virtud de una servidumbre.

De acuerdo al artículo 1052 del Código Civil, la servidumbre legal de paso es onerosa, y al valorizarla deberán también tomarse en cuenta los daños y perjuicios que se ocasionen al propietario del predio sirviente. Dice el artículo "la servidumbre del artículo 1051 es onerosa, al valorizársela, deberá tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del

predio sirviente”. La indemnización por la imposición de la servidumbre comprenderá entonces, el valor del suelo destinado al camino y de las construcciones que tuviesen que ser destruidas, así como del perjuicio ocasionado.

2.3.4.3. EXCEPCION

Si el predio encerrado se encuentra dentro de otro del enajenante, la servidumbre de paso es gratuita. El enajenante tendrá la obligación de dar salida al predio. Dice el artículo 1053 “el que adquiere un predio enclavado en otro del enajenante, adquiere gratuitamente el derecho de paso”. Se trata de una servidumbre legal, porque el derecho a ella nace de la ley, pero sustancialmente se trata de un derecho derivado de la ubicación de los predios. Para adquirir gratuitamente el paso se requiere que el predio dominante, se encuentre enclavado, es decir dentro del predio enajenante. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 226) La norma repite el artículo 980 del Código Civil de 1936.

2.3.4.4. AMPLITUD

Finalmente el artículo 1054 del Código Civil de 1984, reproduciendo el texto del artículo 976 del Código Civil de 1936, establece que el ancho del camino se determinara de acuerdo con las circunstancias. Esto es que el ancho del camino estará en relación con las necesidades son solamente las de atravesar a pie el predio ajeno, no se necesitara que el camino sea muy ancho, pero si es predio introducir en el predio vehículos motorizados, el ancho del camino tendrá en consideración esas necesidades. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 227)

2.3.5. MODOS DE CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE

Las servidumbres en general, pueden constituirse por voluntad de las partes manifestada en negocio jurídico inter – vivos o mortis causa, libremente en cumplimiento del mandato imperativo de la norma jurídica que concede en determinados casos derecho a exigir la constitución de la servidumbre a otras personas que deben acceder a aquella pretensión (servidumbre coactiva), por usucapión, y por ley.

Por tanto la servidumbre legal de paso de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico en su artículo 1051 concordado con el artículo 1035 del Código Civil, señala que estas deben constituirse mediante un título constitutivo entre las partes, esta puede ser de manera voluntaria (Escritura Pública) o por medio de una Sentencia Judicial con calidad de Cosa Juzgada.

2.3.5.1. CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE POR LEY

La ley por si misma tiene la fuerza para dar lugar al nacimiento de servidumbres, ya sea de modo inmediato o directo, o bien estableciendo las situaciones en las que de manera obligatoria debe constituirse una servidumbre en razón de la mera realidad física de los inmuebles; o bien estableciendo las circunstancias de hecho por las que da declararse la existencia de un derecho de servidumbre.

Estas servidumbres, también llamadas legales, pueden constituirse a favor de la utilidad pública o en beneficio de particulares, dependiendo de la necesidad real existente.

2.3.5.2. CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE POR NEGOCIO JURIDICO

Todas las servidumbres, cualquiera que sea su clase y características, pueden adquirirse en virtud de título, el cual es la forma normal de constituirse, y además la menar usual de establecer servidumbres continuas o discontinuas, sean aparentes o no. Se debe entender la expresión “título” en el sentido de negocio jurídico, comprendido los contratos inter vivos, en virtud de que las servidumbres pueden constituirse por cualquier manifestación de voluntad emitida de acuerdo con las prescripciones jurídicas.

A la de aclaración de voluntad consistente en la exteriorización de un querer dirigida a la producción de un determinado efecto, que es precisamente el querido por quien expresa su voluntad; se les llama negocio jurídico.

Es pues, el negocio jurídico, un acto lícito, voluntario, consciente y libre, constituido por dos o más declaraciones de voluntad; dirigidas a crear, modificar, extinguir relaciones jurídicas, constituyendo con ello un contrato.

2.3.5.3. CONSTITUCION POR PRESUNCION ESPECIAL DE LA LEY

La servidumbre también puede adquirirse en virtud de la institución que la doctrina francesa llama *distinction du père* de familia, la cual consiste en el acto del propietario el cual se establece entre dos predios que le pertenecen, o entre dos porciones de un mismo predio, un estado de hecho que evidentemente constituirá una propia manifestación de servidumbre como si se tratara de inmuebles pertenecientes a distintos propietarios. En este caso, mientras el inmueble pertenezca al mismo dueño, no se produce la servidumbre, pero desde el momento de la división del dominio se produce también la existencia

de la servidumbre, para lo cual la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas, se considera si se enajenare una con el título respectivo para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que en el momento de la separación de la propiedad de las fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación.

2.3.5.4. CONSTITUCION POR USUCAPION

Las servidumbres también pueden adquirirse por medio de la prescripción adquisitiva que es la institución por la cual una persona poseedora de un derecho puede adquirir la propiedad de éste por la continuidad de la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Se constituyen pues, las servidumbres por usucapión cuando habiendo estado en posesión de ellas por el tiempo ininterrumpido que señala la ley (10 años), se reclama formalmente su constitución, mediante un juicio ordinario de constitución de servidumbre por usucapión, promovido por el dueño del predio que resultaría ser el predio dominante.

2.3.6. EXTINCION DE LA SERVIDUMBRE

2.3.6.1. POR NEGOCIO JURIDICO

Del mismo modo como la servidumbre puede constituirse por voluntad de las partes, también puede extinguirse por decisión de ella. Es en título de constitución, donde han de constar las condiciones en que se concierte la servidumbre y las condiciones en que se concierte la servidumbre y las condiciones en que puede extinguirse. El artículo 1043 de nuestro Código, establece “la extensión y demás condiciones de la servidumbre se rigen por el

título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este código (...).”

Ha de ser pues el título constitutivo, la primera fuente reveladora de la voluntad de las partes, donde deberá constar no solo la extensión y forma de ejercicio de la servidumbre, sino también la forma de su extinción. Pero en el supuesto que no tratase el asunto de la extinción, nada impide, que las partes, se pongan de acuerdo en fenecer la servidumbre.

2.3.6.2. POR EL NO USO

La servidumbre constituye un gravamen que disminuye el derecho de propiedad del predio sirviente, porque es útil al propietario del predio dominante; porque tiene un contenido económico, que se realiza en su ejercicio. Consiguientemente el no uso de la servidumbre, expresa que carece de objeto económico y de utilidad. El no uso es la manifestación de la inutilidad de la servidumbre, consiguientemente, sin embargo de que las servidumbres se suponen permanentes (artículo 1037 del Código Civil), en cuanto se revela que no desempeñan ningún fin económico y que carecen de utilidad para el predio dominante, se extinguirán por el no uso. De ese modo el no uso de la servidumbre, se inscribe dentro de la doctrina del uso de la propiedad en armonía con el interés social. Deja de tener interés social la servidumbre, si no es ejercitada por el titular, si carece de utilidad. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 260)

En nuestro Código de 1936, no incluyó el no uso como causal de extinción de la servidumbre y subsanado esa omisión el artículo 1050 del Código actual establece que la servidumbre se extingue en todos los casos por no uso de cinco años.

Cuando la norma se refiere a “todos los casos”, alude a la naturaleza de la servidumbre, continua o discontinua, aparente o no aparente. Séala el plazo pero no la manera de contarla. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 262)

2.3.6.3. POR ABANDONO DEL PREDIO SIRVIENTE

En las legislaciones española y argentina, se admite que cuando el propietario del predio sirviente se compromete a subvenir los gastos de la servidumbre y no puede cumplirlos, puede librarse de ellos abandonado el predio sirviente en favor del propietario del predio dominante. Se trataría de una manifestación de voluntad de apartarse del derecho de propiedad sobre el predio sirviente, en favor del dueño del predio dominante, técnicamente no se trata de un abandono. Pues la dirección o abandono supone que el titular se aparte del derecho de propiedad y de la posesión, sin saber a quién ha de ir a corresponder. En cambio en la figura que comentamos, se trata de una renuncia del derecho de propiedad del predio sirviente, en favor del propietario del predio dominante, para liberarse de las obligaciones que impone la servidumbre.

2.3.6.4. CUANDO SE CONSTITUYA POR CIRCUNSTANCIA QUE CAUSA EXTINCION

Se da la extinción del derecho de servidumbre, en el caso de que la servidumbre haya sido constituida en virtud de un derecho revocable, se venza el plazo para el que fue constituida, se cumpla la condición impuesta en su constitución o que sobrevenga la circunstancia que debe poner término a la misma.

2.4. DERECHO COMPARADO

2.4.1. CODIGO CIVIL ESPAÑOL

“Artículo 530.- La servidumbre **es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.** El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.” **(el énfasis en negrita es del autor)**

La regulación española advierte una definición más expresa en cuanto a la servidumbre de la que refiere nuestro Código Civil Peruano, sin embargo, en ambos se encuentra la naturaleza jurídica de una Servidumbre.

Sección 3.^a De la servidumbre de paso

Artículo 564. El propietario de una finca o heredad, **enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.** Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente. Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.

Artículo 565. La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

Artículo 566. La anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante.

Artículo 568. Si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, **el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.** Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada. **Artículo 569.** Si fuere indispensable para **construir o reparar algún edificio** pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, **el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque.**

Del capítulo de que regula la servidumbre de paso, se puede observar que dicha regulación también observa que la servidumbre de paso debe darse en lo *menos perjudicial al predio sirviente* – sin embargo a diferencia de la regulación Peruana, esta señala también que se debe establecer por donde – *sea menor distancia del predio dominante al acceso a la vía pública*- señalando además que debe estar acorde solo – **a las necesidades del predio dominante** – sin duda nuestro Código Civil Peruano, se señala que es una característica la **utilidad** para conceder la servidumbre, sin embargo esta debe ser sujeto a interpretaciones para que se llegue a la conclusión que se muestra expresa en el Código Civil Español”

2.4.2. CODIGO ECUATORIANO

El Art. 875 del Código Civil expresa: “*Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.*

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote;

Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos.”

La servidumbre constituye un derecho real y, como tal, es indiferente de las personas que sean dueños de las cosas. El terreno donde está constituida la servidumbre puede transferirse a otro por los diversos modos de adquirirse el dominio, y siempre pasará con las servidumbres que los afecten, por eso, la servidumbre voluntaria puede constituirse por el propietario actual del predio sirviente, así como también pudo haberse constituido por antecesor en el derecho; de allí que el título adquisitivo de la servidumbre otorgado por el anterior propietario del predio sirviente surte plena eficacia para el actual propietario.

El Art. 883 del Código Civil señala: *“Si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo cualquier otro perjuicio”*

De acuerdo a esta disposición aparece muy claro que la condición para que se establezca la servidumbre legal de tránsito, consiste en que un predio carezca de salida al camino público. Si hay esa salida, no se puede exigir otra más u otra que resulte mejor o más cómoda. Y si desaparece la necesidad, por la construcción de un nuevo camino público, de un puente u otra obra que

permita el acceso a la vía pública, hay lugar a la supresión de la servidumbre que se vuelve innecesaria.

El Art. 884 del Código Civil manifiesta que: *“Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre”*

El establecimiento de la servidumbre legal puede hacerse mediante el reconocimiento directo del derecho, por parte del dueño del predio sirviente y la fijación de común acuerdo de las indemnizaciones a que tenga derecho éste. Pero si no hay este común acuerdo, se tendrá que recurrir al juez, y el Código señala que la indemnización y las condiciones o ejercicio de la servidumbre se ha de fijar por peritos. Esto debe ejecutarse según las normas comunes del Código de Procedimiento Civil, pero podría tenerse también en cuenta, por analogía de la materia, lo que dispone la Ley de Caminos, para el caso de las expropiaciones del Estado para la construcción de vías públicas.

El Art. 885 del Código Civil manifiesta que *“Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor Del terreno.”*

En el caso de que la servidumbre se vuelva inútil, por el cambio de las circunstancias, como cuando se abre un nuevo camino público, el artículo

885 permite al dueño del predio sirviente que tuvo que ceder parte de su propiedad a favor del paso del vecino, que recupere restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno. Tal disposición, que en otras épocas pudo ser muy justa, resulta ahora poco equitativa, por la constante desvalorización de la moneda en medida muy grande: pasados unos pocos años, la devolución de lo que se le hubiere pagado, puede ser una verdadera insignificancia, en tanto que el suelo puede haber adquirido un valor mucho más alto. Sería más equitativo que, si no hay un acuerdo entre las partes, el juez fijara la indemnización que se deba restituir al recuperar sus tierras el vecino.

Se requiere que el dueño de un predio realmente necesite de una salida, para que pueda demandar la servidumbre legal de tránsito, y esa necesidad no debe provenir de un hecho suyo ni sea una necesidad ficticia. Estas condiciones así el propietario que hubiere cerrado su propia salida con una construcción, o el que hubiere enajenado una parte de su terreno de modo que la que conserva se quedó sin salida, no podrá demandar servidumbre de tránsito, ya que se origina en su propia acción la deficiencia en que se ha colocado.

Si llegara a ser innecesaria la servidumbre establecida en una división, no habría lugar a la restitución al predio sirviente, prevista en el artículo 885, ya que este se refiere a los supuestos de "los artículos precedentes", y no a esta hipótesis de la división de una cosa común. Además, dada la gratuidad de la servidumbre de tránsito establecida en una división, no habría ningún precio que devolver, y no cabe que un vecino se apodere de la superficie de un camino ajeno, aunque ese camino ya no sea necesario al dueño, por

tener otra salida. Lo único posible en estas circunstancias, es que compre el terreno, si su dueño quiere venderlo, en su justo precio.

4.3.3. Código de Procedimiento Civil

El Art. 670 del Código de Procedimiento Civil manifiesta que *“Si la demarcación pudiere verificarse por la simple inspección, o por las pruebas producidas durante la diligencia, y las partes no alegaren tener otras, la jueza o el juez fallará, en el acto, fijando los límites.”*

Esta disposición trata del juicio de demarcación de linderos, para lo cual el Juez es quien mediante las prácticas de las pruebas resuelve su linderación, pero esto se debe a que en la ley no se especifica el diámetro de las servidumbre de tránsito a que tienen derechos los compradores, por cuanto se otorgan en una compra venta el derecho de servidumbre, no especificando el ancho de la vía, pero también no se obligan a constituir este derecho, por lo cual las partes acuden ante los organismos judiciales a resolver estos inconveniente, para que el juez decida constituir el derecho de servidumbre a que las personas de los terrenos tienen derecho.

El juez resuelve los casos de servidumbre de acuerdo a las reglas señaladas en el Código de Procedimiento, y toma en cuenta por la inspección y es más lo considera como una simple inspección, para el deslinde y amojonamiento fije los linderos de los predios colindantes o las pruebas producidas durante la diligencia, por lo que no existen términos técnicos para determinar la servidumbre a que tienen o han solicitado este derecho. Es así que esta

disposición deja en claro que el Juez puede fijar en el acto los linderos bien sea por la simple inspección o bien sea por las pruebas producidas durante la diligencia. Estas dos condiciones no son concurrentes ni deben estar necesariamente atadas, sino que basta la una o la otra para que el Juez ejerza dicha facultad.

El Art. 671 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta que: *“Si las partes no convienen en ningún arreglo, ni se halla la causa en el caso del artículo anterior, se extenderá acta de todo lo ocurrido en la inspección y de lo que hubiese observado la jueza o el juez*

Agregados al proceso las declaraciones originales, los documentos y el informe pericial, se oirá simultáneamente a las partes en el término de tres días. Lo que éstas dijeren se tendrá por demanda y contestación, respectivamente, y se seguirá sustanciando el juicio ordinario.”

En el caso de no acuerdo entre las partes por la inspección realizada o de las pruebas vertidas al proceso, el juez llamará a las partes a oír sus testimonios, y resolverá de acuerdo a estos hechos vertidos, lo que se corrobora que la demarcación de linderos en la servidumbre de tránsito no es técnico sino que el juez resuelve de acuerdo a la inspección, a las pruebas introducidas al proceso y a los testimonios de las partes. Considero que el juez toma en cuenta la linderación por los informes que pueda aportar los peritos en la inspección, por ser los que técnicamente consideran el ancho de la servidumbre a que la parte actora a demandado este derecho.

III. MATERIALES Y METODOS

3.1. DISEÑO METODOLOGICO

3.1.1. **DISEÑO DE INVESTIGACION.-** El diseño de investigación a utilizar en la presente investigación será **MIXTO**. Pues se hará uso del diseño:

- **CUALITATIVO.-** Ya que en esta investigación se estudiará la norma, doctrina, y jurisprudencia aplicable en los casos de una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
- **CUANTITATIVO.-** Pues se recogerá y analizará los datos cuantitativos respecto de la encuesta practicada a los Profesionales en Derecho – Abogados, a fin de establecer una correcta interpretación y aplicación de la extensión menos gravosa para el sirviente en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

3.1.2. **EL TIPO DE INVESTIGACION.-** Investigación Jurídico – exploratorio argumentativo, ya que se trata de un tema poco estudiado y del que se necesitara para alcanzar el propósito de esta investigación.

Sin embargo cada metodología y según sea el comportamiento humano y la naturaleza de la investigación, se sujeta al tipo de estudio; el mismo que se desarrolla del modo que sigue:

1. **METODO EXEGÉTICO:** Consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador y ésta debe encontrarse en la letra de la ley. Esta teoría y particular forma de interpretación del Derecho, ha creado también su propio método de estudio que es el método exegético.

El método exegético constituye el estudio lineal de la normas como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado y sin lagunas. Es pues un culto a la ley

positiva, producto de la codificación. La exegesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario: por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. La exegesis supone pleitesía ante el texto escrito y una excesiva confianza en la voluntad del legislador. **(Carlos, 2002, pág. 56)**

MUESTRA:

Para la aplicación de este método se utilizara una muestra normativa de la que se observa que existe una multiplicidad de interpretación y mala aplicación de dicha norma.

*“**Extensión y condiciones de la servidumbre; Artículo 1043.-** La extensión y demás condiciones de las servidumbres se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este Código. Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercerla, **se interpreta en el sentido menos gravoso** para el predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre.”*

En el sentido que se determinará cual es la correcta interpretación y aplicación de la frase “se interpreta en el sentido menos gravoso”, cuestionándome a ¿cuánto es lo menos gravoso?, donde aparece la multiplicidad de interpretaciones, generando ambigüedades y materia de problema objeto de esta investigación.

Desarrollando mejor este método con las demás normas que regulan a la servidumbre, así como la interpretación que realizan distintos doctrinarios en lo civil acerca del tema, para llegar a tener una mejor comprensión, por ello el amplio desarrollo del marco teórico, por cuanto, es con ayuda de este búsqueda bibliográfica se puede alcanzar los objetivos planteados y confrontar

así la hipótesis planteada al inicio del desarrollo de esta tesis.

2. **METODO SOCIOLOGICO:** Investiga las implicancias de las aplicaciones de las normas jurídicas en la vida social, como medios de regulación y control de las acciones sociales de los seres humanos, en sus relaciones intersubjetivas, a fin de determinar la coherencia o incoherencia de los sistemas normativos, con la realidad social (**ARAZAMENDI NICANOR, 2005, pág. 150**).

Esto permitirá explicar sobre las repercusiones de la aplicación de las normas jurídicas en el contexto de la sociedad, comprobando si el derecho establecido para dicha realidad cumple o no las tareas asignadas, respecto de la regulación y control racional de las relaciones interindividuales y sociales.

Porque si no se logra realizar en la vida social las expectativas de comportamiento, previstas en las normas jurídicas, entonces, el derecho, no habrá cumplido con su misión.

MUESTRA:

Según el problema de investigación, son los abogados, ya que son los interpretadores y aplicadores del derecho, por cuanto solo ellos pueden dar a conocer como es la realidad social en la práctica del derecho, al absolver tanto consultas como defendiendo derechos en procesos judiciales, en casos de constitución de servidumbre legal de paso en áreas urbanas, asimismo se podrá determinar cuál es el nivel de conocimiento e interpretativo que tienen respecto del tema, y observar así el modo como resuelven este tipo de conflictos de interés social.

3. **METODO INTERPRETATIVO.-** Es un modelo que busca conocer el núcleo de las significaciones de las personas, grupos y grandes sociedades.

Este modelo es denominado también naturalista, fenomenológico y hermenéutico. Asimismo, cualitativo por la naturaleza de sus datos. Este método puede utilizar todo tipo de datos, cualitativos y cuantitativos, pero su enfoque se orienta hacia los métodos y principios de la investigación cualitativa. La fase más importante en este método es la recolección de datos, obviamente debemos valernos de varias fuentes, e incluso de la introspección, a objeto de conocer las realidades interiores de las personas, grupos y sociedades.

MUESTRA:

Para el desarrollo de este método se ha desarrollado la investigación bibliográfica de determinados doctrinarios especialistas en lo civil, específicamente en derechos reales, quienes por la investigación propia realizada ayuda a que pueda comprender mejor de que trata una servidumbre legal de paso, es por ello el amplio desarrollo del marco teórico desarrollado en esta investigación, como segundo complemento de muestra está la entrevista a los Abogados, donde pude conocer su manera de percepción e entendimiento del tema de investigación.

4. **METODO DE ESTUDIO DE CASO.-** Se trata de un examen completo o intenso de una faceta, una cuestión o quizás, los acontecimientos que tienen lugar en un marco geográfico a lo largo del tiempo, es un proceso de indagación que se caracteriza por el examen detallado, comprensivo, sistemático y, en profundidad del caso objeto de estudio, (**SANDOVAL CASILIMAS, 1996, pág. 164**) que en la presente investigación se realizará del modo que sigue:

MUESTRA:

En el presente caso se tendrá como análisis dos muestras:

1. Sentencia Judicial o Jurisprudencia donde se constituye una servidumbre legal de paso.
2. Escritura Pública donde consta la constitución de una servidumbre de paso voluntaria,

El análisis a realizar es del tipo mixto, al darse con la recolección de datos esté proceso no tiene un tiempo fijo. En éste momento es donde se puede generalizar o comparar el caso con otros.

TECNICA		CLASES	INSTRUMENTOS
OBSERVACIÓN DIRECTA		- Documental	- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS - LIBRETAS DE CAMPO
		- De campo	- CUADERNOS DE APUNTES - FOTOGRAFIAS - GRABACIONES
OBSERVACIÓN INDIRECTA	- Entrevista - Cuestionario	- PROTOCOLO DEL CUESTIONARIO - FICHA DE ENTREVISTA - FICHA DE REGISTRO - TEST - CONOCIMIENTO	

IV. RESULTADOS Y DISCUSION

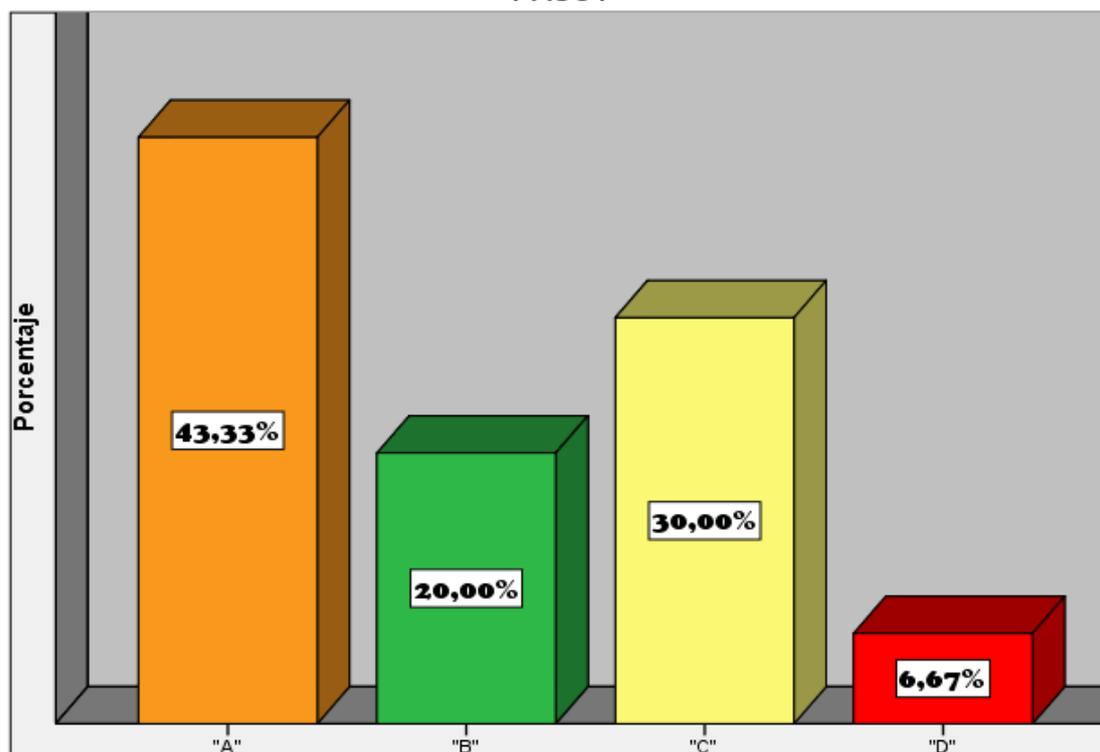
A. RESULTADOS

1. Análisis e interpretación de la encuesta

Tabla 1

PRIMERA PREGUNTA: ¿QUE CONCEPTO LE CORRESPONDERIA A LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO?

ALTERNATIVAS	NIVELES DE CONOCIMIENTO
a) Es aquel que se da cuando existe un predio encerrado sin salida a la vía pública.	“A”
b) Son las que se conceden en beneficio de los predios que no tienen salida a caminos públicos.	“B”
c) Es una obligación de hacer que tiene el propietario del predio sirviente para otorgar camino de salida a un predio encerrado.	“C”
d) Es un gravamen impuesto a un predio ajeno en favor de otro.	“D”

¿QUE CONCEPTO LE CORRESPONDERIA A LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO?

FUENTE: Profesionales del Derecho.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

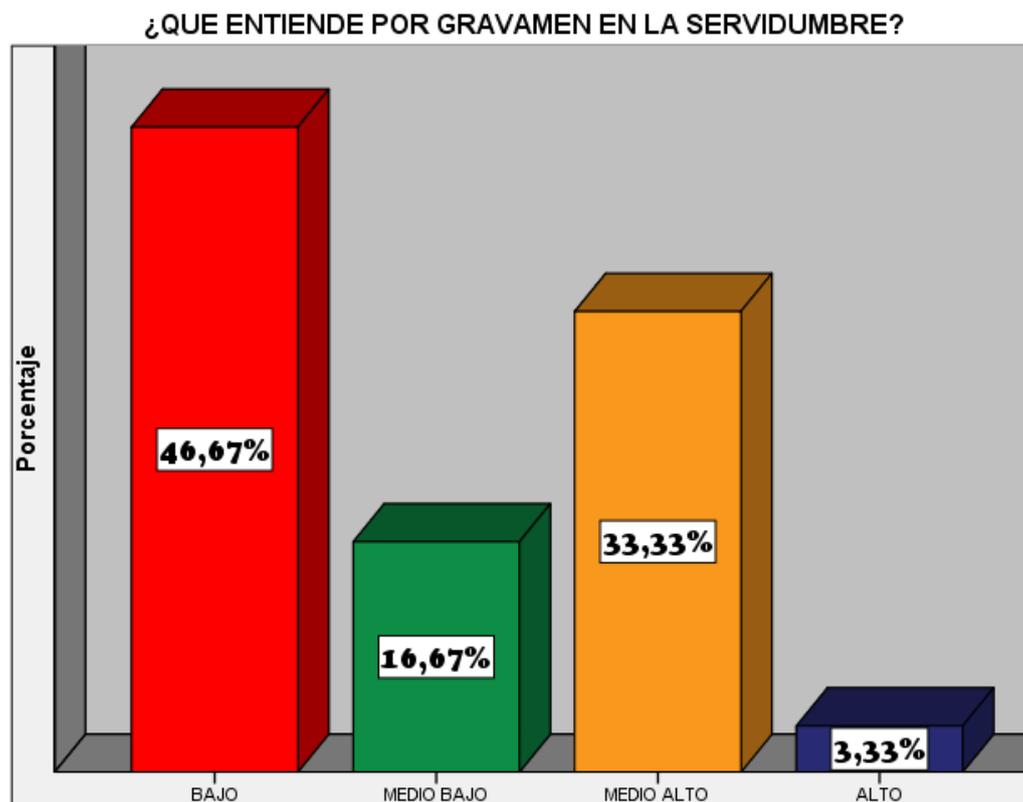
INTERPRETACION

De los treinta encuestados, trece, que representan el 43.33 % han considerado señalar que la definición que se adecua más a la Servidumbre legal de paso es la alternativa "A" al señalar que se da cuando existe un predio encerrado sin salida a la vía pública, sin embargo este es un análisis que se encuentra relacionado con la naturaleza jurídica de la servidumbre, seis, que representan el 20.00 % , han considerado señalar que la respuesta a la interrogante seria la alternativa "B", en esta alternativa se presenta el objetivo que tiene la servidumbre legal de paso, nueve, que representan el 30, 00 %, han considerado que la alternativa "C" es la más idónea a la interrogante planteada,

sin embargo, es la concepción más utilizada por los abogados, al considerar que la servidumbre legal de paso es una compraventa, porque están señalando que se trata de una obligación de hacer que tiene el propietario del predio sirviente, afirmación que no es cierta, de acuerdo a la naturaleza jurídica que tiene la servidumbre legal de paso y nuestro ordenamiento jurídico, mientras que solo dos encuestados que representan el 6.67% han considerado que la alternativa “D” es la respuesta más idónea a la pregunta planteada, siendo una de las alternativas más completas, por cuanto en ella se establece la naturaleza y el objetivo que tiene una servidumbre legal de paso, dejando de lado que se trate de una obligación de hacer, sino el de permitir y tolerar.

Tabla 2: **SEGUNDA PREGUNTA:** ¿QUE ENTIENDE POR GRAVAMEN DE SERVIDUMBRE?

ALTERNATIVAS	NIVELES DE CONOCIMIENTO
a) Es una carga u obligación impuesto a una persona.	BAJO
b) Es una obligación que deriva de una venta que concede el sirviente al dominante.	MEDIO BAJO
c) Es la limitación que pesa sobre el dominio del predio sirviente.	MEDIO ALTO
d) Es un permitir y tolerar (<i>pati</i>)	ALTO



FUENTE: Profesionales de Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

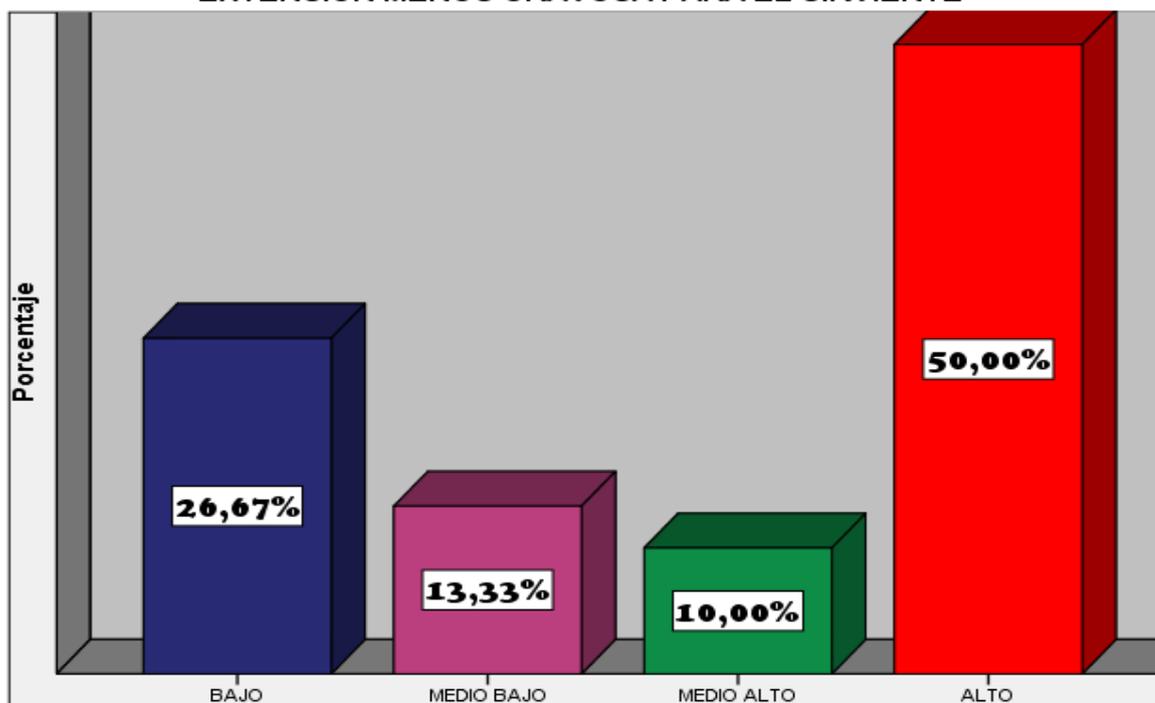
De los treinta encuestados, catorce, que representan un 46.7%, presentan un nivel bajo de interpretación, al señalar que se trata de una obligación que tiene que hacer el propietario del predio sirviente, cinco, que representan un 16,7%, presentan un nivel medio bajo de conocimiento e interpretación, por cuanto saben confunden la naturaleza jurídica de la servidumbre, al considerar que se presenta en una celebración de compraventa a favor del dominante, del que se estaría interpretando que el dueño del predio sirviente estaría perdiendo todos sus derechos de la porción concedida para la servidumbre de paso, Díez, que representan el 33.3%, presentan un nivel medio alto, ya que estos encuestados conocen que la servidumbre es un gravamen que se da en el predio sirviente

generando ciertas limitaciones, pero que no es considerada como alta debido a que no es una de las definiciones más completas que se presentan en conjunto con las demás alternativas, mientras que solo uno de los encuestados presenta un nivel alto de interpretación, ya que identifico en la alternativa la naturaleza jurídica del gravamen en la servidumbre, además de la función que cumple el gravamen en ella, siendo la respuesta más acertada.

Tabla 3: **TERCERA PREGUNTA:** ¿Cuál SERIA PARA UD. LA INTERPRETACION IDONEA PARA LA FRASE “LA EXTENSION MENOS GRAVOSA PARA EL SIRVIENTE?”

ALTERNATIVAS	NIVELES DE CONOCIMIENTO
a) Es aquella medición necesaria para la constitución de una servidumbre legal de paso.	BAJO
b) Es cuando el predio sirviente está obligado a conceder el suelo, subsuelo y sobresuelo o aires.	MEDIO BAJO
c) Es aquel gravamen impuesto al predio ajeno para permitir la salida a una vía pública a un predio encerrado.	MEDIO ALTO
d) Se presenta cuando la servidumbre de paso causa el mínimo daño a la integridad del predio sirviente.	ALTO

¿CUAL SERIA PARA UD. LA INTERPRETACION IDONEA PARA LA FRASE "LA EXTENSION MENOS GRAVOSA PARA EL SIRVIENTE"



FUENTE: Profesionales de Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

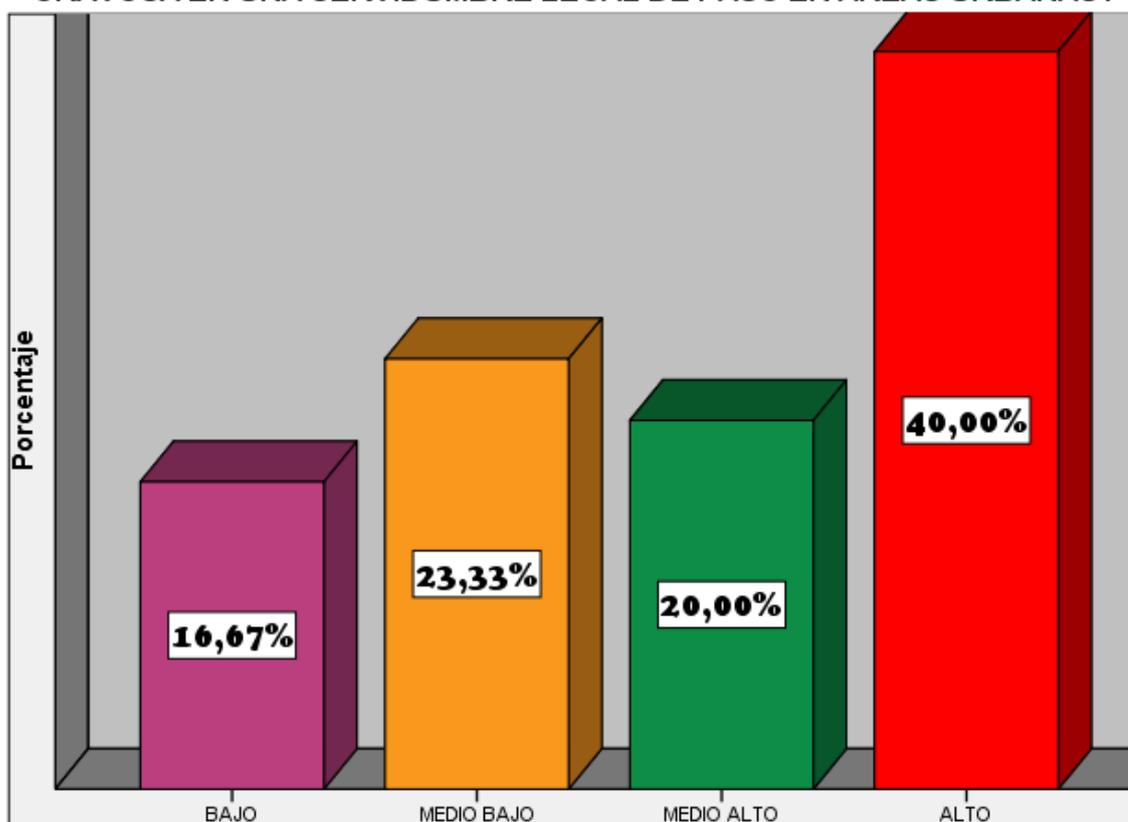
De los treinta encuestados, ocho, que representan el 26.7 %, presentan un nivel bajo de interpretación, por considerar la extensión menos gravosa como una medición necesaria, notándose el criterio *lógico* al absolver la pregunta, cuatro, que representan el 13.33 %, presentan un nivel medio bajo de interpretación, por cuanto estos encuestados consideran que la extensión menos gravosa debe estar determinada por conceder el suelo, subsuelo y sobresuelo o aires, tres, que representan el 10.00%, presentan un nivel medio alto, toda vez que han considerado que en la definición de la servidumbre legal de paso, la extensión menos gravosa en áreas urbanas debe ser solo el *paso*, mientras que quince encuestados que representan el 50.00% presentan un

nivel alto, siendo la mitad del total de los encuestados que han advertido que la extensión menos gravosa para el sirviente debe ser el paso, considerando que debe causar el mínimo daño al predio sirviente.

Tabla 4: **CUARTA PREGUNTA:** PARA UD. ¿Qué REQUISITOS DETERMINARIA LA EXTENSION MENOS GRAVOSA EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN ÁREAS URBANAS?

ALTERNATIVAS	NIVELES DE CONOCIMIENTO
a) Utilidad, ancho, largo, trayecto a voluntad del sirviente.	BAJO
b) Utilidad, ancho, largo, trayecto a voluntad del dominante.	MEDIO ALTO
c) Utilidad, ancho, largo, solo lo razonable para uso del dominante.	ALTO
d) Utilidad, ancho, largo, modificable por el sirviente.	MEDIO BAJO

PARA UD. ¿QUE REQUISITOS DETERMINARIA LA EXTENSION MENOS GRAVOSA EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS?



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

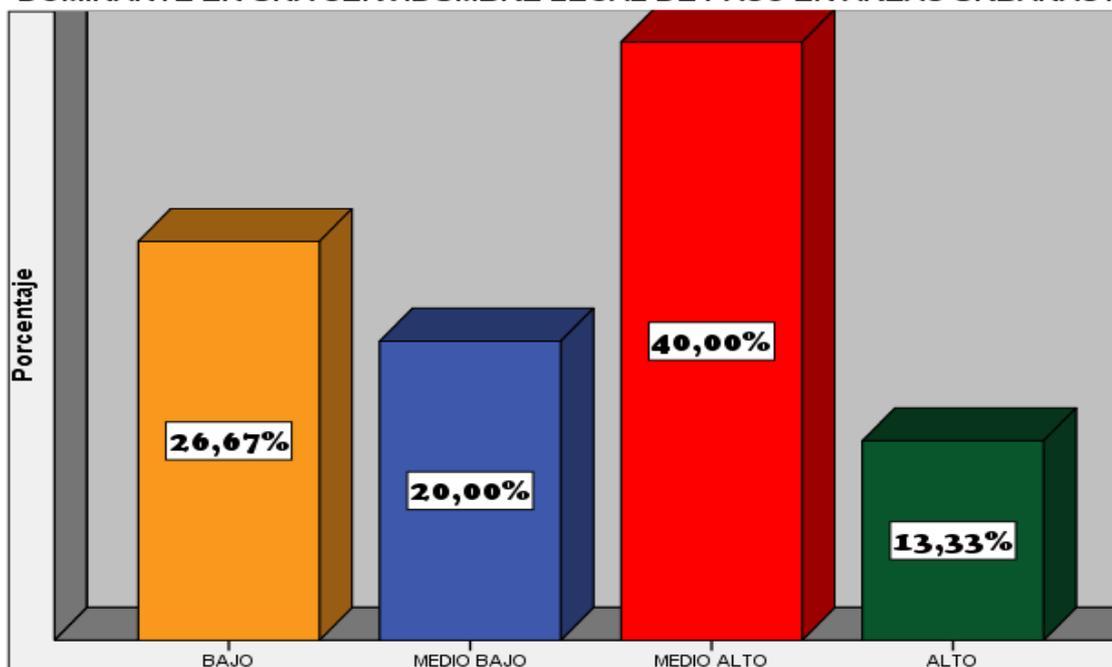
De los treinta encuestados, cinco, que representan el 16.67%, presentan un nivel bajo de análisis, porque están considerando que todo depende de cuánto decida conceder el sirviente, siete, que representan el 23.3%, presentan un nivel medio bajo, porque señalan que el conceder la servidumbre legal de paso está dispuesta a todo tipo de modificación que decida el dueño del predio sirviente, pudiendo ello ser más de lo que necesite, seis, que representan el

20.00% presentan un nivel medio alto, porque están considerando que el trayecto dependerá del deseo del dominante, mientras que doce encuestados que representan el 40.00%, presentaron un alto nivel de análisis, porque observaron que entre todas las alternativas, esta señalaba que solo se puede conceder lo razonable para uso del dominante.

Tabla 5: **QUINTA PREGUNTA:** ¿HASTA DONDE CREE UD. QUE ALCANZA EL DERECHO SUBJETIVO DEL DOMINANTE EN UNA SERVIDUMBE LEGAL DE PASO EN ÁREAS URBANAS?

ALTERNATIVAS	NIVELES DE CONOCIMIENTO
a) Suelo, subsuelo y sobresuelo o aires.	BAJO
b) Suelo y subsuelo.	MEDIO BAJO
c) Suelo y sobresuelo o aires razonables.	ALTO
d) Solo Suelo	MEDIO ALTO

¿HASTA DONDE CREE UD. QUE ALCANZA EL DERECHO SUBJETIVO DEL DÓMINANTE EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS?



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

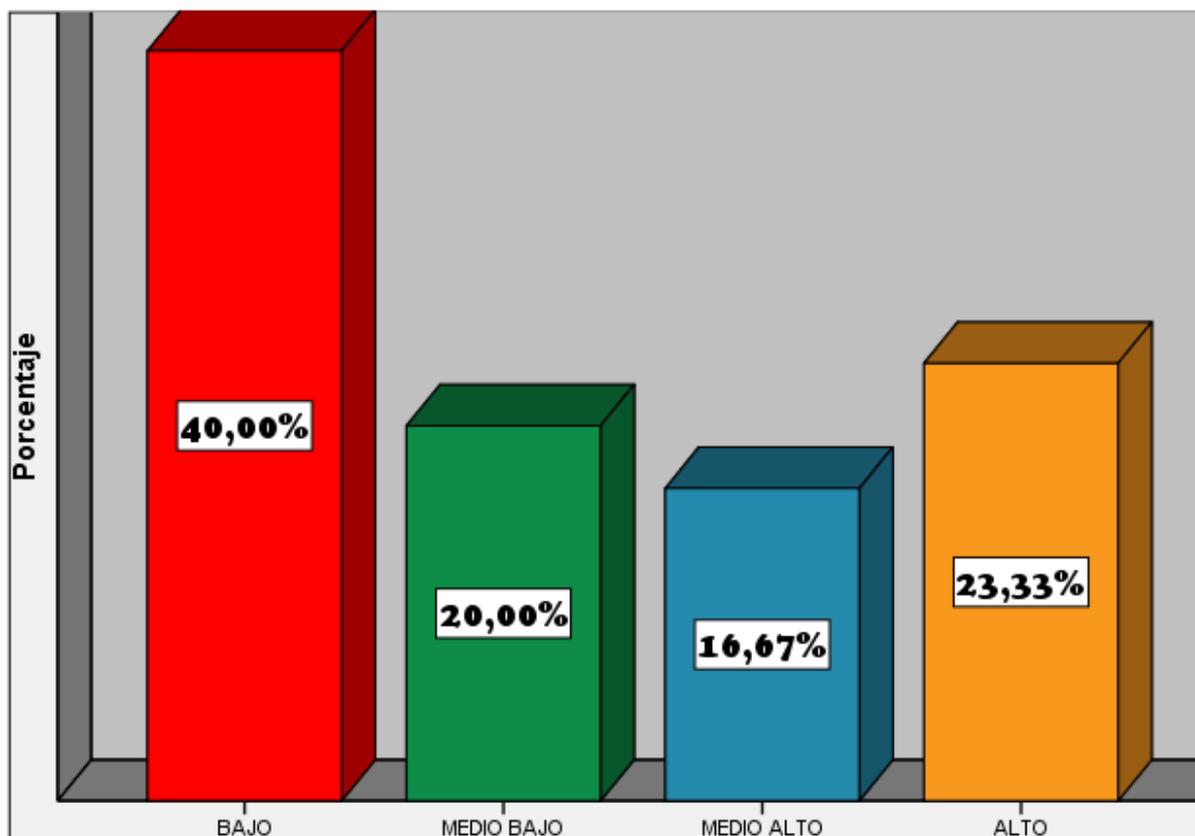
De los treinta encuestados, ocho, que representan el 26.67%, presentan un nivel bajo de análisis, interpretación y aplicación, por cuanto han considerado que el derecho del dominante abarca todo el suelo, subsuelo y sobresuelo o aires, entendiéndose como si el dueño del predio dominante fuese el propietario de todo el posesión que concede el sirviente, seis, que representan el 20%, presentan un nivel medio bajo, ya que los encuestados que marcaron esa respuesta han considerado que el derecho del dominante alcanzaría el suelo y subsuelo para hacer suyo el uso, doce, que representan el 40.00% presentan un nivel medio alto toda vez que aquí han sabido identificar que al conceder la servidumbre legal de paso el derecho que tendrá que hacer ampara el dominante es el paso, identificándolo como el suelo, pero esta respuesta es

incompleta, mientras que solo cuatro encuestados, que representan el 13.33% presentan un nivel alto de análisis, interpretación y aplicación por cuanto el derecho del dominante es el solicitar el paso por tanto este derecho subjetivo alcanza no solo al suelo sino a una parte razonable de los aires, por cuanto es parte de la utilidad el flujo de personas, y el material de obra de construcción que también tendrá que pasar.

Tabla 6 **SEXTA PREGUNTA:** ¿HASTA DONDE CREE UD. QUE ALCANZA EL DEBER JURIDICO DEL SIRVIENTE AL CONSTITUIRSE UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN ÁREAS URBANAS?

ALTERNATIVAS	NIVELES DE CONOCIMIENTO
a) Suelo y subsuelo	MEDIO BAJO
b) Suelo, subsuelo y los aires.	BAJO
c) Suelo y los aires.	MEDIO ALTO
d) Suelo y parte de los aires	ALTO

¿HASTA DONDE CREE UD. QUE ALCANZA EL DEBER JURIDICO DEL
SIRVIENTE AL CONSTITUISE UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS
URBANAS?



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

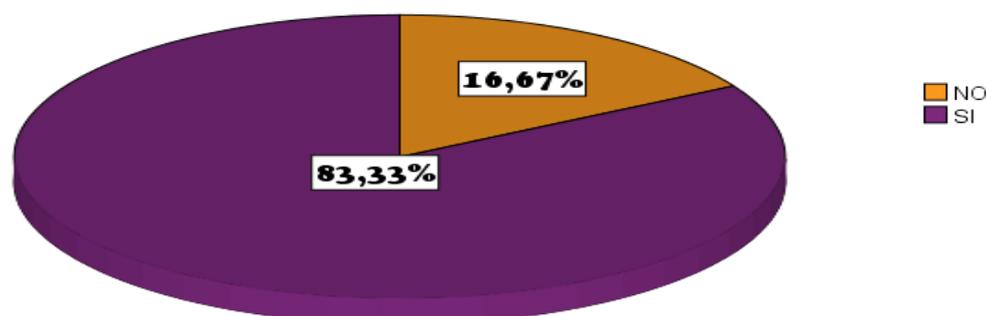
INTERPRETACION

De los treinta encuestados, doce, que representan el 40,00%, presentan un nivel bajo de análisis, interpretación y aplicación de la servidumbre legal de paso, al creer que el deber jurídico del sirviente alcanza hasta el suelo, subsuelo y los aires; seis, que representan el 20.00%, presentan un nivel medio bajo, ya que estos son los encuestados han considerado que el los aires no son parte del debe pero no es del todo cierto debido a que no es deber del sirviente otorgar el suelo y el subsuelo al dominante, cinco, que representan el 16,67%, presentan un nivel medio alto, toda vez que están considerando la utilidad y naturaleza jurídica de la servidumbre legal de paso, sin embargo no

se concede todos los aires, y solo siete, que representan e. 23.33% presentan un nivel alto, de acuerdo a la naturaleza jurídica de la servidumbre legal de paso, el dominante solo tiene la necesidad de pasar, por tanto la más acertada es los suelos y parte de los aires.

Tabla 7 **SÈPTIMA PREGUNTA:** ¿CREE UD. QUE LA EXTENSION MENOS GRAVOSA DEBE SER CONSIDERADA EN EL TITULO CONSTITUTIVO (ESCRITURA PÚBLICA O SENTENCIA JUDICIAL)?

¿CREE UD. QUE LA EXTENSION MENOS GRAVOSA DEBE SER CONSIDERADA EN EL TITULO CONSTITUTIVO (ESCRITURA PÚBLICA O SENTENCIA JUDICIAL)?



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION:

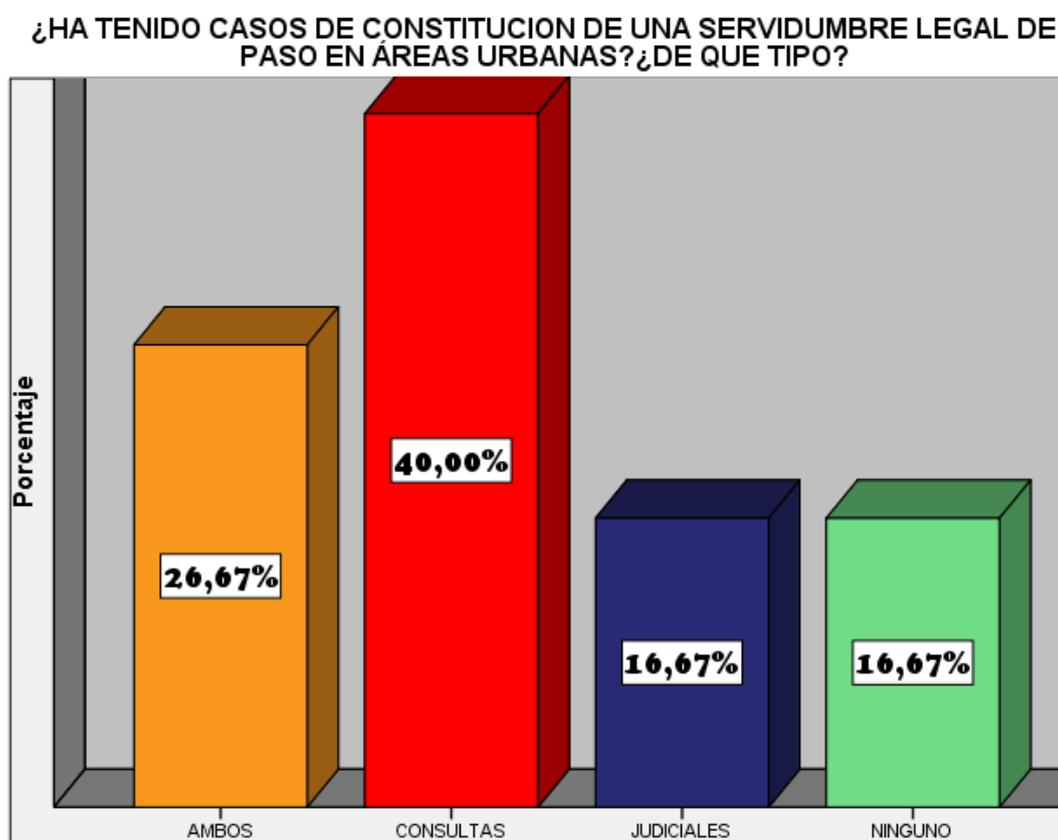
De los treinta encuestados, veinticinco, que representan el 83.33%, consideran que la extensión menos gravosa debe ser considerada en el Título Constitutivo ya sea en de manera voluntaria (Escritura Pública) o Judicial (Sentencia Judicial), mientras que cinco de los encuestados que representan el 16.67% no

creen que deba estar considera la extensión menos gravosa en el Título Constitutivo.

OCTAVA PREGUNTA: ¿HA TENIDO CASOS DE CONSTITUCION DE UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN ÀREAS URBANAS? ¿DE QUE TIPO?

CUADRO Nº 1

Tabla 8



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

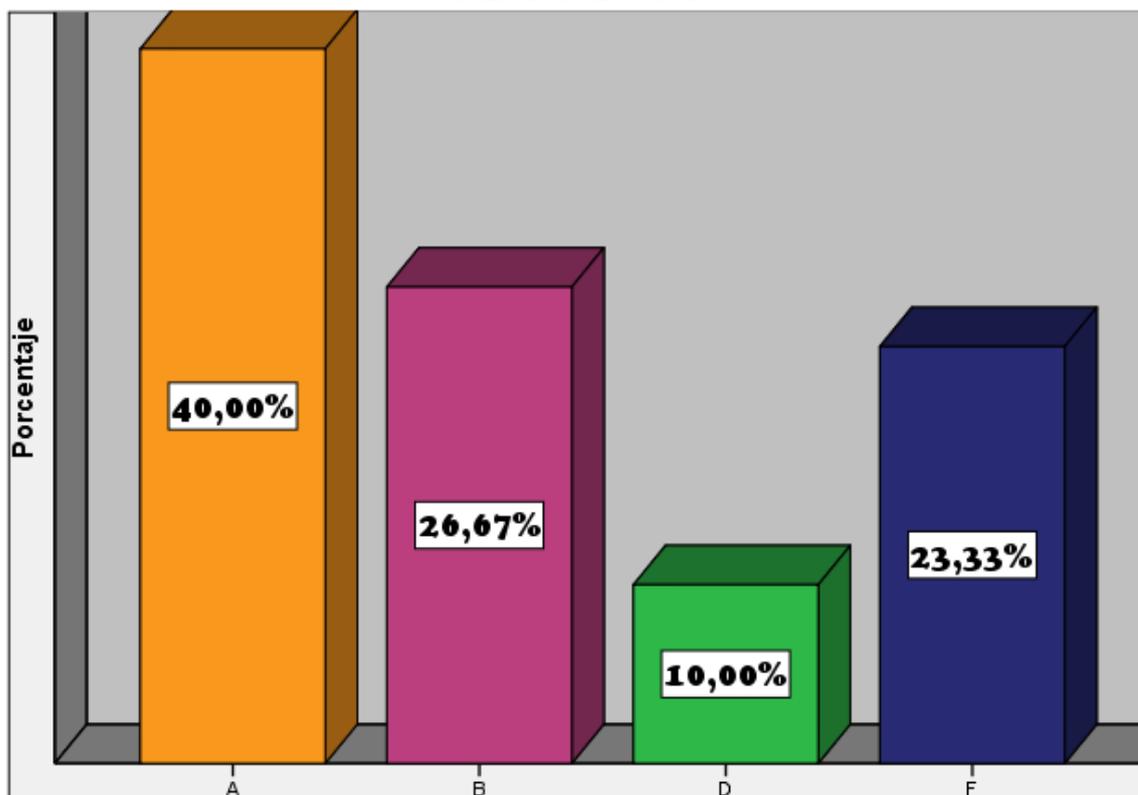
En cuanto a esta interrogante, se ha pretendido evaluar cuantos casos de constitución de servidumbre legal de paso en áreas urbanas se presentan en la realidad social, donde ocho que representan el 26.67% han tenido casos tanto

judiciales como consultas, doce que representan el 40.00% han tenido solo consultas, cinco que representan el 16,67% han vistos casos de constitución en procesos judiciales, mientras que los cinco restantes que representan el 16.67% no han tenido ningún caso de constitución de servidumbre.

Tabla **9NOVENA PREGUNTA:** EN TERMINOS DE MEDIDAS, ¿CUÁNTO CREE UD. SERIA LAS MEDIDAS QUE DEBE TENERSE EN CUENTA EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN ÀREAS URBANAS?

ALTERNATIVAS	MEDIDA TABULABLE
a) Ancho (1.50 metros) por un alto (3.00 metros).	"A"
b) Ancho (1.30 metros) por un alto (2.50 metros).	"B"
c) Ancho (1.20 metros) por un alto (3.00 metros).	"C"
d) Solo debe determinarse el Ancho (1.50 metros).	"D"
e) Solo debe determinarse el Ancho (3.00 metros).	"E"
f) No se puede determinar	"F"

EN TERMINOS DE MEDIDAS, ¿CUANTO CREE UD. SERIA LAS MEDIDAS QUE DEBE TENERSE EN CUENTA EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS?



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

De los treinta encuestados, doce, que representan el 40.00% han considerado que la medida que se debería tener en cuenta en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas es de ancho (1.50 metros) por un alto de (3.00 metros), ocho, que representan el 26.67% han considerado que la medida que se debe tener en cuenta es de un ancho (1.30 metros) por un alto de (2.50 metros), tres, que representan el 10.00% han considerado que debe tenerse como mínimo un ancho de (1.20 metros) por un alto de (3.00 metros), mientras que siete, que representan el 23.33% consideran que no se puede determinar.

Tabla 10 **DECIMA PREGUNTA:** ¿CREE UD., QUE LA EXTENSION MENOS GRAVOSA DEBE SER MATERIA DE UNA PROPUESTA LEGISLATIVA?

¿CREE UD. QUE LA EXTENSION MENOS GRAVOSA DEBE SER MATERIA DE UNA PROPUESTA LEGISLATIVA?



FUENTE: Profesionales del Derecho – Abogados.

AUTOR: Sandra Stheysi Ramos Figueroa.

INTERPRETACION

De la totalidad de los encuestados, veinticuatro, que representan el 80,00% consideran que la extensión menos gravosa debe ser materia de una propuesta legislativa, mientras que solo, seis, que representan el 20.00% consideraron que no es necesaria una propuesta legislativa para regular la extensión menos gravosa.

2. Estudios de Casos.

CASO Nº 01: Análisis de una Escritura Pública con Constitución de Servidumbre legal de paso.

DATOS GENERALES:

El presente caso se trata de una mala constitución de servidumbre legal de paso en áreas urbanas consignada de manera voluntaria en una ESCRITURA PÚBLICA, toda vez que se ha omitido señalar el artículo 1043 del Código Civil, al no establecer la extensión menos gravosa para el sirviente.

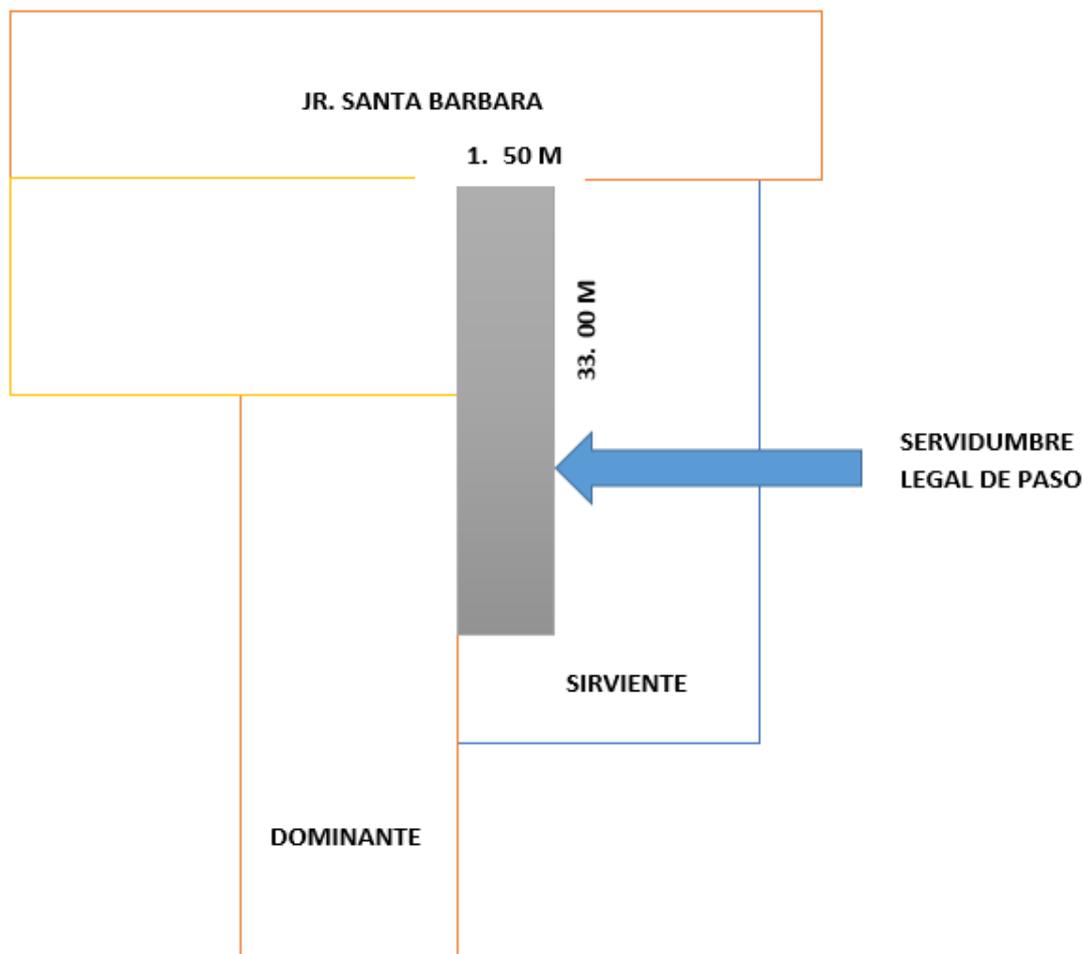
ANTECEDENTES:

- Víctor Maquera Yaraticona y Rufina Aguilar de Maquera el 05 de marzo de 1969, adquirieron el predio urbano ubicado en el Jr. Santa Bárbara de la ciudad de Ilave con un área total de 345m² de su anterior propietaria doña Leandra Yaraticona de Maquera. Ello conforme consta del documento de escritura imperfecta de compra venta de 5 de marzo de 1969; suscrita ante Juez de Paz de Segunda Nominación de Ilave y protocolizada ante Notario Julio Ernesto Garnica Rosado.
- En fecha 29 de octubre de 1991, se celebra una Escritura Imperfecta ante el Juez de Paz de segunda Nominación de la ciudad de Ilave, donde consta el contrato de compra venta del predio urbano ubicado en el interior del Jiron Santa Bárbara, siendo vendedores Victor Maquera Yraticona y esposa Rufina Aguilar de Maquera y compradores Eleuterio Ticona Chura con su esposa Juana Alanoca Turpo.
- Sin embargo ante el evidente encierro que se encontraban Eleuterio Ticona Chura y esposa Juana Alanoca Turpo realizan una constitucion de servidumbre legal de paso urbana con los sirvientes que serían sus

anteriores vendedores, donde hacen constar, que se crea un callejón de uso común, con las dimensiones de un metro cincuenta de ancho por treintaitres metros de largo al interior iniciando del Jiron Santa Barbara signado con el N° 526.

ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO:

- 1) Es el caso que esta constitucion voluntaria acarrea futuramente a los nuevos propietarios sirvientes un problema, por cuanto las dimensiones ahí consignadas sobrepasan la extensión menos gravosa, además de no determinar hasta donde alcanzan los derechos subjetivos que tienen los dominantes y el deber jurídico que tiene el dueño del predio sirviente.
- 2) Advirtiéndose que no se ha tenido en cuenta los requisitos mínimos para conceder tal constitución de servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
- 3) Asimismo al querer realizar futuras construcciones, los dominantes creen que por habersele concedido el derecho de paso, este tienen también el derecho de hacer con el goce de tal, sin las consideraciones mínimas hacia el sirviente, además de negarle las construcciones que puedan sobrepasar las dimensión acordada por los anteriores dueños.
- 4) Ante este hecho, se ha llegado a la conclusión que los dueños del predio dominante no cumplen con las formalidades establecidas por la ley, además de que se creen dueño de la servidumbre legal de paso.

FIGURA N° 9

CASO N° 02.- Análisis de una Sentencia Judicial de determinación de servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

DETALLES:

La demandante Virginia Noemi Maquera Aguilar, interpone una demanda de Determinación de Servidumbre legal de paso en áreas urbana, solicitando que se determine el trayecto, ancho y largo, de servidumbre de paso concedida a favor del inmueble interior ubicado en el Jr. Santa Barbara N° 526 – llave a favor de Eleuterio Ticona Chura y Juana Alanoca de Ticona.

RESOLUCION:

El caso se centra en una demanda cuya pretensión principal es la determinación de la servidumbre legal de paso en áreas urbanas, la misma que en primera instancia fue declarada improcedente, por cuanto han considerado que fue una otorgación voluntaria, de aceptación de tales dimensiones, apelada la misma, sube a segunda instancia y la confirman en el mismo sentido del modo que sigue:

El artículo 1035 del Código Civil establece el derecho de servidumbre y señala que “La ley o el propietario de un predio pueden imponerle gravámenes en beneficio de otro, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos”.

El apelante alega que de la inspección judicial y peritajes queda demostrado la existencia de un pasadizo que iniciando en el jirón Santa Bárbara se extiende de norte a sur; al respecto carece de relevancia jurídica emitir pronunciamiento respecto de este punto, ya que de autos se desprende la existencia de una pasadizo entrando por el jirón Santa Bárbara de 1. 57 metros de ancho y un largo de 33 metros;

Asimismo el apelante alega que no existe medio de prueba alguno que los propietarios del predio dominante hayan pagado una indemnización por concepto de la servidumbre de paso; al respecto dicha pretensión debe desestimarse, por no encontrarse dentro de los medios probatorios que el apelante ostente la propiedad del pasadizo, ya que conforme se aprecia de la Escritura de Protocolización – véase folios 53 a 57- otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y Rufina Aguilar de Maquera a favor de Eleuterio Ticona Chura y Juana Alanoca Turpo en fecha 16 de diciembre de 1992, en su

cláusula primera se establece :” PRIMERO.- Nosotros los vendedores declaramos que somos dueños y actuales poseedores de un terreno urbano ubicado sobre la calle Santa Bárbara 526 (interior) en el barrio Santa Bárbara del distrito de Ilave, provincia de Chucuito, departamento de Puno, el mismo que tiene las siguientes dimensiones y colindancias, **por el este con la propiedad de los vendedores un Cajellon de salida por medio de treinta y tres metros de largo ...**”, “...el día de hoy lo damos en venta real y enajenación perpetua a favor de nuestros compradores por el precio convenido de cuatrocientos nuevos soles que en la firma del presente declaramos haber recibido a nuestra total y completa satisfacción sin que falte céntimo alguno dando por tanto facultad de uno dominio y señorío del bien con sus usos, costumbres **y por derecho de entrada y salida me hago agregar la suma de cien nuevos soles** que no recibo entre tanto el callejón es de uso común, dejando constancia que los cien nuevos soles me los cancelara de acuerdo a sus posibilidades...” (Énfasis agregado); desprendiéndose del mismo que el vendedor, constituyo una servidumbre de paso de manera voluntaria a favor del predio vendido; no teniendo el demandado que pagar una indemnización por concepto de servidumbre a la demandante, por no ostentar la misma la propiedad del callejón para enajenarla; asimismo, del testimonio de Compraventa de fecha 15 de abril de 1994 otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y esposa a favor de Doña Virginia Noemí Maquera Aguilar respecto del bien inmueble ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526- véase folios 3 a 6-, se refiere en su cláusula primera :” ...nosotros Víctor Maquera Yanaticona... y esposa doña Rufina Aguilar ... somos dueños y poseedores de un lote de terreno urbano ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526... con las medidas y

*colindancias siguientes: ...y por el oeste mide 35.00 metros, entrando con propiedad de don Ramón Copa Reyes en dicho lado **existe un callejón de un metro de ancho, hasta la altura de 23.00 metros y que da hacia el indicado jirón Santa Bárbara, que es de entrada y salida de uso común, que cierra un área total de 392.00 metros cuadrados...*** (énfasis agregado) desprendiéndose del mismo que la demandante (compradora) no ostenta el derecho de propiedad del callejón; ya que se le vendió un área total de 392 metros cuadrados, no comprendiendo dentro de la misma el cajellon;

El apelante alega que esta probado que el 29 de octubre de 1999, por Escritura imperfecta que pasó ante el juzgado de paz de Segunda Instancia, que Víctor Maquera y esposa venden el predio ahora dominante sin salida a la calle; al respecto carece de relevancia emitir pronunciamiento respecto a este considerando ya que dilucidar la misma no se encuentra fijada dentro de los puntos controvertidos; es mas de autos se desprende- véase folios 53 a 58-, en el Testimonio de Escritura de Protocolización del Expediente civil sobre Escritura Imperfecta de Compraventa de un Inmueble Urbano, en su cláusula primera refieren : *...”nosotros los vendedores declaramos ser dueños y actuales poseedores de un terreno urbano ubicado sobre la calle Santa Bárbara 526 (interior)... el mismo que tiene las siguientes dimensiones y colindancias, por el este con la propiedad de los vendedores un callejón de salida por medio de treinta y tres metros de largo...”*

El apelante alega que en la sentencia el juzgado no ha tomado en cuenta lo dispuesto por el Artículo 1052° del CC ““ La servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al valorizársela, deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente”, que

establece que toda servidumbre debe ser onerosa; al respecto dicha pretensión debe desestimarse, en razón de cómo bien se refirió *supra*- considerando quinto- el testimonio de Compraventa de fecha 15 de abril de 1994 otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y esposa a favor de Doña Virginia Noemí Maquera Aguilar respecto del bien inmueble ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526- véase folios 3 a 6-, refiere en su cláusula primera :” *...nosotros Víctor Maquera Yanaticona... y esposa doña Rufina Aguilar ... somos dueños y poseedores de un lote de terreno urbano ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526... con las medidas y colindancias siguientes: ...y por el oeste mide 35.00 metros, entrando con propiedad de don Ramón Copa Reyes en dicho lado **existe un callejón de un metro de ancho, hasta la altura de 23.00 metros y que da hacia el indicado jirón Santa Bárbara, que es de entrada y salida de uso común, que cierra un área total de 392.00 metros cuadrados...**”; no desprendiéndose de la misma que a Doña Virginia Noemí Maquera Aguilar se le haya vendido además de los 392 metros cuadrados el callejón de uso común, por lo que, al no ostentar la misma la propiedad de dicho callejón de uso común, no tiene el derecho de enajenarla;*

Asimismo el apelante alega que en la Sentencia apelada no se atiende el pedido de determinar el ancho de la servidumbre de paso, que establece el artículo 1054° del CC; al respecto dicha pretensión debe desestimarse, ya que como bien se desprende de autos, se ha constituido una servidumbre voluntaria por los anteriores propietarios, por tanto, no corresponde volver a determinar dicha servidumbre debido a su existencia;

Por los fundamentos expuestos

CONFIRMARON la Sentencia contenida en la Resolución N° 35, su fecha seis de marzo de dos mil catorce, aclarada por Resolución N° 38, su fecha treinta de mayo de dos mil catorce que falla: Declarar IMPROCEDENTE la demanda de determinación del trayecto, ancho y largo de servidumbre de paso concedida a favor del inmueble interior ubicado en el Jirón Santa Bárbara N° 526-llave, como pretensión principal; consecuentemente improcedentes las pretensiones acumuladas en forma accesoria de: a) Pago del valor de la servidumbre de paso para el inmueble indicado y pago de daños y perjuicios; b) Levantamiento de obras civiles para el ejercicio de la servidumbre de paso a favor del inmueble interior indicado; y c) Determinación jurídica de que la servidumbre de paso, en el bien inmueble interior ubicado en el Jirón Santa Bárbara N° 526 de llave, se concrete el uso del suelo y a una prudente altura, sin uso del subsuelo ni del sobre suelo.

ANALISIS

De la sentencia materia de observación se tiene que el Juzgado a considerado que no puede determinar la extensión de la servidumbre legal de paso en el inmueble ubicado en el Jr. Santa Barbara N° 171 – llave, por cuanto esta constitución fue realizada de manera voluntaria y con las medidas que ahí especifican por tanto es una voluntad que debe perdurar para los futuros dueños y que se debe respetar.

Sin embargo de la sentencia de vista, no se resuelve acerca de la extensión menos gravosa para el sirviente, asimismo se observa la inaplicación de la norma 1043, y la posibilidad de modificación regulada en el artículo 1047 del Código Civil, donde se debe considerar que toda duda de como debe ser constituido debe ser lo menos gravoso para el sirviente, por tanto , ante la

comprobación del abuso de la otorgación del gravamen concedido por los anteriores propietarios a los ahora dominantes, es perjudicial, por ende no están observando que solo se debió conceder la utilidad y la necesidad que tiene el dominante.

Asimismo, se desprende que ante una mala constitución de servidumbre legal de paso, estos quedan condenados a cumplirlos generando problemas legales futuros, que tendrán el mismo resultado, toda vez que para el Juez la extensión menos gravosa debió ser observarse al momento de su constitución en el título constitutivo.

Esto comprueba, la necesidad de establecer una propuesta legislativa que determine la extensión menos gravosa para el sirviente en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas y así evitar conflictos judiciales, estableciendo lo más justo para ambos.

B. DISCUSION



Para el desarrollo de esta investigación, se ha iniciado por la recolección de datos que han servido para la construcción de este marco teórico, el mismo que me ha ayudado a obtener un mejor conocimiento de lo que trata la *servidumbre*, y por ende el poder realizar una correcta interpretación y aplicación de las normas que la regulan.

Para ello, fue necesaria la aplicación de los métodos exegético, interpretativo y sociológico de las muestras materia de análisis para el cumplimiento de contrastación de los objetivos e hipótesis planteada.

De los que corresponde ahora discutir si se logró o no cumplir los objetivos planteados, a continuación se estará discutiendo los principales hallazgos de este estudio:

a) El objetivo general es analizar cómo se debería interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

1. Por tanto, es importante definir *–interpretar–* para el Derecho es: *“comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido”*, por tanto, toda norma jurídica que pretende aplicarse a un caso concreto requiere ser interpretada previamente. Solo con una correcta interpretación garantiza una correcta aplicación del precepto a un supuesto de hecho, siendo materia de interpretación la siguiente norma:

“El artículo 1043 del (Código Civil, 1984) señala: la extensión y demás condiciones de las servidumbres se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este Código. Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de

ejercerla, se interpreta en el sentido menos gravosa para el predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre.”

2. De acuerdo a la investigación realizada se tiene que la servidumbre es aquel gravamen impuesto sobre un bien ajeno, por lo tanto, limita el derecho de propiedad de un predio a favor de otro, siendo definida por nuestro ordenamiento jurídico como un gravamen, ya que se trata de un permitir y tolerar.
3. Por lo tanto la servidumbre es una institución de los derechos reales que se concede en beneficio de un predio encerrado, por lo tanto, es un gravamen, no, una venta; ya que por la servidumbre no se transmite el derecho de propiedad sino solamente se concede una facilidad al predio encerrado.
4. De lo observado en nuestro ordenamiento jurídico, las servidumbres se pueden dar en predios urbanos o rústicos, según su destino económico, más que su ubicación, siendo materia de investigación la servidumbre legal de paso en predios urbanos (ALBALADEJO, 2009, pág. 115), y esto es porque, existe un incremento poblacional en el país, que está ocasionando una alza en las demandas de adquisición de inmuebles en áreas urbanas. Asimismo se tiene que la institución administrativa de la habilitación urbana, transforma en urbanos los predios de destino agrícola, ubicados en los extramuros de las ciudades, por mero decreto, sin tomar en consideración su destino. Se trata del servicio del Estado, al negocio inmobiliario. (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 149) Del que se desprende, la importancia de normar la extensión menos gravosa radica predominantemente en áreas urbanas, por el destino económico

que lleva, y las consecuencias que podrían tener ante una inadecuada constitución de servidumbre, pudiendo perjudicar no solo el aprovechamiento de goce que podría realizar, sino también, disminuir notablemente la valorización del inmueble.

5. Por tanto, al tener como punto de análisis e interpretación el artículo 1043 del Código Civil, para realizar una adecuada interpretación se debe tomar en consideración que el – *paso* – solicitado, debe – *causar el mínimo daño para el predio sirviente*- por tanto se debe delimitar la servidumbre de paso señalando el: *ancho, alto y largo del trayecto del paso solo lo razonable para el uso del dominante*.
6. Los mismos que están acode a lo previsto en los artículo 1035, 1046 y 1047 del Código Civil, normatividad que están destinados a tutelar la utilidad de la servidumbre, y que por esa utilidad solo debe concederse lo que necesite, sin embargo, se deja a la libertad de las partes el constituir una servidumbre legal de paso sin observar la extensión menos gravosa, a consecuencias de las mismas (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 184).
7. Entonces, de acuerdo con la investigación realizada se tiene que la extensión menos gravosa se refiere a los límites de derechos que tiene el propietario del predio dominante cuando solicita el paso en predio ajeno, y que de acuerdo a la doctrina y nuestro ordenamiento jurídico estos límites dependen de la utilidad y necesidad.
8. La utilidad, por ser característica principal que tiene toda servidumbre, como refiere Jorge Catañeda: “el derecho de servidumbre, son gravámenes impuestos en un predio para utilidad o beneficio de otro

predio. He aquí que aparece con claridad el concepto de la utilidad de las servidumbres, por lo que si la utilidad o el beneficio desaparecen, consecuentemente la servidumbre también desaparecería” (CASTAÑEDA, 1996, págs. 35-40).

9. La necesidad, surge por el pedido que realiza el propietario del predio sirviente quien debe tolerar el paso por su propiedad, solicitando que esta solo se conceda de acuerdo a las necesidad que tiene el dominante, sin embargo, esta necesidad está limitada al uso básico que le dará, no pudiendo el dominante solicitar más de lo que necesita y que de conformidad con la práctica y la opinión de los operadores del derecho encuestados, esta solo debe ser el paso.
10. Por lo tanto, la utilidad como la necesidad, se verán involucrados en el marco a los alcances que tiene la propiedad, esto es en cuanto al subsuelo, suelo y sobresuelo, regulados en el artículo 954 del Código Civil, para que así exista una aplicación práctica del análisis del derecho realizado, esto de acuerdo al análisis realizado en el ítem de la referencia literaria sobre los componentes del predio. (CUADROS VILLENA, 1995)
11. Para realizar la interpretación a la frase “*la extensión menos gravosa para el sirviente*”, se debe recurrir a la norma que la regula.
12. El artículo 1043 del Código Civil, trata de una norma de economía del instituto jurídico, que debe cumplir su propósito de servir al propietario del predio dominante, pero sin acentuar el gravamen a cargo del propietario del predio sirviente.

13. La duda dice la ley, debe ser interpretada del modo menos gravoso para el predio sirviente. Pero sin limitar ni imposibilitar el ejercicio de la servidumbre. Por tanto, se trata de una interpretación ecuánime, que no acentúe el gravamen, ni que lo prive.
14. Sin embargo, se ha observado que existe ambigüedad en dicha regulación, toda vez que al continuar realizando la interpretación, ésta no señala cuanto sería ese *mínimo daño que debe ocasionar al predio sirviente* en el caso de una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
15. Siendo advertido indirectamente por los abogados al absolver la encuesta, observando que solo un 50.00% se ha guiado a lo señalado por nuestro Ordenamiento Jurídico, mientras que el otro porcentaje, no ha podido interpretar dicha frase, quedando demostrado que el artículo 1043 del Código Civil genera confusión entre los aplicadores del derecho, así también se ha demostrado que de los que se guiaron por lo señalado por nuestra regulación, desconocen cómo podrían aplicarlo en un título constitutivo de servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

b) Continuando con los contraste realizados a los objetivos corresponde ahora verificar si se ha logrado Determinar hasta donde alcanza el derecho subjetivo del dominante y el sirviente, al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

1. Este objetivo se refiere acerca de los alcances del derecho subjetivo, es decir, determinar los derechos y deberes que tiene el sirviente y el dominante al momento de constituir una servidumbre legal de paso.
2. Como se ha desarrollado en el marco de la doctrina y el ordenamiento jurídico, existen derechos otorgados por las normas, como es el caso de

solicitar el paso, que se encuentra regulado en el artículo 1051 del Código Civil, así como los que se crean al momento de realizar algún negocio jurídico que por voluntad de las partes, o al dictarse una Sentencia Judicial.

3. Por tanto, para el caso de una constitución de una servidumbre existen derechos y deberes regulados o de los que se puede desprender de las mismas normas, tales como se analizaron en el campo del marco teórico, sin embargo, son derechos generales que corresponde su aplicación para todo tipo de servidumbre que se dé.
4. Sin embargo son derechos subjetivos desarrollados para todo tipo de servidumbre que se presente, considerando necesario que se debe determinar de manera más específica hasta donde alcanza los derechos subjetivos del dueño del predio dominante en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
5. El propietario del predio dominante a quien represente su derecho, adquiere un derecho sobre la servidumbre que le da facultades para ejercitar ciertos actos de uso del predio sirviente, o para impedir que su propietario ejercite algunos de sus derechos, siendo ello así el propietario del predio dominante tiene facultades para realizar ciertos actos sobre el predio sirviente, o para impedir que su propietario ejercite algunos de sus derechos. (ALBALADEJO, 2009, pág. 150)
6. Teniendo ello en consideración, para el caso de una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, el derecho subjetivo del dominante se encuentra limitado por la utilidad y necesidad que tenga al solicitar el paso, por tanto ante esas características el deber jurídico que solo tiene

el sirviente es el de conceder el suelo y sobresuelo o aires razonablemente para uso del dominante.

7. Entendiéndose a la servidumbre es un derecho real sobre bien ajeno, que necesariamente ha de limitar el derecho de propiedad de un predio a favor de otro. (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, págs. 135-140)
Parecería que esto no es verdad porque solo las personas son sujetos del derecho no pueden establecerse relaciones jurídicas entre vienes. Se acepta este temperamento por dos motivos:
 - 7.1. Porque al considerar que la servidumbre constituye un derecho entre predios, son innumerables las ventajas que se obtienen.
 - 7.2. Porque en último término de esta relación es entre personas, porque los predios deberán forzosamente tener un propietario.
8. Sin embargo, ello no se encuentra determinado en alguna norma expresa que lo determine así, es por ello, las respuestas equivocadas que marcan los encuestados, observando que solo cuatro del total de los encuestados, pudieron realizar una correcta interpretación.
9. Por ello al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, el sirviente como el dominante no solo poseen facultades que les otorga el derecho, sino también crean derechos específicos en protección a estos, es decir, que al establecer la extensión menos gravosa, se debe señalar hasta donde alcanza el derecho de propiedad en coordinación a los componentes del predio, y de conformidad a la interpretación realizada estos depende de la utilidad y necesidad del dominante, encontrando que el suelo y parte de los aires sería el derecho subjetivo que tiene el dominante al solicitar el paso, por lo que el subsuelo y parte de los aires

sigue siendo uso y disfrute del propietario del predio sirviente, y que en opinión jurídica por parte de un 83.33% del total de los encuestados deben estar estipulados en el Título Constitutivo.

10. Por otro lado una de las características de la servidumbre es la utilidad, porque la servidumbre se constituye para conceder una ventaja económica al propietario de predio dominante. Esa ventaja económica es la utilidad que le presta, puede ser estrictamente patrimonial o de mero recreo; puede consistir en la mayor comodidad o en la amenidad que ofrezca el predio dominante, o puede relacionarse con el destino industrial del predio. (ALBALADEJO, 2009, pág. 148)
11. El derecho real de la servidumbre se fundamenta en una causa servitas, la utilidad del fundo dominante. La utilidad debe existir y subsistir para que se mantenga el gravamen del sirviente. (ALVAREZ CAPEROCHI, 2005, pág. 130)
12. Por ello es que ésta utilidad se encuentra limitada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1043 del (Código Civil, 1984), siendo lo más aceptable otorgar solo el paso, pero otorgar el paso significa limitar el derecho solicitado por lo que solo necesita el dominante, para ello es necesario determinar: el ancho, alto y largo del trayecto solo lo razonable para uso del dominante, propuesta aceptada por el 40.00% de los encuestados.
13. Sin embargo no existe en nuestro Código, norma expresa relativa a estos mecanismos legales de interpretación que se necesita para determinar *la extensión menos gravosa para el sirviente*.

14. Encontrándonos con normas que solo se puede desprender la utilidad en el artículo 1035 del Código Civil, que se refiere al beneficio que no lo puede obtener por supuesto el predio dominante, sino su propietario. El artículo 1046, dice: “El propietario del predio dominante no puede aumentar el gravamen del predio sirviente, por hecho o acto propio”. Y seguidamente el artículo 1047, establece: “El propietario del predio sirviente no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre. Si por razón de lugar o modo la servidumbre le es incomoda, podrá ser variada si no perjudica su uso” (CUADROS VILLENA, 1995, pág. 185)
15. Se trata de normas, destinadas a tutelar la utilidad de la servidumbre. Ni el propietario del predio dominante podrá incrementarla por acto propio, ni el propietario del predio sirviente podrá disminuirla. Apareciendo así la necesidad de realizar una propuesta legislativa que norme estos mecanismos legales para que se realice una debida interpretación.
16. Sin embargo, para su aplicación práctica es necesaria la medida mínima de las dimensiones que conformaría el ancho, alto y largo del trayecto del paso, y así se cumpla con los derechos y deberes interpretados, por lo que surge la necesidad de recurrir al Derecho urbanístico (GONZALES BARRÓN, 2011, pág. 80), el cual puede definirse como “conjunto de reglas a través de las cuales la Administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vista a la ordenación del territorio” (CARCELLER FERNANDEZ, 1982, pág. 22). Esta disciplina jurídica se

basa en la figura del planeamiento o planificación territorial, cuya finalidad es dotar al hombre de las condiciones apropiadas para el desenvolvimiento de sus actividades en cuanto se apoyen en el ámbito espacial. El objetivo del Derecho urbanístico se centra en limitar el derecho de los propietarios a través de actos de planificación y ordenación; por consiguiente, no podrán construirse los edificios en donde se quisiera, ni para cualquier finalidad (residencial, comercial, industrial), ni en el volumen o estilo arquitectónico que pudiese romper la armonía del conjunto (MARTINEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, 2004, pág. 32), ni en contra del entorno o sin seguridad.

17. Asimismo se ha observado que el 40% del total de los encuestados han aprobado una de las propuestas señaladas por el encuestador ; que sería considerada como una medida justa para ambos siendo: ancho (1.50 metros) por un alto (3.00 metros); sin embargo este solo es el criterio de la mayoría de los encuestados; ya que también se tienen un 23.3% de encuestados que han considerado que no es posible determinar alguna medida mínima, la razón que dieron fue porque depende de cada caso que se pueda presentar y que las medidas las establece un perito verificador.
18. De acuerdo al Reglamento Nacional de Edificaciones se tiene las siguientes regulaciones:

CAPITULO IV DIMENSIONES MÍNIMAS DE LOS AMBIENTES

Artículo 21.- Las dimensiones, área y volumen, de los ambientes de las edificaciones deben ser las necesarias para:

- a) Realizar las funciones para las que son destinados.*

- b) *Albergar al número de personas propuesto para realizar dichas funciones.*
- c) *Tener el volumen de aire requerido por ocupante y garantizar su renovación natural o artificial.*
- d) *Permitir la circulación de las personas así como su evacuación en casos de emergencia.*
- e) *Distribuir el mobiliario o equipamiento previsto.*
- f) *Contar con iluminación suficiente.*

Artículo 22.- *Los ambientes con techos horizontales, tendrán una altura mínima de piso terminado a cielo raso de 2.30 m. Las partes más bajas de los techos inclinados podrán tener una altura menor. En climas calurosos la altura deberá ser mayor.*

Artículo 23.- *Los ambientes para equipos o espacios para instalaciones mecánicas, podrán tener una altura menor, siempre que permitan el ingreso y permanencia de personas de pie (parados) para la instalación, reparación o mantenimiento.*

Artículo 24.- *Las vigas y dinteles, deberán estar a una altura mínima de 2.10 m sobre el piso terminado.*

CAPITULO V ACCESOS Y PASAJES DE CIRCULACIÓN

Artículo 25.- *Los pasajes para el tránsito de personas deberán cumplir con las siguientes características:*

- a) *Tendrán un ancho libre mínimo calculado en función del número de ocupantes a los que sirven.*
- b) *Los pasajes que formen parte de una vía de evacuación carecerán de obstáculos en el ancho requerido, salvo que se trate de elementos de*

seguridad o cajas de paso de instalaciones ubicadas en las paredes, siempre que no reduzcan en más de 0.15 m el ancho requerido. El cálculo de los medios de evacuación se establece en la Norma A- 130.

c) Para efectos de evacuación, la distancia total de viaje del evacuante (medida de manera horizontal y vertical) desde el punto mas alejado hasta el lugar seguro (salida de escape, área de refugio o escalera de emergencia) será como máximo de 45 m sin rociadores o 60 m con rociadores.

d) En edificaciones de uso residencial se podrá agregar 11.0 m adicionales, medidos desde la puerta del departamento hasta la puerta de ingreso a la ruta de evacuación.

e) Sin perjuicio del cálculo de evacuación mencionado, la dimensión mínima del ancho de los pasajes y circulaciones horizontales interiores, medido entre los muros que lo conforman será las siguientes:

<i>Interior de las viviendas.</i>	<i>0.90 m.</i>
<i>Pasajes que sirven de acceso hasta a dos viviendas.</i>	<i>1.00 m.</i>
<i>Pasajes que sirven de acceso hasta a 4 viviendas.</i>	<i>1.20 m.</i>
<i>Áreas de trabajo interiores en oficinas.</i>	<i>0.90 m.</i>
<i>Locales comerciales.</i>	<i>1.20 m.</i>
<i>Locales de salud.</i>	<i>1.80 m.</i>
<i>Locales educativos.</i>	<i>1.20 m.</i>

19. Por tanto, al existir este Decreto Supremo N° 010 -2009 – Vivienda que regula el Reglamento Nacional de Edificaciones para zonas urbanas,

queda claro cuales serían las medidas mínimas que se deben tomar en consideración y observancia obligatoria en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas deben estar acorde a las que señala este reglamento; ya que tiene por objetivo el de normar los criterios y requisitos mínimos para el diseño y ejecución de las habilitaciones urbanas y edificaciones, permitiendo de esta manera una mejor ejecución de planos urbanos.

20. Es por ello que se debe recurrir al Reglamento Nacional de Edificaciones, donde establecen las medidas establecidas en cuanto al tipo de destino económico que se oriente además de considerar una serie de eventualidades como es el flujo de personas el número de familias, de las que puedan solicitar el paso, sin embargo, todo diseño o planificación urbana debe estar en completa coordinación de un profesional estudioso en la materia, siendo el más adecuado el Arquitecto.

21. Por esa razón, es necesario establecer en los Títulos Constitutivos la extensión menos gravosa acorde a nuestra realidad social, y conforme a los parámetros urbanísticos, es decir, teniendo siempre en referencia lo regulado por el Reglamento Nacional de Edificaciones.

c) Pasando al siguiente objetivo el cual es determinar si existe una inadecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas

1. Para determinar si existía una adecuada interpretación o no del artículo 1043 del código civil, se ha realizado un test de conocimientos, en el cual se buscó encontrar el criterio que tienen los operadores del derecho, la interpretación que realizan en cuanto a temas relacionados con el artículo investigado, así como su opinión, del que no solo sirvió para probar que definitivamente existen múltiples interpretaciones además de la ambigüedad de la norma, ante las alternativas propuestas.
2. Del análisis realizado a cada interrogante planteada a los 30 encuestados, se puede determinar que se está realizando inadecuadas interpretaciones de la norma, las mismas que traen como consecuencia una indebida aplicación. Toda vez que, no pueden señalar cuanto es la extensión menos gravosa, encontrado casos en los señalan que ante este conflicto la solución dependerá a quien se esté defendiendo y esto debido a que la norma ha resultado ser ambigua generando que los operadores de derecho realicen interpretaciones guiadas a su conveniencia y no en busca de lo más justo para las partes.
3. Asimismo de la encuesta se desprende que el 40.00% de los encuestados presentan un nivel de interpretación BAJO, ocasionando futuros problemas legales además de una pérdida económica para el sirviente, quien ha parte de soportar un gravamen en su propiedad esta tenga que conceder también todos los aires, generando una diversidad de interpretaciones a favor del dominante, quien puede creer que también puede hacer uso y goce de todos los aires y el subsuelo.
4. Por tanto, como se ha desarrollado anteriormente una de las obligaciones del propietario del predio sirviente es la de tolerar el

ejercicio de la servidumbre, sin embargo todas las obligaciones del propietario del predio sirviente giran alrededor del respeto del ejercicio de la servidumbre. El artículo 1043 del Código Civil, dispone que la duda favorece al propietario del predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre (Código Civil, 1984).

5. Siendo ese el caso, hace que la mayoría de los encuestados no hagan un correcto análisis, interpretación y aplicación de la servidumbre legal de paso, sin embargo ello comprueba también que dicha regulación es ambigua, por cuanto pueden realizar distintas interpretaciones a favor o en contra de los sujetos intervinientes en una constitución de servidumbre legal de paso.
6. De estos resultados se ha observado la existencia de un conflicto y ambigüedades interpretativas que presenta el artículo 1043 del Código Civil y del que parece ser poco utilizada o mencionada, por los operadores del derecho (abogados) al momento de absolver consultas o al accionar en un determinado proceso judicial, ocasionando que los propietarios tanto sirviente como dominante constituyan inadecuadamente una servidumbre legal de paso, condenándolos a su cumplimiento obligatorio por la manifestación de aceptación expresa en el título constitutivo.
7. Esta afirmación se ha probado con el análisis realizado a la minuta que se tiene como muestra de análisis, donde se ha demostrado que ante una inadecuada interpretación la aplicación de esta perjudica a los titulares del derecho, que en el caso de la minuta vendría a ser al sirviente, y que como consecuencia al recurrir al acceso de la justicia

para su modificación y regulación más justa de acuerdo al artículo 1043 del código Civil, esta es resulta en contra del perjudicado por haber manifestado su voluntad al constituir el título de servidumbre de paso.

8. Además se ha comprobado, que es un hecho de la realidad la aplicación de las servidumbres legales de paso en el campo de la ciudad de Puno, por medio de las vistas fotográficas se dan de todas formas, observando la voluntad de las partes, donde unas usan los aires y otra no, donde dan un paso de un ancho mayor y otras de manera muy reducida, y ante el incremento poblacional, este tipo de contratos será de gran aplicación.

d) Finalmente y en relación a todo lo investigado he visto por conveniente proponer un proyecto de ley o pleno casatorio que permita aplicar adecuadamente la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas

1. Se desprende que una gran mayoría conformada por el 80.00% de encuestados están de acuerdo que deba existir una propuesta legislativa que regula la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso.
2. Por tanto es necesario regular el artículo 1043 del Código Civil, para que cuando una persona venda un bien dentro de otro. Debe establecerse la dimensión como derecho de paso, que consiste en la facultad de ocupar, en cualquier tiempo, el terreno necesario para el paso de personas y material de obrar, previendo lo menos gravoso para el propietario del predio sirviente.
3. Este objetivo se ve orientado a brindar una posible solución al problema, y así contribuir con el derecho, por lo que he realizado una propuesta

legislativa que ayude a una correcta aplicación de la normas, y que si en todo caso está deviene en seguir siendo insuficiente pueda ser considerado como un estudio de profundidad llevado a un pleno casatorio y así ser de obligatorio cumplimiento.

V. CONCLUSIONES

PRIMERO.- La servidumbre es aquel gravamen impuesto sobre un bien ajeno, por lo tanto, limita el derecho de propiedad de un predio a favor de otro, nuestro ordenamiento jurídico establece los derechos subjetivos y deberes jurídicos de las partes afectadas, éstas surgen debido a que se realiza una interpretación genérica de las normas para todo tipo de servidumbre, sin embargo, resultan ser insuficientes para la aplicación práctica de constitución de una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, conforme al artículo 1043 del Código Civil, donde se señala que la extensión menos gravosa para el predio sirviente debe ser lo menos gravoso.

Por esa razón, para realizar una debida interpretación de cuanto es lo menos gravoso para el sirviente en una servidumbre de paso en áreas urbanas, se necesita la aplicación de mecanismos legales que establezcan el mínimo en cuanto al ancho, alto y largo del trayecto de paso, que deben ser establecidos en el Título Constitutivo y así el gravamen resulte menos perjudicial.

SEGUNDO.- Los alcances del derecho subjetivo y deber jurídico que tienen las partes al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, debe ser establecido de acuerdo a los mecanismos legales señalados en la propuesta legislativa de esta investigación, aplicando el principio de utilidad, que determinará hasta donde alcanzará el derecho de propiedad del sirviente, y el derecho de uso del dominante, por lo tanto, el dominante tendrá uso del suelo y parte de los aires, mientras que el sirviente mantiene para uso y disfrute de derecho de su propiedad el subsuelo y el resto del sobresuelo, debiendo ser

considerados en su constitución determinando el mínimo del ancho, alto y largo del trayecto del paso.

TERCERO.- Existen Títulos Constitutivos de servidumbre de paso en áreas urbanas donde no se encuentra la aplicación de la extensión menos gravosa para el sirviente, ocasionando perjuicio a los titulares del derecho, y esto se debe a la inadecuada interpretación de la norma que la regula, toda vez que no se ha estado determinando los límites del alcance del paso, en cuanto al ancho, alto y largo del trayecto en sus medidas mínimas establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones; por lo que han sido tomadas como propuesta legislativa para establecer los mecanismos legales que se debe considerar al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.

CUARTO.- Ante la existencia de una inadecuada interpretación al artículo 1043 del Código Civil sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, y ante el evidente crecimiento poblacional que ha ocasionado una considerable demanda de adquisición de inmuebles, la implicancia de las servidumbre legal de paso en áreas urbanas, darán origen a múltiples contratos, por lo tanto, es necesario el desarrollo de mecanismos legales de constitución de servidumbre legal de paso en áreas urbanas que establezcan lo menos perjudicial para el predio sirviente, como se establece en la propuesta legislativa de esta investigación, o ser punto de mayor análisis en un pleno casatorio que sirva de precedente vinculante para una adecuada interpretación y aplicación del mismo.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERO.- A los propietarios del bien inmueble que venda un terreno, que se encuentra dentro del terreno madre, ya sea para vivienda u otro fin, constituyen una servidumbre legal de paso, considerando la extensión menos gravosa para el sirviente, estableciendo en los mecanismos legales propuestos en esta investigación, señalando el mínimo en el ancho, alto y largo del trayecto del paso, determinando las medidas mínimas establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones, los mismos que deben constar en el Título Constitutivo.

SEGUNDO.- A los abogados, realicen una debida interpretación y aplicación de la norma de manera idónea para ambas partes, observando no solo los intereses de sus patrocinados sino velando por el interés común, por tanto, al momento de absolver consultas o al encontrarse en un proceso judicial, observar que la extensión menos gravosa para el sirviente, se encuentre en relación con la utilidad y necesidad que tenga el dominante, aplicando el Derecho Urbanístico, para realizar una adecuada planificación territorial.

TERCERO.- Que, se modifique los artículos 1037, 1043, 1044, 1046 y 1054 del Título VI del Libro de Derechos Reales del Código Civil, para así establecer mecanismos legales que ayuden a los operadores del derecho a realizar una adecuada interpretación y aplicación de la extensión menos gravosa para el sirviente en unas servidumbre legal de paso.

CUARTO.- Que las Notarías donde se celebran las compraventas de inmuebles urbanos, tomen en cuenta que la constitución de servidumbre legal de paso, no es una venta, tampoco una clausula más que se deba poner por

formalismo o porque así creen que deba ser, sino que se trata de otra figura real que debe tener una mención especial, es decir, debe señalar la utilidad y necesidad, además de considerar la extensión menos gravosa para el sirviente, señalando dimensiones acorde a la realidad del caso que se presente, para así garantizar el derecho subjetivo que tiene el dominante y el deber jurídico que tendría el sirviente, en relación a lo dispuesto por el Reglamento Nacional de Edificaciones.

VII. REFERENCIAS

- AGUILAR GORRONDONA, J. L. (1964). Cosas, Bienes y derechos reales. Derecho Civil II. Lima: BOSCH.
- ALBALADEJO, M. (2009). Derecho Civil: Derecho de bienes. Lima: JMB S.A.
- ALVAREZ CAPEROCHI, J. (2005). En D. Reales. Lima: Jurista Editores.
- ARAZAMENDI NICANOR, L. (2005). Diseño y Proceso de la Investigación Jurídica. Lima: S.A DE C.V.
- ARIAS SCHEREIBER PEZET, M. (1998). Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Gaceta Jurídica.
- AVEDAÑO VALDEZ, J. (XLVII N° 10). La clasificación de los bienes en función del Registro. *Revista Jurídica del Perú*, 36-37.
- BARBERO, D. (1967). Derecho Privado. Argentina: E.J.E.A.
- BIONDI BIONDI, A. (2012). Las Servidumbres. Granada.
- BORDA, G. (2006). Manual de Derecho Civil. Argentina: Buenos Aires.
- BULLARD GONZALES, A. (XIV). *La Propiedad Inconclusa*. Lima: Ius Et Veritas.
- CARCELLER FERNANDEZ, A. (1982). Instituciones de Derecho Urbanístico. Madrid: Civitas.
- CARDONA LOPEZ, M. (2014). Análisis Jurídico de la Servidumbre de Paso autorizadas por la Municipalidad de San Sebastián Huehuetenango" (Tesis de Pre-Grado) Universidad de Guatemala.

- Carlos, R. N. (2002). Como Hacer una Tesis en Derecho. Lima: Gaceta Juridica.
- CASTAÑEDA, J. E. (1996). Instituciones de Derecho Civil - Derechos Reales. Lima.
- Código Civil*. (1984). Lima: Jurista Editores.
- CUADROS VILLENA, C. F. (1995). Derechos Reales. Lima.
- De la Cruz, H. (2010). *Glosario Empresarial*. Lima.
- DE LA PUENTE Y LA VALLE, M. (2007). El contrato en General. Lima: Palestra Editores.
- DIPIETRO, A. (2000). Manual de Derecho Romano. En A. E. LAPIEZA. Lima: Jurista.
- ECONOMIA, I. P. (01 de AGOSTO de 2016). *www.inei.gob.pe*. Obtenido de <http://ipe.org.pe/content/mas-chamba-para-todos>
- ENNECCERUS, L. (1953). Tratado de Derecho Civil. Barcelona: BOSCH.
- ESPAÑOLA, R. A. (2001). Diccionario de Lengua Española. Mexico: Espasa Calpa.
- FERNÁNDEZ, F. L. (1956). La Servidumbre de paso en el Código Civil Español". Barcelona.
- GONZALES BARRON, G. (2003). Curso de Derechos Reales. Lima: Jurista Editores.
- GONZALES BARRÓN, G. (2011). Derecho Urbanístico. Lima: Jurista Editores.
- GONZALEZ BARRON, G. (2009). *Derechos Reales*. Lima: Legales.

- Gutierrez Camacho, W. (2005). *La Constitución Comentada - Tomo I*. Lima:
Gaceta Jurídica.
- HEDMAN, J. (1955). Derechos Reales. En J. L. DIAS PASTOR, *Revista de
Derecho Privado* (pág. 14). Madrid.
- Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006).
Metodología de la Investigación. Mexico: Mc Graw Hill.
- Hernandez Sampieri, R., Hernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006).
"Metodología de la Investigación". Mexico: Mc Graw Hill.
- Juridica, E. (1964). *OMEBA*. Buenos Aires: Argentina.
- LARENZ, k. (1978). DERECHO CIVIL, Parte General. Madrid: Revista de
Derecho Privado.
- LOEWENWARER, V. (1943). Derecho Civil Aleman Comparado. Santiago:
Nacimiento.
- MAISCH VON HUMBOLT, L. (1984). Los Derechos Reales. Lima: Libreria
Estudian.
- MARTINEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, L. (2004). La Propiedad en las leyes del
suelo. Madrid: Thomson - Civitas.
- MEJORA CHAUCA, M. (2005). ¡Atenta Superficie! . En *Derecho y Sociedad*
Año XVI N° 25-2005 (pág. 1071). Barcelona: BOSCH S.A.
- MINISTERIO DE VIVIENDA, C. Y. (01 de AGOSTO de 2016). *w.w.w.*
inei.gob.pe. Obtenido de <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/poblacion-y-vivienda/>

- OSSORIO, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Buenos Aires: Heliasta.
- PEREZ PEREZ, E. (2000). *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*. Lima: Legales.
- PERU, A. D. (01 de AGOSTO de 2016). *Shopping Center Developmente and Perspectivas*. Obtenido de <http://www.accep.org.pe/shopping-centers-mexco-2011.pdf> .
- Pineda Gonzales, J. (2008). *Investigación Jurídica*. Puno: Editorial Pacífico.
- PUIG BRUTAU, J. (1973). *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: BOSCH S.A.
- PUIG PEÑA, F. (1980). *Tratado de Derecho Civil Españoll III*. Barcelona: BOSCH.
- RAMIREZ CRUZ, E. M. (2003). *Tratado de Derechos Reales*. Lima: RODHAS.
- Ramos Nuñez, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley.
- Robles Moreno, C., Ruiz de Castilla Ponde de Leon, F., Villanueva Gutierrez, W., & Bravo, J. (2015). *Codigo Tributario Comentado Tomo I*. Lima: Instituto Pacífico.
- ROMERO ROMAÑA, E. (1947). *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Lima: P.T.C.N.
- Ruiz de Castila Ponce de Leon, F. (2014). *Potestad Tributaria de los Gobiernos Locales*. *BLOG PUCP*.

- SANDOVAL CASILIMAS, C. (1996). *Investigacion Cualitativa*. Lima: ICFES.
- Sandra, R. (2015). *Medidas Cautelares*. puno: jurista.
- Sevillano Chavez, S. (2014). *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima: PUCP.
- SUNAT. (2010). *Ciudadania y Cultura Tributaria*. Lima: Instituto de Admistración Tributaria y Aduanera.
- SUNAT. (2012). *Tributemos "Conciencia ante la Evasión"*. Llima: Instituo de Administración Tributaria y Aduanera.
- VASQUEZ RIOS, A. (2009). *DERECHOS REALES*. LIMA: SAN MARCOS.
- VIVIENDA, F. M. (11 de Setiembre de 2016). <http://www.mivivienda.com.pe>.
Obtenido de <http://www.mivivienda.com.pe/NR/rdonlyres/5E7AF5DF-93D3-495D-8726-EE747F7416D4/5690/Din%C3%A1micadeld%C3%A9ficithabitacionalenelPer%C3%BA.pdf>
- VON THUR, A. (1998). *Derecho Civil, Teoria General del Derecho Civil Aleman*. Madrid: Ediciones Juridicas y Sociales S.A.
- WOLF, M. (1971). *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Cosas*. Barcelona: BOSCH.
- www.monografias.com. (14 de agosto de 2016). Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos82/servidumbre-derecho-peruano/servidumbre-derecho-peruano.shtml#ixzz3gObJKfkb>



VIII. ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

ENUNCIADO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS
<p>LA EXTENSION MENOS GRAVOSA EN LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS</p>	<p>PROBLEMA GENERAL</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo se debería interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas? 	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar cómo, se debería interpretar y aplicar la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas. 	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La servidumbre legal de paso en áreas urbanas, debe ser interpretada en el sentido menos gravoso para el sirviente, estableciendo mecanismos legales para que el gravamen resulte menos perjudicial en el Título Constitutivo.
	<p>PROBLEMA ESPECIFICO</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Hasta dónde alcanza el derecho subjetivo del dominante y el sirviente, al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas? - ¿Existe una inadecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas? 	<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determinar hasta donde alcanza el derecho subjetivo tanto del dominante como del servidor, al constituir una servidumbre legal de paso en áreas urbanas. - Determinar si existe una inadecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas - Proponer un proyecto de ley o pleno casatorio que permita aplicar adecuadamente la extensión menos gravosa en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas 	<p>HIPOTESIS ESPECIFICAS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los límites de los derechos subjetivos del dominante y el sirviente dependen del principio de utilidad para constituir la servidumbre legal de paso en áreas urbanas, determinando lo menos gravoso en cuanto al ancho, alto y largo del trayecto del paso. 2. No existe una adecuada interpretación del artículo 1043 del Código Civil sobre la “<i>extensión menos gravosa</i>”, en una servidumbre legal de paso en áreas urbanas, perjudicando a los titulares del derecho.

FICHA DE OBSERVACION BIBLIOGRÁFICA

AUTOR	
TITULO DEL LIBRO	
TEMA	
CONTENIDO	

ENCUESTA REFERENCIAL

Sr. Abogado, sírvase contestar las siguientes preguntas referidas a la “EXTENSION MENOS GRAVOSA EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO”, cuyo contenido me permitirá desarrollar mi trabajo de Tesis.

Elaborado por: Sandra Stheysi Ramos Figueroa

Apoyo: Abg. Moises Victor Mariscal Flores

FECHA:

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

Marque la respuesta correcta y/o llene los espacios en blanco:

1. PARA UD. ¿QUE CONCEPTO LE CORRESPONDERIA A LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO?
 - e) Es aquel que se da cuando existe un predio encerrado sin salida a la vía pública.
 - f) Son las que se conceden en beneficio de los predios que no tienen salida a caminos públicos.
 - g) Es una obligación de hacer que tiene el propietario del predio sirviente para otorgar camino de salida a un predio encerrado.
 - h) Es un gravamen impuesto a un predio ajeno en favor de otro.
2. ¿Qué ENTIENDE POR GRAVAMEN EN LA SERVIDUMBRE?
 - e) Es una carga u obligación impuesto a una persona.
 - f) Es una obligación que deriva de una venta que concede el sirviente al dominante.
 - g) Es la limitación que pesa sobre el dominio del predio sirviente.
 - h) Es un permitir y tolerar (*pati*)
3. ¿CUAL SERIA PARA UD. LA INTERPRETACION IDONEA PARA LA FRASE “LA EXTENSION MENOS GRAVOSA PARA EL SIRVIENTE”?
 - e) Es aquella medición necesaria para la constitución de una servidumbre legal de paso.
 - f) Es cuando el predio sirviente está obligado a conceder el suelo, subsuelo y sobresuelo o aires.
 - g) Es aquel gravamen impuesto al predio ajeno para permitir la salida a

una vía pública a un predio encerrado.

h) Se presenta cuando la servidumbre de paso causa el mínimo daño a la integridad del predio sirviente.

4. Para Ud. ¿QUE REQUISITOS DETERMINARAI LA EXTENSION MENOS GRAVOSA EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN ÁREAS URBANAS?

- a) Utilidad, ancho, alto, largo, trayecto a voluntad del sirviente.
- b) Utilidad, ancho, alto, largo, trayecto a voluntad del dominante.
- c) Utilidad, ancho, alto, largo, solo lo razonable para uso del dominante.
- d) Utilidad, ancho, alto, largo, modificable por el sirviente.

5. ¿HASTA DONDE CREE UD. QUE ALCANZA EL DERECHO SUBJETIVO DEL DOMINANTE EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS?

- a) Suelo, subsuelo y sobresuelo o aires
- b) Suelo y subsuelo
- c) Suelo y sobresuelo o los aires razonable
- d) Solo el suelo

¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

6. ¿HASTA DONDE CREE UD. QUE ALCANZA EL DEBER JURIDICO DEL SIRVIENTE AL CONSTITUIRSE UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS?

- a) Suelo y subsuelo.
- b) Suelo, subsuelo y los aires
- c) Suelo y los aires
- d) Suelos y parte de los aires.

¿Por qué?



.....
.....
.....

7. ¿CREE UD, QUE LA EXTENSION MENOS GRAVOSA DEBE SER CONSIDERADA EN EL TITULO CONTITUTIVO (ESCRITURA PÚBLICA O SENTENCIA JUDICIAL)?

SI ()

NO ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

8. ¿ HA TENIDO CASOS DE CONSTITUCION DE UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS? ¿DE QUE TIPO?

a) Consultas ()

b) Judiciales ()

c) Ambos ()

Si fuera el caso de **CONSULTAS**, ¿podría referir alguna en particular?:

.....
.....
.....
.....
.....

Si fuera el caso de **JUDICIAL**, ¿podría indicar la razón del Juicio?:

.....
.....
.....

ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE DE PASO



JULIO EDGAR LEZANO ZUÑIGA
NOTARIO PUBLICO

OFICINA : Jr. Puno 379 - Teléfono 353657
 DOMICILIO : Avda. La Torre 414
PUNO - PERU

TESTIMONIO

De la Escritura de PROTOCOLIZACION

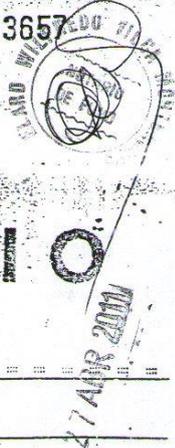
Otorgado por VICTOR MACLETA YARATICOMA Y ESPOSA

A favor de: ELEUTZIO TICOMA CHIRA Y ESPOSA

En; Dieciséis días del mes de Diciembre de 1992

Número 1452 Folio 502 Vra.

Expedido el 22 de DICIEMBRE de 1992



J. EDDAR LEZANO Z.
NOTARIO PUBLICO
L.T. 7500776 - R. IN. 233.0035
PUNO-PERU

NUMERO:.....1452.

FOLIO:.....5021Vta.

TESTIMONIO

DE LA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACION DEL EXPEDIENTE -
CIVIL SOBRE ESCRITURA IMPERFECTA DE COMPRAVENTA DE
UN INMUEBLE URBANO, UBICADO EN EL DISTRITO DE LLAVE,
PROVINCIA DEL COLLAO Y DEPARTAMENTO DE PUNO,
QUE OTORGARA DON VICTOR MAQUERA YARATICONA Y
SA, SEGUIDO POR DON ELEUTERIO TICONA CHURA Y ES
SA.-X-

En la ciudad de Puno, a los dieciseis días del mes de --
Diciembre de mil novecientos noventidos. Ante mí Julio Aggar
Lezano-Zuñiga, Notario Publico del cercado de Puno, sufragante
en las últimas elecciones generales del País, identificado
con L.E.N° 01227968 y L.T.N° 7590776, fué presente en mi Ofi-
cina del Jr. Puno N° 379, fué presente el Secretario de Juzga-
do en lo Civil de Puno, don Genaro Serruto Galarza, quien me
entregó un expediente civil en fojas doce útiles, para que al
final de mi Registro corriente de Escritura Publicas se proto-
colice, seguido por don Eleuterio Ticona Chura, con L.E.N° =
01797088 y esposa doña Juana Alanoca Turpo, con L.E. N° 01800
990, sobre la escritura Imperfecta de compraventa de un inmue-
ble urbano, ubicado sobre la Calle Santa Bárbara N° 526 inte-
rios, Barrio Santa Bárbara, del distrito de Llave, provincia
del Collao y departamento de Puno, de donde aparece que su an

terior propietario don Víctor Maquera Yaraticona y esposa Rufina Aguilar de Maquera, les otorgaran en favor de los recurrentes, en fecha 29 de Octubre de 1991, con intervención del señor Juez de Paz de Segunda Nominación de Ilave, don Julio Olaguivel B. y por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Puno, atendido por el doctor Jesús Gallegos Zanabria y Secretario de Juzgado don Genaro Serruto Galarza y en cumplimiento de lo ordenado por dicho Juez, según Resolución de fecha diecinueve de Noviembre de mil novecientos noventa y dos, queda elevado a la categoría de Instrumento Público y agregado a su legajo respectivo bajo el número de Protocolización correspondiente. La presente, paga Impuesto de Alcabala, según formato siguiente:=====

IMPUESTO DE ALCABALA

Municipalidad Provincial El Collao-Ilave.-Oficina de Rentas.- Datos de identificación del contribuyente(comprador).-Apellidos y nombres.-Ticona Chura Eleuterio.-Datos relativos del vendedor.-Apellidos y nombres.-Maquera Yaraticona Víctor.-Domicilio.-contratantes.-Departamento Puno.-distrito.-El Collao distrito Ilave.-Jr. Santa Bárbara 526 y 619 respectivamente.- Datos relativos al contrato.-Naturaleza del contrato.-Compra-venta.-Fecha de contrato.-29-10-91.-Valor del inmueble.-S/400.00.-Ubicación del inmueble.-Santa Bárbara Interior.-Impuesto: Importe:S/12.00.-Total.-S/12.00.-Fecha de pago.-03-11-92.-Una firma del contribuyente.- Siguen dos firmas y sellos de la Municipalidad Provincial El Collao-Ilave.=====

DECLARACION JURADA DE AUTOVALUO

Predio Urbano.-Identificación del contribuyente.-Apellidos y

-2-

//... nombres.-Ticona Chura Eleuterio.-Ubicación del predio.-= distrito Ilave.-Barrio Santa Bárbara.-Jr. Santa Bárbara Interior.-Determinación del autoavalúo.-valor total de la construcción.-553.-valor total del terreno.-564.48.-autoavalúo.-1117.48.-HOJA DE RESUMEN.-Identificación del contribuyente.-Apellidos y nombres.-Ticona Chura Eleuterio.-domicilio.-distrito de Ilave.-Barrio Santa Bárbara.-Jr. Santa Bárbara Interior 525.-Determinación del impuesto.-afectos.-1117.48.-Totales de los autoavalúos.-1117.48.-Impuesto anual.-3.36.-Total Impuesto anual.-3.36.-Impuesto trimestral.-0.84.-COMPROBANTE DE PAGO.-Oficina de rentas.-año 1992.-Identificación del contribuyente Ticona Chura Eleuterio.-domicilio.-distrito Ilave.-Barrio Santa Bárbara.-Jr. Santa Bárbara Int. N°525.-Total a pagar.-3.36 fecha de pago.-12-08-92.-Siguen dos firmas y sellos de la Municipalidad Provincial de El Collao-Ilave.-- = = = = =

ESCRITURA IMPERFECTA

Registro 020-91.-folios.-Escritura Imperfecta de Compraventa de un terreno urbano ubicado en el Jr. Santa Bárbara (interior) del Barrio Santa Bárbara distrito de Ilave, provincia de Chucuito departamento de Puno.-que otorga don Víctor Maquera Yaraticona y señora Rufina Aguilar de Maquera, en favor de los esposos Eleuterio Ticona Chura y doña Juana Alanoca Turpo, a precio convencional de cuatrocientos nuevos soles.-En la ciudad de Ilave, a los veintinueve días del mes de Octubre de mil novecientos noventa y uno, fueron presentes en el Juzgado de Paz de Segunda Nominación del distrito de Ilave, de una parte don Víctor Maquera Yaraticona, de cincuenta y cinco años de edad, vecino y natural de Ilave, domiciliado en el Jr. Santa Bárbara N° 619 de esta ciudad, identificado con L.E.N° 01792422, de

J. EDUARDO LERMAO Z.
Notario Público
L.T. 7503776 - R. In. 1213-0035
PUNO-PERU

//... por el Sur con la propiedad de los señores Marcelino Maquera y Gregorio Lupaca, el terreno en sus lados Norte y Sur ampara 08.00 metros, por el sur y 07.50mts. por el Norte sin incluir ca lejon que es de un metro y medio de ancho y en el largo mide dieciocho metros al margen de existir un callejón de treintitres metros de largo el bien materia de venta nos pertenece de la secuencia siguiente: Primero por sucesión hereditaria de Tomás Olivera luego vendida a Felipe Maquera y señora, vendiendo este otro siendo de propiedad final de los señores Maqueredo y Maqueredo según retrato celebrado ante el señor J. Eduardo Lermao Z. con Manuel Goyzueta y que el día de hoy lo damos en venta real enajenación perpetua en favor de nuestros compradores por el precio convenido a CUATROCIENTOS NUEVOS SOLES que en la firma del presente declaramos haber recibido a nuestra total y entera satisfacción sin que falte céntimo alguno dando por tanto facultad de uso dominio y señorío del bien con sus usos, costumbres y por derecho de entrada y salida me hago agregar la suma de CIENTO NUEVOS SOLES que no recibo entre tanto el callejón es de uso común, dejando constancia que los cien nuevos soles me los cancelará de acuerdo a sus posibilidades recibo mediante, declaramos que el bien materia de venta se halla libre de todo cargo gravámen o hipoteca comprometiéndonos a salir a cualquier evicción que surgiere así mismo hago saber -- que los pagos por autoavalúo se encuentran cancelados ante el municipio de Ilave, con recibo N° 00633 del año de 1989 pagado en fecha 15-Junio-1989. SEGUNDO. Nosotro los compradores damos por aceptado lo versado en la cláusula primera del presente y declaramos haber cancelado el valor del terreno en toda su integridad. Así como aceptamos el compromiso de cancelar

ESTADO PUNO

WILFREDO MAQUEREDO
MAQUEREDO
27 ABRIL 1989

de estado civil casado con doña Rufina Aguilar de Maquera, -
de cuarenticinco años de edad, con el mismo domicilio y natu-
ralidad que su esposo e identificada con L.E.N° 01791587, los
que en adelante se llamarán Los vendedores, y de otra parte -
don Eleuterio Ticona Chura, de cuarentisiete años de edad, na-
tural de la parcialidad de Vilcaturpo, y domiciliado en el Jr.
Santa Bárbara 526 de esta ciudad de Ilave, identificado con -
L.E.N° 01793088 y doña Juana Alanoca Turpo, de cuarentiocho -
años de edad, con la misma naturalidad y domicilio que el de
su esposo e identificada con L.E. N° 01800990, los que en ade-
lante se llamarán Los Compradores, las partes hábiles en el -
idioma castellano y también en sus facultades mentales y ci-
viles proceden por sí con plena capacidad para sancionar el p-
resente en los términos y condiciones siguientes: MINUTA. - Se-
ñor Juez de Paz de Segunda Nominación del distrito de Ilave, -
don Julio M. Olaguivel Bedregal, sírvase usted a Falta de No-
tario Público en esta ciudad extender una escritura Imperfec-
ta de Compraventa, en los términos siguientes: PRIMERO. - Nosotros
los vendedores declaramos que somos dueños y actuales poseedo-
res de un terreno urbano ubicado sobre la calle Santa Bárbara
526 (interior) en el Barrio Santa Bárbara del distrito de Ila-
ve, provincia de Chucuito departamentó de Puno, el mismo que
tiene las siguientes dimensiones y colindancias, Por el Este
con la propiedad de los vendedores un Callejón de (sadi) salida
por medio de treintitres metros de largo y con la propie-
dad de Felipe Vidangos en siete metros por el Oeste con las -
propiedades de Ramón C. opa y Javier Quenaya por el Norte con
la propiedad de Ramon C. opa y calle Santa Bárbara por medio, -

la suma de CINCO NUEVOS SOLES, en favor de los vendedores, de acuerdo a nuestra posibilidad recibos: mediante entre tanto el callejón es de uso común, con las dimensiones de un metro cincuenta de ancho por treintitres metros de largo al interior iniciando del jirón Santa Bárbara signado con el N° 526. -TERCERO- Las partes declaramos que en la elaboración y firma del presente no ha mediado causal alguna que invalide el presente por lo que en señal de compromiso firmamos ante el señor Juez y el testigo de actuación de lo que certifico. -firmado: Julio M. Olaguivel Bedregal. - Juez de Paz. - Un sello. - firman: Víctor Maquera Yaraticona. - vendedor. - Rufina Aguilar de M. - vendedor. - Eñeuterio Ticona Chura. - comprador. - Juana Alanoca Turpo. - comprador. - Daniel Espezúa Urbina. - Testigo. - = = = = =

R E C U R S O

SEÑOR JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL: EÑEUTERIO TICONA CHURA, con L.E. N° 01797088 y esposa doña JUANA ALANOCA TURPO con L.E. N° 01800990, vecinos del distrito de Ilave, señalando domicilio legal en el Jr. Ayacucho N° 438 Int. Ofc. 4, ante Ud. muy respetuosamente digo: De conformidad a lo que dispone el -- Art. 1306 y ss. del C.de P.C. y demás concordancias al respecto recurre ante su despacho a fin de solicitar que se protocolice la escritura imperfecta de compraventa de fecha 29 de Octubre de 1991, celebrada ante el señor Juez de Paz señor Julio Olaguivel Bedregal, de un inmueble urbano ubicado en el distrito de Ilave, provincia del Collao, otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y esposa Rufina Aguilar de Maquera, cuyos demás datos como son las colindancias y el área aparecen de la misma escritura imperfecta materia de protocolización. -Por lo expuesto: Sírvasse Ud. tener por presente este escrito y ordenar



J. EDGAR LEZANO Z.
NOTARIO
L.T. 7600778 - R. I. a : 218-0085
PUNO-PERU

//..la protocolización de la presente escritura imperfecta por ante el una de las notarías de turno de la ciudad. Otrosí digo Acompaño a la presente la correspondiente Escritura Imperfecta la misma que fué archivada ante la Notaría del señor Julio Edgar Lezano Zúñiga de la localidad, solicitado se agregue a sus antecedentes.-OTROSI DIGO:Acompaño a la presente el correspondiente pago de autoavalúo así como el pago de Alcabala pagado ante el Concejo distrital de Ilave, y todos los recaudos de Ley.-Se agregue a sus antecedentes y se tenga presente Puno, 06 de Noviembre de 1992.-firman:Eleuterio Ticona Chura y Juana Alanoca Turpo.-firmado:Luis Ramirez Catacora.-Abogado en s... llo.-

R E S O L U C I O N

Puno, a diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos. Al principal; VISTOS: La solicitud que antecede; Considerando que estando con las formalidades de Ley, así como los documentos que se acompañan, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo mil trescientos seis y siguientes del Código de Procedimientos civiles. SE RESUELVE: Protocolizar la Escritura Imperfecta de compraventa otorgado por don Víctor Maquera Yarraticona y esposa Rufina Aguilar de Maquera en favor de Eleuterio Ticona Chura y esposa Juana Alanoca Turpo, en el término de tercer día por ante el Notario de Turno de ésta ciudad. T*R* y H.S..-Al otrosí digo;téngase presente y agréguese a sus antecedentes. Interviene el Secretario que autoriza por mandato del Superior.-firmado:Ricardo Quispe Canaza.-Juez del Juzgado de Primera Instancia en el civil de Puno.- Un sello.- firmado:Victoriano Sardón Cutipa.-Secretario de Juzgado.-Un sello.-

A LEZANO
NOTARIO

21 MAR 1993

CONSTANCIA DE NOTIFICACION

En Puno, a diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos, siendo horas once de la mañana, notifiqué con la resolución que antecede a don Eleuterio Ticona Chura y doña Juana Alanoca Turpo; por copia y cédula que le dejé en su domicilio procesal sito en el Jr. Ayacucho número cuatrocientos treinta y ocho, interior cuatro, estudio del doctor Luis Ramirez Cataco ra, quien no firmó de que doy fé.-firmado:Victoriano(Canaza) Sardon Cutipa.-Secretario de Juzgado.-Un sello.-- = = = =



CONSTANCIA DE PROTOCOLIZACION

Protocolizado por mandato judicial y anotado su ingreso al finab de mi Registro corriente de Escrituras Publicas, bajo el N° 1452, Folio:5,021Vta., Fecha:16-12-92.-J. Edgar Lezano Zúñiga.-Notario Publico.-Un sello.-- = = = = =



CONCUEBDA, éste traslado con la Escritura que se produce y a solicitud de Parte interesada, se les expide este Primer Testimonio, al que signo, rubrico, sello y firmo en la ciudad de Puno, a los diecisiete días del mes de Diciembre de mil novecientos noventa y dos.-Entre paréntesis:Salida. No corren Enmendadas.-Vale de todo lo que doy fé.



J. EDGAR LEZANO ZUÑIGA
NOTARIO PUBLICO
Reg. 59

Producción
con el original
16-12-2011
BEATRIZ BRACIA PONCE CUBA
NOTARIA
A.N.P. N° 17
ASISTENTE
PUNO - PERU
Reg. 15
VICARIO NOTARIO
VICA MONTEAGUDO
A.N.P. N° 25
C.P. REG. N° 392

SENTENCIA JUDICIAL**EXPEDIENTE N°: 00131-2014-0-2101-SP-CI-01****CUADERNO PRINCIPAL****DEMANDANTE** : Maquera Aguilar Virginia**DEMANDADO** : Ticona Chura Eleuterio.**PRETENSIÓN** : Servidumbre.**PROCEDE** : Primer Juzgado Mixto- Sede Collao.**PONENTE** : José Pineda Gonzáles**RESOLUCIÓN** : 048-2014

Puno, catorce de octubre

del dos mil catorce

CASO JUSTICIABLE

Recurso de apelación, interpuesto por Virginia Noemí Maquera Aguilar en contra de la Sentencia contenida en la Resolución N° 35, su fecha seis de marzo de dos mil catorce, aclarada por Resolución N° 38, su fecha treinta de mayo de dos mil catorce que falla: Declarar IMPROCEDENTE la demanda de determinación del trayecto, ancho y largo de servidumbre de paso concedida a favor del inmueble interior ubicado en el Jirón Santa Bárbara N° 526-llave, como pretensión principal; consecuentemente improcedentes las pretensiones acumuladas en forma accesoria de: a) Pago del valor de la servidumbre de paso para el inmueble indicado y pago de daños y perjuicios; b) Levantamiento de obras civiles para el ejercicio de la servidumbre de paso a favor del

inmueble interior indicado; y c) Determinación jurídica de que la servidumbre de paso, en el bien inmueble interior ubicado en el Jirón Santa Bárbara N° 526 de llave, se concrete el uso del suelo y a una prudente altura, sin uso del subsuelo ni del sobre suelo; con los demás que contenga;

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El impugnante –*en síntesis*- indica: **a)** Que, de la inspección judicial y peritajes queda demostrado la existencia de un pasadizo que iniciando en el jirón Santa Bárbara se extiende de norte a sur: **b)** No existe medio de prueba alguno que los propietarios del predio dominante hayan pagado una indemnización por concepto de la servidumbre de paso; **c)** Esta probado que el 29 de octubre de 1999, por Escritura imperfecta que paso ante el juzgado de paz de Segunda Instancia, que Víctor Maquera y esposa venden el predio ahora dominante sin salida a la calle; **d)** En la sentencia el juzgado no ha tomado en cuenta lo dispuesto por el Artículo 1052° del CC, que establece que toda servidumbre debe ser onerosa; **f)** En la Sentencia apelada no se atiende el pedido de determinar el ancho de la servidumbre de paso, que establece el artículo 1054° del CC;

ABSOLUCIÓN DEL GRADO

Cuestiones preliminares

1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 364° del Código Procesal Civil el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior

examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente;

2. El contenido del recurso de apelación establece la competencia de la función jurisdiccional del Juez Superior; toda vez que aquello que se denuncie como agravio comportará la materia que el impugnante desea que el *ad quem* revise, estando entonces conforme con los demás puntos o extremos que contenga la resolución impugnada, en caso de existir tales; principio este expresado en el aforismo *tantum appellatum, quantum devolutum* (Servidumbre, 2007).

Análisis del caso concreto.

3. El artículo 1035 del Código Civil establece el derecho de servidumbre y señala que “La ley o el propietario de un predio pueden imponerle gravámenes en beneficio de otro, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos”.

4. El apelante alega que de la inspección judicial y peritajes queda demostrado la existencia de un pasadizo que iniciando en el jirón Santa Bárbara se extiende de norte a sur; al respecto carece de relevancia jurídica emitir pronunciamiento respecto de este punto, ya que de autos se desprende la existencia de una pasadizo entrando por el jirón Santa Bárbara de 1. 57 metros de ancho y un largo de 33 metros;

5. Asimismo el apelante alega que no existe medio de prueba alguno que los propietarios del predio dominante hayan pagado una indemnización por concepto de la servidumbre de paso; al respecto dicha pretensión debe desestimarse, por no encontrarse dentro de los medios probatorios que el apelante ostente la propiedad del pasadizo, ya que conforme se aprecia de la Escritura de Protocolización – véase folios 53 a 57- otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y Rufina Aguilar de Maquera a favor de Eleuterio Ticona Chura y Juana Alanoca Turpo en fecha 16 de diciembre de 1992, en su cláusula primera se establece :” *PRIMERO.- Nosotros los vendedores declaramos que somos dueños y actuales poseedores de un terreno urbano ubicado sobre la calle Santa Bárbara 526 (interior) en el barrio Santa Bárbara del distrito de llave, provincia de Chucuito, departamento de Puno, el mismo que tiene las siguientes dimensiones y colindancias, **por el este con la propiedad de los vendedores un Cajellon de salida por medio de treinta y tres metros de largo** ...”, “...el día de hoy lo damos en venta real y enajenación perpetua a favor de nuestros compradores por el precio convenido de cuatrocientos nuevos soles que en la firma del presente declaramos haber recibido a nuestra total y completa satisfacción sin que falte céntimo alguno dando por tanto facultad de uno dominio y señorío del bien con sus usos, costumbres **y por derecho de entrada y salida me hago agregar la suma de cien nuevos soles** que no recibo entre tanto el callejón es de uso común, dejando constancia que los cien nuevos soles me los cancelara de acuerdo a sus posibilidades...” (Énfasis agregado); desprendiéndose del mismo que el vendedor, constituyo una servidumbre de paso de manera voluntaria a favor del predio vendido; no teniendo el demandado que pagar una indemnización por*

concepto de servidumbre a la demandante, por no ostentar la misma la propiedad del callejón para enajenarla; asimismo, del testimonio de Compraventa de fecha 15 de abril de 1994 otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y esposa a favor de Doña Virginia Noemí Maquera Aguilar respecto del bien inmueble ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526- véase folios 3 a 6-, se refiere en su cláusula primera :” *...nosotros Víctor Maquera Yanaticona... y esposa doña Rufina Aguilar ... somos dueños y poseedores de un lote de terreno urbano ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526... con las medidas y colindancias siguientes: ...y por el oeste mide 35.00 metros, entrando con propiedad de don Ramón Copa Reyes en dicho lado **existe un callejón de un metro de ancho, hasta la altura de 23.00 metros y que da hacia el indicado jirón Santa Bárbara, que es de entrada y salida de uso común, que cierra un área total de 392.00 metros cuadrados...***” (énfasis agregado) desprendiéndose del mismo que la demandante (compradora) no ostenta el derecho de propiedad del callejón; ya que se le vendió un área total de 392 metros cuadrados, no comprendiendo dentro de la misma el cajellon;

6. El apelante alega que esta probado que el 29 de octubre de 1999, por Escritura imperfecta que pasó ante el juzgado de paz de Segunda Instancia, que Víctor Maquera y esposa venden el predio ahora dominante sin salida a la calle; al respecto carece de relevancia emitir pronunciamiento respecto a este considerando ya que dilucidar la misma no se encuentra fijada dentro de los puntos controvertidos; es mas de autos se desprende- véase folios 53 a 58-, en el Testimonio de Escritura de Protocolización del Expediente civil sobre Escritura Imperfecta de Compraventa de un Inmueble Urbano, en su cláusula

primera refieren : ...”nosotros los vendedores declaramos ser dueños y actuales poseedores de un terreno urbano ubicado sobre la calle Santa Bárbara 526 (interior)... el mismo que tiene las siguientes dimensiones y colindancias, por el este con la propiedad de los vendedores un callejón de salida por medio de treinta y tres metros de largo...”

7. El apelante alega que en la sentencia el juzgado no ha tomado en cuenta lo dispuesto por el Artículo 1052° del CC ““ La servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al valorizársela, deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente”, que establece que toda servidumbre debe ser onerosa; al respecto dicha pretensión debe desestimarse, en razón de cómo bien se refirió *supra*- considerando quinto- el testimonio de Compraventa de fecha 15 de abril de 1994 otorgado por Víctor Maquera Yaraticona y esposa a favor de Doña Virginia Noemí Maquera Aguilar respecto del bien inmueble ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526- véase folios 3 a 6-, refiere en su cláusula primera :” *...nosotros Víctor Maquera Yanaticona... y esposa doña Rufina Aguilar ... somos dueños y poseedores de un lote de terreno urbano ubicado en el jirón Santa Bárbara N° 526... con las medidas y colindancias siguientes: ...y por el oeste mide 35.00 metros, entrando con propiedad de don Ramón Copa Reyes en dicho lado **existe un callejón de un metro de ancho, hasta la altura de 23.00 metros y que da hacia el indicado jirón Santa Bárbara, que es de entrada y salida de uso común, que cierra un área total de 392.00 metros cuadrados...**”;* no desprendiéndose de la misma que a Doña Virginia Noemí Maquera Aguilar se le haya vendido además de los 392 metros cuadrados el callejón de uso

común, por lo que, al no ostentar la misma la propiedad de dicho callejón de uso común, no tiene el derecho de enajenarla;

8. Asimismo el apelante alega que en la Sentencia apelada no se atiende el pedido de determinar el ancho de la servidumbre de paso, que establece el artículo 1054° del CC; al respecto dicha pretensión debe desestimarse, ya que como bien se desprende de autos, se ha constituido una servidumbre voluntaria por los anteriores propietarios, por tanto, no corresponde volver a determinar dicha servidumbre debido a su existencia;

Por los fundamentos expuestos

CONFIRMARON la Sentencia contenida en la Resolución N° 35, su fecha seis de marzo de dos mil catorce, aclarada por Resolución N° 38, su fecha treinta de mayo de dos mil catorce que falla: Declarar IMPROCEDENTE la demanda de determinación del trayecto, ancho y largo de servidumbre de paso concedida a favor del inmueble interior ubicado en el Jirón Santa Bárbara N° 526-llave, como pretensión principal; consecuentemente improcedentes las pretensiones acumuladas en forma accesoria de: a) Pago del valor de la servidumbre de paso para el inmueble indicado y pago de daños y perjuicios; b) Levantamiento de obras civiles para el ejercicio de la servidumbre de paso a favor del inmueble interior indicado; y c) Determinación jurídica de que la servidumbre de paso, en el bien inmueble interior ubicado en el Jirón Santa Bárbara N° 526 de llave, se concrete el uso del suelo y a una prudente altura, sin uso del subsuelo ni del sobre suelo; con los demás que contiene; y los devolvieron.. **Tómese Razón y Hágase Saber.**

S. S.

PREDIO DOMINANTE



SIRVIENTE



PUERTA DE ACCESO



SIN SALIDA



PROPUESTA LEGISLATIVA**LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTICULOS EN EL TITULO VI DE LA SECCION TERCERA DEL LIBRO V DE DERECHOS REALES DEL CODIGO CIVIL – DECRETO LEGISLATIVO N° 295****Artículo 1. Objeto de la Ley.**

La presente Ley tiene por objeto modificar el Código Civil a fin de que se realice una adecuada interpretación y aplicación al mandato menos gravoso para el predio sirviente.

Artículo 2. Modificación de los artículos 1037, 1043, 1044, 1046 y 1054, del Código Civil – Decreto Legislativo N° 295.

Modifíquese los artículos 1037°, 1043°, 1044°, 1046° y 1054° del Código Civil en los términos siguientes:

PERPETUIDAD

Artículo 1037.- “Las servidumbres son perpetuas, mientras el propietario del predio dominante adquiere otro que le de salida o cuanto se abre un camino que de acceso inmediato a dicho predio”

EXTENSION Y CONDICIONES DE LAS SERVIDUMBRE

Artículo 1043.- “La extensión y demás condiciones de las servidumbres se rigen por su título de constitución el mismo que puede ser modificado mediante otro acto jurídico o por sentencia judicial cuando la extensión del ancho, alto y el trayecto de la servidumbre causa perjuicio al predio sirviente y al predio dominante.

Estas modificaciones no deben imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre”

OBRAS PARA EL EJERCICIO DE LA SERVIDUMBRE

Artículo 1044.- “A falta de disposición legal o pacto contrario, el propietario del predio dominante hará su costo las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre en el tiempo y forma que sean de menor incomodidad para el propietario del predio sirviente:

2. Si por acto jurídico o por sentencia judicial la servidumbre es modificada el predio dominante debe hacer las obras civiles en el nuevo trayecto.
3. Si el predio dominante no hace en tiempo oportuno las obras civiles puede ser comprendido en sentencia judicial donde se determinará daños y perjuicios”

PROHIBICION DE AUMENTAR GRAVAMEN

Artículo 1046.- “El propietario del predio dominante no puede aumentar el gravamen en el predio sirviente concretándose al paso sin hacer uso del sobresuelo y del subsuelo”

AMPLITUD DEL PASO

Artículo 1054.- “La amplitud del camino se fijará según las circunstancias no pudiendo ser mayor o menos establecido en el Reglamento Nacional de Edificaciones, el mismo que adquiere la categoría de Ley”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- VACTIO LEGIS

La presente ley entra en vigencia a los treinta días, hábiles de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, a excepción del artículo 167, en cual entra en vigencia a los ciento veinte días hábiles. Los procesos judiciales iniciadas antes de la entrada en vigor, se adecuan a la presente ley en el estado en que se encuentran, para lo cual el Poder Judicial dicta las medidas necesarias.

SEGUNDO.- Adecuación del Texto Único Ordenado del Código Civil.

El poder Ejecutivo adecuará el texto único ordenado del Código Civil en el plazo de treinta días hábiles de la entrada en vigencia de la presente ley.

Comuníquese al Señor Presidente Constitucional de la Republica para su promulgación.

Lima, octubre de 2016.

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

1.1. ANTECEDENTES

Es un hecho de la realidad que aparecen predios encerrados, y que necesitan un acceso y salida para el completo uso que los faculta el artículo 70 de nuestra Constitución Política del Perú, es decir, el Zumun de facultades (utendi, fruendi, abutendi) que tienen como propietarios.

Es ahí donde surge la necesidad de aplicar limitaciones al derecho de propiedad en predio ajeno, con acceso a la calle, para conceder este beneficio al predio sin salida, recurriendo al derecho de la servidumbre.

Observando que no existe una regulación adecuada del derecho de la servidumbre que permita una debida interpretación del mandato legal sobre la extensión menos gravosa para el sirviente, que permita establecer los alcances del derecho subjetivo y deberes jurídicos, sobre:

a.- La contradicción existente el art. 1037 del C.C. en cuanto se refiere a la perpetuidad de la servidumbre, con el art.1051 segundo párrafo del mismo Código, donde se determina que la servidumbre de paso se extingue cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le de salida, o cuando se adquiere otro predio que le del acceso inmediato a otro predio, lo que da transitoriedad, siendo opuesto a lo regulado por la perpetuidad.

b.- En el art.1052 se establece que la servidumbre es onerosa., es decir que el predio dominante debe pagar una determinada cantidad suma dineraria al predio sirviente, sin especificar si es por concepto de precio; o es solamente una indemnización que percibe el propietario del predio sirviente por el detrimento del valor del predio sirviente que debe soportar un gravamen consistente en una servidumbre de paso.

c.- En la normatividad vigente, no se especifica si el propietario del predio sirviente debe restituir o devolver el monto indemnizatorio, en el caso de que se extinga la servidumbre de paso cuando se apertura otra vía de acceso o por el no uso.

d.- Es posible o no modificar el convenio de las partes en el título constitutivo sea por otro acto jurídico o por medio de una sentencia judicial.

e.- Es posible que mediante sentencia judicial se varíe el trayecto, ancho y largo, altura de la servidumbre de paso establecidas en el título constitutivo.

f.- Si en el título constitutivo se mantiene silencio sobre las obras civiles y el pago de la indemnización en la servidumbre de paso, es posible o no que mediante sentencia judicial la ejecución de tales obras y el pago de la indemnización.

g.- Es posible en sentencia judicial disminuir o aumentar la servidumbre de paso en cuanto al ancho, largo, altura, determinados en el título constitutivo.

h.- Es posible que a pedido del predio dominante mediante sentencia judicial se amplíe o disminuya el ancho, altura, trayecto de la servidumbre, así como se conceda el uso del sub suelo y el sobre suelo.

i.- Que se requiere legalmente para interpretar correctamente la disposición contenida en el art.1043 del C.C. en cuanto dice que toda duda sobre la existencia de la servidumbre, su extensión o modo de ejercerla, se interpreta en el modo menos gravoso para el predio sirviente.

j.- En el art. 1054 del C.C. se tiene previsto que la amplitud del camino (Servidumbre de Paso) se fijará de acuerdos con las circunstancias, lo que resulta absolutamente impreciso, porque el dominante puede pedir un ancho excesivo, privando al sirviente de un considerable porción de su frentera, y que no se atiende lo previsto en la normatividad del reglamento general de Construcciones, al mismo que debe ser elevado a la categoría de ley.

1.2. PROBLEMÁTICA

1.2.1. La servidumbre es definida por nuestro ordenamiento jurídico como aquel gravamen impuesto sobre un predio ajeno en beneficio de otro, por tanto, su existencia, extensión y modo de ejercerla se interpreta en el sentido menos gravoso para el predio sirviente de acuerdo a su título de constitución o a las disposiciones que la regulan en este código.

1.2.2. La aplicación de las servidumbres son caracterizados por la naturaleza de los predios, es decir, que se presenta tanto en predio urbanos como rurales, los mismos que se diferencian por el destino económico al que será destinado, es el caso, que las disposiciones que regulan la servidumbres no están siendo debidamente interpretadas por los operadores del derecho al realizar constituciones de servidumbre de paso de manera voluntario o judicial, toda vez que no se considera el mandato legal de la *extensión menos gravosa* perjudicando a los titulares del derecho.

1.2.3. Está probado que existe ambigüedades en la regulación de las servidumbres, al interpretación cuanto es lo menos gravoso para el predio sirviente, elaborando títulos constitutivos perjudiciales para los intervinientes, generando en algunos casos el abuso por parte del dominante de exigir más de lo que le corresponde, ò, que el sirviente conceda menos de lo que pueda ser útil y necesario para uso del dominante.

1.3. SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN AREAS URBANAS

1.3.1. La servidumbre se regula en el artículo 1035 y siguientes del Código Civil, advirtiéndose que para solicitar la servidumbre legal de paso, el solicitante debe probar que no tengan acceso a su propiedad, y que esta constitución se extinguirá cuando la servidumbre del predio dominante adquiere otro

que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio.

1.3.2. Esta servidumbre legal de paso, ha estado ocasionando conflictos entre los celebrantes en los terrenos urbanos, debido a que, es muy difícil ceder parte de un terreno (sirviente) para beneficio de otro (dominante) y no poder establecer hasta donde puede hacer uso y disfrute del mismo, generando conflictos entre las partes, más aún cuando los operadores del derecho pueden brindarle una solución clara y concreta, pues realizar interpretaciones adecuadas al interés de quien defiendan dejando de lado, el mandato legal dispuesto en el artículo 1043 del Código Civil, que es el establecer la extensión menos perjudicial para el sirviente.

1.4. **EXTENSION MENOS GRAVOSA PARA EL SIRVIENTE EN UNA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO EN ÁREAS URBANAS.**

1.4.1. Las servidumbre legal de paso tiene por naturaleza jurídica de ser un limitante de derecho de propiedad en beneficio de otro, sin embargo, al limitar el derecho de propiedad del sirviente es necesario establecer mecanismos legales que determinen la extensión menos gravosa.

1.4.2. Esta propuesta legislativa, se fundamenta en lo siguiente:

- a) Una de las características de las servidumbres es la *utilidad*, porque la servidumbre se constituye para conceder una ventaja económica al propietario del predio dominante.

- b) Sin embargo, esta *utilidad* se encuentra limitada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1043 del Código Civil, ya que la servidumbre legal de paso debe ser interpretada en el sentido menos gravosa para el sirviente, por lo tanto se limita en conceder al dominante el *paso*.
- c) Por lo tanto para otorgar el paso, es necesario limitar la extensión menos gravosa estableciendo el *ancho, alto y largo del trayecto del paso solo lo razonable para uso del dominante*.
- d) Por tanto al establecer, los límites que tendría el dominante se establece el derecho subjetivo del dominante, que es de solicitar se le conceda el paso, configurado dentro de los alcances del predio, serían el suelo y parte del sobresuelo, apareciendo los deberes del sirviente de respetar el paso.
- e) Al establecer los alcances de derechos que tendrían tanto el dominante como el sirviente, es necesaria la descripción de la medidas mínimas que representen los derechos y deberes establecidos, para ello, es necesario recurrir al Reglamento Nacional de Edificaciones, en aplicación del derecho Urbanístico, cuyo propósito es establecer planos urbanos acordes a la condición y vivienda que se presenten en el plano nacional, estableciendo así, una mejor aplicación del derecho, convivencia social y evitar problemas legales futuros.
- f) Por lo tanto el Derecho Urbanístico, el cual puede definirse como “conjunto de reglas a través de las cuales la

Administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vista a la ordenación del territorio” (CARCELLER FERNANDEZ, 1982, pág. 22). El mismo que limita el derecho de los propietarios a través de actos de planificación y ordenación; por consiguiente, no podrán construirse los edificios en donde se quisiera, ni para cualquier finalidad (residencial, comercial, industrial), ni en el volumen o estilo arquitectónico que pudiese romper la armonía del conjunto (GONZALES BARRÓN, 2011, pág. 80), ni en contra del entorno o sin seguridad.

- g)** Esta acción de planeamiento se realiza sobre la base del Plan de Regulación, esto es, el acto del Poder Público que ordena el territorio, siendo necesaria para la aplicación de la extensión menos gravosa de una servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
- h)** Con observancia directa del Reglamento Nacional de Edificaciones, se podrá determinar las dimensiones mínimas del ancho, alto y largo del trayecto del paso, y así resulte menos perjudicial para el sirviente; y, que deben ser suscritas en el Título Constitutivo, estableciendo así los derechos y deberes de los titulares del derecho en una servidumbre legal de paso.

II. ANALISIS COSTO BENEFICIO

- 2.1. De aprobarse la presente iniciativa legislativa, regulará con mejor precisión los contratos de constitución de servidumbre legal de paso en áreas urbanas.
- 2.2. El Juez podrá resolver adecuadamente los conflictos derivados de la constitución de servidumbre de paso en áreas urbanas.
- 2.3. Evitará dispendiosos y alargados procesos judiciales para resolver conflictos derivados de la interpretación sobre servidumbres de paso en inmuebles urbanos.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACION NACIONAL

La presente ley entra en vigencia a los treinta días, hábiles de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, a excepción del artículo 167, en cual entra en vigencia a los ciento veinte días hábiles. Los procesos judiciales iniciadas antes de la entrada en vigor, se adecuan a la presente ley en el estado en que se encuentran, para lo cual el Poder Judicial dicta las medidas necesarias.

Lima, octubre de 2016.