

ESTUDIOS

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LAS SERVIDUMBRES

CONCEPTO. — METODOLOGIA

Guillermo L. Allende
Profesor adjunto interino de Derecho Civil

I — ANALISIS DEL ARTICULO 2970

Dice el artículo:

"Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad".

Conforme al artículo, debe existir:

a) Un inmueble; b) inmueble ajeno; c) que se ejerza sobre el inmueble ajeno, uno o más de los siguientes derechos: 1) uso del inmueble; 2) ejercer sobre el inmueble ciertos derechos de disposición; 3) impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad. Estos derechos pueden ser perpetuos o temporarios.

Veamos dichos tres requisitos:

a) Un inmueble: Está tomada la palabra inmueble, en el sentido de inmueble por su naturaleza (artº 2314): Existiendo ese inmueble, puede recaer también la servidumbre, sobre cualquier cosa incorporada a él. Al estudiar las servidumbres personales, ya veremos su crítica.

b) Inmueble ajeno: Sería ir contra la naturaleza de las cosas, pretender la existencia de una servidumbre sobre la cosa propia, pues, los derechos que pueden emerger de las servidumbres, están ya incluidos en el dominio. En verdad, el contenido de las servidumbres, no es más que una parte del derecho de propiedad, o para emplear las palabras del Codificador, es: "Toda desmembración del derecho de propiedad" (nota al 2971). Ver además en el capítulo "De la extinción de las servidumbres" el artículo 3055 y su nota breve pero importante. También tener en cuenta los artículos 2928 y 2929. Aunque después volveremos sobre este aspecto, cabe desde ya tener bien presente, sino una excepción a lo dicho, al menos la situación especial, a que da lugar el condominio (artº 3058).

c) El tercer requisito, admite, como vimos, una triple división. La comprensión total del mismo, resulta clara, si nos atenemos a la explicación que el propio Codificador nos da en la nota al 2971, cuando dice:

"La restricción consiste en no hacer alguna cosa, *non faciendo*... La restricción consiste en sufrir alguna cosa, *patiendo*". La lectura total y meditada de la nota resulta imprescindible en este curso.

Para recordarla mejor y precisar su alcance creo oportuno transcribir los artículos 4735 y 4736 del Esbozo de Freitas, aclarando que el primero se relaciona con el término "*patiendo*" y el segundo con "*no faciendo*".

Art. 4735: Servidumbres afirmativas, son las que confieren al dominante el derecho de ejercer sobre el predio sirviente algún acto que, sin la servidumbre, le sería ilícito.

Art. 4736: Servidumbres negativas, son las que confieren al dominante el derecho simplemente de prohibir que el poseedor del predio sirviente ejerza en este algún acto que, sin la servidumbre, le sería lícito.

Dejemos ahora el estudio de sus elementos, y pasemos a lo que es una característica esencial: Se trata de un derecho real.

Figura entre los derechos reales enumerados en el artº 2505, repite el concepto el 2980 y el 2907.

El profesor titular ya ha explicado lo que son derechos reales por lo que lógicamente no me detendré al respecto. Si, en cambio, abordaré el tema, del porqué las servidumbres son derechos reales.

Aquí nada mejor que tener bien presente la nota al artículo 2970, en que Vélez nos da las razones. He dividido la nota en 6 "razones" que transcribo, para su más fácil estudio:

1º) El objeto de una servidumbre es atribuir a quien ella pertenece un derecho sobre el fundo gravado;

2º) La mutación de los propietarios no trae cambio alguno en las relaciones recíprocas de las heredades;

3º) El que por un título cualquiera adquiere un fundo, al cual es debida una servidumbre, puede usar de ella, aunque no fuese indicada en el contrato de venta;

4º) El nuevo propietario de una heredad gravada con una servidumbre, debe sufrirla aun cuando hubiese adquirido la heredad sin cargas;

5º) La muerte del que ha constituido una servidumbre no la extingue, lo que demuestra que la servidumbre, en su constitución, no es una obligación personal de hacer o de no hacer;

6º) Si el dueño del predio sirviente se niega a sufrir la servidumbre, el derecho del dueño del predio dominante no se resuelve en obtener los daños y perjuicios. Puede exigir que los tribunales le hagan dar el goce efectivo de la servidumbre.

Tener también presente la nota al 2807 y en especial, cuando dice: "El usufructo es un derecho real porque pone a la persona en relación directa o inmediata con la cosa, sin el intermediario de un deudor y debe considerarse como un inmueble particular, civilmente separado de la propiedad".

Fundándolo el propio Codificador, el punto 39 arriba transcrito en el Digesto, leyes 47 y siguientes, Tit. I, Lib. 18; transcribo a continuación las leyes 47 y 48.

Ley 47: "Si a un predio se le debiera acueducto, también pasa al comprador el derecho de agua, aunque nada se haya dicho, así como las cañerías por las que se conduce el agua,

Ley 48: "aunque estén fuera de la casa".

La primera ley es un fragmento de Ulpiano, la segunda de Paulo.

II - PRIMERA GRAN CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES

Y ahora pasamos a la primera división que corresponde hacer de las servidumbres, o sea: reales y personales. Aclaro, no es que estudie-mos ahora, propiamente dicho, la clasificación de las servidumbres, que lo haremos después, sino que, esta división primera hace a la esencia del concepto de lo que es servidumbre y a su metodología.

El art. 2971, nos define la servidumbre predial: el siguiente, la personal.

A - Servidumbres reales

Dice el art. 2971:

"Servidumbre real es el derecho establecido al poseedor de una heredad, sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera".

De la definición resultan los dos siguientes requisitos esenciales:

1º) Existencia de dos inmuebles. Anoto que "heredad", término que emplea el Cód., es sinónimo de inmueble;

2º) La carga que debe soportar uno de ellos es a beneficio del otro.

Aclara bien este segundo requisito, la nota al propio artículo, en donde el Codificador citando a Marcadé, dice: "Para saber pues, si el derecho que se presenta, como que constituye una servidumbre real, merece o no esta clasificación, es preciso examinar no sólo si está establecido sobre los inmuebles, sino también si la carga a uno de los fundos es a beneficio de otra heredad".

El inmueble que se beneficia se llama heredad o predio dominante; el que soporta la carga, heredad o predio sirviente. (ver artículos 2973 y 2974)

La carga del fondo sirviente, o sea la utilidad del fondo dominante, ¿en qué debe consistir?

Resuelve la pregunta el artº 3000:

"Se pueden constituir servidumbre cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor".

Ese principio general sentado aquí, se expande luego por todo el título y así vemos aparecer normas particulares, que no son más que su aplicación y desarrollo; por ejemplo: los artículos 3050 y 3051. De ese último tener bien presente, el ejemplo que da su nota.

B. — *Servidumbres Personales.*

Nos da su definición el artículo 2972:

"Servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella".

Su nota, algo extensa, debe ser bien estudiada y meditada.

Aquí el Codificador ha dudado mucho y tal estado de ánimo científico, se traduce en la ley.

Se ha dicho que esta actitud, llamémosla, recelosa del legislador hacia las servidumbres personales y su constante hesitación, proviene de la forma de legislar el código francés y del temor, no cabe otro término, que las servidumbres personales inspiraron a Portalis y demás autores de la obra de Napoleón.

Pero esto es un error. Sin perjuicio de ser cierto lo dicho sobre tal ley extranjera, la duda de Vélez tiene una tradición muchísimo más antigua, arranca con los juriconsultos clásicos romanos y se objetiva bien, en la *Instituta* y en el *Digesto*.

1. — *La Incertidumbre de Vélez*

De entrada nos encontramos con la nota al artículo 2992, que comienza así:

"Hablando con exactitud, tales servidumbres (se refiere a las personales) no son verdaderamente servidumbres".

¿Y si no son servidumbres personales, porqué las hace figurar así? Luego la nota intenta una explicación, pero no convence.

Patentiza más aún, este estado de duda, la nota al artículo anterior, cuando dice:

"El nombre de servidumbre, a nuestro juicio, debía sólo darse a las servidumbres prediales, a las cargas existentes entre dos inmuebles, a las servidumbres reales."

Y si Vélez pensaba así, ¿por qué dice lo contrario en la ley?

Es que pesaba sobre él, llamémosla así, una larga tradición de duda.

2. — *El Digesto y la Instituta*

El Digesto legisla sobre las servidumbres en el libro VIII y la ley 1. del título I, citando a Marciano nos dice:

"Las servidumbres o son personales, como el uso y el usufructo, o reales, como las servidumbres de los predios rústicos y urbanos."

Es decir, la servidumbre es el género y el usufructo la especie. Pero luego el Digesto olvida a Marciano y sólo se refiere en el libro a las servidumbres prediales, cual si éstas fueran las únicas. Y lo más extraño es que en el libro anterior se legisó sobre el usufructo, uso y habitación. Es decir, se legisa primero sobre unas "especies", luego se trata el género y a renglón seguido se legisa sobre otra especie de servidumbre.

La Instituta sigue otro método muy distinto. En el libro II, primero se refiere a las servidumbres prediales y luego al usufructo. De aquí podría deducirse que aparece más claro que el usufructo es una servidumbre, pero no es así, por cuanto al legislar sobre el usufructo lo hace cual si nada tuviera que ver con las servidumbres y en cierto sentido, hasta lo establece expresamente, cuando dice:

"Basta haber dicho esto, sobre las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación."

3. — *El Digesto y nuestro Código*

Si bien se examina, resulta claro, evidente, que el método de Vélez no es otro que el del Digesto. Así y puntualizando:

El libro VII del Digesto legisa sobre usufructo, cuasi usufructo, uso y habitación (no nos interesa el título VII "De operis servorum" y nuestro Código en el título X sobre usufructo y cuasi usufructo, en el título XI, sobre uso y habitación. A su vez el Digesto en el libro VIII se refiere a las servidumbres y nuestro Código las trata en los títulos XII y XIII. Mayor semejanza no es posible hallar.

4. — *Las servidumbres en la Edad Media*

El derecho romano fué mal comprendido en la Edad Media y las servidumbres no hicieron excepción. Se legisó sobre éstas, de muy distinta manera que en el Digesto y en la Instituta; naturalmente no todo fué por incomprensión, mediaron también factores históricos. En síntesis, la diferencia esencial y más grave fué, que al "non faciendo" y al "paciendo", que ya vimos, se le agregó el "faciendo", con lo que la servidumbre, más que afectar al fundo sirviente, afectaba á la persona misma, al titular del fundo sirviente. Al respecto véase la cita que hace de Marcadé la nota al artículo 2971.

Esta nueva servidumbre que nace y se desarrolla en la Edad Media es en verdad una servidumbre personal. Pero tenemos que tener cuidado con las palabras, para que éstas no confundam los conceptos. Esta

servidumbre personal nada tiene que ver con las servidumbres personales del derecho romano, o sea con las que establece nuestro codificador. La servidumbre nacida en la Edad Media es de hacer y la servidumbre personal propiamente dicha no puede salir del ámbito que ya vimos: no hacer, o soportar que otro haga.

La mejor crítica a estas servidumbres personales la hizo Pomponio, mucho antes de que la Edad Media amaneciera. Oigámoslo: "No es la naturaleza de las servidumbres que alguien haga alguna cosa, por ejemplo, levante jardines, o proporcione una vista más amena o que pinte en su propiedad, sino que tolere alguna cosa o no la haga" (D. 15, 1, 8).

5. — El método del Codificador

Ya conocemos bastante sobre nuestro Código. Ahora haremos su crítica y ésta no puede resultar favorable.

El legislador debe decidirse, o admite o no una institución con determinada característica y una vez decidido el punto, el método debe guardar armonía con tal decisión.

Vélez admitió las servidumbres personales, ello es indudable, pero dudó de su conveniencia y ello se tradujo en la forma hesitante de legislar.

Es necesario que me detenga sobre esto de admisión indudable, dada la opinión contraria, nada menos que de Bibiloni y de cierta jurisprudencia que pronto veremos.

El artículo 2972 establece expresamente la existencia de servidumbre personal. El mismo por otra parte tiene su fuente directa en el artículo 4732 de Freitas y nadie puede dudar que Freitas admitiera esta clase de servidumbre. No me detengo al respecto por razones de brevedad, y además porque la simple lectura del Esbozo despejaría toda hesitación, dada la extraordinaria armonía del sabio juriconsulto brasileño, "sólo comparable a Savigny".

Pero el artículo 2972 no resulta una norma aislada, ella guarda perfecta relación, entre otros, con los siguientes artículos: 3098, 3004, 3011, 3031, 3078, 3083, 3093 y 3104.

Veamos la opinión de Bibiloni. Aparece en la nota al artículo 2697 de su Anteproyecto, que dice:

"En nuestro Código todas las servidumbres son reales, o mejor prediales, puesto que las que el artículo 2972 llama personales, están tratadas en títulos propios —usufructo y uso o habitación— y con denominaciones que excluyen la idea de servidumbre."

Y lo malo es que la jurisprudencia lo siguió:

"En nuestro Código Civil no existen servidumbres personales, todas son prediales. Lo que el artículo 2972 llama personales están legisadas en títulos y con designaciones (usufructo, uso y habitación) que excluyen la idea de servidumbre." (Cán. Civ. 2º, abril 6/45, en J. A. 1945/11/885).

Con todo lo expuesto se está en condiciones de apreciar el error en que se incurre.

Además del usufructo, uso y habitación, se pueden crear muchas otras servidumbres personales, algunas de las cuales el Código prevé y bien expresamente y que son las cuatro que incluye en el título XIII.

Así, la de tránsito, no solamente puede ser servidumbre personal, sino que, en caso de duda y siempre que no se trate de una heredad cerrada, se considera personal (art. 3083); la de sacar agua, en caso de duda, se reputa también personal (art. 3114).

III. — LEGISLACION COMPARADA.

Habiendo en la exposición dado un vistazo al derecho romano, al Esbozo y al Código francés, veremos ahora el Código alemán y el brasileño, hijo estos dos por ser de los más modernos y científicos, y además, por seguir, al respecto de nuestra materia, métodos y conceptos distintos.

a) Código alemán

El libro III, sección V, se titula "De las servidumbres". Se divide a su vez en tres títulos: el primero trata de las servidumbres prediales; el segundo, del usufructo y el tercero, de las servidumbres personales restringidas. Es decir, admite la división de las servidumbres en prediales y personales y da a estas últimas una extensión semejante a la que les acuerda nuestro Código. Fácil se puede apreciar lo apropiado, mejor diremos, perfecto, de su método.

b) Código brasileño

El libro II se divide en capítulos, así: Capítulo III, servidumbres prediales; Capítulo IV, usufructo; Capítulo V, uso; Capítulo VI, habitación. No admite más servidumbres que las reales. Dentro de la concepción adoptada, distinta que la del alemán, su método no es menos excelente.

VI. — ANTEPROYECTO Y PROYECTO.

En cierto sentido ya adelantamos el criterio de Babiloni, al criticar su nota al artículo 2697 del Anteproyecto.

Su método es el siguiente:

Libro III: título VIII: Del usufructo; título IX: Del uso y de la habitación; título X: De las servidumbres prediales; título XI: De las servidumbres en particular.

Como puede observarse, el método, en líneas generales, es semejante al de nuestro Código, con la diferencia sustancial de que no admite las servidumbres personales. En armonía con esta concepción el artículo 2696 define a las servidumbres así:

"Pueden establecerse servidumbres sobre un inmueble para utilidad de otro, en cuya virtud el propietario de éste tiene derecho de usar

de cierta manera del predio sirviente, o impedir que en él su dueño ejerza alguno de los derechos de propiedad respecto del predio dominante."

El Proyecto sigue a Babiloni. En la "Exposición de motivos", al referirse al artículo 1673, que da el concepto de servidumbre, se dijo: "Con el nuevo precepto se llegará a lo que deseaba Babiloni: dejar bien establecido que sólo hay servidumbres sobre inmuebles y para utilidad de éstos".