

---

# Con derecho a pasar

## La Servidumbre de Paso en el Derecho Romano Justiniano y en el Derecho Civil Peruano

**Caroline de Trazegnies Thorne**

Alumna de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Primer puesto en el "Primer Concurso de Artículos Jurídicos" organizado por la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

Ni aun en el Derecho Romano, luego del cual nunca han sido más amplias las facultades del derecho de propiedad, éste fue ilimitado. Uno de los límites impuesto por este ordenamiento fueron las servidumbres. Fue la época post-clásica la que en general favoreció el desarrollo de los límites de dominio, entre ellos las servidumbres, según tendencias nuevas que señalaron la decadencia del concepto arcaico de dominio ya que, como explica Di Martino, en la época clásica la libertad del poder de disposición era bastante amplia y las servidumbres rigurosamente típicas; la tendencia del *dominium* a la libertad hacía que el *optimus maximus* fuese precisamente el fundo libre de cargas, lo que era una expresión del individualismo del régimen de propiedad romana<sup>(1)</sup>. Es de la época post-clásica que deriva el Derecho Romano Justiniano, marco jurídico para el propósito de este trabajo.

En este contexto, la servidumbre de paso nace por las necesidades impuestas por la vecindad, ya que como se establece en C.3.34.11, "No es lícito pasar por fundo ajeno sin servidumbre pero nadie te puede negar una vía pública".

El propósito del presente trabajo es realizar un estudio del tratamiento legal de la servidumbre de paso en el Derecho Romano Justiniano y compararlo con la regulación de esta figura en el Código Civil Peruano

de 1984, así como en el Proyecto de Reforma de dicho cuerpo legal. Debido a la casuística de las normas romanas y a la amplitud del tema, hemos recogido sólo algunos aspectos de las servidumbres de paso que se desprenden de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, en especial, aquellos aspectos que difieren con nuestro derecho civil, para así tratar de explicar la razón de los cambios en dicha institución.

Para entender claramente los distintos problemas, examinemos brevemente el concepto de servidumbre que manejaban los romanos y la naturaleza jurídica de la que gozaba dicha institución.

### 1 Concepto de servidumbre de paso.

Paulo define a las servidumbres como cosas incorporales<sup>(2)</sup>, es decir, objetos que no afectan nuestros sentidos, ya que son consideradas derechos al igual que el usufructo o las obligaciones. Asimismo, son derechos reales por ser, aunque incorporales, inherentes a cosas corporales.

En este orden de ideas, la servidumbre de paso en el Derecho Romano era concebida como un derecho real que limitaba el ejercicio del derecho de propiedad, recayendo sobre el *ius utendi*, es decir, el derecho de servirse de la cosa, de usarla. Como toda servidumbre, afectaba también de cierta manera el *ius abutendi*, el

(1) DI MARTINO, Francesco. *Individualismo y Derecho Romano Privado*. Traducción de Fernando Hinestroza. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (1991). p.42.

(2) DIGESTO (D).8.1.14

derecho de disposición del bien<sup>(3)</sup>. Cabe resaltar, por tanto, que la servidumbre de paso no implicaba una desmembración del derecho de propiedad sino tan sólo una limitación sobre algunas de las facultades del mismo.

Respecto a la prestación contenida en la servidumbre, es importante aclarar que se consideraba que ninguna servidumbre podía obligar al propietario a hacer algo, puesto que, en este caso, perdería su naturaleza convirtiéndose en una obligación. Por tanto, las servidumbres podían consistir solamente en una carga de sufrir o no hacer (*servitus in faciendo consistere requit*). Así lo ejemplifica Pomponio, señalando que “No es naturaleza de las servidumbres que alguien haga alguna cosa, por ejemplo levante jardines, o proporcione una vista más amena, o que pinte su propiedad, sino que tolere alguna cosa, o no la haga<sup>(4)</sup>”.

Dentro de la clasificación de las servidumbres desarrollada por el Derecho Romano, las servidumbres de paso son consideradas servidumbres prediales rústicas. Analicemos brevemente esta designación.

La característica de las servidumbres de ser *praedix inherens* es explicada por Ulpiano: “Más llámese prediales estas servidumbres por esto, porque no pueden constituirse sin predios, pues nadie puede adquirir servidumbre de predio, urbano o rústico, sino el que tiene predio<sup>(5)</sup>”.

Asimismo, como una manifestación más de esta característica, Paulo establece en el *Digesto* que “cuando un fundo presta servidumbre a otro fundo, aún vendido el fundo le siguen las servidumbres<sup>(6)</sup>”.

La cita de Ulpiano nos revela también la división de las servidumbres prediales en urbanas o rurales, división que resulta básico explicar, a fin de entender claramente la ubicación de las servidumbres de paso dentro del Derecho Romano. Cabe señalar que la división de servidumbres prediales en rurales y urbanas tiene una importancia singular, siendo ésta la única

distinción que hacen las leyes romanas entre las servidumbres.

No admite duda, como está expresado en el texto de Ulpiano<sup>(7)</sup>, que los romanos llamaron propiedades rurales a las ubicadas en los campos y propiedades urbanas a los edificios de la ciudad. Sin embargo, al apreciar la naturaleza de las servidumbres, es claro que un criterio distinto ha sido utilizado. Contrariamente a lo que hoy podríamos pensar, la división de servidumbres rural y urbana no correspondía a servidumbre en la ciudad o en el campo respectivamente, según dónde se encontraran los predios afectados. Por el contrario, la característica de rural o urbana se determinaba por la propia naturaleza de la servidumbre, que era invariable. Esto se desprende claramente de lo señalado por Ulpiano: “Llamamos ciertamente predios urbanos a los edificios, pero también si los edificios estuvieran en una granja, pueden constituirse igualmente las servidumbres de los predios urbanos<sup>(8)</sup>”.

Así, se entiende que una misma servidumbre no puede variar su naturaleza: las servidumbres de paso, sacar agua o pastar serán siempre servidumbres rurales, mientras que las servidumbres de luces, vista o canales serán siempre urbanas, sin importar la ubicación de los predios. La siguiente cita de Paulo nos aclara aún más el panorama: “Las servidumbres de los predios, unas radican en el suelo, otras en lo edificado<sup>(9)</sup>”.

De esta cita se desprende que lo importante era distinguir si las servidumbres estaban constituidas en el suelo o en la superficie, ya sea en la ciudad o en el campo, ya que esto determinaría si eran rurales (*aliae in solo*) o urbanas (*aliae in superficie*). Así, aquellas servidumbres que recayesen sobre el terreno, tales como la de paso o acueducto, eran rurales y aquellas que recayesen sobre los edificios tales como la servidumbre de luces o de vistas, eran consideradas urbanas. Como explica Ortolán: “(...) hay servidumbres que reciben su existencia, su elemento esencial y constitutivo, su

(3) ORTOLAN, M. *Explicaciones Históricas de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Traducción de Francisco Pérez Anaya. Tomo I. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Ramón Rodríguez de Rivera, (1849). p.569.

(4) D. 8.1.15.1

(5) D.8.4.1.1

(6) D.8.4.12

(7) D.50.16.198

(8) D.8.4.1.pr

(9) D.8.1.3.

consistencia, para valermelo de una expresión romana, de la idea de suelo (*in solo consistunt*), con independencia de toda construcción, plantación, edificación o superposición, cosas todas accesorias que pueden hallarse o no en los fundos sin alterar la naturaleza de la servidumbre: tales son las de pasaje, las de sacar agua o pastar, etc. Hay otras por el contrario que reciben su elemento esencial y constitutivo, su consistencia de la idea de superficie, es decir, de una superposición cualquiera del suelo; idea indispensable para que existan (*in superficie consistunt*)<sup>(10)</sup>.

La utilidad de esta distinción radica en la distinta naturaleza de las mismas, ya que como explica Ortolán, “mi viga que se apoya en vuestra pared, mi canal que desagua en vuestro terreno y mi ventana que domina vuestro patio, siempre son permanentes: mientras que los derechos de pasaje, de sacar agua o de pastar, sólo se ejercen por el hecho del hombre y por consiguiente por intervalos discontinuos<sup>(11)</sup>”. Debido a ello, procedían diferencias legales de gran importancia, sobretudo en lo pertinente a cuasi posesión de las servidumbres rurales y la manera de perderlas por el no uso.

El concepto de servidumbre predial utilizado por el Derecho Romano se ha mantenido prácticamente intacto hasta nuestra legislación. El artículo 1035 de nuestro Código Civil define a las servidumbres como gravámenes de un predio “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”. Se desprende claramente de esta cita que las servidumbres mantienen hoy en día su carácter real, porque afectan a los predios y no a los propietarios de los mismos, implican una limitación al ejercicio del derecho de propiedad en beneficio de otro predio. Asimismo, queda claro que las servidumbres consisten en un tolerar o no hacer, excluyendo la posibilidad de que el dueño del predio sirviente se obligue a realizar algo del objeto de las servidumbres porque, si así fuera, ésta vendría a ser una obligación personal y ya no un gravamen real.

La característica de las servidumbres de ser *praedibus inhaerent* se encuentra igualmente recogida en el artículo 1036, que establece que las servidumbres son inseparables de ambos predios y que sólo pueden transmitirse con ellos. Por esto, se establece actualmente que las servidumbres tienen carácter accesorio<sup>(12)</sup>, ya que están íntimamente ligadas al predio, sin poder separarse de él. Sin embargo, la distinción entre servidumbres prediales rústicas y urbanas ha desaparecido.

---

En el derecho peruano actual las servidumbres ya no necesitan estar tipificadas y las partes pueden crear las que consideren convenientes

---

## 2 Regulación de la servidumbre de paso en el Derecho Romano.

Una vez aclarado el concepto y la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso, analizaremos a continuación ciertos supuestos que se presentan en el *Digesto*, revelando las características de la regulación de la servidumbre de paso en el Derecho Romano Justiniano, a fin de contrastarla con el derecho civil peruano actual. Trataremos fundamentalmente los siguientes temas: (i) tipicidad de las servidumbres, (ii) *utilitas* y realización con el menor daño al fundo sirviente, (iii) extinción por consolidación, (iv) necesidad de predios vecinos, (v) división de la servidumbre de paso en *iter*, *actus* y *via* y (vi) modalidades en las servidumbres.

### 2.1 Tipicidad de las servidumbres.

En el Derecho Romano antiguo, una de las principales características de las servidumbres era la tipicidad. Como explica Grosso, la distinción entre servidumbres prediales rústicas y urbanas muestra como la categoría de las servidumbres se va formando

(10) ORTOLAN, M. Op.Cit. p.571

(11) Ibid.. p.572.

(12) ROMERO ROMANA, Eleodoro. En: AVENDAÑO V., Jorge. *Derechos Reales*. Segunda Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, (1997).p.256.

sobre la base de la tipicidad de servidumbres singulares. La noción de servidumbres descansa fundamentalmente en la sistemática romana que, multiplicando el tipo a través de la elaboración de la jurisprudencia, va delineando el carácter general de la categoría a través de situaciones concretas<sup>(13)</sup>.

En otras palabras, el contenido de las servidumbres va multiplicándose con la jurisprudencia, con lo que a través de la individualización de contenidos singulares, la tipificación de situaciones concretas va configurando un singular tipo de *ius*.

Poco a poco, debido a las necesidades de la vida económica, se hizo imposible respetar el principio de tipicidad y se fueron convalidando formas de servidumbres más variadas que demostraban la utilidad proporcionada de un fundo a otro. Así, en el Derecho Romano Justiniano, la tipicidad de la institución “servidumbre” no se encuentra de manera tan marcada como en el Derecho Antiguo.

## 2.2 *Utilitas* y realización de la servidumbre con el menor daño al fundo sirviente.

Diversos autores destacan la necesidad de la servidumbre o al menos su utilidad (*Utilitas*) como carácter esencial de la misma en el Derecho Romano Justiniano, ya que su finalidad jurídico-económica es la utilidad que proporciona. En las fuentes romanas, Pomponio señala que las servidumbres cuyo uso no beneficie a un hombre o a un predio no serán válidas: “Cuando las servidumbres no son a favor de los hombres, ni de los predios, porque nada interesa a los vecinos, no son válidas; por ejemplo, que no pases por tu fundo o no te detengas por él (...)”<sup>(14)</sup>.

Esta cita denota claramente que las servidumbres debían tener una utilidad, un valor de uso hacia el predio dominante o una persona, de manera que se justificase la afectación de un predio ajeno y la

limitación del *dominium*. Efectuando un análisis de la sociedad romana, en la que el mercado era aun incipiente y las servidumbres aún no se encontraban dotadas de un valor de cambio como valor agregado a un bien intercambiable, sino tan sólo de un valor de uso, nos atreveríamos a afirmar que la regla general era que las servidumbres sean cuando menos útiles, entendida esta utilidad como valor de uso y no de cambio, a fin de justificar la limitación del derecho de propiedad<sup>(15)</sup>.

Cabe resaltar, por último, que la *utilitas* referida como carácter esencial de la servidumbre debe ser entendida como utilidad privada de acuerdo a la clasificación establecida por Ulpiano<sup>(16)</sup>, es decir, como la utilidad de cada individuo (*singulorem utilitatem*).

Otra característica importante de la servidumbre para el Derecho Romano era la realización de la misma con la menor afectación posible, según el caso, al predio sirviente, puesto que una mayor afectación sería injustificada. Podemos llegar a esta conclusión a partir de lo expresado por Celso:

“Si a alguien se le cediera simplemente camino por el fundo de cualquiera, le será lícito pasar y conducir por tiempo indefinido, a saber, por cualquier parte del mismo, con tal que sea con arreglo a derecho. Porque en la expresión se exceptúan tácitamente algunas cosas, pues no se ha de dejar pasar, ni conducir por la misma casa, ni por medio de las viñas, como quiera que pueda hacer esto con igual comodidad por otra parte con menor daño al fundo sirviente”<sup>(17)</sup>.

Por tanto, en cuanto al ejercicio de la servidumbre, el propietario del predio sirviente debía permitirlo a plenitud pero queda claro que éste debía realizarse en todo caso teniendo en cuenta los límites impuestos por la necesidad, estando permitido todo aquello que fuese necesario para el ejercicio de este derecho pero buscando causar el menor daño posible

(13) GROSSO, Giuseppe. *Problemi Generali del Diritto attraverso il Diritto Romano*. Torino: Giappichelli Editore, (1967). p.178-179.

(14) D.8.1.15.pr

(15) A pesar de lo expuesto, encontramos en el D.8.1.19 una cita de Labeón que nos confunde. Labeón expresa lo siguiente: “Opino que al fundo que cualquiera venda puede imponérsele una servidumbre, aunque no sea útil, por ejemplo si no importara conceder a alguien el conducir agua, puede, no obstante, constituirse esta servidumbre; porque podemos deber tener algunas cosas, aunque éstas no sean útiles. (*Ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui dedere ducere non expédiret, nihilo minus constitui ea servitus possit; quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.*)” Creemos, a fin de mantener la coherencia en el ordenamiento romano respecto de este tema, que la utilidad mencionada en este fragmento del *Digesto* debe ser entendida como beneficio económico, con lo que no se descartaría la hipótesis de que la servidumbre deba tener una utilidad, aunque no sea preciso que ésta sea una utilidad económica. De esta manera, confirmaríamos asimismo la hipótesis de que la utilidad fundamental para los romanos radicaba en el valor de uso de la servidumbre.

(16) D.1.1.1.2.

(17) D.8.1.9

al predio sirviente. En este orden de ideas, Paul Jörs y Wolfgang Kunkel establecen que: “El ejercicio de la servidumbre se había de sujetar a los límites de la estricta necesidad (*civiliter uti*), para que perjudicara lo menos posible al propietario de la finca gravada con ella<sup>(18)</sup>”.

Creemos por tanto que, en cuanto a la necesidad de las servidumbres, ésta no era una condición necesaria para su constitución mas sí para el ejercicio de la misma. Para que una servidumbre sea constituida “válidamente”, según palabras de Pomponio, era suficiente que la servidumbre fuese útil para un hombre o un predio, e incluso en ciertos casos este requisito podía ser obviado.

### 2.3 Extinción de la servidumbre por consolidación.

Una característica interesante de las servidumbres en el Derecho Romano es la extinción de las mismas por consolidación, es decir, cuando la propiedad de ambos predios, dominante y sirviente, recaiga en manos de la misma persona. Podemos llegar a esta conclusión a partir de la siguiente cita de Ulpiano: “Todo lo que el vendedor quiere reservarse a título de servidumbre, debe reservárselo expresamente; porque aquella reserva general de los que tienen servidumbre, ciertamente la conservan, se refiere a los extraños, y en nada aprovecha al mismo vendedor para conservar sus derechos, porque no tuvo ningunos, pues nadie se debe a sí mismo servidumbre; antes bien, si se debió una servidumbre, y después me correspondió el dominio de la cosa sirviente, dicese en consecuencia, que se extinguió la servidumbre<sup>(19)</sup>”.

Entonces, de acuerdo al Derecho Romano, si una persona adquiría un predio que le prestaba una servidumbre de paso a un predio de su propiedad, mantenía el derecho de pasar por él pues el predio será suyo, pero la servidumbre se habrá extinguido. La explicación lógica de este razonamiento es que el derecho de propiedad engloba necesariamente todos los derechos reales desmembrados de él, y por tanto, el propietario, haciendo uso de sus facultades como tal, podrá utilizar su fundo a favor de otro si así lo

desea, mas no bajo el título de un derecho de servidumbre. Ortolán expresa claramente el pensamiento romano: “Es imposible que un propietario tenga una servidumbre sobre su propia cosa; porque si tiene reunidos todos los derechos de propiedad, es imposible que tenga de la misma, porciones o fragmentos separados<sup>(20)</sup>”.

Este principio, expresado en la frase *nulli res sua servit*, pareciera ser una excepción al carácter real de las servidumbres (expresada en palabras de Ulpiano como la reserva general de “los que tienen servidumbre, ciertamente la conservan”), puesto que entra en consideración una característica personal: la servidumbre no depende solamente de los predios en este caso sino también de quién sea su propietario.

La cita de Ulpiano no es la única en los textos romanos que nos llevan a estas conclusiones. Así lo expresa también Gayo: “Confúndese las servidumbres de los predios, si uno mismo hubiere comenzado a ser dueño de ambos predios<sup>(21)</sup>”.

Aparentemente no muy relevante, lo expresado en la cita de Ulpiano trae diversas consecuencias ya que, como se establece en su propio texto, el propietario no mantendrá la servidumbre al revender el predio, salvo que establezca expresamente que se reserva cierta cosa a título de servidumbre.

Parece adecuado incorporar en este momento la siguiente cita de Juliano que, aunque referida a la servidumbre de acueducto, es aplicable a la servidumbre de paso en sus diferentes modalidades y muestra un interesante caso que revela un dato adicional sobre la mentalidad romana en cuanto al tema en cuestión: “Había adyacentes tres predios continuados, de tres dueños; el dueño del predio inferior (C) había adquirido del fundo superior (A) la servidumbre de agua para el fundo más bajo, y con consentimiento del dueño conducía a su campo el agua por el fundo intermedio (B); el mismo compró después el fundo más alto, y vendió luego el fundo más bajo, al cual había conducido el agua; se preguntó, ¿el fundo inferior habría acaso perdido el derecho del agua, porque, habiéndose hecho de un mismo dueño ambos predios, no habrían podido estos prestarse

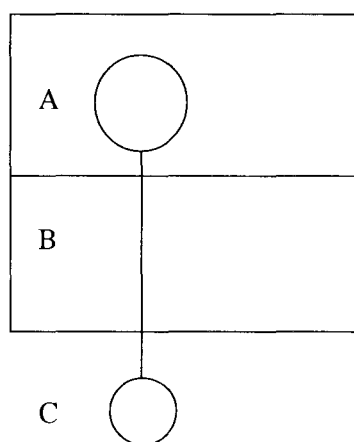
(18) JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Editorial Labor, 1937. p.206.

(19) D.8.4.10

(20) ORTOLAN, M. Op. Cit. Tomo I. p.567.

(21) D.8.6.1

servidumbre? Respondió que no había perdido la servidumbre, porque el predio por el cual se conducía el agua había sido de otro, y así como al fundo superior no se le habría podido imponer la servidumbre, para que el agua llegase al fundo más bajo, de otro modo que siendo también conducida por el fundo intermedio, así tampoco podría perderse la misma servidumbre del propio fundo de otra manera, que habiendo dejado también al mismo tiempo de conducirse el agua por el fundo intermedio, o habiéndose hecho de un solo dueño a la vez los tres predios de todos<sup>(22)</sup>”.



Analizando esta cita acorde al razonamiento romano, parecería lógico pensar que la servidumbre de agua se hubiese extinguido por consolidación. Sin embargo, Juliano concluye lo contrario. Y es que, en el presente caso, encontramos la presencia de tres fundos (A, B y C) de dueños diferentes y de dos servidumbres en las cuales el fundo dominante es el fundo bajo (C); una servidumbre de agua en la que el fundo sirviente es el fundo alto (A) y una servidumbre de acueducto en la que lo era el fundo intermedio (B). Esa segunda servidumbre, para Juliano, sólo se hubiere extinguido si los tres predios cayesen en manos del mismo propietario o si dejara de conducirse agua por el fundo B; al no extinguirse esta servidumbre, Juliano concluye que la servidumbre de agua tampoco se considerará extinguida. El razonamiento de Juliano

radica en que, de no existir permiso para sacar agua del fundo A, la servidumbre de acueducto devendría inútil, ya que no se puede conducir agua que no se puede extraer. Como explica García Garrido, una servidumbre depende de la otra<sup>(23)</sup>. La respuesta dada por Juliano nos revela la importancia de la utilidad de las servidumbres, ya que la servidumbre de sacar agua se mantiene para que la servidumbre de acueducto sea viable.

Resulta interesante dilucidar sobre este caso en el que el carácter real de la servidumbre predomina sobre la personalidad del propietario. Parecería ser que, al no ser los predios del mismo propietario vecinos, no se confundiría la administración, el aprovechamiento ni la delimitación de los mismos, por lo que no habría razón para extinguir la servidumbre. Por otro lado, el texto de Juliano nos abre también la posibilidad de tratar el siguiente tema: la necesidad de vecindad de los predios.

#### 2.4 Necesidad de vecindad de los predios.

La anterior cita de Juliano, al hablar de la extinción de la servidumbre por confundirse el propietario de los fundos sirviente y dominante, nos presenta el siguiente problema: ¿era acaso necesario que los predios sean vecinos o al menos colindantes para que se configure una servidumbre en el Derecho Romano? De lo expuesto por Juliano, concluimos que no necesariamente, ya que se constituyen dos servidumbres: una primera de acueducto en la que el fundo intermedio (B) sirve al fundo bajo (C), que son colindantes, y una segunda de agua en la que el fundo alto (A) sirve al fundo bajo (C), a pesar de no ser estos colindantes. Cabe resaltar, sin embargo, que Juliano expresa que esta segunda servidumbre impuesta al fundo superior sólo ha sido posible a través de la conducción del agua por el fundo intermedio, es decir, de una servidumbre de acueducto a través de él.

En este orden de ideas, el *Digesto* recoge diversas menciones a esta problemática. Paulo señala claramente que “(...) en los predios rústicos un predio intermedio, que no es sirviente, impide la servidumbre<sup>(24)</sup>”. Asimismo, explica más adelante que, dándose una servidumbre entre dos predios no

(22) D.8.3.31

(23) GARCÍA GARRIDO, M.J. *Responsa. Cien casos prácticos de Derecho Romano planteados y resueltos*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996. p.87.

(24) D.8.3.7.1

colindantes, ésta sólo puede consolidarse si se impone servidumbre a los predios intermedios. El texto de Paulo no dice lo siguiente: “También puede imponerse habiendo casa ajenas intermedias, por ejemplo, la de que sea lícito levantar más alto, o no sea lícito levantar más, o también si se debía la de paso, que se consolide, si después se hubiere impuesto a las casas intermedias la servidumbre (...)”<sup>(25)</sup>”.

Ninguna de estas citas establece la necesidad de que los predios sean vecinos, pero afirman la imposibilidad de constituir una servidumbre habiendo un predio no sirviente de por medio. Por tanto, parecería ser que, al no exigirse rigurosamente que sean predios vecinos, sería suficiente que los predios estuviesen situados de manera que el aprovechamiento de la servidumbre sea posible y que el motivo por el cual se considera imposible imponer una servidumbre con un predio no sirviente de por medio estaría ligado al no aprovechamiento de la misma más que a la exigencia de que los predios sean vecinos o colindantes. Así lo entienden Paul Jörs y Wolfgang Kunkel: “El predio dominante y el predio sirviente debían ser vecinos. Esta regla fue más rigurosamente observada al principio que posteriormente. Según el derecho clásico, bastaba con que los predios estuviesen situados de manera que el disfrute a proporcionar por la servidumbre fuera posible, aunque los predios no fueran literalmente vecinos”<sup>(26)</sup>”.

Podemos concluir entonces que en el Derecho Romano hubo una evolución ya que, en un comienzo se entendió que los predios debían ser estrictamente vecinos pero, con el correr del tiempo, se aceptó que en vez de vecindad exista una simple continuidad entre los predios (como observamos en el caso expuesto por Juliano en el que se permite una servidumbre entre los fundos A y C a través de la servidumbre de acueducto entre B y C). Sin embargo, la servidumbre constituida de esta manera, es decir, aceptando simplemente una cierta continuidad entre los predios dominante y sirviente, era viable siempre y cuando sea posible el aprovechamiento de la misma, lo que ligaba de manera estrecha este requisito al tema de la utilidad. Por tanto, en la época clásica y luego en la justiniana, el requisito

de vecindad no fue considerado necesario, siendo suficiente que la ubicación de los predios permita que el aprovechamiento de la servidumbre sea posible por el predio dominante, para asegurar así que ésta tenga una utilidad.

## 2.5 División de la servidumbre de paso: *Iter, Actus y Via.*

El Derecho Romano Justiniano divide lo que hoy consideramos servidumbres de paso en tres diferentes figuras: servidumbre de paso (*Iter*), de conducción (*Actus*) y de camino (*Via*). La distinción fundamental entre las tres, siendo las tres servidumbres que permitían cruzar por un fundo ajeno, se encontraba en los diferentes derechos que otorgaba cada una, es decir, el objeto esencial de cada una. Ulpiano las describe de la siguiente manera:

“Paso es el derecho de ir, de pasear, para un hombre, no también el de conducir una caballería. Conducción es el derecho de conducir o una caballería o un vehículo. Y así, el que tiene paso no tiene conducción, y el que tiene conducción también tiene paso aun sin caballería. Camino es el derecho de ir, y de conducir, y de pasear; porque el camino contiene en sí tanto el paso, como la conducción (...)”<sup>(27)</sup>”.

El pasaje de Ulpiano nos aclara superficialmente la naturaleza de cada servidumbre. No cabe duda de que la servidumbre de paso otorga solamente el derecho de tránsito por el predio sirviente de hombres a pie. Asimismo, por medio de la servidumbre de conducción se permite cruzar el predio conduciendo caballos o vehículos. Esta última parece ser, incluye a su vez la servidumbre de paso, lo que suena bastante lógico, aunque se permite pactar expresamente lo contrario. Encontramos diversos textos, como el de Modestino, que apoyan esta distinción: “Entre la servidumbre de conducción y la de paso hay alguna diferencia: porque hay paso por donde puede alguien transitar a pie o a caballo, y conducción, donde sea lícito tanto trasladar y el ganado, como conducir el vehículo”<sup>(28)</sup>”.

Sin embargo, el problema se presenta al delimitar la servidumbre de camino, pues al decirnos

(25) D.8.4.7.1

(26) JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. Op.Cit. p.203.

(27) D.8.3.1

(28) D.8.3.12

Ulpiano que el camino contiene en sí tanto el paso como la conducción, parecería no haber diferencia entre esta servidumbre y la de conducción, con lo que la incorporación de esta tercera figura sería inútil.

De acuerdo a la interpretación conjunta de otros fragmentos del *Digesto*, podemos suplir las interrogantes que nos deja la norma de Ulpiano y así delimitar el contenido de la servidumbre de camino. La diferencia se encontraría fundamentalmente en que ni la servidumbre de conducción ni la de paso tendrían los derechos de transportar materiales por medio del fundo sirviente, tales como vigas y piedras, o de llevar levantada la pértiga, actividades que podrían ocasionar un mayor perjuicio al predio sirviente. En cambio, la servidumbre de camino daría este mayor derecho al propietario del fundo dominante permitiendo un mayor desgaste o afectación del fundo sirviente. Es un derecho más completo, que permite servirse del camino para todos los usos. Sin embargo, este derecho debe ejercitarse en todo caso sin dañar los frutos y plantas del fundo sirviente, según opinión de Paulo<sup>(29)</sup>. En este orden de ideas, las tres servidumbres pueden ser ordenadas de acuerdo al mayor derecho que otorgan o a la mayor afectación al fundo sirviente, siendo el orden el siguiente: camino, conducción y paso. Podemos explicar la necesidad de esta tercera figura a través de la siguiente cita: “Tanto el Iter como el Actus no presuponían la facultad de transportar piedras, leñas, etc., cuyo paso pudiera perjudicar las plantas o árboles del fundo sirviente, ya que ni tan sólo al caballero le era dable en estas servidumbres llevar la lanza alta sino caída; hubo, por tanto, de reconocerse una nueva servidumbre más amplia que es a la que se llamo de Vía. Esta, mucho más amplia en las facultades que concede para el transporte de materiales, etc., es la única que en defecto de lo que se conviniere en las estipulaciones privadas tiene señalada anchura legal, que es la de ocho pies en camino recto y dieciséis allí donde hubiere recodo<sup>(30)</sup>”.

Se entendía otorgada cada distinta servidumbre según lo pactado por las partes. Sin embargo, a falta de mención expresa, la anchura pactada para el camino era tomada como criterio de distinción. Así, si se

hubiere señalado un lugar tan estrecho, que no permita el paso de vehículos, ni de caballería, se entendía que más bien se adquirió servidumbre de paso, que camino o conducción, pero si por él se podía conducir una caballería, pero no un vehículo, se entendía adquirida la conducción, según Pomponio<sup>(31)</sup>. La servidumbre de camino, como lo menciona Casals Coldecarrera<sup>(32)</sup>, era la única con anchura legal, pero éste criterio no era determinante para ver ante que servidumbre nos encontráramos ya que se podía convenir en una anchura mayor o menor, con tal de que fuese posible ejercer todos los derechos que configuraban dicha servidumbre.

## 2.6 Modalidades de las servidumbres.

El Derecho Romano aceptaba que las servidumbres sean pactadas añadiéndoseles modo, mas no plazo ni condición, dado que se vería desnaturalizada una de sus características esenciales: la perpetuidad. Así lo expresa Papiniano: “Las servidumbres no pueden constituirse en estricto



(29) D.8.3.7. Paulo.

(30) PELLA en CASALS COLDECARRERA, M. *El Derecho Real de Servidumbre*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1941.p.116.

(31) D.8.1.13

(32) CASALS COLDECARRERA, Loc.Cit.



derecho ni desde cierto tiempo, ni hasta cierto tiempo, ni bajo condición, ni hasta cierta condición (...)Es sabido que puede añadirseles modo a la servidumbre, por ejemplo, con qué género de vehículo se transporte, o no se transporte, o bien que la conducción se haga solamente con caballo, o de cierto peso, o que se lleve de tránsito determinado rebaño, o que se porte carbón<sup>(33)</sup>”.

Es interesante resaltar que, a través del modo, había un gran campo abierto a la autonomía de las partes en la configuración de las servidumbres. Dentro de esta figura, se consideraba todo lo relevante a la manera de ejercer el derecho, incluso los intervalos de días y horas en los que sería permitido el paso, de los que se dice expresamente no se refieren al plazo sino al modo, como lo expresa Papiniano<sup>(34)</sup>.

### 3 Regulación de la servidumbre de paso en el Código Civil de 1984.

#### 3.1 Tipicidad de las servidumbres.

La tipicidad de las servidumbres como requisito para su configuración se encontraba ya minimizada en el Derecho Romano Justiniano, y fue dejada de lado. En el derecho peruano actual las servidumbres ya no necesitan estar tipificadas y las partes pueden crear las que consideren convenientes. Encontramos una única servidumbre tipificada en el Código Civil, la servidumbre legal de paso. En este sentido, el artículo 1051 establece lo siguiente: “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 predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio”.

La razón de la tipicidad de esta figura se encuentra en la protección que la ley quiere otorgar al predio enclavado, debido a la imperante necesidad del mismo de tener una salida a la vía pública. Es por ello que la ley establece imperativamente su constitución. Ya que la afectación al predio sirviente sin mediar la voluntad del propietario del mismo debe ser

compensada, la norma establece que la servidumbre será onerosa, salvo en el caso de que el predio enclavado se adquiera directamente del propietario del predio que lo rodea, en cuyo caso será gratuita<sup>(35)</sup>. Es interesante resaltar que en el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1984 este artículo ha sido eliminado, no quedando así ninguna servidumbre tipificada.

#### 3.2 Utilidad de las servidumbres y realización con el menor daño al fundo sirviente.

Actualmente, diversos autores destacan que es indispensable que las servidumbres aseguren una ventaja real al predio dominante, que presten una utilidad, porque de lo contrario carecería de sentido establecer un gravamen que ocasionaría perjuicios<sup>(36)</sup>. Sin embargo, creemos que el término “utilidad”, situado en un diferente contexto, no puede ser entendido en el mismo sentido utilizado al analizar las servidumbres de paso en el Derecho Romano.

En la sociedad de hoy, en la que el mercado es el que organiza la sociedad y todos los bienes son considerados intercambiables, no podemos considerar que la utilidad de las servidumbres se referirá tan sólo a su valor de uso, es decir, el uso que pueda darle el propietario del predio dominante, sin considerar su valor de cambio. Ello implicará que el propietario de un predio podrá encontrar la utilidad de una servidumbre en el mayor valor que ésta incorpora al predio dominante, aunque en la práctica a él no le sea útil. Por tanto, podríamos encontrar servidumbres sin valor de uso pero con valor de cambio y aún considerarlas útiles. La presente discusión, impensable en la sociedad romana que no era aún una sociedad de mercado, cobra importancia hoy con la negociabilidad de los bienes.

En lo relativo a la servidumbre legal de paso, consideramos que es carácter esencial de la misma el ser necesaria, ya que el propio código establece que se extinguirá al dejar de serlo<sup>(37)</sup>.

En cuanto a la realización de la servidumbre con el menor daño al fundo sirviente, este principio será de aplicación supletoria a lo pactado por las partes,

(33) D.8.1.4.pr.-1

(34) D.8.1.4.2.

(35) Artículo 1053.- “El que adquiere un predio enclavado en otro del enajenante adquiere gratuitamente el derecho de paso.”

(36) ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. En: AVENDAÑO V., Jorge. *Derechos Reales*. Segunda Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. p.257.

(37) Artículo 1051 del Código Civil de 1984.

cuando exista duda sobre la extensión de la servidumbre o el modo de ejercerla, tal como lo establece el artículo 1043 del Código Civil<sup>(38)</sup>. Este criterio se mantiene en el Proyecto de Reforma.

### 3.3 Extinción de la servidumbre por consolidación.

Nos atreveríamos a decir que la distinción más significativa entre la regulación de la servidumbre en el Derecho Justiniano y en el derecho peruano actual es el hecho de que actualmente la servidumbre ya no se extingue por confusión de los propietarios del predio dominante y sirviente. Podemos llegar a esta conclusión a partir del artículo 1048 que establece lo siguiente: “El propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbre en beneficio del otro<sup>(39)</sup>”.

Una integración de este artículo, de acuerdo al método *ab maioris ad minus*<sup>(40)</sup>, nos permite concluir que la servidumbre actualmente no se extingue por consolidación ya que, si así fuese, el propietario no estaría facultado para gravar un predio de su propiedad con una servidumbre a favor de otro predio suyo. Asimismo, el artículo 1049 no establece más como causa de extinción de las servidumbres la confusión de los propietarios del predio sirviente y dominante<sup>(41)</sup>.

La eliminación de esta figura es una innovación reciente en nuestra legislación, ya que se instauró por primera vez en el Código Civil de 1936. En la legislación comparada, se permitió por primera vez en el Código Suizo. Técnicamente, no había lógica al establecerlo porque las servidumbres gravan los predios sin tener en cuenta la persona que ejerce el dominio, por tanto, no había razón para añadir un elemento personal a la servidumbre, como lo es la identidad del propietario o propietarios de los predios involucrados. Sin embargo, cabe resaltar que para que esta servidumbre surta efectos jurídicos a terceros, pasando al comprador del predio dominante, será preciso que se encuentre inscrita en los Registros

Públicos correspondientes, ya que, de lo contrario, será sólo una práctica usual del propietario.

La innovación materia de análisis revela una diferente visión del mercado, más acorde con nuestra época, en la que existe una mayor negociabilidad de bienes. En este sentido, las servidumbres son consideradas un mayor o menor valor que afecta a los predios dominante y sirviente respectivamente y que será incluido en el precio de los mismos.

### 3.4 Vecindad de los predios dominante y sirviente.

El Código Civil de 1984 guarda silencio al respecto. Sin embargo, la doctrina moderna entiende que no es necesario que los predios dominante y sirviente sean vecinos o colindantes. Aunque normalmente lo serán, es posible que exista una servidumbre en la que los predios puedan encontrarse a una distancia considerable, siempre y cuando sea posible el disfrute de la servidumbre por el predio dominante. En la servidumbre de paso, en concreto, ésta sólo se podrá dar entre predios no colindantes cuando el predio o los predios intermedios sean también sirvientes del dominante.

### 3.5 División de la servidumbre de paso: la servidumbre legal y voluntaria.

Ha desaparecido en el derecho moderno la división entre *Iter*, *Actus* y *Vía* recogida en la legislación romana. Así, los derechos de las diferentes servidumbres de paso se regirán por lo establecido en el título de constitución de las mismas y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil, sin hacer distinciones entre las mismas.

Cabe resaltar que, en el Código Civil de 1984, la clasificación más importante dentro de las servidumbres de paso será la de servidumbre legal y voluntaria. La servidumbre legal de paso debido a su naturaleza intrínseca, ya que es necesaria y se encuentra

(38) Artículo 1043.- “(...) 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.”

(39) Este artículo se mantiene casi idéntico en el Proyecto de Reforma que establece que : “El propietario de dos predios puede afectar uno con servidumbre en beneficio del otro.”

(40) Para Rubio, “ésta es una variación del argumento *a fortiori* fundado en la mayor fuerza que tiene, para quien está investido de la atribución de hacer lo mayor poder hacer lo menor”. (RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (1996). p.292.)

(41) Artículo 1049.- Las servidumbres se extinguen por destrucción total, voluntaria o involuntaria de cualquiera de los edificios, dominante o sirviente, sin mengua de las relativas al suelo. Pero reviven por la edificación, siempre que pueda hacerse uso de ellas.

amparada por la ley, tendrá un régimen diferenciado respecto de la servidumbre voluntaria de paso. En este sentido, la servidumbre legal se constituye por mandato de ley y será obligatoria mientras sea necesaria para el predio dominante, cesando sólo cuando éste adquiera salida a la vía pública sin limitar el derecho de propiedad de otro, ya sea porque el propietario de él adquiera otro predio que le dé salida o cuando se abra un camino que le dé acceso inmediato. El Proyecto de Reforma ya no incorpora la servidumbre legal de paso, con lo que, de ser aprobado, esta división ya no se encontrará legalmente recogida.

### 3.6 Modalidades de las servidumbres.

El artículo 1037 del Código Civil establece lo siguiente: “Las servidumbres son perpetuas salvo disposición legal o pacto en contrario<sup>(42)</sup>”.

Esta cita revela una gran diferencia en cuanto a las modalidades que podían ser impuestas a las servidumbres en el Derecho Romano Justiniano. Al ser supletoria la norma que proclama la perpetuidad de las servidumbres, nuestra legislación permite una mayor autonomía a las partes para pactar una servidumbre con plazo o condición, lo que era inadmisibles en el Derecho Romano puesto que existía una prohibición expresa de que las servidumbres fueran temporales.

Asimismo, al no haber prohibición alguna en el Código Civil, es claro que las servidumbres pueden ser pactadas con modo. El espíritu de esto se ve en el artículo 1043 que establece: “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”.

Resulta claro que en la legislación moderna se da mayor predominancia a la voluntad de las partes, regulando la ley un campo bastante más limitado.

## 4 Reflexiones finales.

A pesar de que el concepto de la institución de servidumbre permanece prácticamente intacto en el transcurso del tiempo, sí encontramos diversos cambios en la regulación de dicha institución, ligados íntimamente a una distinta concepción de la sociedad y de instituciones jurídicas relacionadas con la servidumbre, tal como la propiedad. Fundamentalmente, imputamos dichos cambios a la influencia de dos estructuras modernas: la sociedad de mercado y la autonomía de la voluntad de las partes.

Notamos en el derecho moderno una mayor autonomía de la voluntad de las partes, lo que les permite modelar las diferentes instituciones a mayor amplitud. En cambio, en el Derecho Romano, vemos que las instituciones tienen estructuras más rígidas, son supuestos objetivos a las que las partes se acogen, pero que no tienen amplias facultades para cambiarlos. Por tanto, las servidumbres en el derecho moderno son mucho más abiertas; no se encuentran tipificadas y las partes pueden pactar las que consideren convenientes, con la extensión, plazo, condición o modo de ejercerla que gusten.

Asimismo, la organización de la sociedad como una sociedad de mercado ha marcado profundamente la institución de servidumbre. El crecimiento del mismo ha determinado que la propiedad moderna sea considerada en todo momento una mercancía potencial; el valor de cambio toma una importancia sobresaliente. En este sentido, las servidumbres se traducen en un mayor o menor valor que se agrega al precio del predio y, por tanto, la utilidad de la servidumbre se concibe como valor de uso y de cambio, y la extinción de la servidumbre por consolidación se elimina. <sup>ATB</sup>

(42) El presente artículo se mantiene sin variación en el Proyecto de Reforma.