

Las servidumbres y la explotación de recursos naturales

Martín Mejorada Chauca

Abogado. Profesor de Derechos Reales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción.

Las inversiones en el sector privado reclaman un tratamiento legal claro y eficiente en materia de propiedad, no solo a efectos de la adquisición del máximo de los derechos (propiedad) sino también para la adquisición de derechos desmembrados del dominio, que no por ser menores son menos importantes. Uno de ellos es la servidumbre.

El tema que trataremos en las siguientes líneas nos llevará al mundo de las servidumbres (figura típica del ámbito privado), que se invoca con mucha frecuencia en relaciones de derecho público como las que surgen de las concesiones mineras y autorizaciones en hidrocarburos. En ellas la mención a las servidumbres parece no ser unívoca y los alcances del derecho al que se refieren con esa denominación (servidumbres) no siempre coinciden con la figura típica de los derechos reales.

Las servidumbres son derechos reales que consisten en la afectación de un predio al que se denomina **predio sirviente**, a favor de la explotación económica de otro (al que se ha denominado tradicionalmente **predio dominante**). A este último lo llamaremos más latamente **bien dominante**, porque de acuerdo a nuestra legislación (sobre todo en el ámbito de las servidumbres especiales vinculadas a la explotación de servicios públicos y recursos naturales), algunas veces el bien que se beneficia no es un predio sino simplemente un bien inmueble. Los predios son bienes materiales que se ubican en el suelo o que están referidos a él (artículo 954 del Código Civil), mientras que los inmuebles comprenden bienes inmateriales como las concesiones y otros derechos (artículo 885 del Código Civil). Todos los predios son inmuebles pero no todos los inmuebles son predios.

Las servidumbres son un beneficio para el propietario o explotador del bien dominante, pero siempre en directa vinculación con el goce o disfrute del bien. Todo derecho siempre tiene como beneficiario

a una persona y no a una cosa, sin embargo, en las servidumbres es indispensable que el beneficio esté referido a la explotación de un bien. No es solamente un beneficio personal.

Por ejemplo, es una servidumbre el paso que permite el acceso a un predio atravesando otros predios. También es una servidumbre el canal que atraviesa uno o varios inmuebles para llevar el agua o retirar los desechos de un predio. Otra servidumbre es aquella que le impide a un propietario levantar su construcción más allá de cierta altura a fin de permitir el acceso de la luz o la vista de otro (esta servidumbre llamada de vista o negativa es muy común en zonas de playa).

Sin duda es una servidumbre aquella que permitirá traer el gas de Camisea hasta Lima, atravesando miles de predios por la selva, sierra y costa del Perú, como también lo es la que hace posible el paso del Oleoducto Norperuano. Finalmente, son también servidumbres las que permiten a las empresas mineras ocupar inmuebles ajenos para realizar sus labores.

Las servidumbres son cargas para el propietario del predio sirviente y un beneficio para el operador del bien dominante. Constituyen una limitación al derecho de propiedad. Ante la existencia de servidumbres el propietario está impedido de usar y disfrutar del bien en toda su extensión física y jurídica. Siendo una limitación, mas no una privación, las servidumbres no pueden impedir de modo absoluto que el propietario realice algún acto de explotación económica en el predio. De no permitirse estos actos, aunque sean menores, la servidumbre sería, en los hechos, una adquisición de la propiedad, o estaríamos ante una desmembración de otro tipo, como el usufructo, el uso o la superficie. El usufructo es el derecho temporal que adquiere quien no es propietario, que le permite usar y disfrutar un bien (artículo 999 del Código Civil). El uso es también un derecho temporal que permite el goce del bien (artículo 1026 del Código Civil). La superficie es el derecho temporal que permite al superficiario construir o mantener una construcción jurídicamente

separada del suelo (artículo 1030 del Código Civil). Todas estas figuras son distintas a la servidumbre, entre otras razones porque determinan que el propietario se desprenda totalmente del uso y goce del bien por cierto tiempo.

Lo central es la vinculación entre el uso del predio sirviente y la explotación del bien dominante. De esta vinculación se derivan una serie de reglas de la servidumbre. La indivisibilidad, accesoriedad y perpetuidad de la servidumbre (características legales que abordaremos más adelante), son condiciones esenciales que sólo se justifican en la medida que exista un bien dominante.

Un típico caso en que el beneficio no está referido a la explotación de un bien es la cesión de uso pura y simple. Si Juan le entrega un predio en uso a Pedro, este último se beneficia pero no hay vinculación entre el uso que hará Pedro y la explotación de otro bien. Este negocio jurídico es totalmente válido pero no da lugar a una servidumbre.

En la legislación comparada se reconocen las denominadas **servidumbres personales**, que se refieren a aquellos casos en los que no existe vinculación entre el beneficio y un bien dominante. El beneficio suele ser meramente personal. Son de esta clase las servidumbres de pastos y leñas previstas en los artículos 603 y 604 del Código Civil español⁽¹⁾. Las preguntas que surgen de inmediato son: ¿por qué otorgar categoría de servidumbres a estos derechos?, ¿cuál sería la diferencia con el uso o el usufructo u otras limitaciones al derecho de propiedad?

La respuesta está en la necesidad de hacer ingresar estos derechos en la esfera de protección de los derechos reales, a los que acompaña la característica de ser oponibles *erga omnes*. Es decir, se quiere que el derecho a extraer pastos o leña de un predio constituya un beneficio oponible a los sucesivos adquirentes del predio sirviente. Se entiende que si fuera una simple relación de crédito la obligación asumida por el titular del predio sirviente no se trasladaría a los sucesivos adquirentes. Además los derechos reales de uso y disfrute están normalmente asociados a una cesión temporal de todo el bien, lo cual no ocurre en las situaciones comprendidas en las servidumbres personales (en éstas el propietario mantiene el goce

del bien). Ésta es la explicación del esfuerzo legal y doctrinario por forzar la figura de la servidumbre, e incluir en ella situaciones totalmente distintas. Este esfuerzo se entiende especialmente en sistemas legales donde los derechos reales son *numerus clausus* (sólo son derechos reales los señalados en la ley), y por ende la oponibilidad de los derechos sobre bienes sólo se obtiene por su inclusión en dicha categoría.

Si bien en el Perú los derechos reales son *numerus clausus*, su oponibilidad no se obtiene por el sólo hecho de gozar de esa categoría (derechos reales), sino por la inscripción en los Registros Públicos (artículo 2022 del Código Civil). Los Registros Públicos otorgan oponibilidad a los derechos sobre bienes, aun cuando el derecho corresponda a la categoría de los llamados **derechos personales o de crédito**. El artículo 2019 del Código Civil señala que se inscriben en el Registro de Propiedad Inmueble no sólo los derechos reales, sino también las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito (inciso 5). Estas restricciones se vuelven oponibles por el hecho de la inscripción. El derecho de una persona a retirar leña de un predio o usar los pastos, sin duda importa una restricción a la propiedad que sin ser un derecho real adquiere oponibilidad una vez inscrita. Por ello, en el Perú no se justifica admitir una servidumbre personal donde no existe un bien dominante.

Finalmente, una cuestión de mero orden obliga a rechazar la categoría de servidumbres personales. Si la asignación del nombre a las figuras legales tiene por objeto distinguir las instituciones, agrupando las que gozan de características semejantes y distinguiendo las diversas, es claro que las llamadas servidumbres personales son sustancialmente distintas a las ordinarias, por lo que compartir el nombre no es una buena idea.

2. Régimen general de las servidumbres.

El régimen legal de las servidumbres está integrado por normas generales y por normas especiales. Las primeras se encuentran en el Código Civil. Las normas generales son importantes porque en todo lo no previsto por las disposiciones especiales rigen las generales. Además, estas últimas describen la estructura y características básicas de la figura legal.

(1) El artículo 603 señala: “(c)l dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre (...)”. El artículo 604 señala: “(l)o dispuesto en el artículo anterior es aplicable a las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular”.

2.1. Constitución del derecho.

Sobre la forma de constituirse la servidumbre, las normas generales señalan que sus fuentes principales son el contrato, la prescripción adquisitiva y la ley. En el caso del contrato, se trata de un acuerdo que celebran los propietarios involucrados. Excepcionalmente el usufructuario también puede constituir servidumbres con cargo al bien materia del usufructo, pero únicamente por el plazo de su derecho y con conocimiento del propietario (artículo 1041 del Código Civil).

El Código Civil no ha regulado explícitamente sobre el “contrato de servidumbre”, es decir no existe un contrato nominado que se ocupe del nacimiento de este derecho. Ante el silencio del Código debemos concluir que no hay formalidad especial para el “contrato de servidumbre”, es decir puede constar por escrito o no. Tampoco se ha previsto un modo especial para dar nacimiento al derecho real (entrega del bien o inscripción). Basta el acuerdo de voluntades (consentimiento) para que nazca la relación jurídica patrimonial que tiene por objeto la constitución de la servidumbre; al mismo tiempo nacerá el derecho real de servidumbre. No es necesaria la entrega del bien ni la inscripción en los Registros Públicos.

Cabe preguntarse si el acto unilateral es fuente suficiente para el nacimiento de la servidumbre. Es decir, si el propietario del predio sirviente puede por su sola voluntad hacer surgir la servidumbre a favor del dueño de un bien ajeno. A diferencia del contrato, la voluntad unilateral no es fuente general para el nacimiento de derechos patrimoniales. No existe para el acto unilateral una norma habilitante general como está prevista para los contratos en el artículos 1351 y 1352 del Código Civil. Por ello consideramos que la única forma que el acto unilateral sea fuente del derecho es cuando específicamente la norma lo señala para cada caso concreto, tal como ocurre en el artículo 950 del Código Civil que se refiere a la posesión como forma de adquirir propiedad y el artículo 1000 inciso 2 que se ocupa del acto unilateral como fuente del usufructo. No existe una norma que admita la constitución de la servidumbre por acto unilateral, de modo que este derecho no puede nacer por esa vía.

En todo caso, se puede decir que las únicas situaciones en las que el acto unilateral es capaz de crear una servidumbre son: (i) cuando el constituyente es el dueño del bien dominante y el predio sirviente (pues en este caso existe una sola voluntad); y, (ii) en la prescripción adquisitiva de la servidumbre (que se sustenta en la posesión como conducta unilateral).

Nuestra legislación permite que el propietario de dos o más bienes pueda constituir servidumbre sobre unos para favorecer a otros. Esta regla, aparentemente inútil dado que el dueño de los bienes podría usar libremente todos ellos sin necesidad de una servidumbre, tiene importancia porque permite adelantarse a la disposición temporal o definitiva de uno o varios de los bienes. Desde el punto de vista jurídico (para la ley peruana) la servidumbre ya existe desde que se celebra el acto constitutivo, aun cuando nunca se produzca la transferencia a favor de terceros, empero en la práctica sólo será útil la servidumbre así concebida cuando se presente un tercero que ejercite el derecho de servidumbre.

El contrato de servidumbre se debe celebrar con el propietario o usufructuario del predio sirviente. El contrato celebrado con quien no es dueño no produce ningún efecto sobre el predio sirviente, por más que se celebre por escrito o por escritura pública o ante un juez. Sin embargo, si el contrato se inscribe en los Registros Públicos, aun cuando se hubiese celebrado con quien no era propietario, el adquirente podría mantener la servidumbre en ciertas circunstancias, en aplicación de normas y principios registrales (artículos 1135 y 2014 del Código Civil)⁽²⁾. En consecuencia, siempre es recomendable la inscripción.

Se sabe que la inscripción no siempre es posible. En el Perú un número significativo de predios no cuenta con inscripción o matrícula (lo cual impide que se registren las desmembraciones del dominio como la servidumbre). Además la identificación y ubicación de propietarios y predios a través de documentos no es tarea sencilla, ya que en el Perú no existe un catastro general confiable. Asimismo, muchos predios gozan de un tratamiento legal especial que debe ser identificado mediante el señalamiento de los bienes en el campo (no siempre son suficientes los documentos

(2) La preferencia que otorga la inscripción no pone a salvo al adquirente de todas las contingencias que le pueden ocurrir a su título. Los artículos 1135 y 2014 del Código Civil son normas limitativas de derechos, que privilegian la inscripción únicamente en los supuestos expresamente señalados en dichas normas. No es posible la analogía ni la interpretación extensiva. Por ejemplo, si quien nunca fue dueño logró inscribir el dominio a su favor y en esa condición celebró idénticos contratos de servidumbre con dos personas distintas, en este caso el adquirente que inscribió no será preferido aunque haya registrado la servidumbre, pues este supuesto no está previsto en ninguna de las normas antes referidas.

El Estado tiene derecho a imponer servidumbres como una consecuencia de su derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Esto significa que las propiedades bajo las cuales existen recursos naturales tienen un régimen distinto de protección que el señalado en el artículo 70 de la Constitución

que describen los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación, parques nacionales, comunidades campesinas, entre otras), ya que de no hacerlo se podría creer que se está adquiriendo una servidumbre en el entendido que se trata de un bien sujeto a régimen ordinario, cuando en realidad se está frente a predios que gozan de protección especial. Ante estas circunstancias es necesario recurrir a mecanismos de verificación e investigación especializados que incluyan la localización topográfica de los predios sirvientes, contrastando los documentos oficiales en los que se encuentren consignados o por lo menos referidos, identificando así de modo certero al propietario del predio sirviente con quien deberá entenderse la constitución de la servidumbre.

Esta labor, aunque alejada instrumentalmente de lo jurídico, es de enorme importancia. Ningún estudio es completo si no incluye el contraste entre lo que parece en los documentos y lo que interesa en la realidad. Aun en los casos de predios inscritos, si el bien matriculado no responde a las características físicas del predio que interesa para el establecimiento de la servidumbre, por más que se invoquen normas y principios registrales no se adquirirá el derecho deseado. Podría ocurrir, por ejemplo, que el bien inscrito tenga una extensión distinta al predio que interesa, o que teniendo la misma extensión la ubicación documentaria o registral no corresponda exactamente con la realidad.

La **prescripción adquisitiva** es una forma excepcional que permite adquirir la servidumbre por el sólo hecho de la posesión continua del predio sirviente por 10 años, o por 5 años si el poseedor creía que gozaba del derecho de servidumbre y contaba con algún título que sustentara su creencia.

Esto significa que una persona natural o jurídica que actúa en los hechos como si tuviera la servidumbre,

es decir si pasa por otro bien o de hecho usa una parte de otros bienes para los fines comunes de las servidumbres, aunque el propietario del predio afectado nunca le hubiese concedido el derecho, el poseedor adquirirá la servidumbre por efecto de la ley. Tal es la prescripción también conocida como usucapión.

Sólo las servidumbres que se pueden apreciar a la vista se adquieren por esta vía, son las llamadas **servidumbres aparentes**. Las servidumbres que no se ven como la de acueducto, drenaje o transporte subterráneos, no se pueden adquirir por prescripción, sin importar el tiempo de posesión. Una servidumbre singular es la llamada **de vista** que existe sobre todo en las zonas de playa y que impone la carga de no construir. Pues bien, esta servidumbre también puede ser aparente si se aprecia a la vista y en tal caso se puede adquirir por prescripción. El sólo hecho de ser una servidumbre negativa (el titular del bien dominante no usa el predio sirviente) no la hace oculta.

El plazo para la prescripción es menor (5 años) si el poseedor tenía buena fe, y si contaba con algún título que le hubiese hecho creer en su legitimidad. Es el caso de quien contrató la constitución de la servidumbre con quien no era dueño del predio sirviente, pero en la creencia de que lo era.

La ley es otra fuente directa de las servidumbres, en los supuestos que por ella misma impone este derecho. En la regulación general una servidumbre de esta clase es la de paso para los predios que no tienen salida a los caminos públicos (artículo 1051 del Código Civil). En esta situación la servidumbre nace por efecto de la ley, comprendiendo a los predios aledaños que sean necesarios. La servidumbre termina cuando el dueño del bien dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abra un camino que dé acceso inmediato a dicho predio. Otro supuesto de servidumbre legal es la del predio enclavado en otro de propiedad de un enajenante (artículo 1053 del Código Civil).

2.2. Contenido y alcances de las servidumbres.

Según el artículo 1036 del Código Civil, las servidumbres son inseparables de ambos bienes, sólo pueden transmitirse con ellos y subsisten cualquiera sea su propietario (accesoriedad). Esto significa que hay una vinculación de dependencia entre la servidumbre y los bienes involucrados. Si el predio sirviente se vende, la servidumbre se va con él. Asimismo si el bien beneficiado con la servidumbre se transfiere, el adquirente recibe la servidumbre. Para lograr este importante efecto que hace trascender la servidumbre a los adquirentes, es necesario un

componente de publicidad a través de los Registros Públicos. Para que la servidumbre sea oponible a los adquirentes del predio sirviente debe estar inscrita en los Registros Públicos (en la partida del predio sirviente), de otro modo los adquirentes podrían desconocer la servidumbre. Ésta no es una exigencia de las normas sobre servidumbre, sino una conclusión que se extrae de las normas sobre concurrencia de acreedores de bienes inmuebles (artículo 1135) y normas registrales (artículo 2022).

En cuanto al adquirente del bien dominante, si no se dice nada en el acto de transferencia, la inclusión de la servidumbre dependerá de la interpretación de acto traslativo. En todo caso, podríamos postular un criterio de interpretación conforme al cual ante el silencio se entiende que la servidumbre queda tácitamente incluida en la transferencia del bien dominante. El artículo 1036 es el sustento legal para este criterio. No es necesaria la inscripción en el Registro.

Las condiciones particulares de cada servidumbre vienen dadas por el contenido del acuerdo que le sirve de fuente, por las características de la posesión (en el caso de la prescripción), o por lo que señale la ley (en los casos que es ella la fuente directa del derecho).

Existe un criterio de interpretación señalado en la ley según el cual toda duda sobre la existencia o alcances de una servidumbre se debe interpretar en el sentido que menos afecte al predio sirviente (artículo 1045 del Código Civil). Por ejemplo, si no existe prueba clara sobre del nacimiento de la servidumbre, se debe concluir que ésta no existe. Este criterio legal significa que quienes adquieran una servidumbre general, a pesar que la ley no exige ninguna formalidad especial para su constitución, se deben preocupar de obtener documentos o pruebas suficientes de su existencia para que no quede duda. Lo mismo respecto a la extensión de la carga.

Las normas del Código Civil no dicen expresamente si la servidumbre es onerosa, es decir si el beneficiario debe pagar una contraprestación por el uso del predio sirviente. Sí existe una norma que dice que la servidumbre legal de paso, que es aquella que se constituye por imperio de la ley respecto de predios sin salida a las vías públicas, es necesariamente onerosa. De esto se desprende que las partes deberán señalar cuál es la contraprestación en el acto constitutivo, de lo contrario habrá un vacío que puede poner en riesgo la propia existencia del contrato, ya que la contraprestación es un tema central que debe ser abordado (artículo 1359 del Código Civil). En el caso de la servidumbre adquirida por prescripción no se ha previsto que se deba pagar

una contraprestación, por lo que debe entenderse que se trata de una adquisición gratuita.

Otra norma general de importancia señala que si la ley o el convenio no indican nada al respecto, las obras o trabajos necesarios para el ejercicio de la servidumbre, así como la conservación y desmontaje, son de cuenta del beneficiario. Este es un aspecto del costo que a veces se pasa por alto al momento de contratar, pero que evidentemente tiene enorme importancia para el ejercicio del derecho.

El beneficiario de la servidumbre no es sólo el propietario del bien dominante. La servidumbre no es un derecho personalísimo que sólo pueda ejercer el propietario. Pueden existir una serie de poseedores que ocupan el bien dominante por encargo del titular de la servidumbre (servidores de la posesión), o porque han recibido la cesión temporal del bien mediante un contrato de arrendamiento, usufructo, uso o cualquier otro. Todos ellos tienen derecho a gozar de la servidumbre en tanto el beneficio guarde relación con el bien dominante y no se excedan los límites del derecho.

Las servidumbres son una limitación mas no una privación total de la posesión. Por esta razón, la ley general ha previsto que si bien el titular del predio sirviente no puede reducir la carga por su sola voluntad o conducta, sí puede modificar la servidumbre si por alguna razón sobreviniente le resultara incómoda, pero sin perjudicar la utilidad que reporta al titular del bien dominante (artículo 1047 del Código Civil).

La regla es que las servidumbres son perpetuas, salvo que las normas especiales dispongan algún plazo, o el convenio que las constituye haya establecido límite temporal. La perpetuidad se explica precisamente en la vinculación que hay entre el beneficio que reporta la servidumbre y la explotación del bien dominante. Prescindiendo de quién sea el propietario del bien dominante, mientras éste exista se justifica la servidumbre (perpetuidad).

La **indivisibilidad** es otra de las características de las servidumbres. Significa que, aunque el bien dominante o el predio sirviente se dividan, la servidumbre permanece en sus mismas condiciones (artículo 1039 del Código Civil). La división de los bienes puede traer consigo el incremento del número de beneficiarios de la servidumbre, empero aunque el derecho se mantiene la carga no aumenta. Así, si el bien dominante se divide y da lugar a 10 usuarios de un paso, ello no ensanchará la servidumbre, salvo que exista un nuevo acuerdo para modificar la carga o se adquiera por prescripción un mayor paso.

2.3. Extinción de las servidumbres.

En cuanto a la extinción de la servidumbre, las normas generales han previsto que ésta se pierde al destruirse totalmente cualquiera de los bienes (dominante o sirviente), pero reviven por la reedificación (artículo 1049 del Código Civil). Asimismo, la servidumbre se extingue por el no uso del predio sirviente durante 5 años (artículo 1050 del Código Civil).

La utilidad o necesidad es una de las características de la servidumbre, por ello es interesante analizar si la pérdida de dicha utilidad o necesidad extingue la servidumbre. Naturalmente esta cuestión tiene interés en los casos donde ni el contrato ni la ley han previsto la terminación de la servidumbre por dicha causa.

Un paso puede perder utilidad, o el giro de la actividad económica que se desarrollaba en el bien dominante puede cambiar o terminar, y ya no ser necesarios el acueducto o la vista. Por ejemplo, si el predio agrícola deja de serlo y se vuelve urbano, la servidumbre de acueducto quizá ya no sea útil. Sin embargo, dado que no existe una previsión legal para concluir la servidumbre por esta causa, aun cuando haya desaparecido el sustento práctico que dio lugar al nacimiento del derecho, la servidumbre subsistirá hasta que pasen el plazo de 5 años de no uso, o las partes acuerden anticipar su conclusión.

3. Régimen especial de las servidumbres mineras.

Además de las normas generales del Código Civil, existen normas especiales para las servidumbres que utilizan las empresas del sector minero. Estas normas están contenidas en el Capítulo IV del Título Duodécimo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (aprobado por Decreto Supremo No. 114-92-EM). También son pertinentes las normas del Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 017-96-AG y las normas del Reglamento de Procedimientos Mineros (aprobado por Decreto Supremo No. 018-92-EM).

Las normas especiales no definen la servidumbre minera, razón por la cual debemos recurrir a la definición general. Así, se trata de una carga sobre un predio (predio sirviente) que le permite al titular de una

concesión el ejercicio de actividades mineras, así como para el transporte de mineral por ductos. En primer lugar hay que decir que en esta servidumbre no existe un predio dominante. En muchos casos el concesionario no es propietario ni titular de ningún predio.

Aun cuando el mineral que se extrae del subsuelo normalmente es conducido a un predio para su almacenamiento o transformación, ese predio no es el que se beneficia por el uso de la zona de explotación. Ahora bien, la servidumbre minera sí beneficia a un inmueble que sin ser un predio es un bien; nos referimos a la **concesión minera**. La concesión minera es un bien inmueble por expreso mandato del artículo 885 inciso 8 del Código Civil. Por tanto esta servidumbre beneficia a un bien inmueble, al que llamamos bien dominante.

En este sentido, hay servidumbre minera para extraer el mineral en una determinada zona predial, pudiendo el concesionario usar bienes ajenos para este fin. Lo mismo ocurre cuando el mineral es transportado de un lugar a otro atravesando predios ajenos.

Como cualquier servidumbre, la minera puede nacer por contrato entre las partes, en cuyo caso tiene el contenido que el contrato señale. A diferencia de las reglas generales referidas en el acápite anterior, las normas especiales mencionan una formalidad. El contrato tiene que extenderse ante notario o juez de paz y debe ser puesto en conocimiento del Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, como la ley no sanciona con nulidad la inobservación de esta forma, debemos concluir, en aplicación del artículo 144 del Código Civil, que sólo se trata de un medio de prueba sobre la existencia del acto.

Por lo demás, se aplican a esta servidumbre las reglas generales del Código Civil sobre el nacimiento, ejercicio y extinción de la servidumbre. Una de las normas generales aplicables a esta servidumbre que merece resaltarse, es la referida a la adquisición por prescripción. El silencio de la legislación especial no deja duda que la prescripción es una forma de adquirir la servidumbre para fines mineros.

La servidumbre minera también nace por mandato administrativo. Atendiendo a la necesidad de explotar los recursos naturales que son de propiedad del Estado (artículo 66 de la Constitución) y que éste cede a los

(3) La facultad del Estado para imponer servidumbres está en la ley y pocos dudan de la legitimidad de este poder administrativo pues, en definitiva, se trata de un mecanismo por el cual el Estado ejerce su propiedad sobre los recursos naturales, lo cual es un derecho del Estado recogido en la Constitución. Sin embargo, no hay que perder de vista que según la Constitución el derecho de propiedad es inviolable (artículo 70) y la única manera de extraer del patrimonio privado un derecho de propiedad es a través de la expropiación. Es cierto que la imposición de una servidumbre no priva del dominio al propietario afectado, pero obviamente afecta la propiedad privando al dueño de ciertos atributos.

particulares a través de la concesión minera. La ley prevé que si el concesionario necesita usar un bien ajeno para explotar el derecho minero, se le puede imponer una servidumbre al propietario del predio necesario. Para este fin, se ha previsto un procedimiento administrativo que sólo se inicia luego de agotadas las tratativas directas entre el concesionario y titular del predio que se quiere afectar⁽³⁾.

En el procedimiento administrativo se realizan pericias sobre la pertinencia de la servidumbre y sobre el valor de la compensación que el concesionario deberá pagar al propietario afectado. Si todo resulta favorable para el minero, finalmente se expide la resolución suprema que concede la servidumbre forzosa.

Es pertinente citar el artículo 7 de la Ley No. 26505, según el cual la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere el acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre. Agrega la norma que el propietario de la tierra debe ser previamente indemnizado en efectivo por el titular de la actividad minera o de hidrocarburos, según valoración que debe incluir compensación por el eventual perjuicio.

La imposición de una servidumbre por parte de la autoridad pública es un tema muy delicado, pues este acto importa una limitación al derecho de propiedad. Por ello los reglamentos de minería establecen que la servidumbre sólo procede si su imposición **no enerva el derecho de propiedad**, es decir no perjudica el resto del predio sirviente de modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usando o estuviere destinado. Esta es una condición impuesta recientemente que revela la preocupación del Estado por proteger la propiedad privada. En realidad toda la reglamentación está dirigida a incentivar que la servidumbre se establezca por acuerdo de voluntades antes que por imposición estatal.

¿Qué significa que la servidumbre no enerve el derecho de propiedad? En el pasado reciente la autoridad administrativa impuso servidumbres que en la práctica implicaban la privación de la propiedad para el dueño del predio sirviente, pues establecida ésta el afectado no podía desarrollar ninguna actividad en el predio. La servidumbre es una limitación pero no una privación, por ello es esencial que el titular del predio sirviente mantenga derecho y posibilidad real de continuar el goce y disfrute de su predio a pesar de la servidumbre.

Si la servidumbre enerva o no la propiedad depende de una serie de factores relativos, por ejemplo si el

titular del predio afectado es dueño de un lote muy pequeño la imposición de la servidumbre le afectará gravemente, impidiendo la coexistencia de otro uso sobre el bien. Sin embargo, si el predio fuera extenso la afectación de una parte no enervará el predio.

En definitiva, si el titular de la concesión minera requiriese contar con el derecho de uso exclusivo y excluyente del predio sirviente, no podrá obtener esa autorización del Estado, sólo le quedará convencer al propietario de que le venda el bien o le ceda el uso exclusivo a través de un contrato.

Si bien el requisito de que el predio sirviente no sea enervado es uno que aparece en la legislación especial como un límite a la actuación administrativa, en realidad se trata de una característica de las servidumbres, de modo que no puede ser ignorada ni siquiera cuando la carga se establece convencionalmente. Lo que ocurre es que cuando la necesidad del minero es satisfecha a través de un contrato, aun cuando las partes lo llamen **servidumbre**, si éste produce la enervación de la propiedad, a pesar del nombre estaremos en presencia de un negocio jurídico que ha dado lugar a un derecho distinto.

Ahora bien, si la legislación reglamentaria cambiara y no existiera la exigencia de que la servidumbre no debe enervar la propiedad, ¿podría el Estado válidamente imponer un derecho a favor de los concesionarios mineros para que puedan explorar y explotar, aun a costa de enervar la propiedad ajena?

El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su apoderamiento. Esta calificación constitucional tiene la mayor importancia para el tema que tratamos. Si el Estado es dueño de los recursos naturales que están integrados al suelo y goza del poder soberano a explotarlos, obviamente la propiedad del suelo en estos casos no puede gozar de las mismas libertades que el resto de predios. Un inmueble bajo el que hay recursos naturales es un bien afectado, con una suerte de titularidad dividida con el Estado. En tales circunstancias, no es de aplicación la protección ordinaria del artículo 70 de la Constitución, pues ella se refiere a la propiedad común, la que goza de un dueño único, exclusivo y excluyente. En los predios que albergan recursos naturales, el Estado puede imponer límites severos porque está ejerciendo su derecho de propiedad sobre los recursos naturales.

Si mediante normas reglamentarias el Estado se autolimita, bien. Empero, la imposición de derechos con el fin de asegurar el aprovechamiento de recursos naturales podría ir mucho más allá de la simple

servidumbre, por lo menos en la forma como se le entiende en la legislación general. El Estado podría imponer usufructos o el derecho que fuera sobre los predios que guardan recursos naturales. Como una medida para que estas afectaciones no generen injusticias, el propietario del bien afectado debería ser compensado económicamente. ¿Se podría llegar a la expropiación? La figura de la expropiación está prevista en el artículo 70 de la Constitución y desde nuestro punto de vista se refiere a la forma de privar del dominio a los particulares respecto de bienes comunes y corrientes, sobre los cuales el Estado no tiene derecho alguno. Si sobre ellos es posible imponer la transferencia de propiedad, con mayor razón existe justificación para una transferencia forzosa en aquellos predios que conservan los recursos naturales de la Nación. El mecanismo a seguir no tendría que ser el del artículo 70 de la Constitución, pero como no hay una regulación especial para este fin se podría recurrir a la figura de la expropiación, haciendo comprender la causa en el ámbito de la **necesidad pública**.

Es cierto que al expedirse la Constitución de 1993 se cambiaron los supuestos de expropiación, eliminándose el interés social. El Congreso Constituyente Democrático reveló en las actas del debate constituyente que la idea era reducir los supuestos de expropiación, evitando concretamente que el Estado expropie a favor de particulares. Pues bien, a fin de armonizar este aspecto constitucional con nuestra interpretación sobre el poder del Estado respecto de los predios que albergan recursos naturales, deberíamos concluir que de aplicarse la expropiación el Estado debe adquirir para sí, conservando la propiedad y no haciendo beneficiario del dominio al concesionario minero.

Para quienes nieguen esta posibilidad debemos decir: ¿cómo se explica que el Estado sea propietario de los recursos naturales y no pueda extraerlos y aprovecharlos? Eso no es propiedad. Sería como que alguien siendo propietario de una casa no pueda usarla. Por tanto está implícito a la propiedad de los recursos naturales el derecho de imponer cargas o incluso privar del dominio a los particulares. Las propiedades así afectadas soportan *per se* una carga, que se sustenta en el hecho de ubicarse en la ruta del aprovechamiento de los recursos naturales.

La justificación que expresamos para el poder del Estado en esta materia, se aplica también a todos los predios cuya afectación sea necesaria para el aprovechamiento de los recursos naturales, y no sólo a los que verticalmente albergan dicho patrimonio.

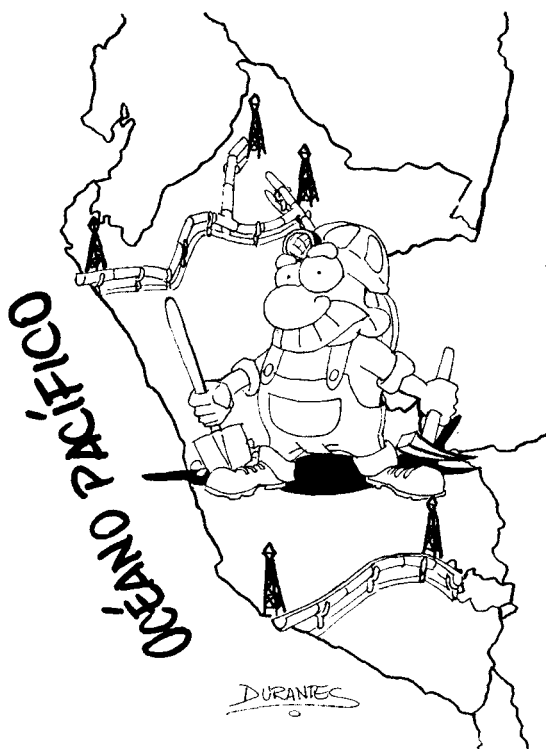
4. Régimen especial de las servidumbres en el sector de hidrocarburos.

Como en el caso de las servidumbres mineras, a las servidumbres del sector de hidrocarburos se les aplican también las normas generales del Código Civil, en lo que no se opongan a las disposiciones especiales. Las normas especiales sobre servidumbres en este sector se encuentran en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley No. 26221), su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 047-93-EM, el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos (aprobado por Decreto Supremo No. 055-93-EM), el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos (aprobado por Decreto Supremo No. 041-99-EM) y el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red por Ductos (aprobado por Decreto Supremo No. 042-99-EM).

Está prevista la servidumbre para las actividades de exploración, explotación, ductos y distribución. El artículo 82 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala expresamente la existencia de una servidumbre legal de paso en tanto sea necesaria para las actividades antes señaladas. También se hace referencia a servidumbres en general, uso de agua y derechos de superficies que pueden ser gestionados para facilitar las labores del contratista (con este nombre se identifica al titular de derechos de exploración y explotación de hidrocarburos).

El predio sirviente es el bien inmueble que el contratista necesita ocupar para llevar a cabo sus labores de exploración y/o explotación. El bien dominante es el derecho otorgado por el Estado para la exploración, explotación, transporte y/o distribución de hidrocarburos, el cual siempre está referido a un área específica de tierra. Estos derechos del contratista son inmuebles por aplicación del artículo 885 inciso 10 del Código Civil. Según esta norma, son inmuebles los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro. Pues bien, los derechos que otorga el Estado al contratista recaen sobre inmuebles (zonas geográficas determinadas), que son perfectamente inscribibles. Estos derechos se benefician con la servidumbre.

El anexo B del Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos señala que si es necesaria la servidumbre, el contratista debe solicitarla a la autoridad administrativa, quien se pronuncia en el plazo de 30 días constituyendo la servidumbre que siempre es temporal. Si no hay pronunciamiento dentro del plazo la servidumbre se entiende otorgada (silencio administrativo positivo).



Las servidumbres constituidas sobre predios de propiedad del Estado son gratuitas, mientras las que afectan inmuebles privados son onerosas.

Las normas dejan entrever que antes de acudir a la vía administrativa para el otorgamiento de la servidumbre, el contratista debe intentar llegar a un acuerdo con el propietario. Esta etapa previa no está desarrollada legalmente en este reglamento, como si lo está en la servidumbre minera y otras servidumbres más especiales en el sector de hidrocarburos.

También dispone que una vez concedida la servidumbre por mandato de la autoridad administrativa, ésta no puede ser discutida en la vía judicial. Sólo se admite debate judicial sobre el monto de la compensación señalada por la autoridad. Es decir, la imposición de la servidumbre se consagra como una facultad discrecional de la autoridad administrativa.

El Estado tiene derecho a imponer servidumbres como una consecuencia de su derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Esto significa que las propiedades bajo las cuales existen recursos naturales tienen un régimen distinto de protección que el señalado en el artículo 70 de la Constitución, tal como hemos explicado más extensamente al desarrollar el régimen de las servidumbres mineras.

Esto no significa que, el Estado goce de una carta blanca para decidir por sí y ante sí sobre la calificación de sus derechos. Ese es otro tema. Toda persona que se ve afectada en sus derechos tiene la atribución de acudir al Poder Judicial para que resuelva una controversia. Existen cientos de temas sobre los cuales se puede generar conflicto, como por ejemplo que el bien que se intenta afectar no es necesario o que simplemente no existen los recursos naturales que sustentan la afectación. Todo esto debe discutirse en última instancia ante el Poder Judicial, o en la vía arbitral si las partes se someten a ella. No se justifica que el Estado resuelva en última instancia sobre un interés propio; ello contraría lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución.

Por la importancia de la actividad en hidrocarburos, al igual que en minería, y atendiendo al hecho que el Estado es propietario de los recursos naturales del país, se justifica perfectamente en la práctica la imposición de una servidumbre. Empero, para no dejar dudas sobre la justicia de esta facultad, debe hacerse consignar en la Constitución, como una excepción a la protección del derecho de propiedad y como un mecanismo distinto a la expropiación.

Las normas del Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos no definen la servidumbre ni sus alcances, pero es evidente que al igual que en la servidumbre minera (lo que además es característica de todas las servidumbres), por esta vía no se puede enervar la propiedad, es decir el titular del predio sirviente debe mantener el derecho y la posibilidad de usar y gozar del predio conforme al destino ordinario del mismo o a las actividades usuales que corresponden a su naturaleza.

Ahora bien, esto no impide que en determinados casos donde sea inevitable enervar la propiedad para lograr el aprovechamiento de los recursos naturales, se impongan otras cargas distintas a la servidumbre, e incluso se llegue a la privación del dominio, según hemos ya explicado antes. A diferencia del sector minero, en hidrocarburos no existe norma que impida esta posibilidad.

El Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación en Hidrocarburos, prevé ciertas situaciones que ponen fin a la servidumbre, como: (i) haber destinado la servidumbre a un fin distinto para el cual fue conferido; (ii) conclusión de la actividad para la cual se constituyó la servidumbre; y, (iii) vencimiento del contrato que autoriza la exploración y/o explotación.

Otras normas más específicas sobre el transporte y la comercialización de hidrocarburos se ocupan de las

servidumbres. El Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos señala que el concesionario puede solicitar las servidumbres que sean necesarias para operar los derechos conferidos por el Estado. Señala que la servidumbre se constituye en tanto se trate de bienes públicos o privados indispensables para la instalación de un sistema de transporte, para construir vías de acceso y de tránsito, para la custodia, conservación y reparación del sistema de transporte. Se otorga al Ministerio de Energía y Minas la facultad de constituir servidumbres forzosas fijando una indemnización a favor del propietario afectado que comprende la compensación por el uso del bien y la reparación del perjuicio. Se reitera que la servidumbre sobre predios del Estado es gratuita.

Ahora bien, los artículos 94 y 95 de este Reglamento marcan una pauta de preferencia a favor del concesionario, contra el propietario del predio sirviente, otorgándole al concesionario facultades que llegan a enervar el derecho de propiedad, lo cual es contrario a la noción de servidumbre. Por ejemplo, el artículo 95 señala que el propietario del predio sirviente no está impedido de cercar o edificar sobre su terreno, siempre que no se efectúe sobre las tuberías o zonas de influencia ni sobre las áreas que se ha concedido servidumbre de ocupación y en tanto deje expedido el medio para la operación, mantenimiento y reparación de las instalaciones. Es decir, el propietario afectado puede seguir gozando de la propiedad siempre que no afecte a la servidumbre.

En realidad, bajo la denominación de servidumbre en materia de hidrocarburos y concretamente en este reglamento, se podría estar imponiendo una afectación que no se ajusta a la figura ordinaria de los derechos reales. Se trataría de una afectación mayor que no se detiene por enervar el derecho de propiedad. Esta facultad, aunque invocando una figura equivocada (servidumbre) es legítima, por los argumentos que hemos señalados antes. El Estado puede imponer cargas, servidumbres, usufructos u otras que sean necesarias para el aprovechamiento de los recursos naturales. La denominación utilizada para identificar la figura legal no puede condicionar el ejercicio de esta facultad.

Este reglamento sí desarrolla la forma de la servidumbre convencional y la necesidad de agotar esa posibilidad antes de acudir a la vía administrativa para la imposición de la carga. Señala que la servidumbre derivada del acuerdo debe constar en documento extendido ante notario o juez de paz y debe ser puesto en conocimiento de la Dirección General de

Hidrocarburos (DGH) del Ministerio de Energía y Minas (MEM). Como en la servidumbre minera, esta formalidad sólo es de probanza, pues la ley no ha sancionado con nulidad su inobservancia.

Sólo si no es posible un acuerdo entre los privados para establecer la servidumbre, el concesionario puede solicitar a la DGH el establecimiento de la servidumbre forzosa. Al igual que el Reglamento para las Actividades para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se indica que la impugnación judicial de una decisión de este tipo sólo es posible para cuestionar el valor de la indemnización y no para discutir la imposición de la servidumbre. Finalmente, al igual que en el caso del Reglamento para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, se prevé la conclusión de la servidumbre por las mismas causas señaladas en dicho reglamento.

De otro lado, el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos también contiene normas sobre servidumbre para el caso concreto de las redes para distribución de gas natural. Utilizando fórmulas similares a las previstas en el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, señala que se pueden constituir servidumbres para la ocupación de bienes públicos y privados que sean indispensables para la instalación del sistema de distribución, para construir vías de acceso y para la custodia, conservación y reparación del sistema.

El MEM es quien impone la servidumbre forzosa, ante el fracaso de un acuerdo directo entre el concesionario y el propietario de los bienes necesarios. El artículo 88 indica que el concesionario está obligado a construir y conservar lo que fuere necesario para que los predios sirvientes no sufran daño ni perjuicio por causa de la servidumbre. Esta servidumbre otorga al concesionario el derecho a tender tuberías a través de propiedades de terceros y el de ocupar los terrenos que se requieran para las estaciones reguladoras y otras que sean necesarias para la habilitación y operación de las obras, previa indemnización a la que hubiere lugar. También en este reglamento se aprecia un acento a favor del concesionario al momento de decidir quién cede en los derechos. Será el propietario del predio sirviente quien deberá retroceder ante la necesidad de ejecutar la concesión de distribución de gas natural.

Igualmente, la impugnación de la servidumbre ordenada por el MEM sólo permite cuestionar el monto de la indemnización, pero no la constitución misma de la servidumbre. Sobre la extinción de la carga, este reglamento reproduce los supuestos indicados en los reglamentos antes señalados.

En definitiva, el tratamiento legal de la servidumbre en el sector de hidrocarburos se ajusta a la estructura básica de este derecho real, según referimos en el acápite 2 y por ello admite la aplicación de dichas normas generales en los diversos aspectos propios de la actividad económica en hidrocarburos. Sin embargo, en ocasiones el poder del Estado que deriva

de su condición de propietario de los recursos naturales, puede autorizarlo a imponer otras cargas distintas a las servidumbres, aunque por costumbre se refiera a ellas con la misma denominación. Por supuesto, el Poder Judicial debe ser siempre la última palabra ante una controversia sobre la imposición de estas cargas. ⁴²