



Aplicación de la analogía en la clausura de servidumbres: Un caso de integración jurídica frente a las lagunas del derecho

Romina Santillán Santa Cruz¹, Ángel Fredy Pineda Ríos²

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 23 de marzo de 2011

Aceptado el 15 de junio de 2011

Palabras claves:

Laguna jurídica, integración jurídica, analogía, servidumbres convencionales, servidumbres legales y clausura de servidumbres.

RESUMEN

En el presente trabajo los autores analizan dos resoluciones judiciales que tratan sobre la clausura de una servidumbre constituida mediante contrato. Una de ellas se pronunció por la improcedencia al no encontrarse regulada dicha extinción, que sí está regulada para las servidumbres legales. La segunda sigue un camino diverso al aplicar analógicamente el artículo 1051 del Código Civil a un caso de servidumbre convencional. Esta última opción es la más idónea debido a la ausencia de utilidad objetiva de mantener una servidumbre cuando ya existe acceso a la vía pública desde el propio predio. Para el desarrollo de la cuestión se parte desde la temática general del orden jurídico y su pretensión de completez ante las lagunas jurídicas, las mismas que sólo pueden ser colmadas mediante mecanismos de integración jurídica; asimismo, se analiza la servidumbre y alcances desde su propia concepción de derecho real.

Application of the analogy in the closure of easements: A case of legal integration against loopholes in law

Introducción

Una de las notas que caracteriza al sistema jurídico es justamente la pretensión de ser pleno, también denominada pretensión de completez o completitud³. Que un orden jurídico es completo significa que cuenta con normas jurídicas para regular todos los casos que la vida real presenta y que además son pasibles de regulación jurídica; sin embargo, existen diversos hechos que reclaman regulación jurídica y no la tienen, porque es imposible que un ordenamiento jurídico sea completo. Esta imposibilidad se debe al mismo legislador, pues por su propia naturaleza humana, *per*

se limitada, no puede prever todas las situaciones concretas que se dan en una sociedad que se transforma y evoluciona sin detenimiento, siendo precisamente en este contexto en que se circunscribe esa pretensión de completez. De ahí que se sostenga que esta plenitud es más una exigencia que una realidad.

Debido a esta imposibilidad de contar con normas que regulen todas y cada una de las conductas humanas que, con relevancia jurídica, aparecen en el tiempo, es que existen las lagunas del derecho, que sólo pueden ser solucionadas mediante el proceso de integración de

¹ Abogada. Profesora de Derecho Civil de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo - Perú

² Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

³ Cfr. RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Salamanca, Librería Cervantes, 1993, p. 189.

normas. De modo concreto, en la conclusión o extinción de servidumbres constituidas por título privado (contrato), pudo identificarse un caso de laguna del derecho, motivando ello precisamente el estudio y análisis de la aplicación del mecanismo analógico de integración jurídica frente a la laguna del derecho advertida en la clausura de servidumbres.

La servidumbre es un derecho real que el propietario de predio sirviente grava a favor de otro denominado predio dominante. Esta institución jurídica se encuentra regulada en el ordenamiento peruano, específicamente en el Código Civil desde el artículo 1035 hasta el 1054. En el articulado antes mencionado se regula el derecho de servidumbre como uno que puede ser constituido por contrato, ley y prescripción, y aunque del cuerpo legal resulta claro cuáles son los modos de adquirir las servidumbres, no sucede lo mismo cuando se establecen las causas o formas de extinción de éstas.

Debido a una mala concepción del carácter perpetuo de las servidumbres, el legislador reguló de modo bastante limitado la posibilidad de su extinción, estableciendo de manera puntual que éstas se extinguen por desuso, por destrucción del edificio en el que yace la servidumbre y, respecto de las servidumbres legales, cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le da salida y cuando se abre un camino que le da acceso inmediato a dicho predio. En este último la extinción de la servidumbre se sustenta en el cese de la *causa servitutis*, es decir, en el cese de la utilidad objetiva que justifica la existencia del gravamen o servidumbre.

Esto es precisamente lo que motiva a sostener la existencia de una laguna jurídica en la clausura de servidumbres, ya que debido a esta regulación tan específica, no podría sostenerse la extinción de una servidumbre perpetua constituida mediante contrato aun cuando aquello que motivó su constitución ya desapareció, por ejemplo, si el predio dominante que en un inicio no tenía acceso directo a los caminos públicos luego obtiene salida propia, ya que esta forma de extinción sólo ha sido prevista para las servidumbres legales de paso. De ahí la urgencia de la aplicación del mecanismo analógico para resolver aquellos casos en

los que se presente este hecho concreto, pues es un caso de ausencia normativa que reclama regulación.

1. EL ORDEN JURÍDICO Y LA PRETENSIÓN DE SER COMPLETO

El Sistema jurídico, también llamado ordenamiento u orden jurídico⁴, suele ser definido como “el conjunto de normas jurídicas vigentes en una comunidad soberana o Estado”⁵. Algunos autores⁶ prefieren sostener que el ordenamiento jurídico o sistema de derecho no es un complejo de normas, sino un complejo de relaciones jurídicas, definiéndolo por tanto como “un conjunto de relaciones jurídicas regladas por la norma en su dimensión de satisfacción de la justicia”⁷.

Si se tratara de analizar cuál de las dos definiciones es la más acertada o verdadera, sólo cabría plantear que ambas tienen parte de verdad, ambas son necesarias, pues el sistema jurídico sí es un complejo de normas, pero no un conjunto de normas vacías o sin contenido, sino dirigidas a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁸.

Particularmente, puede considerarse que la definición de ordenamiento jurídico más completa es aquella que permite conceptualizar cada uno de sus caracteres esenciales; por ello, se define como aquel conjunto de normas jurídicas vigentes en determinada colectividad, sistematizadas de modo unitario, conexo, armónico, y jerarquizadas en orden de preeminencia. En ese sentido, el orden jurídico es un sistema orgánico, coherente, integrado jerárquicamente por normas de distinto valor, todas unidas por una relación de fundamentación, orientadas a la creación, regulación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas.

Atendiendo a la definición anterior, las notas o caracteres constitutivos del ordenamiento jurídico son la complejidad, la unidad, la coherencia, la pretensión de ser completo, la sistematización y la independencia.

El sistema jurídico es complejo porque está compuesto por gran cantidad de normas, que debido a su numerosidad incluso no podría saberse cuántas son. Esta complejidad surge de la necesidad de regular las

⁴ La expresión ordenamiento jurídico es de origen italiano, propiamente procedente de la traducción de *L'Ordinamento giuridico*, e incluso suele ser utilizada en su expresión equivalente como orden jurídico. Por su parte, es también común el uso de la expresión sistema jurídico para aludir al ordenamiento jurídico; pudiendo concluirse de esta breve reseña, que todas las expresiones antes enunciadas se refieren a la misma realidad, pudiendo por tanto ser usadas de modo indistinto.

⁵ RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 182.

⁶ Cfr. HERVADA, Javier. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992, p. 410.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Esto se fundamenta en que la norma jurídica regula relaciones jurídicas pues es la *ratio iuris* del derecho, esto es, es la regla o estatuto del derecho. En tanto es regla, la norma cumple una función reguladora, estableciendo todo aquello comprendido en la medida del derecho, su delimitación y los requisitos, presupuestos y condiciones para su uso y ejercicio; y, en tanto actúa como causa del derecho, cuenta con una función constitutiva, constituyendo derechos al atribuir funciones, repartir cosas, conceder poderes y facultades, etc. Cfr. HERVADA, Javier. *Ob. cit.*, pp. 316-317.

conductas de la sociedad y la inexistencia de un poder capaz de satisfacerla por sí misma, pues es imposible que el poder legislativo pueda dictar todas las normas que se necesitarían para regular la vida social y, aún más cuando éstas proceden de diversas fuentes⁹.

La unidad¹⁰ es la característica del sistema jurídico que refiere que éste está compuesto por una multitud de normas jurídicas que forman un todo armónico, toda vez que la complejidad a la que antes se hizo alusión no excluye esa unidad entendida en términos de armonía regulativa.

La coherencia como carácter de un orden jurídico supone que éste se encuentra estructurado por una totalidad de normas armónicamente ordenadas, es decir, compuesto por normas jurídicas “que son consonantes entre sí y trabajan armónicamente”¹¹, fundamentadas y presididas por la Constitución. En principio, esta coherencia normativa implica que las normas jurídicas que componen el sistema jurídico guardan entre sí una relación lógica de compatibilidad, que excluye cualquier posibilidad de contradicción entre ellas; pero esta “coherencia significa ausencia de contradicciones, y un orden jurídico no es coherente si existen normas jurídicas que se contradicen o excluyen mutuamente”¹². Por ello, cabe sostener que la coherencia plena, al igual que la completez, es más una exigencia que una realidad, pues no cabe duda de la posibilidad de existencia de las antinomias o contradicciones.

Se dice que el orden jurídico es sistemático porque contiene un conjunto de normas ordenadas con criterio de unidad. Como todo sistema, el ordenamiento jurídico cuenta con tres notas distintivas¹³, que son: la pluralidad de elementos o partes integrantes, que

para el caso concreto son, en principio, las normas jurídicas; un cierto grado de orden entre los elementos, que es fácilmente entendido cuando recurrimos al modelo de sistema lógico-deductivo, por el cual existe una primera norma o norma fundante de la cual se derivan un grupo amplísimo de normas; y, finalmente, la unidad resultante, en tanto todas las normas están estructuradas bajo un criterio de unidad, a la que antes se hizo referencia.

La independencia es aquella nota constitutiva por la cual se expresa que un orden jurídico no se encuentra sometido a otro orden jurídico de igual o mayor rango, lo que se traduce, de modo positivo, en la plena autonomía del Poder legislativo, o de aquel órgano a quien se delegara la potestad de crear normas, para regular las relaciones sociales que considera de necesaria ordenación jurídica.

De modo especial cabe detenernos en el estudio de la completez, denominada con mayor propiedad como pretensión de completez. Se dice de un ordenamiento jurídico que es completo cuando “tiene normas jurídicas para regular todos los casos que la vida real presente y que sean susceptibles de regulación jurídica”¹⁴; sin embargo, existen diversos hechos que reclaman regulación jurídica, pero no la tienen porque es imposible que todo pueda ser determinado por ley, que el ordenamiento jurídico sea completo, y esta imposibilidad reside en la misma condición del legislador¹⁵, pues no puede el hombre prever todos los casos que raramente suceden¹⁶.

La pretendida condición de ser pleno que ostenta el orden jurídico, conduce fácilmente a concebirlo como sistema, en el sentido que regula los mecanismos necesarios para atender y llenar las lagunas del

⁹ Según Marcial Rubio Correa, las fuentes del derecho pueden ser, además de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los actos jurídicos privados. Para Aníbal Torres Vásquez, además de las cinco

antes mencionadas, los principios generales del derecho también tienen la categoría de fuente formal del derecho. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 8ª ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 123. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Lima, Idemsa, 2006, p. 452.

¹⁰ Unidad no es unicidad, porque no es que el orden jurídico conste de una sola norma jurídica. Por su parte, unidad tampoco equivale a simplicidad, porque un orden jurídico es simple cuando procede de una sola fuente, y como antes se mencionara, las normas jurídicas que conforman el orden jurídico proceden de fuentes diversas. Cfr. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 182, 183.

¹¹ RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 76.

¹² RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 189.

¹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 193, 194. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. cit.*, p. 257, 258.

¹⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 188.

¹⁵ “(...) como la ley propone algo universal (...) se estima que alguien debe regular lo que falla en la ley, allí donde el legislador dejó sin determinar el caso particular, en el que la ley falla y falta, es decir, propuso algo defectible en lo que dijo en absoluto o universalmente. Pues si el legislador mismo estuviera presente allí donde tal caso ocurriera, lo hubiera determinado y regulado. Y, si en principio lo hubiera previsto, lo hubiera puesto en la ley. Pero no pudo abarcar todos los casos particulares”. Ver Lección XVI, 1137 a 31-1138 a 2, nn. 777, TOMÁS DE AQUINO. *Comentario de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, traducción de Ana Mallea, 2ª. ed., Navarra, EUNSA, 2001, p. 339. De lo anotado, puede inferirse que Aristóteles al sostener que

alguien debe regular lo que falla en la ley, se estuvo refiriendo concretamente al Juez, sobre quien recae la responsabilidad de administrar justicia (dar respuesta jurídica para resolver un caso concreto) aún cuando la ley falle o falte.

¹⁶ Cfr. Lección XVI, 1137 a 31-1138 a 2, nn. 777 en TOMÁS DE AQUINO. *Ob. cit.*, p. 340.

derecho, ya que este dogma de plenitud implica la necesidad de que el jurista por antonomasia, el juez, tenga que extraer del ordenamiento, mediante la integración jurídica, la solución para cualquiera de los casos que se le presenten. Por ello, esta pretensión de ser pleno es una nota importante del sistema jurídico, pues en el plano práctico es realmente imposible “crear un código que contenga una respuesta para todas las cuestiones que surjan, y por ello es inevitable la presencia de lagunas que se deben integrar”¹⁷ ante la exigencia de una respuesta jurídica al caso no previsto por la ley.

1.1. Las lagunas del derecho y la Integración jurídica

Debido a la imposibilidad de contar con normas que regulen todas y cada una de las conductas humanas que aparecen en el tiempo, es que existen situaciones de carencia normativa¹⁸. De ahí, que la plenitud del ordenamiento jurídico se traduzca, en todo caso, en una pretensión de plenitud, pues en aquél yace la posible aparición de lagunas jurídicas, que es una de las formas o modos en que puede presentarse esa carencia normativa.

La laguna del derecho suele ser definida “como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero se considera que debería estar regulado por el sistema jurídico”¹⁹, siendo precisamente este último detalle el que permite diferenciar a las lagunas jurídicas de los vacíos legales²⁰, pues para que exista laguna es necesario que se trate de hechos que deben ser regulados por el derecho; debiendo tenerse presente que no todo lo que ocurre en la vida social es susceptible de regulación jurídica.

Para Hans Kelsen “el derecho no puede tener lagunas porque en todo sistema jurídico es necesariamente verdadero el llamado principio de clausura que estipula que todo lo que no está prohibido está permitido”²¹²².

En un sentido similar al esbozado por el jurista vienés, Cossio sostiene que “no hay lagunas en el derecho porque hay jueces que dictan sentencia tanto en los casos no previstos como en los previstos y, en ambas circunstancias, la dictan de la misma manera; y, no porque el caso sea imprevisto, el juez pospone definitivamente su resolución ni les dice a los litigantes que vuelvan a sus casas por no tener medios para resolverlo”²³.

Frente a estas posturas, cabe indicar que la posibilidad de aplicar el principio de clausura parte precisamente del reconocimiento de la existencia de lagunas, y en ese sentido, como todo hecho de la vida real debe tener una posible respuesta jurídica, se recurre a este principio, por el cual toda conducta humana tiene su correspondiente regulación normativa, sea como prohibida o como permitida. Del mismo modo, reconocer que existen lagunas implica reconocer también la necesidad de llenar o completar dichas situaciones sin previsión normativa, a fin de que pueda dársele una respuesta jurídica, y esta es propiamente la función del juez. Superada la discusión de si existen o no las lagunas, a propósito de los casos de ausencia o carencia normativa, puede advertirse que la principal problemática radica en identificar cuándo se considera que la situación no regulada es una laguna, ante la que debe integrarse norma, o vacío del derecho, ante el que no hay que integrar.

En principio, de modo absoluto, no puede sostenerse que laguna jurídica y falta de regulación legal sean lo mismo, ya que si bien toda laguna jurídica implica falta de regulación legal, no toda falta de ésta significa la existencia de una laguna jurídica²⁴, pues puede que estemos ante vacíos legales que por su misma naturaleza se refieren a hechos o sucesos que no requieren ser regulados por ley, bien porque no

¹⁷ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. cit.*, p. 256.

¹⁸ Las lagunas del derecho, o lagunas de la ley, como situación de carencia normativa, también suelen ser denominadas fallos normativos o imperfecciones de la ley. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Ob. cit.*, p.608. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 190.

¹⁹ “Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto”. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*, 8ª ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª reimpresión, 2001, 286.

²⁰ Vacío legal, también denominado vacío del derecho, “es un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y se considera que no debe estar regulado por el Derecho, rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos aplicables” RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 286.

²¹ Según este principio, cuando las normas de un ordenamiento jurídico no prohíben cierta conducta, esta recibe una calificación jurídica de permitida.

²² Citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Ob. cit.*, p. 611.

²³ COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1974, p. 19 y ss., citado por *Ibidem*, 256.

²⁴ En la doctrina se sostiene la existencia de lagunas técnicas, denominando bajo este concepto aquellos supuestos en los que habiéndose producido una norma genérica pero vigente, ésta requiere en sí misma una normatividad reglamentaria aún no promulgada. Al respecto, un sector académico sostiene que la laguna técnica equivale a un vacío de derecho; en tanto otro, prefiere defender que toda carencia normativa es vacío del derecho, pero en casos límite puede aplicarse la analogía y los principios generales del derecho. En relación a ello, cabe decir que la laguna técnica no es un vacío del derecho, sino una especie o tipo de laguna jurídica, que de modo particular se soluciona cuando se dicta la normatividad correspondiente.

poseen relevancia jurídica²⁵ o porque la ausencia de esta regulación puede ser superada con la aplicación de los principios hermenéuticos. Otro caso en que la falta de regulación legal tampoco podría calificarse como laguna, es aquel en que el suceso no regulado expresamente por ley ya se encuentra regido por normas producidas mediante otras fuentes del derecho^{26 27}.

Debido a que el ordenamiento peruano pertenece a la familia jurídica romano-germánica, se aspira a que todo lo que debe ser normado conste en norma escrita, aun cuando ello es una aspiración de difícil cumplimiento; no obstante, esta aspiración tiene efectos concretos referidos a que, como regla general, toda situación de carencia normativa deba ser calificada liminarmente como vacío del derecho y, en consecuencia, la laguna jurídica sería una excepción frente a lo anterior y no a la inversa²⁸.

Aclarado lo anterior, cabe señalar que sólo puede existir laguna jurídica cuando para el suceso acaecido no se hubiera producido norma aplicable a través de las distintas fuentes del derecho; es decir, “cuando ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad, según sus propias reglas, han generado la norma aplicable”²⁹ a un supuesto concreto que se estima si debió estar regulado. Queda claro que cuando no hay norma legal aplicable a un caso que lo requiere, subsiste para el Juez la obligación de administrar justicia, pues la laguna o deficiencia de la ley no lo exoneran de pronunciamiento, y a ese procedimiento a través del cual se completa o llena una laguna se le denomina

²⁵ Por ejemplo, la colocación ordenada de las hojas en la impresora para que el equipo cumpla su función, es un hecho sin relevancia jurídica y por lo tanto no exige una regulación de derecho.

²⁶ A modo de ejemplo, el que a lo largo del tiempo los sujetos consideren que formar una columna colocándose en orden sucesivo de llegada para ser atendidos es un procedimiento deseable de aprovechamiento de un servicio, lleva a que en general todos asumamos que debe cumplirse con ese modo particular de conducta social, que si bien no está regulado en la ley, si está ordenado por una norma consuetudinaria.

²⁷ Anecdóticamente, pese a que tanto en la doctrina como en la práctica se ha generalizado la distinción entre vacío y laguna jurídica, sigue manteniéndose la dicción “vacío” al regularse en el ordenamiento el deber de los jueces de administrar justicia ante carencia normativa. Véase el num. 8 del art. 139 de la Constitución Política del Perú y, los artículos III y 50 del Código Procesal Civil.

²⁸ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 287.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación...*, p. 298.

³¹ La aplicación de normas jurídicas es definida como la operación intelectual o proceso mental de adecuación o acomodación del contenido normativo a los hechos y, recíprocamente, de los hechos al contenido regulativo de la norma, poniendo de ese modo en

integración jurídica. La integración jurídica “consiste, esencialmente, en la creación de normas jurídicas dentro del proceso de aplicación del derecho, no mediante procedimientos legislativos”³⁰. De lo dicho se advierte claramente que la integración jurídica es aquel procedimiento orientado a la creación de normas jurídicas dentro del proceso de aplicación del derecho³¹, cuando no existe ley aplicable al caso concreto. En consecuencia, el problema de integrar las lagunas siempre existe.

También es necesario precisar que la integración difiere de la interpretación³². La interpretación presupone la existencia de una norma jurídica que interpretar; en cambio, la integración supone la falta de una norma jurídica aplicable para la solución de un caso concreto³³. Por ende, la integración jurídica no es la interpretación de la norma, sino la creación de una ley al caso específico, que no se realiza mediante las fuentes formales del derecho, sino, como antes se señaló, mediante la aplicación del derecho, que puede tratarse incluso de una aplicación analógica de las normas vigentes cuando éstas no contemplan un supuesto específico pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

1.2. El mecanismo analógico de integración jurídica

Las lagunas del derecho sólo pueden ser colmadas o completadas mediante los mecanismos o procedimientos de la Integración jurídica. Para algunos autores³⁴, estos procedimientos de integración del derecho son la analogía, la jurisprudencia, la

práctica lo regulado en ésta. Cfr. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 198

³² Rodríguez Molinero define la interpretación de textos lingüísticos, en general, como “la separación, comprensión y explicación del sentido de un texto que de alguna manera se nos presenta oscuro” (RODRÍGUEZ MOLINERO, *Ob. cit.*, p. 214). Al respecto, cabe señalar que la interpretación jurídica es una operación mental que hacemos siempre para encontrar el sentido del texto, sea claro u oscuro, aunque es necesario resaltar que ante el texto oscuro la interpretación realizada será más concienzuda (Cfr. Casación N° 2358-2006-Cusco en *El Peruano*, 2 oct. 2007, compendiada por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario de Jurisprudencia civil*, Lima, Grijley, 2008, p. 394. REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1989, p. 229). Si tenemos en cuenta la definición general antes citada y lo demás anotado, puede elaborarse una definición propia para la interpretación jurídica, que en este caso sería la operación intelectual dirigida a la separación, comprensión y explicación del sentido de un texto normativo que de alguna manera se nos presenta oscuro o problemático o aún cuando no lo fuere, a efectos de desentrañar su verdadero sentido o significado último.

³³ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción...*, p. 520.

³⁴ *Ibidem*, p. 614.

costumbre³⁵ y los principios generales del derecho³⁶; para otros³⁷, lo son la analogía, la interpretación extensiva³⁸, los principios generales del derecho y la equidad³⁹. Mientras que para la doctrina mayoritaria⁴⁰, los procedimientos de integración jurídica son sólo la analogía y los principios generales del derecho. Sin embargo, debido a la temática planteada, sólo corresponde analizar la analogía como mecanismo o procedimiento de integración del derecho.

Para colmar las lagunas de la ley, en la práctica suele recomendarse el empleo del argumento lógico *a simili* o procedimiento de analogía. Mediante este procedimiento se extiende a un caso no previsto por la norma lo que el legislador previó para otro semejante y "tal proceso supone siempre una igualdad en las razones que justifican la aplicación de la normativa jurídica en uno y otro caso"⁴¹.

En este contexto puede resaltarse que ante una primera observación del sistema jurídico, se advierte que éste no autoriza de modo expreso en ninguna norma la utilización de la analogía, y menos aún nos indica en qué consiste. En el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución, respecto del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley,

se hace referencia sólo a los principios generales del derecho, más no al mecanismo analógico.

La omisión de la analogía en las dos normas mencionadas constituye un gran error de nuestra legislación; no obstante, la aplicación del argumento a contrario permite extraerla del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución, pues en éste se encuentra expresado el impedimento de aplicar por analogía la ley penal y las normas que restrinjan derechos, y al establecerse esta limitación se la está permitiendo en otros campos⁴². Por su parte, la Doctrina jurídica se ha encargado de establecer su definición y demás aspectos de sumo interés que son necesarios conocer.

De modo general, la analogía⁴³ es definida como aquel "método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia"⁴⁴. Esta semejanza en sustancia supone una identidad de razón jurídica en los casos análogos, pues sólo esto justificaría que haya identidad de disposición o precepto jurídico; por ello, "es de suponer que siendo idéntica la razón jurídica de los dos casos, idéntica hubiera sido la norma jurídica en la hipótesis de que el legislador hubiere previsto el segundo caso"⁴⁵.

³⁵ Cabe indicar que la jurisprudencia y la costumbre no podrían ser consideradas mecanismos de integración jurídica, pues si bien como fuentes formales del derecho crean normas jurídicas válidas, esa creación no se suscita dentro del proceso de aplicación del derecho, sino antes o después, pudiendo incluso inspirar al legislador a regular hechos que no lo estaban.

³⁶ Estos principios son fuente del derecho, pero debido a su naturaleza también son mecanismo interpretativo e integrador del derecho. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción...*, p. 485.

³⁷ Cfr. REALE, Miguel. *Ob. cit.*, pp. 230-232

³⁸ Se considera que la interpretación extensiva es hasta cierto punto un mecanismo integrador, porque con ésta se parte de la existencia de una norma y se extiende su aplicación al caso que está más allá de aquel al que usualmente se aplica. Sin embargo, la interpretación extensiva no puede ser calificada como mecanismo integrador, ya que toda interpretación supone la existencia de una norma y en ese sentido no estamos ante alguna laguna por integrar. Cfr. Casación N° 461-97-Lima, 5 ene. 1998, en MÉNDEZ CHANG, Elvira. *Jurisprudencia en Materia Civil*, Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 2000, Vol. 4, pp. 1996-104, citada por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario...*, p. 53.

³⁹ Resulta acertado considerar a la equidad como mecanismo integrador, pues en muchas oportunidades la estricta aplicación de la norma puede dañar la justicia, pudiendo por tanto "superarse las lagunas del derecho mediante normas de equidad, ya que mediante juicios de equidad se suavizan las conclusiones esquemáticas de la norma genérica, al tomar en consideración las particularidades que comportan ciertas hipótesis de la vida social" (REALE, Miguel. *Ob.*

cit., p. 232). Si bien en nuestro ordenamiento no se establece que la equidad sea mecanismo integrador de normas, ello no impide que el Juez al momento de administrar justicia, haciendo razonamiento jurídico pueda aplicar la técnica del control difuso, apartándose de la norma injusta e inconstitucional, para resolver el caso mediante equidad o epiqueya.

⁴⁰ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 286. MESINAS MONTERO, Federico. *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 27-31.

⁴¹ REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 230.

⁴² Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 302.

⁴³ La analogía es una figura definida desde la lógica como "aquel instrumento por el cual se designan con un mismo nombre varias realidades diversas pero estrechamente relacionadas entre sí" (FORERO FORERO,

Claudia Helena. *Derecho Natural. Verdadero derecho para el Realismo Jurídico Clásico*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 07, 2003/2004, ISSN 1575-7382, publicado el 28-07-04, p. 119). Puede advertirse de la misma definición lógica del concepto su posibilidad de aplicación en el ámbito jurídico, en el que ha sido asumido como mecanismo de integración de normas, de modo que la analogía se aplica ante la existencia de una laguna en la ley.

⁴⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 286. Cfr. Casación N° 941-99, Lima, en: *El Peruano*, Lima, 22 nov. 1999, p. 4099, compendiada por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario...*, p. 53.

⁴⁵ *Ibidem*.

La analogía es un método de integración jurídica que se fundamenta en la determinación de la *ratio legis*⁴⁶ de la norma, pues ésta actúa como criterio definitorio de la semejanza existente entre los rasgos esenciales de la descripción hecha en el supuesto y los que tiene el hecho acaecido en la realidad, al que se pretende atribuir los efectos jurídicos de la norma. Por ello, la utilización del mecanismo analógico debe encontrarse sometida a algunos parámetros de razonabilidad, pues si el agente aplicador del derecho no tuviera en cuenta unos criterios mínimos podría terminar deformando el plano jurídico.

Debido a esa posibilidad latente de destruir el orden jurídico con el uso indiscriminado y arbitrario del mecanismo analógico, es que se ha limitado su utilización. En ese sentido, cabe precisar que la analogía no tiene aplicación en todos los ámbitos del derecho, siendo por tanto inadmisibles su uso en el ámbito penal⁴⁷, aunque sí en otras esferas del derecho; tampoco resulta aplicable cuando se trata de normas restrictivas de derechos o que establecen excepciones⁴⁸. Por ende, aun cuando el agente aplicador de la norma pudiera apreciar una semejanza esencial de acuerdo con la *ratio legis*, su actuar se verá limitado o impedido por los criterios mínimos antes precisados.

En la doctrina se clasifica a la analogía en analogía jurídica o analogía *iuris* y analogía legal o analogía *legis*⁴⁹. La analogía *iuris* “toma un conjunto de principios o de normas existentes en el derecho y los aplica a una situación similar pero distinta de la

supuesta en sus normas”⁵⁰; en tanto, la analogía legal “parte de una norma determinada y extiende sus consecuencias a otra situación inexistente, pero similar a la prevista en las normas”⁵¹. La última es la analogía propiamente dicha y tal como ha venido siendo tratada en los párrafos anteriores.

Reale considera que “la analogía *iuris* es el procedimiento mediante el cual se suple una deficiencia legal con el recurso a los principios generales del Derecho”⁵². Aceptar esta postura, en buena cuenta significaría admitir que los principios generales del derecho⁵³ se aplican como mecanismo integrador a través de la analogía *iuris*, y eso es algo que no resulta ilógico, pues se presenta de ese modo en la práctica jurídica⁵⁴.

Además, puede señalarse que son cuatro las formas en que aparece la analogía. Estos cuatro argumentos se encuentran redactados como apotegmas jurídicos y constituyen materializaciones concretas de la analogía con diversas características. El primero es el argumento *a pari*, según el cual “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”; el segundo es el *a fortiori*, que funciona en base al criterio con mayor razón, pudiendo redactarse del siguiente modo “Si puede hacer A, con mayor razón puede hacer B”; el tercero es el argumento *ab maioris ad minus*, cuyo texto es “Quien puede lo más puede lo menos”; y, finalmente, el cuarto argumento es *ab minoris ad maius*, que significa “si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más”⁵⁵.

Para concluir este apartado es necesario diferenciar la analogía de la interpretación extensiva, así como

⁴⁶ La *ratio legis* de la norma es su razón de ser intrínseca, pero extraída del texto mismo de la norma (significado transliteral o connotativo). Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 266.

⁴⁷ El artículo 139 numeral 9 de la Constitución Política del Perú regula el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y, en ese mismo sentido, el artículo III del Título Preliminar del Código Penal establece la prohibición de la analogía, señalando que “no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”. Sin embargo, en la doctrina penal se ha generalizado una distinción entre analogía *in bonam partem* y analogía *in malam partem*, considerando aceptada la aplicación de la analogía *in bonam partem*. En este sentido, “la prohibición de la analogía sólo alcanza a la analogía perjudicial para el inculpado (analogía *in malam partem*), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (analogía *in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal”.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Grijley, 2006, pp. 90-91.

⁴⁸ Véase el artículo 139 numeral 9 de la Constitución Política del Perú y el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

⁴⁹ Esta distinción de la analogía en analogía jurídica y analogía legal es atribuida a Wachter. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción...*, p. 620.

⁵⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación...*, p. 299. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción...*, p. 621.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 231.

⁵³ Los principios generales del derecho “son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas y del propio derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento”. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 307.

⁵⁴ Un caso en el que se aplicó los principios generales del derecho mediante *analogía iuris* es aquel en el que el Tribunal Constitucional para dar legitimidad a los decretos leyes invocó la seguridad jurídica, reconociendo que estos decretos deben existir como normas jurídicas con rango de ley en el Perú, a pesar de su origen espurio; y, como estos no tienen tratamiento constitucional, es necesario tomar los principios aplicables a la norma con rango de ley y adscribirselos. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación...*, pp. 301, 302.

⁵⁵ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, pp. 296-300.

de la interpretación en sentido contrario, dado que en la práctica el aplicador suele confundirlos.

El reconocimiento de la existencia de una laguna en la ley es el presupuesto necesario para que pueda aplicarse la analogía como mecanismo integrador. Por el contrario, en la interpretación extensiva se parte del reconocimiento de la existencia de una norma y se extiende su aplicación al

caso que está más allá de aquel al que usualmente se aplica⁵⁶. Teniendo como base lo anterior, otra diferencia entre estos mecanismos es que como la interpretación supone la existencia de una ley, será extensiva cuando se amplía el significado de la palabra o palabras del texto legal para hacerlas coincidir con la *ratio legis*, es decir, con la voluntad de la ley que no ha sido expresada de manera adecuada, pues ante esta herramienta hermenéutica el caso analizado no aparece en el texto de la ley, pero sí está en el espíritu de la norma⁵⁷. “En cambio, en la analogía, el caso que se analiza no aparece ni en la letra ni se deduce del espíritu de la ley, o sea, falta no solamente el texto sino también la voluntad legal; por ende, la analogía presupone un caso no regulado por la ley, pero que es semejante a otro que sí lo está”⁵⁸.

Por su parte, la interpretación en sentido contrario o *contrario sensu*⁵⁹ “es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta de la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma, mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley”⁶⁰. En ese sentido, la diferencia que estriba entre ambas es clara, pues en tanto la interpretación en sentido contrario –como su misma denominación lo indica– es una herramienta hermenéutica, la analogía es un mecanismo de integración jurídica que, como es propio, sólo puede ser aplicada ante una laguna jurídica o legal.

2. DESARROLLO DE LAS SERVIDUMBRES EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

Entre los varios derechos reales que regula nuestra legislación se encuentra la servidumbre. Específicamente, este derecho real obra regulado en el

Código Civil, desde el artículo 1035 hasta el 1054. Ahora, si bien el título de este acápite es “Desarrollo de las servidumbres en la legislación y la jurisprudencia”, ello no impide que se hagan breves referencias a la doctrina para explicar algunos aspectos importantes que conciernen al tema tratado y, se analizará el articulado de las servidumbres así como los pronunciamientos jurisprudenciales que haya merecido, sólo en lo que fuera pertinente.

El artículo 1035 del Código Civil establece el derecho de servidumbre y señala que “La ley o el propietario de un predio pueden imponerle gravámenes en beneficio de otro, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos”. Si bien en este artículo no se define expresamente a las servidumbres, si puede desprenderse del mismo que éstas son gravámenes que la ley o el propietario de un predio pueden imponerle a éste en beneficio de otro predio, que lógicamente le da derecho a su propietario para realizar actos de uso o para impedir el ejercicio de algún derecho al propietario del predio gravado.

En virtud de la referencia dada por la legislación, la servidumbre suele ser definida en doctrina como aquel “derecho real sobre un predio denominado “sirviente” en beneficio de otro predio llamado “dominante” o para beneficio o utilidad pública o comunal y, que consiste en “tolerar algo”, o en un “no hacer””⁶¹. Otra definición esbozada al respecto es aquella que la considera como “el poder real que una persona tiene sobre un predio ajeno *para servirse de él parcialmente* en algún aspecto”⁶²; de ahí que se hable del derecho de servidumbre.

En el mismo sentido, la jurisprudencia civil ha señalado que “la servidumbre es un derecho real cuya extensión se rige por el título de su constitución, y toda duda sobre su existencia, su extensión y modo de ejercerla se interpreta en el aspecto menos gravoso para el

⁵⁶ Cfr. REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 231.

⁵⁷ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción...*, p. 616.

⁵⁸ *Ibidem*, 617. Cfr. Cas. N° 461-97-Lima. 5 ene. 1998, en MÉNDEZ CHANG, Elvira. *Jurisprudencia en Materia civil, Consejo de Coordinación judicial*, Lima, 2000, Vol. 4, pp. 1996-104, citada por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario...*, p. 53.

⁵⁹ También suele ser denominada argumento a contrario.

⁶⁰ Casación N° 461-97, Corte Suprema, citada por MESINAS MONTERO, Federico. *Ob. cit.*, p. 28.

⁶¹ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Manual de Derecho Civil*, tomo I, Lima, Editorial Huallaga, 1985, p. 457.

⁶² ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, 8ª ed., vol. II, Barcelona, José María Bosch, 1994, p. 101.

predio sirviente, de modo que quien reclame debe probar con título”⁶³.

Cuando se hace esta referencia al título de su constitución lo que se quiere señalar son las causas de constitución de las servidumbres, que pueden ser el contrato, la ley y la prescripción⁶⁴.

Tal como antes se mencionó, el artículo 1035 del Código Civil establece que el propietario de un predio puede imponer este tipo de gravámenes en favor de otro, y en buena cuenta esto aludiría a que el acto unilateral del titular es suficiente para causar la servidumbre; sin embargo, si bien la pretensión fundamental del legislador es realzar la importancia de la voluntad del propietario del predio sirviente para constituir la servidumbre, esto no prejuzga la necesidad o no de la voluntad del beneficiario⁶⁵. Es por ello, que recurriendo a los principios generales del derecho puede señalarse que “la técnica jurídica normalmente rechaza la admisión de los actos unilaterales, por cuanto no se considera acorde al principio de autonomía privada que los terceros devengan en titulares sin su consentimiento, pues se reputa que este tipo de actos son una legítima intromisión en la esfera jurídica ajena que debe ser rechazada”⁶⁶.

En atención a lo señalado en el párrafo anterior, si recordamos que en todos los actos unilateralmente sancionados por el derecho siempre se exige un posterior acto de aceptación o ratificación por parte del beneficiario, entonces este criterio deberá ser aplicado en todos los casos en donde se constituyan servidumbres de modo unilateral; salvo aquellos en los que se constituye una servidumbre por acto unilateral cuando el mismo propietario es titular de ambos predios, ya que en este contexto no existiría intromisión en la esfera ajena⁶⁷. Esta posibilidad de que

el propietario de dos predios pueda gravar uno con servidumbre en beneficio de otro, se encuentra establecida en el artículo 1048 del Código Civil⁶⁸.

Con respecto al contrato como causa de constitución de servidumbres, cabe precisar que siendo el contrato el típico instrumento que utilizan los particulares para satisfacer sus necesidades de orden patrimonial, ya sea para el intercambio o transferencia de bienes, no resulta extraño que también las servidumbres puedan ser constituidas o adquiridas a través de contrato. Y, “si las servidumbres son derechos reales sobre predios, entonces es lógico suponer que a falta de norma, es aplicable la regla de adquisición de la propiedad inmobiliaria”⁶⁹ en el sentido de que las servidumbres se adquieren con el solo contrato causal, es decir, sin observar una formalidad *ad solemnitatem* o *substantiam*.

El contrato constitutivo de servidumbre puede celebrarse a título oneroso o gratuito, debiendo acotarse que la servidumbre onerosa, es decir en donde medie un precio, no es compraventa y, por otro lado, la servidumbre gratuita, en donde la transmisión se realice con ánimo de liberalidad, no es una donación⁷⁰. Además, para el caso de las servidumbres constituidas por contrato, el primer párrafo del artículo 1043 del Código Civil establece que su extensión y demás condiciones se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones del Código antes indicado.

El artículo 1035 del Código Civil establece también que la ley es causa de constitución de las servidumbres, y estas servidumbres son denominadas legales⁷¹. La servidumbre legal requiere inexorablemente la decisión de una autoridad para consumarse, ya sea judicial o administrativa. En ese sentido, “se entiende que la servidumbre legal de paso necesita de una

⁶³ Casación número 850-97-Huánuco, de 8 sep. 1998, en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 03, Trujillo, 2000, pp. 63-65, compendiada por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario...*, p. 711.

⁶⁴ El autor Palacio Pimentel prefiere denominar modos de adquisición a las causas de constitución, señalando que son tres los modos de adquisición de las servidumbres: 1º por convención, acuerdo, pacto; 2º por disposición de la ley (servidumbres legales); y 3º por prescripción, sólo para adquirir determinadas servidumbres. Cfr. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 460.

⁶⁵ Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*, Lima, Jurista Editores, 2005, 1088.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*

⁶⁸ Al respecto, el autor Albaladejo señala que la servidumbre recae sólo sobre predios o fincas, es decir, inmuebles por naturaleza y, por ende, la servidumbre es siempre un gravamen predial. Señala que el que la sufre se llama predio sirviente, y ha de ser ajeno, es

decir, no pertenecer la propiedad al titular de la servidumbre (predio dominante), pues éste tiene como propietario facultades para utilizar la cosa sin necesidad de otro derecho sobre ella. Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 103.

⁶⁹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, 1089.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, 1089, 1090.

⁷¹ En la doctrina española prefiere denominarse forzosas a estas servidumbres, por considerar que la denominación “legales” resulta desacertada, pues gran parte de las llamadas servidumbres legales son simplemente límites de dominio. En ese sentido, las servidumbres forzosas “son aquellas que (denominándolas también legales) la Ley faculta a los particulares para obtener su imposición, aunque se oponga el dueño del predio sirviente” ALBALADEJO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 117. Las servidumbres forzosas o legales serían entonces aquellas constituidas por disposición de la autoridad judicial o administrativa, es decir, por adjudicación que ésta decreta a favor del titular.

decisión judicial para constituirse; por otro lado, existe una multiplicidad de servidumbres administrativas que requieren autorización expresa de los distintos Sectores, ya sean de minería, concesiones eléctricas, hidrocarburos, etc.”⁷². De ahí que se sostenga que “la imposición de la servidumbre legal tiene de fundamento razones de orden público”⁷³. La servidumbre legal de paso se encuentra regulada en los artículos 1051 y 1052 del Código Civil.

Sobre la prescripción como causa de constitución de las servidumbres, el artículo 1040 del Código Civil regula expresamente que “sólo las servidumbres aparentes puede adquirirse por prescripción, mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o durante diez años sin estos requisitos”. Entre la variada clasificación de las servidumbres tanto a nivel doctrinal como legislativo, las servidumbres aparentes son “aquellas que se anuncian continuamente con signos exteriores, y no son aparentes las que no presentan indicio alguno de su existencia”⁷⁴, por lo que de la interpretación del artículo bajo análisis queda claro que estas últimas no pueden adquirirse por prescripción, sino tan sólo las aparentes.

Respecto de las características de las servidumbres, el artículo 1036 del Código Civil señala que “las servidumbres son inseparables de ambos predios, pudiendo transmitirse sólo con ellos y subsisten cualquiera sea su propietario”. Con la precisión de este artículo lo que está estableciéndose es la accesoria de la servidumbre, y de ello puede entenderse que las servidumbres son derechos accesorios inseparables por consiguiente del bien principal, es decir, “las servidumbres representan cualidades inherentes a los predios en su doble función de utilidad y beneficio para el dominante, y de carga o limitación, para el sirviente”⁷⁵.

En el contexto de esta inseparabilidad entre predio dominante y predio sirviente, la Jurisprudencia Registral ha establecido que “para independizar secciones de propiedad exclusiva que no tengan acceso directo a la vía pública o a zonas comunes, se requiere constituir servidumbres de paso”⁷⁶. Este es un claro ejemplo de la naturaleza accesoria de las servidumbres.

El artículo 1038 del Código Civil señala el carácter de indivisibilidad de las servidumbres, regulando que “(...) la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente”. De acuerdo con lo señalado en este artículo “las servidumbres son derechos indivisibles, que como tales no pueden adquirirse ni perderse por partes alícuotas o ideales, ni ejercitarse parcial sino íntegramente”⁷⁷. Así, por ejemplo, cuando existen varios propietarios del predio dominante, el derecho de servidumbre no se divide proporcionalmente entre cada uno de ellos, porque el beneficio es para el predio e indirectamente para el propietario de éste. Caso distinto a éste es el presentado por el artículo 1042 del Código Civil, en el cual se señala el supuesto de que un predio sujeto a copropiedad pueda ser gravado con servidumbres siempre que presten su asentimiento todos los copropietarios y, que el copropietario pueda adquirir servidumbres en beneficio del predio común aun cuando lo ignoren los demás copropietarios.

En concordancia con el artículo 1038, el artículo 1039 del Código Civil establece que “si el predio dominante se divide, la servidumbre subsiste en favor de los adjudicatarios que la necesiten, pero sin exceder el gravamen del predio sirviente”. A primera vista podría sostenerse una supuesta incoherencia en los artículos 1038 y 1039 del Código Civil, pero tal no existe ya que el primero regula la indivisibilidad del derecho de servidumbre y, el segundo, la división del predio dominante y la subsistencia de la servidumbre para quienes la necesiten.

Especial referencia merece lo regulado por el artículo 1037 del Código Civil. Éste establece que las servidumbres son perpetuas, salvo disposición legal o pacto contrario. “Es lógico entender que las servidumbres sean perpetuas, pues responden a un beneficio permanente y objetivo a favor de un predio, con independencia de las aficiones o gustos de las personas que durante el transcurso del tiempo sean sus titulares. Es más, en caso de no haberse pactado nada en el título constitutivo de la servidumbre, se entiende que ésta es perpetua”⁷⁸. Sin embargo, en la norma mencionada se señala que las servidumbres pueden tener término siempre que dicha referencia sea expresa, lo que no basta, “ya que esta libertad de configuración del plazo de la servidumbre no puede

⁷² Ibidem, 1090.

⁷³ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 460.

⁷⁴ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1091.

⁷⁵ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo V, Derechos Reales*, 3ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2001, pp. 317, 318.

⁷⁶ Precedente de observancia obligatoria, XXII Pleno, Tribunal Registral, 18-20 dic. 2006, en: El Peruano, 24 ene. 2007, XXII.2, compilada por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Diccionario...*, p. 712.

⁷⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos. *Ob. cit.*, p. 322.

⁷⁸ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1095.

desnaturalizar la institución jurídica y, por tanto, dicho plazo debe estar en concordancia con el beneficio o utilidad objetiva que se pretenda satisfacer a través de la servidumbre (*causa servitutis*) (...). Por otro lado, si no existiese esa utilidad objetiva en la relación de los dos predios, entonces se entenderá que estamos ante una mera obligación personal, y no ante un gravamen real”⁷⁹.

Actualmente la perpetuidad debe ser entendida como permanencia, pero no en el sentido de requisito sino vinculada a la utilidad, que es el contenido esencial de la servidumbre. Por ello, nada impide que la ley o el pacto establezcan la temporalidad de las servidumbres, siempre que el beneficio o utilidad objetiva que se pretendía satisfacer pueda concretarse en un solo acto. De lo indicado puede señalarse que para constituir una servidumbre debe existir necesariamente una circunstancia que la justifique, de modo tal que una vez desaparecida ésta, tampoco sería necesaria la subsistencia de la servidumbre, pudiendo catalogarse a esto como una causal de extinción de la servidumbre basada en la pérdida de la causa que justificaba su existencia; es decir, una servidumbre que en principio es establecida como perpetua (pues cuando se constituyó no se hizo referencia alguna a su temporalidad), puede que por cuestiones fácticas luego deba ser clausurada, porque la circunstancia que la justificaba dejó de existir.

Para concluir este acápite, es menester hacer mención que el artículo 1047 del Código Civil regula el uso y ejercicio pleno de la servidumbre, estableciendo en su tenor literal que “el propietario del predio sirviente no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre. Si por razón de lugar o modo la servidumbre le es incómoda, podrá ser variada si no perjudica su uso”. De lo señalado en este artículo se advierte la posibilidad del propietario del predio sirviente para solicitar judicialmente la variación de la servidumbre cuando ésta le fuera incómoda por razón de lugar⁸⁰ o modo⁸¹, pero esta variación sólo podría proceder cuando no perjudique su uso al titular de la servidumbre y, con esto se está

realizando particularmente el derecho del propietario del predio dominante, cuyo uso y ejercicio de la servidumbre no puede ser impedido o menoscabado por el titular del predio sirviente, aun cuando le fuere incómoda a éste, pues se exige como requisito *sine qua non* para su procedencia que dicha variación de servidumbre no perjudique su uso.

No obstante, pese a la magnitud con que se halla regulada la extensión del derecho de servidumbre que ostenta el propietario del predio dominante, cabe precisar que “así como el titular del predio sirviente debe respetar el derecho del titular del predio dominante, no pudiendo menoscabar el uso de la servidumbre, así también este último titular deberá contemporizar en lo posible con el derecho y con los intereses del primero. Nuestro Código Civil, sensible ante este principio de equidad, lo consagra expresamente en el presente artículo, permitiéndole al titular del predio sirviente la variación del lugar o modo de la servidumbre, siempre que con ello no perjudique al titular”⁸².

3. SOBRE LA CLAUSURA O FORMAS DE EXTINCIÓN DE SERVIDUMBRES

La extinción de las servidumbres es un tema que merece especial tratamiento, toda vez que ello es crucial para hacer justicia al título del presente artículo. Si bien, en principio, las servidumbres son perpetuas, hay o se producen casos de extinción de éstas. Al respecto, cabe mencionar que el Código Civil peruano no ha previsto una norma expresa para regular las distintas causas o formas de extinción de las servidumbres, sino que las mismas pueden inferirse de la normativa fragmentaria que existe sobre el tema.

Una de las formas de clausura o extinción de servidumbres es la destrucción del bien gravado, que se encuentra regulada por el artículo 1049 del Código Civil. Esta causa de extinción de la servidumbre, como su mismo nombre lo indica, se presenta por la destrucción total ya sea del predio dominante o

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ A modo de ejemplo, la servidumbre podrá ser incómoda por razón del lugar, cuando dentro de una servidumbre de tránsito, el titular del predio sirviente necesita del camino para utilizarlo con exclusividad edificando en él o dedicándolo a otros fines. Si existiera un segundo camino idóneo para el ejercicio de la servidumbre, este titular está facultado para hacer la traslación cerrando el antiguo camino y habilitando el nuevo. El propietario del predio dominante tendrá que aceptar esta traslación, siempre que con ella no se vulnere el uso de la servidumbre. Cfr. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos. *Ob. cit.*, p. 350.

⁸¹ Un ejemplo de servidumbre incómoda por razón del modo, lo tenemos cuando el titular del predio dominante la hace efectiva de noche, alterando el reposo del titular del predio sirviente y de su familia (arreo del ganado por la servidumbre de tránsito). En este caso el primero de estos sujetos se verá en la obligación de practicar el tránsito de día, salvo que, por razones válidas, ello le fuere perjudicial. Cfr. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos. *Ob. cit.*, p. 350.

⁸² Cfr. Ibidem, p. 349

serviente, sin mengua de las relativas al suelo⁸³; además, en la misma norma se señala que las servidumbres extinguidas por la destrucción del bien pueden revivir con la nueva edificación, siempre que pueda hacerse uso de ellas, es decir, “si la edificación se reconstruye, entonces la servidumbre revive en forma automática y sin necesidad de nuevo acto constitutivo”⁸⁴.

Otra forma de extinción de las servidumbres se presenta por la falta o ausencia del ejercicio de las facultades propias del gravamen, que recibe el nombre de extinción por desuso⁸⁵ de acuerdo a lo regulado por el artículo 1050 del Código Civil. “La ley considera que la ausencia de ejercicio de las facultades propias del gravamen, conlleva la pérdida de la servidumbre, consumándose así una hipótesis más de prescripción extintiva por el no uso”⁸⁶. Ésta se fundamenta en que el no uso de la servidumbre por parte de su titular está demostrando que ella ya no le presta utilidad, y siendo ésta su causa objetiva, es lógico reconocer que ante su ausencia deba extinguirse⁸⁷; siendo necesario precisar también que para que esto suceda la ley requiere el no uso de la servidumbre durante cinco años.

De manera bastante lógica el autor Gonzáles Barrón⁸⁸ considera a la renuncia y al vencimiento del plazo como causales de extinción o cese de las servidumbres, aunque éstas no se encuentren expresamente establecidas en la ley ni la jurisprudencia. Sobre la renuncia cabe precisar que siendo ésta “el acto de voluntad del titular para dar por extinguido su derecho”⁸⁹, parece válido sostener que el titular de la servidumbre con su sola voluntad pueda dar fin a su derecho sin necesitar la aceptación del titular del predio sirviente, ya que la renuncia es un negocio jurídico no recepticio, es decir, no dirigido a nadie. Por otra parte, cuando se estudió a la perpetuidad como característica de las servidumbres, se hizo mención a que si bien normalmente son perpetuas pueden establecerse por plazo fijo; y, siendo ello así, se entiende que al vencimiento del término

establecido, la servidumbre se extingue en forma automática.

En el segundo párrafo del artículo 1051 del Código Civil se encuentran establecidas las formas de extinción de las servidumbres legales. Los dos supuestos de extinción presentados por dicho artículo son el de cese de la servidumbre legal cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le da salida y, cese de la servidumbre legal cuando se abre un camino que le da acceso inmediato a dicho predio.

Si se tiene en cuenta que la utilidad permanente y objetiva es el justificante de la servidumbre, entonces la ausencia de ésta debe autorizar su extinción, pero sucede que esta situación está prevista expresamente para hipótesis singulares, como es el caso de la destrucción del edificio cuando la servidumbre se ha conferido en base a éste (artículo 1049 del Código Civil) o cuando la servidumbre de paso deja de ser útil cuando el predio enclavado obtiene salida directa a la vía pública (artículo 1051, 2 del Código Civil)⁹⁰. De modo concreto, entonces, la extinción de las servidumbres por el cese de la *causa perpetua servitutis*⁹¹ sólo ha sido prevista para el caso de las servidumbres legales y destrucción de edificaciones, por lo que en principio no podría sostenerse la extinción de una servidumbre perpetua constituida mediante contrato aun cuando aquello que motivó su constitución ya desapareció, por ejemplo, si el predio dominante que en un inicio no tenía acceso directo a los caminos públicos luego obtiene salida propia, ya que esta forma de extinción sólo ha sido prevista para las servidumbres legales de paso y otra específica.

Para oscurecer un poco más el plano antes indicado la Jurisprudencia civil ha señalado textualmente que, “(...) la acción de clausura de servidumbre de paso resulta manifiestamente improcedente por no encontrarse regulada en nuestro ordenamiento legal”⁹². Lo que quiso señalar con esto la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte

⁸³ Como las servidumbres son derechos reales que recaen típicamente sobre predios, cabe recordar que en este ámbito es difícil que se produzca una destrucción o pérdida total del bien, pues en tal caso el suelo (terreno) siempre subsistirá; sin embargo, en el caso de las servidumbres se ha establecido que la destrucción de los edificios, sea del dominante o del sirviente, también extingue lo relativo al suelo. Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1098.

⁸⁴ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1098.

⁸⁵ Esta causa de extinción también se denominada en la doctrina como prescripción por no uso.

⁸⁶ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1100.

⁸⁷ Cfr. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 468.

⁸⁸ Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, pp. 1100, 1101.

⁸⁹ Díez Pícazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, tomo III, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 888, citado por GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1100.

⁹⁰ Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1101.

⁹¹ Ésta es el beneficio o utilidad objetiva que se pretenda satisfacer a través de la servidumbre.

⁹² Casación número 56-2005/San Martín, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Corte Suprema de Justicia), publicada en el Diario Oficial *El Peruano*: Sentencias en Casación, martes 3 de mayo de 2005, p. 13988, compendiada por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Guía Actualizada de casaciones. Derecho Civil y Procesal Civil*, Lima, Jurista Editores, 2007, 154.

Suprema de Justicia, es que resulta manifiestamente improcedente el pedido de clausura o extinción de servidumbres de paso, que obviamente no sean legales, por no encontrarse ello expresamente establecido en nuestro sistema jurídico.

Ante dicho planteamiento jurisprudencial, la doctrina jurídica sostiene que de la fragmentaria normativa del artículo 1049 y segundo párrafo del artículo 1051, se deduce por analogía que en cualquier caso en donde falte la *causa servitutis* entonces podrá disponerse la extinción de la servidumbre⁹³. Además, se señala que “esta causal extintiva deberá ser declarada en la vía judicial, pero en el caso de las servidumbres legales, parece lógico sostener que la misma entidad pública que constituyó el gravamen pueda disponer la cesación cuando cambian las circunstancias, específicamente cuando la utilidad que representaba la servidumbre ya no existe más⁹⁴.”

Para culminar este apartado resulta interesante hacer mención a una situación paradójica presentada entre la doctrina española y la legislación peruana respecto de las causales de extinción de servidumbres, pues en la primera se considera a la consolidación como modo de extinción de éstas. En el sentido asumido por la doctrina jurídica española, las servidumbres se extinguen por consolidación cuando se reúnen en una misma persona la propiedad del predio sirviente y la titularidad de la servidumbre⁹⁵, es decir, cuando una misma persona es propietaria del predio sirviente y del predio dominante. Desde esta concepción no sería admisible lo regulado por el artículo 1048 del Código Civil peruano, en el sentido de que el propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbre en beneficio del otro.

4. CASO CONCRETO: ¿VARIACIÓN O CLAUSURA DE SERVIDUMBRE?

Después de haber analizado tanto aspectos generales sobre el ordenamiento jurídico, el mecanismo analógico de integración jurídica, así como de las servidumbres, cabe ahora hacer referencia específica al caso concreto objeto de estudio, el cual si bien es un caso real que tuvo desarrollo en el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, para el análisis del mismo se ha creído conveniente no aludir a los nombres verdaderos de quienes fueron las partes del proceso, pero sí se mantendrán los datos reales del caso y de cómo fue resuelto en esta primera instancia

judicial; procediendo a comentar el caso por cuanto al haber sido notificada la sentencia, ya es un documento de carácter público.

En el caso concreto, la accionante presenta una demanda de variación de servidumbre con la finalidad de que se clausure el acceso que tiene la demandada por su predio y se mantenga el acceso propio con el que ésta ya cuenta. Su pedido se sustenta en lo siguiente: 1) Mediante contrato de compraventa, la demandada enajena a favor de la demandante una parte de su bien inmueble, el mismo que comprende el primer, segundo y tercer piso de la Sección 102 del Lote N° 7B, Mz. 39, Sector 4 del Asentamiento Humano La Victoria (actualmente Calle Rodrigo de Triana s/n, Distrito de La Victoria, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque) y, que en forma vertical, desde el primer piso comprende los usos, costumbres, servidumbres, entradas, salidas, aires y todo lo inherente a la propiedad; lo que también se encontraba debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble; 2) En la cláusula cuarta de dicho contrato se establece que “como consecuencia de la venta a la vendedora le queda a su favor el segundo piso y tercer piso de la Sección 102 en la parte construida sobre la Sección 101, teniendo acceso por la Av. Manuel Seoane y por la Calle Rodrigo de Triana”, de donde se desprende la servidumbre a favor de la demandada; 3) Debido al proceso judicial de otorgamiento de escritura pública que la demandante inició en contra de la demandada para que le expidiera la respectiva minuta y escritura pública de compraventa, ésta aprovechándose de la servidumbre ha venido efectuando una serie de actos y hechos en contra de la recurrente, como levantar hileras de ladrillo en el tercer piso de propiedad de la accionante, contratar personal para que efectúe la construcción de una cañería para desagüe, para lo cual se rompieron las paredes e instalaron tubos de agua y desagüe en su pared, causándole perjuicio, así como demás acciones que le generan incomodidad e intranquilidad; y, 4) La situación mencionada la motiva a acudir al presente Órgano Jurisdiccional a fin de variar la servidumbre respecto al acceso que tiene la emplazada por la calle Rodrigo de Triana sin número, y que sólo tenga acceso por la Calle Manuel Seoane número 703-A, puerta de acceso directo a su propiedad; por lo que en tal sentido no le afectaría la variación de la servidumbre requerida en este proceso.

⁹³ Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1101.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 151.

Del caso se desprenden cuestiones muy interesantes. Lo primero es que la accionante demanda variación de servidumbre solicitando la clausura de la misma porque la causa que justificaba su existencia había cesado cuando el predio de la demandada adquirió salida propia a los caminos públicos; es decir, si bien la acción fue denominada variación de servidumbre, de la pretensión misma se deduce que en el fondo lo que la demandante estaba solicitando era la clausura de la misma.

Por otro parte, del mismo fundamento fáctico alcanzado por la accionante en su demanda, aparece que esta servidumbre que ostenta la demandada fue constituida mediante contrato de compraventa; no obstante, señala también que en la cláusula cuarta de dicho contrato se había establecido que la demandada contaría con dos accesos a su predio, el de la servidumbre y el propio, de lo que se infiere que a la fecha en la que se constituye la servidumbre, la demandada ya contaba con acceso propio a la vía pública, no encontrándose de ningún modo justificada la existencia de la servidumbre.

Sin embargo, si bien de los mismos hechos se desprende que la servidumbre era un gravamen *per se* injustificado, el problema que se presentaba en el caso planteado era que la Jurisprudencia civil ya había generalizado la improcedencia liminar de la acción de clausura de las servidumbres convencionales por no encontrarse regulada en el ordenamiento peruano, más que para casos específicos (no uso, extinción de servidumbres legales y por destrucción de la edificación en la que yace la servidumbre); de lo cual se tiene por lógico que la accionante no contaba con más medio que sustentar su pedido en la variación de la servidumbre porque ésta le resultaba incómoda por el modo, cuando en realidad lo que pretendía era la extinción de la misma por el fundamento antes esbozado.

4.1. Aplicación de la analogía en la clausura de servidumbre

El modo más viable para resolver el presente caso era recurrir a la analogía como procedimiento de integración frente a la laguna jurídica que acontecía al no hallarse regulada por ley la posibilidad de extinguir las servidumbres constituidas mediante otro título que no fuera necesariamente la ley, cuando el titular de la servidumbre cuenta con acceso inmediato a la

vía pública en su propio predio. Finalmente, la demanda fue declarada fundada argumentándose la clausura de la servidumbre en la falta de la *causa servitutis*, es decir, en la ausencia de utilidad objetiva que justificara la existencia de aquélla..

En ese sentido, en líneas seguidas se expone literalmente aquel extracto de la sentencia que permitió resolver el caso analizado.

“(…) 1°) Que, la servidumbre “es un derecho real cuya extensión se rige por el título de su constitución, toda duda sobre su existencia, su extensión y modo de ejercerla se interpreta en el aspecto menos gravoso para el predio sirviente, así que quien reclame debe probar con título”⁹⁶ y, según el tenor literal del artículo 1047 del Código Civil “el propietario del predio sirviente no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre. Si por razón de lugar o modo la servidumbre le es incómoda, podrá ser variada si no perjudica su uso”. (...) 3°) Que, de fojas ochenta y dos a ochenta y siete obra el Acta manuscrita de la diligencia de inspección judicial realizada en el predio sub materia (...) del acta se aprecia que “(...) Terminada la verificación del inmueble de la parte demandante y del acceso común por la calle Rodrigo de Triana, nos dirigimos hacia la parte del inmueble de la demandada a efectos de constatar si tenía otros accesos propios. Acto seguido, hicimos ingreso por la calle Manuel Seoane sin número, encontrándose una puerta de metal con vidrio que da acceso a una escalera que nos conduce a un departamento de propiedad de la parte demandada a la cual ingresamos conducidos por la parte demandada y encontrando en el interior diversos ambientes, señalando la demandada que ocupa uno de los cuartos. Asimismo, en el patio interior de este departamento se aprecia una escalera que conduce al tercer piso y en la parte final del pequeño patio del departamento se aprecia una puerta de metal que da hacia la escalera verificada inicialmente y que se encuentra dentro de la propiedad de la parte demandante” con dicha inspección pudo verificarse la presencia de dos vías de acceso a favor de la demandada. Por su parte, cabe acotar que del estudio del contrato de compraventa de folios dos puede apreciarse que, si bien en la cláusula segunda se señala que la venta comprende las servidumbres, en el artículo cuarto se estipula que la vendedora (demandada de autos) tendrá dos

⁹⁶ Casación número 850-97-Huánuco, 8 sep. 1998, en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 3, Trujillo, 2000, pp. 63-65, compendiado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Diccionario...*, p. 711.

accesos a su inmueble, uno por la calle Rodrigo de Triana y otro por la Avenida Manuel Seoane, lo que hace suponer que desde la celebración del contrato, se estaba ante dos accesos diferentes a un mismo inmueble, uno de ellos a modo de servidumbre por la propiedad de la demandante. 4°) Que, el estudio de los medios probatorios obrantes en autos y analizado el escrito de demanda de folios treinta y cuatro a cuarenta y tres, se puede advertir que en el caso sub iudice lo que la accionante plantea, más que una variación de servidumbre es una clausura de la misma, por considerar que no es necesaria su existencia toda vez que la demandada cuenta con un acceso directo a su propiedad por la calle Manuel Seoane número 703-A; ante lo cual cabe determinar lo siguiente: 4.1°) Que, respecto de la clausura de servidumbres, la Casación número 56-2005/San Martín establece que "(...) La presente acción [clausura de servidumbre de paso] resulta manifiestamente improcedente por no encontrarse regulada en nuestro ordenamiento legal (...)”⁹⁷. En virtud de una interpretación sistemática y de coherencia lógica, cabe precisar que esta improcedencia de la acción de clausura de servidumbre se sustenta en la necesidad de la existencia de ésta a efectos de que el propietario del predio dominante cuente con el acceso del predio sirviente para poder salir a los caminos públicos, resultando evidente que en caso de que el propietario del predio dominante sólo contara con el acceso brindado por el predio sirviente, no podría menoscabarse su derecho clausurando la servidumbre constituida a su favor; contrario sensu, si el propietario del predio dominante contara con puerta o camino que le permitiera el acceso directo a su predio y, lógicamente, acceso a los caminos públicos, estaríamos ante una manifiesta ausencia de necesidad de la existencia de una servidumbre de paso; todo lo cual se desprende de la propia definición de la servidumbre contenida en el artículo 1035 del Código Civil. 4.2°) Por otro lado, cabe precisar que del análisis de los artículos 1035 a 1054 del Código Civil, contenidos en el Título IV sobre Servidumbres, no se aprecia disposición alguna que permita la clausura, cesación o extinción de las servidumbres de paso constituidas por título privado, en caso de que existiera un camino paralelo que permita al propietario del predio

dominante acceso inmediato a su predio; sin embargo, esta posibilidad sí se encuentra regulada para el caso de la servidumbre legal de paso, habiéndose establecido en el segundo párrafo del artículo 1051 que “Esta servidumbre cesa cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio”. 4.3°) Como antes se indicara, la servidumbre es una figura jurídica o *ius in re aliena* que sustenta su existencia en la falta, y consecuente necesidad, de acceso directo a los caminos públicos por parte del propietario de un predio, denominado predio dominante, que se sirve del acceso brindado por el propietario de otro predio (predio sirviente) para ver satisfecho su derecho de propiedad, practicando actos de uso que de otra manera no podría realizar; pero, dada la posibilidad de la existencia de casos en donde la servidumbre ya no es necesaria por la presencia de otro acceso, incluso más directo que el brindado con la servidumbre de paso, resulta evidente la solicitud de clausura de ésta, y más aún, si la servidumbre resulta incómoda para el titular del predio sirviente, porque quien la usa viene ejerciendo actos abusivos de su derecho. En ese sentido, estamos ante una manifiesta laguna del derecho. 4.4°) Ahora bien, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no prevea la posibilidad de la clausura de servidumbres de paso constituidas por título de carácter privado, no es óbice o impedimento para que el Juez emita un pronunciamiento conforme a derecho, pues precisamente existe una disposición constitucional contenida en artículo 139 numeral 8 que regula “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*”, la misma que ha sido recogida por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil cuyo tenor establece que “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Asimismo, la doctrina académica al tratar el tema de la Integración jurídica, señala que además de los principios generales del derecho, el jurista por antonomasia (el Juez) puede también

⁹⁷ Casación número 56-2005/San Martín, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Corte Suprema de Justicia), publicada en el Diario Oficial *El Peruano*: Sentencias en Casación,

martes 3 de mayo de 2005, p. 13988, compendiada por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Ob. cit.*, 154.

hacer uso del mecanismo de la analogía, que “es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia”⁹⁸; al respecto cabe recordar que, de conformidad con el artículo 139 numeral 9 de la Constitución Política del Perú y el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, respectivamente, “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” y “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. **4.5°)** Que, estando a lo expuesto en el punto anterior, cabe precisar que en el caso *sub iudice* estamos ante una evidente laguna debido a la falta de regulación sobre la clausura de servidumbres de paso constituidas por título de carácter privado cuando ya no es necesaria su existencia debido a la presencia de un acceso directo al predio y caminos públicos de aquel propietario a favor de quien se estableciera la servidumbre; por lo que en vista de que la disposición normativa contenida en el artículo 1051 del Código Civil sobre cesación de servidumbre legal de paso, específicamente la que señala que “Esta servidumbre cesa cuando (...) se abre un camino que de acceso inmediato a dicho predio”, no establece excepciones ni restringe derechos, resulta aplicable por analogía al caso sub análisis, esto es, aplicable la consecuencia jurídica de dicha norma al hecho sub iudice por ser semejante en sustancia al considerado en el supuesto de la norma antes referida, correspondiendo por tanto el cese de la servidumbre de paso constituida mediante el contrato de compraventa con firmas legalizadas de fecha diez de setiembre del año dos mil cinco, obrante en folios dos, esto es, la servidumbre de paso o acceso por la calle Rodrigo de Triana sin número del inmueble identificado como Sección Ciento dos del Lote número 7B, Manzana Treinta y nueve, Sector Cuatro del Asentamiento Humano La Victoria (actualmente Calle Rodrigo de Triana sin número, Distrito de La Victoria, Provincia de Chiclayo, Departamento de Lambayeque),

debiendo la demandada abstenerse de ingresar por dicho acceso en adelante, una vez consentida o ejecutoriada la presente resolución; en ese sentido, la demandada deberá ingresar y salir de su inmueble por la Avenida Manuel Seoane 703-A (acceso directo a la vía pública); quedando acreditado en autos que esta disposición de clausura de la servidumbre *sub litis* no le afecta de ninguna manera. **4.6°)** Incluso, de conformidad con el principio de motivación de las resoluciones judiciales, es menester acotar que, si bien la servidumbre ostenta un carácter perpetuo de conformidad con el artículo 1037 del Código Civil, la doctrina mayoritaria sostiene la cesación de la “*causa perpetua servitutis*”; en ese sentido, se sostiene que “si la utilidad permanente y objetiva es el justificante de la servidumbre, entonces la ausencia de ésta debe autorizar su extinción. Esta situación está prevista expresamente para hipótesis singulares, como es el caso de la destrucción del edificio cuando la servidumbre se ha conferido en base a éste (art. 1049 C.C.) o cuando la servidumbre de paso deja de ser útil cuando el predio enclavado obtiene salida directa a la vía pública (art.1051, 2 C.C.). De esta fragmentaria normativa se deduce por analogía que en cualquier caso en donde falte la causa servitutis entonces podrá disponerse la extinción de la servidumbre. En principio, esta causal extintiva deberá ser declarada en la vía judicial (...)”⁹⁹; con lo cual se halla plenamente sustentado lo esgrimido en los puntos de este considerando. **5°)** Por lo antes expuesto, en aplicación analógica del segundo supuesto contenido en el artículo 1051 segundo párrafo del Código Civil, corresponde estimar la pretensión de la demandante sobre clausura de servidumbre de paso constituida por título de carácter privado (contrato de compraventa) toda vez que la utilidad que representaba dicha servidumbre ya no existe más al haberse acreditado en autos, con el contrato de folios dos y la inspección judicial de folios ochenta y dos a ochenta y siete, que la demandada cuenta con salida directa a la vía pública por la Avenida Manuel Seoane 703-A¹⁰⁰.

Conclusiones

emitida por el Juez del Sexto Juzgado Civil de Chiclayo en el Expediente N° 2761-2009-0-1706-JR-CI-06.

⁹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema...*, p. 289.

⁹⁹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Ob. cit.*, p. 1101.

¹⁰⁰ Cuarto considerando de la Sentencia contenida en la Resolución número doce de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil diez,

En virtud de la pretensión de plenitud que caracteriza al ordenamiento jurídico, ante una laguna jurídica puede aplicarse el mecanismo o procedimiento analógico con la finalidad de integrar norma para la resolución de aquel caso de carencia normativa que reclama regulación jurídica.

En base a lo analizado en el cuerpo de este artículo, se advierte que las lagunas jurídicas no son sucesos de lejano acontecimiento, pues tal como se ha visto en el caso de la clausura de servidumbres constituidas por contrato, las lagunas se

encuentran naturalmente presentes en la práctica jurídica.

En tal sentido, el hecho de que el legislador no haya previsto la posibilidad de clausura o extinción de las servidumbres convencionales cuando la *causa servitutis* ha desaparecido, ello no impide que el jurista por antonomasia cumpla su deber de administrar justicia aplicando los mecanismos de la integración jurídica frente a aquella laguna de la ley.