

EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE: UNA ESTRATEGIA QUE CONTRIBUYE A PRESERVAR EL MEDIOAMBIENTE*

*THE REAL RIGHT OF SERVITUDE: A STRATEGY THAT HELPS
PRESERVE THE ENVIRONMENT*

*Lidia D. Lasagna***

Resumen: La protección del medioambiente es una responsabilidad que no solamente involucra al Estado sino a cada uno de nosotros. Entre las distintas estrategias a los fines de proteger el hábitat, el ecosistema, espacios ambientales, el mejoramiento de procesos agropecuarios, productivos y económicos, las servidumbres ecológicas, han sido consideradas como un adecuado medio para que los propietarios cuenten con instrumentos jurídicos idóneos para conservar y realizar un manejo adecuado de los recursos naturales existentes en sus terrenos, con la debida protección legal.

Palabras-clave: Servidumbre - Medioambiente - Estrategia - Responsabilidad - Daño ecológico.

Abstract: Protecting the environment is a responsibility that involves not only the state but to each of us. Among the various strategies in order to protect the habitat, the ecosystem, the environmental areas, the agricultural productive and economic processes, the ecological servitudes have been considered as an adequate means so that owners -with appropriate legal instruments- can conserve and make appropriate management of the natural resources on their land, with due legal protection.

Keywords: Servitude - Environment - Strategy - Responsibility - Ecological damage.

Sumario: I.- Introducción.- II. Concepto de servidumbre.- III. Servidumbre y posesión.- IV. Servidumbres y límites al dominio.- V. Servidumbres administrativas.- VI. Servidumbres atípicas.- VII. Servidumbres ambientales.- VIII. Conclusiones.- IX. Bibliografía.

*Trabajo recibido el 9 de agosto de 2016 y aprobado para su publicación el 7 de septiembre del mismo año.

**Abogada. Escribana Pública. Especialista en Derecho Notarial. Prof. Titular de Práctica y Ética Notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Prof. Titular de Práctica Notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Prof. Titular de Derecho Notarial II en la Facultad de Derecho de la Universidad Blas Pascal. Profesora de Derecho Privado V en Facultad de Derecho de la UNC.

I. Introducción

Al ir surgiendo en la sociedad necesidades y derechos objeto de protección, los derechos reales también sufren un proceso de cambio y evolución permanente. Estos son parte de una realidad y por ello las normas del Código Civil y Comercial se relacionan con distintas leyes y con distintas exigencias, siendo sus institutos los que pueden dar un remedio a los nuevos requerimientos.

Así, ante un rápido desarrollo económico, los problemas del medio ambiente surgen y aumentan día a día, haciendo necesaria la búsqueda de soluciones que tiendan a concienciar y limitar los impactos que la actividad del hombre produce. La aplicación de medidas involucra tanto al estado como a los particulares.

Entre las distintas gestiones, China, al entrar al siglo XXI, planteó la aplicación de una estrategia que consideraron necesaria para el desarrollo sostenido de su economía, abarcando los siguientes puntos: desarrollar una economía circulatoria elevando los efectos de utilización de recursos; desarrollar la producción limpia y rebajar los costos de contaminación en el proceso de la producción; desarrollar el consumo verde y reducir los daños ecológicos en el curso del consumo; desarrollar nuevas fuentes de energía y hacer realidad la superación radical del modo de producción y su transición a una civilización industrial ecológica y cultivar un ambiente ecológico de coexistencia armoniosa del hombre con la naturaleza (1).

También Chile en el año 2009 realizó una invitación a presentar proyectos viables para la protección, en base a la normativa vigente, de inmuebles donde pudieran competir la conservación del mismo con actividades forestales, mineras, energéticas, potenciando además actividades como desarrollo turístico y científicos sustentables (2).

Entre las distintas estrategias a los fines de proteger el hábitat, el ecosistema, espacios ambientales, el mejoramiento de procesos agropecuarios, productivos y económicos, las servidumbres ecológicas, originadas en función a la posibilidad de creación de distintas servidumbres, han sido consideradas como un medio para que los propietarios cuenten con instrumentos jurídicos idóneos para conservar y realizar un manejo adecuado de los recursos naturales existentes en sus terrenos con la debida protección legal.

Por medio de las servidumbres, los antiguos romanos idearon una manera de obtener más beneficio de la propiedad inmueble, al hacer posible a los propietarios compartir voluntariamente la utilidad de éstos con otros seres humanos. Esta figura jurídica nos ofrece una solución conjunta a las actuales necesidades humanas de producción y de protección. Permite que un inmueble sin perder su productividad pueda ser objeto de determinadas limitaciones, que contribuyan al destino de otros inmuebles dedicados a la protección.

(1) V. Co2.mofcom.gov.cn/aarticle/aboutchina/economy. 1/12/2012.

(2) "Invitación a presentar *curriculum vitae* 158/2009. Anexo 1. Términos de referencia. "Creación de herramientas jurídicas que permitan establecer servidumbres ambientales e incentivos tributarios para la conservación en Chile".

Antes de comenzar a tratar el tema de estas novedosas servidumbres y su contribución al amparo de ciertas relaciones jurídicas, se hace necesario, aunque muy brevemente, delimitar las servidumbres, diferenciarlas con las restricciones y límites que se imponen a todo titular de derecho real de dominio y precisar las servidumbres administrativas, diferenciándolas del derecho real establecido en el Código Civil y Comercial.

II. Concepto de servidumbre

El Código Civil y Comercial (CCC) trata el derecho real de servidumbre a partir del artículo 2162 definiéndolo como “*el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo*” (3).

De la presente conceptualización podemos extraer los siguientes elementos que caracterizan a este derecho:

- 1) Es un derecho real. El artículo 1887 del CCC enumera los derechos reales, que como sabemos solo pueden ser creados por ley, y entre ellos a las servidumbres. En los derechos reales a diferencia de lo que ocurre con los derechos personales, se crea una relación directa e inmediata entre el titular del derecho real y la cosa objeto del mismo (4). Según Ortolan, citado por Vélez Sarsfield en la nota del artículo 497 del derogado Código Civil, el “*Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos, derecho personal es aquel en que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor*”.

Esta relación también había sido puesta de manifiesto por Vélez Sarsfield en el derecho real de servidumbre y en ese sentido en la nota del artículo 2970 del Código Civil expresaba: “*(...) El objeto de la servidumbre es atribuir a quien ella pertenece un derecho sobre el fundo gravado (...). La mutación de los propietarios no trae cambio alguno en las relaciones recíprocas de las heredades. 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. El nuevo propietario de una heredad gravada con una servidumbre, debe sufrirla aún cuando hubiese adquirido la heredad sin cargas. 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. Si el dueño del*

(3) En el derogado Código de Vélez Sarsfield, el artículo 2970 definía a las servidumbres diciendo: “*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*”.

(4) Art. 1882 CCC: “*El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código*”.

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

Vemos cómo se ponen de manifiesto caracteres propios de los derechos reales tanto el *jus preferendi*, es decir el derecho de ser preferido a cualquier otro titular de derecho tanto personal como real si fue constituido este último con posterioridad, como el *jus persecuendi*, entendiéndose al derecho que tiene todo titular de perseguir la cosa en manos de quien se encuentra, como así también la posibilidad de ejercer las acciones reales propias de este tipo de derecho.

- 2) Inmueble ajeno: nunca hubo dudas respecto de que el objeto de este derecho real era y es la cosa inmueble, pudiendo recaer sobre la totalidad del mismo o en una parte material. La definición que nos da el CCC pone fin a la polémica respecto de si este derecho, cuando era personal, podía tener por objeto un solo inmueble.

Recordemos que en el derecho romano clásico el usufructo, el uso y la habitación eran derechos distintos de las servidumbres, eran derechos autónomos. Se concebía en las servidumbres la necesidad de que existieran dos fundos, uno dominante y uno sirviente, tanto en las llamadas reales como en aquellas en que se tenían en cuenta las necesidades del propietario del fundo dominante. Las interpolaciones que aparecen en el *Corpus Iuris*, en el Digesto y en la Instituta de Justiniano alteraron los conceptos del derecho romano clásico llegando a considerar al usufructo, uso y habitación como servidumbres personales. Por su parte el Esbozo de Freitas diferenciaba las servidumbres personales activas, como aquellas que benefician a una persona titular del fundo dominante y servidumbres personales no activas en las que el beneficio estaba dado a una o más personas determinadas sin inherencia a inmueble alguno.

Así es que la diversidad de fuentes tomada por Vélez y la redacción de los artículos 2971 y 2972 del CC permitió entender, a parte de la doctrina, que también eran servidumbres aquellas que no contaban con la existencia de dos fundos si se constituía en utilidad de alguna persona determinada, aunque no fuera poseedora de fundo alguno. Ya no tiene sentido preguntarnos, en este último caso ¿no estaríamos refiriéndonos al usufructo, uso o habitación? Un cartel luminoso sobre el techo de una vivienda, ¿podría haber sido servidumbre o derecho de uso? No es esencial que los dos fundos, sirviente y dominante, sean colindantes (5), la ubicación de los predios deben permitir el ejercicio de la servidumbre, ya lo veremos cómo se pone de manifiesto en las servidumbres ecológicas, así por ejemplo en las servidumbres creadas para la protección de aves críticamente amenazadas (6).

(5) CHACÓN, Carlos M., *Las disposiciones legales costarricenses sobre las servidumbres ecológicas*, Costa Rica, marzo, 2002, p. 9. Obtenible en www.inbio.ac.cr/es/biod/estrategia/Paginas/PDF/.../DISPOS-1.PDF. Consulta de 01 de abril de 2016.

(6)“(…) *La supervivencia de las especies de vida silvestre dependen de que puedan continuar visitando, viviendo y alimentándose en los fundos que habitan y en todas las demás propiedades que visitan siguiendo sus patrones de comportamiento periódico (...)*” CHACÓN, Carlos M., op. cit., p. 8.

Los predios que constituyan fundo sirviente y dominante deben pertenecer a distintos propietarios. No puede haber servidumbre sobre inmueble propio, al menos en nuestra legislación (7). Si bien el titular de dos inmuebles puede hacer depender un inmueble de otro, como por ejemplo si uno de sus fundos posee agua y fuere necesario regar el otro fundo construyendo un acueducto, no estamos hablando de servidumbre, ya que a pesar de tal dependencia no hay distinta titularidad.

- 3) Perpetuo o temporario: haciendo referencia a la durabilidad de las mismas, las servidumbres pueden ser perpetuas o temporarias. Esta clasificación se desprende de los artículos 2165 y 2182 del CCC. Serán perpetuas en el caso de las servidumbres reales si por convención no se hubiese establecido un límite de tiempo (8). Si fueran personales y no se hubiese establecido un plazo o una condición, terminan con la muerte del titular del fundo dominante (9), salvo el caso de ser una persona jurídica en cuyo caso, la servidumbre finaliza a los cincuenta años si no se pactó una duración menor.

Explica Vélez, en la parte final de la nota del artículo 2970 del CC, que *“la misma naturaleza de las cosas determinará la perpetuidad como en el caso de las que derivan de la situación de los lugares o de aquellas impuestas por la ley no así cuando se constituyan por contrato o por actos de última voluntad donde podrá ser a perpetuidad o por un tiempo, ya sea durante la vida de la persona que goza de la servidumbre o de un tercero o si se ha impuesto bajo una condición resolutoria.”*

- 4) Derechos del titular de la servidumbre: el titular del fundo dominante puede usar del inmueble, no puede constituir derechos reales, pero sí derechos personales que se relacionen a la utilidad conferida o impedir que el propietario ejerza ciertos derechos que deviene de su derecho de propiedad. El titular del fundo sirviente si bien conserva la disposición jurídica y material que le corresponde a su derecho no debe turbar el ejercicio de la servidumbre pudiendo el titular dominante exigir el cese de la turbación, el restablecimiento de la cosa a su estado anterior o en el caso de ser onerosa optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación.

El titular dominante, además de ejercer la servidumbre establecida, podrá ejercer servidumbres accesorias indispensables para ejercer la servidumbre principal; podrá realizar todos los trabajos necesarios para el ejercicio y conservación de la servidumbre, tomando a su cargo los gastos a menos que la necesidad

(7) El derecho alemán ha adoptado “servidumbre predial del propietario”. V. MARIANI de VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Tomo 3, Editorial Zavalía, año 1977, p. 76.

(8) Artículo 2165 CCC: *“(…) Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario (…)”*

(9) Artículo 2165 CCC: *“(…) Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor.”* Artículo 2182 CCC: *“(…) c. en las servidumbres personales, si el titular es persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los cincuenta años desde la constitución.”*

de reparación provenga por ejemplo de un vicio inherente a la naturaleza del predio sirviente.

Para el titular del fundo sirviente la servidumbre no puede consistir en un hacer *-in faciendo-*. La servidumbre es una restricción impuesta a la propiedad y no a la libertad del propietario, la servidumbre obliga al fundo y no al propietario o poseedor, ya sea porque no se tenga el derecho de hacer todo lo que se podría hacer si no existiese ese derecho real constituido sobre la cosa *-non faciendo-* o porque debe permitir que hagan lo que se tendría derecho a impedir lo que otro hiciera en su fundo *-in patiendo-* (10).

III. Servidumbre y posesión

Cuando hablamos de los derechos reales que no se ejercen por la posesión, inmediatamente nombramos la servidumbre y la hipoteca. En la hipoteca, porque la cosa sobre la que recae la garantía permanece en poder de su propietario, ¿pero respecto de las servidumbres?

A este respecto, el artículo 1891 del CCC establece: *“Todos los derechos reales regulados por este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. En el caso de las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”*. La posesión es el poder o la relación de hecho que una persona tiene con una cosa, es el poder de disponer físicamente de la cosa sin reconocer en otro un señorío superior. Relacionando el artículo 1916 con lo dicho, la posesión es legítima cuando importa el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad con las previsiones de la ley.

La posesión es el contenido del derecho real. Cuando hablábamos de contenido hacemos referencia a la extensión y cuando hablamos de naturaleza nos referimos al modo de ejercicio y exteriorización, por ello podemos decir mirando este último aspecto que las servidumbres pueden ser afirmativas o positivas o negativas.

Son afirmativas o positivas aquellas servidumbres que autorizan a su titular a realizar determinados actos sobre la heredad sirviente, como por ejemplo la servidumbre de paso. En cambio, son negativas aquellas que impiden al titular del fundo sirviente a realizar ciertos actos de propiedad. El titular de un derecho real de dominio puede usar, gozar y disponer de la cosa, aunque prive a terceros de ciertos beneficios, sin embargo, si se constituye una servidumbre el derecho del propietario se vería limitado, como por ejemplo en la servidumbre de no edificar.

Creemos que las servidumbres afirmativas o positivas, a pesar de lo dispuesto por el nuevo Código, se ejercen por la posesión, por cierto, una posesión acorde al derecho real de que se trata, no así las negativas, ya que como dijimos consisten en un dejar hacer por lo que no requieren un hecho constante del hombre.

En el artículo 2976 del CC las servidumbres se clasificaban en visibles o aparentes y no aparentes, la nota a este artículo además establecía: *“(…) que los escritores de*

(10) Nota del artículo 3022 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

derecho, las leyes romanas y otros códigos hacen otra división de las servidumbres, en urbanas y rústicas, y en afirmativas y negativas, pero que tales divisiones no presentan utilidad", sin embargo, por medio de esta última clasificación, podemos afirmar que las servidumbres afirmativas se ejercen por la posesión en cambio en las negativas no hay posesión ni actos posesorios (11).

No surge de la normativa del CCC, la clasificación de servidumbres aparentes o no aparentes, continuas o discontinuas. Por lo que nos preguntamos, ¿conforme lo prescripto por el nuevo Código, los titulares de este derecho real no tendrán acciones posesorias ante el desapoderamiento o la turbación?, ¿tampoco podrán ser adquiridas por prescripción? Creemos que conforme lo prescriben los artículos 1900 (12), 2238 (13), 2565 (14) del CCC y sus concordantes, las servidumbres positivas podrán ser defendidas mediante acciones posesorias y adquiridas por prescripción.

IV. Servidumbres y límites al dominio

En la legislación comparada existe una procedencia francesa seguida por los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador, Bolivia, México, Uruguay, también el Código italiano y el español, donde se incluye dentro del título de las servidumbres a las restricciones y límites al dominio. Ello a diferencia de la procedencia romanista, sistema seguido por Vélez, que distingue ambas figuras.

Los límites al dominio se caracterizan por imponer un deber de hacer, no hacer o dejar hacer porque se tratan de tolerancias impuestas que hacen a la necesidad de una convivencia ordenada en función al interés general impuesto por la sociedad. Las restricciones y límites al dominio forman un estado regular y ordinario del dominio.

Siguiendo a Lafaille (15) las restricciones se diferencian de las servidumbres en:

- a) Las servidumbres representan un régimen de excepción dentro del dominio mientras que las restricciones constituyen un estado normal.
- b) En las restricciones falta el fundo dominante y el sirviente, elementos característicos de las servidumbres.
- c) En las servidumbres se impone al dueño el deber de soportar determinados actos del propietario de la heredad dominante o abstenerse de algunos otros en interés de aquel.

(11) BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. 5- Artículos 2311/3261 Derechos Reales*. Editorial Hammurabi S.R.L., 1997, p. 1105.

(12) Artículo 1900 CCC: *"Posesión exigible. La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua"*.

(13) Artículo 2318 CCC: *"(...) Las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder (...)"*.

(14) Artículo 2565 CCC: *"Regla general. Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes"*.

(15) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil Tomo IV - Tratado de los Derechos Reales Volumen II*, Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, 1944, p. 15.

- d) Existen restricciones que exigen actos positivos.
- e) La reciprocidad se impone para las relaciones entre vecinos, faltando este requisito en las servidumbres.

V. Servidumbres administrativas

La servidumbre administrativa ha sido definida como el derecho real administrativo constituido por el Estado (*lato sensu*) sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo. A diferencia de la simple restricción administrativa, la servidumbre afecta no ya lo absoluto del dominio, sino su carácter exclusivo, lo cual ocurre cuando un tercero -que en el caso de limitaciones administrativas es el público- utiliza la propiedad en particular (16).

Estas servidumbres se pueden caracterizar y diferenciar de las servidumbres del derecho privado en cuanto a que:

- a) Para su constitución se tiene en cuenta el interés público.
- b) A diferencia de la servidumbre civil o privada basta con que exista un fundo sirviente sin ser necesario la existencia de un fundo dominante. Son siempre personales a diferencia de las civiles que pueden ser reales o personales.
- c) Esta destinada a servir a una entidad pública o sujeto de derecho representativo de la comunidad. Se constituyen formalmente en favor de una entidad administrativa y materialmente en beneficio de la sociedad.
- d) Puede recaer sobre bienes tanto del dominio público como del dominio privado.
- e) Afectan el carácter absoluto del derecho real de dominio, limitando la intensidad de su ejercicio, aunque también su carácter exclusivo.
- f) La constitución de estas servidumbres exige el pago de una indemnización a favor del propietario del fundo sirviente. Esta indemnización tiende a reparar la lesión sentida en la exclusividad de su predio. La cosa no pasa al régimen de cosa pública, pero el propietario no puede tener una disponibilidad plena y exclusiva de su propio bien.
- g) No extingue el derecho real de dominio del titular del fundo sirviente.

Ejemplo de servidumbres administrativas: gasoducto, electroducto, ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, lugares, monumentos e inmuebles históricos, servidumbres hidrocarburíferas, servidumbres mineras.

VI. Servidumbres atípicas

Los derechos reales están regidos principalmente y no exclusivamente por normas de orden público (17), la misma naturaleza de los derechos reales hace que el bien

(16) MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*; Ed. Abeledo-Perrot, 1975, t. IV, p. 74.

(17) "El orden público es el núcleo, el aspecto central y más sólido y perdurable del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como no negociable. Se lo considera sinónimo de una convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada." Obtenible en <http://www.eurned.net>.

público y las instituciones políticas se encuentran presentes para el mantenimiento de la seguridad jurídica. Tal como lo menciona Gatti (18) el orden público se encuentra presente al referirse al número de los derechos reales, a la amplitud y naturaleza de su contenido, la determinación de los elementos que lo integran, todo lo relacionado con la adquisición, modificación, transferencia y extinción, es decir tanto en su aspecto cuantitativo (extensión) de su contenido, por ejemplo en el dominio la extensión será el uso, goce y disposición; en el usufructo, el uso y goce de la cosa ajena; en la servidumbre, una utilidad o beneficio determinado, como en su aspecto cualitativo (naturaleza de su contenido) refiriéndose al modo en que se ejerce y se exterioriza el derecho real, por ejemplo cuando decimos que los derechos reales se ejercen por la posesión.

Dijimos que están regidos principalmente por el orden público ya que hay aspectos de los derechos reales que quedan librados a la autonomía de voluntad de las partes, como por ejemplo la dispensa del usufructuario de prestar garantía suficiente (art. 2139 CCC), la extensión de las servidumbres determinada por el título que le dio origen (art. 2181 CCC), dejar sin efecto el carácter indivisible de la hipoteca (art. 2191 CCC).

En cuanto a la creación de los derechos reales, sabemos por el artículo 1887 que los tipos de derechos reales solo pueden ser creados por la ley, por eso hablamos de tipicidad. Vélez adopta este sistema del número cerrado, sistema igualmente seguido por la nueva normativa legal, siguiendo la doctrina de Demolombe y Freitas y en contra del sistema imperante en el Código francés.

En el antiguo Código se las legislaba en el Título XII Libro III y también en el Título XIII refiriéndose a las servidumbres particulares. Estas servidumbres allí enumeradas, eran llamadas típicas, refiriéndose a una tipicidad específica o particular. El artículo 3000 del CC, que luego analizaremos aludía a una tipicidad específica que no atacaba al tipo de derecho real, es decir, a su creación legal y a su enumeración limitada, es decir, a la tipicidad genérica.

Las servidumbres se han empleado desde los tiempos de los antiguos romanos como un medio para aumentar los beneficios de la propiedad privada, permitiendo a los propietarios de tierras compartir voluntariamente determinados usos de estas con otros, aunque su contenido debía tener una utilidad legalmente tipificada, como por ejemplo el paso de personas a través de una propiedad para llegar a otra, o acceder a recursos que se encontraban en distinta propiedad o para abstenerse de realizar ciertos actos en beneficio de otra propiedad. Más tarde se estableció que la tipicidad de las servidumbres podía consistir en una utilidad cualquiera, aunque fuera de mero recreo o placer (19).

La aparición de los derechos humanos ha tenido incidencia en distintas ramas del derecho. Los derechos reales también se vieron involucrados y partícipes en la defensa de estos derechos, como veremos a continuación.

(18) BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. 5 Artículos 2311/3261 Derechos Reales*, Editorial Hammurabi S.R.L. 1997, p. 297.

(19) MACK, J. D. - STEPHEN, A., *Conservación de tierras privadas: Las servidumbres ecológicas*, Editado por: Carlos M. Chacón y Rolando Castro, San José, Costa Rica, CEDARENA, 1998, p. 12.

Podemos clasificar a los derechos humanos en: Derechos Humanos de Primera Generación, incorporados en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano suscripta en Francia en 1789, éstos son los que tratan sobre la libertad y la participación en la vida política. Estos derechos sirven para defender al individuo de los excesos del estado y entre ellos encontramos la libertad de expresión, libertad de sufragio, de religión, la defensa a la integridad física y moral de los individuos.

Los derechos humanos de segunda generación, fueron incorporados después de la segunda guerra mundial, en protección al capitalismo irracional conocido como “la explotación del hombre por el hombre”, están relacionados con la igualdad y son fundamentalmente sociales, económicos y culturales, incluyen los derechos a la educación, a la vivienda, a la salud, a la seguridad social, asociación, huelga y derecho a la familia.

Los derechos humanos de tercera generación surgieron en los años 1980, y son los derechos que defienden un medio ambiente sano y libre de problemas, incluye el ambiente, los derechos del consumidor, la vida digna. Así, el art. 41 de nuestra Constitución Nacional, incorporado al cuerpo normativo con la Reforma Constitucional de 1994, establece “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Manifiesta Mario Peña Chacón (20) que, al surgir los Derechos Humanos de Tercera generación, “*los Institutos clásicos del Derecho como la propiedad, la posesión, el usufructo y las servidumbres, han sido afectados de tal forma por la axiología ambiental, que hoy en día, se habla de la función ambiental de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental, de un nuevo tipo de servidumbres denominadas ambientales o ecológicas (...)*”. A lo que podemos agregar que también cuando surgen los derechos humanos de segunda generación y el derecho agrario (21), las servidumbres tuvieron especial incidencia en el desarrollo de la empresa agraria. Se conocieron dentro de las servidumbres agrarias las servidumbres de paso, abrevadero, de aguas, algunas típicas, conforme a la regulación contenida en el Código Civil velezano y otras no.

Un gran paso ha dado el CCC al establecer que en las servidumbres la utilidad puede ser de mero recreo, lo que posibilita la creación de cualquier servidumbre que

(20) PEÑA CHACÓN, Mario, *Cambio climático y servidumbres ambientales*. www.ceda.org.ed. 07/12/2012.

(21) En el año 1865 se sanciona el Código Agrario, el que regulaba temas de policía agraria, tratando seguridad, higiene, sanidad animal, temas de derecho laboral y conflictos entre vecinos.

cumpla con la tipicidad de los derechos reales, a diferencia de lo que ocurriría con el Código de Vélez, no legisla sobre servidumbres en particular y al tratar sobre los bienes establece un límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes dando una importante protección a los derechos de incidencia colectiva respetando la normativa constitucional y las necesidades del mundo actual.

VII. Servidumbres ambientales

Podemos definir las servidumbres ambientales o ecológicas como aquellas que se constituyen mediante un acuerdo entre dos o más propietarios, donde al menos uno, acepta limitar voluntariamente ciertos usos de su propiedad, con el fin de conservar los recursos naturales de la misma (22). Estas limitaciones, que pueden establecerse en forma recíproca a fin de que toda el área quede protegida, para que valgan como derecho real, deben respetar los requisitos impuestos por nuestro CCC en materia de servidumbres. Pueden ser perpetuas o temporales, gratuitas u onerosas, estableciendo una relación jurídica entre los dos fundos, los que deben pertenecer a distintos propietarios y consistir en un no hacer o en tolerar respecto del fundo sirviente, nunca un hacer, obteniendo el fundo dominante un beneficio. Este derecho real se inscribe en el Registro General de la Propiedad a los fines de su publicidad, resultando vinculantes tanto para quienes la constituyeron como para los futuros adquirentes.

Estas servidumbres tienden a proteger, no la vida humana, sino el equilibrio medioambiental asumido como presupuesto de la calidad de vida humana (23). Así, a través de un acuerdo legal entre dos propietarios de inmuebles, determinan el uso futuro que se le dará a uno de ellos, con el fin de proteger y preservar los atributos naturales, el potencial hidrológico, belleza escénica, patrimonio histórico, arqueológico, arquitectónico y cultural del inmueble, entre otros.

Dijimos que el fundo dominante obtiene un beneficio, y es por ello que las servidumbres ecológicas encuentran utilidad cuando un inmueble le brinda al otro la posibilidad de conservar atributos ecológicos que existen en el fundo sirviente, transformándose el otro en dominante, así por ejemplo, en terrenos donde existen corredores biológicos o regiones ricas en biodiversidad, terrenos parches boscosos o bien senderos ecológicos, fundos con belleza escénica, quintas ecológicas, en fincas deforestadas y erosionadas con aptitud forestal, en terrenos con potencial hidrológico, también puede utilizarse para impedir la caza de animales o el uso de plaguicidas o para limitar la construcción de edificios a una determinada altura a fin de aprovechar recursos naturales como el sol.

Específicamente, en la servidumbre solar a través del acuerdo suscrito entre dos propietarios de inmuebles, se planifica el tipo de uso futuro que se le dará a uno de los inmuebles (fundo sirviente), con el fin de proteger y preservar el acceso irrestricto a la energía solar por parte del otro bien inmueble (fundo dominante). Observamos cómo se manifiesta el derecho de recibir luz solar por parte del titular del fundo dominante

(22) DADA, Juan José, *El Contexto latinoamericano de la conservación en tierras privadas*, p. 14. Obtenible en http://awsassets.panda.org/downloads/servidumbres_ecologicas.pdf.

(23) ROSATTL, Horacio D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 56.

a través del fundo sirviente y así recibir sin obstáculos la radiación solar para la recolección, distribución y almacenamiento de la energía, con el fin de transformarla en energía termal, mecánica, química o eléctrica (24).

En nuestro país existe la Comisión Nacional Asesora para la Conservación y Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica, creada como consecuencia de la sanción de la ley nacional 24375, ley que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), también en el año 2003 la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la resolución número 91 sobre Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica y en el año 2007 se sancionó la ley 26331, que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos. Sin embargo, los graves problemas energéticos, la falta de regulación respecto de la obtención a través fuentes de energía no convencionales, como por ejemplo paneles solares, las consecuencias que derivan de la falta de biodiversidad biológica, con efectos directos e indirectos sobre toda la humanidad, incita a seguir trabajando, buscando y proponiendo nuevas soluciones.

Pareciera que cuando de estos temas hablamos, solo visualizamos el compromiso estatal, sin embargo, debemos advertir que no solo es necesario proteger los valores escénicos de espacios naturales de propiedad estatal sino también considerar a la propiedad privada, la que también cuenta con recursos valiosos o insuficiencias que deben ser satisfechas. En los últimos siglos se perdieron más de setenta millones de hectáreas de bosques nativos en función del avance indiscriminado de la frontera agropecuaria (25). Sin embargo, las servidumbres como instrumento para afrontar la problemática ambiental es un medio más tendiente a llenar vacíos en la protección a las tierras privadas. En función al artículo 2162 del CCC podrían incluirse servidumbres con utilidades distintas a las típicamente utilizadas.

La primera servidumbre ambiental que se conoce en nuestro país, se constituyó a favor de la Fundación Neuquén en las Lagunas de Epulauquen (provincia de Neuquén) (26) utilizándose una propiedad de 50 hectáreas situadas dentro de la Reserva Provincial Turístico Forestal única propiedad privada dentro de la reserva donde se encuentra parte del bosque andino patagónico (fundo sirviente). Además, una propiedad de 144 hectáreas lindera a la reserva, formada por una extensión plana de bañados y humedades surcado por un curso de agua que nace y muere en la propiedad y une dos lagos de origen glaciario (fundo dominante).

De la lectura de la escritura surge: (...) *La finalidad, objeto, duración y demás condiciones relevantes que regulan este contrato se relacionan a continuación: CLÁUSULA*

(24) PEÑA CHACÓN, Mario, *Cambio climático y servidumbres ambientales*. Obtenible en www.ceda.org.ed. 07/12/2012.

(25) SIBILEAU, Agnés - SANTAGADA, Ezequiel Francisco, *Protección a Perpetuidad de Tierras Privadas en la Patagonia Argentina Estudio de Caso - Las Lagunas de Epulauquen - Provincia de Neuquén*. Obtenible en www.bioetica.org. 07/12/2012.

(26) Esta servidumbre se sometió a Laudo Arbitral ante la demanda interpuesta por la nueva adquirente del fundo sirviente, quien pretendía considerar extinguida la servidumbre alegando que del texto de la escritura de constitución surgía como servidumbre personal y no real. V. <https://app.box.com/s/vqs465oeyy8to83ghysq>. Consulta de 01/04/2016.

PRIMERA (CAUSA): la causa fin de este negocio jurídico es la preservación a perpetuidad de las ventajas ecológicas, escénicas y estéticas que en la actualidad el fundo sirviente proporciona al fundo dominante. Su cumplimiento se realizará a través de la conservación sustentable a perpetuidad de los recursos suelo, minerales, aire, paisaje, agua - en todos sus estados- y las distintas formas de energía existentes en el fundo sirviente. Asimismo, y por estar ligados en forma inescindible con los mencionados en primer término, se incluye la conservación de los recursos flora y fauna. CLÁUSULA SEGUNDA (OBJETO): Teniendo en cuenta que, en el fundo sirviente, en época estival, se desarrollan actividades ganaderas bovinas, las restricciones de uso que gravarán la propiedad persiguen el propósito de compatibilizar la conservación del potencial natural del fundo sirviente con una explotación rural que se sujete a pautas de producción sustentable (...)."

VIII. Conclusiones

Si analizamos el tema desde un aspecto sociológico, la protección del medioambiente es una responsabilidad que no solamente involucra al Estado sino a cada uno de nosotros. A través de nuestro comportamiento ponemos en grave riesgo todo el ecosistema. La tala indiscriminada de árboles, la destrucción de bosque o parches que posibilitan la circulación de especies a través del paisaje, los procesos desordenados de agriculturización, los sistemas productivos desarrollados en gran escala que llevan al monocultivo, el uso de fertilizantes inadecuados, todo ello impacta negativamente en el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, considerados como bienes o valores colectivos. Al no haber una contribución a la protección del medioambiente mediante conductas afirmativas o negativas por parte de los particulares o del Estado al no aplicar políticas de gestión sustentable, lo que se reparte es impotencia con su carácter negativo y autoritario ya que se lleva a cabo sin la conformidad de los damnificados, teniendo en cuenta que cualquier persona es sujeto legitimado para iniciar acciones en contra de quienes atacan el medio ambiente.

Desde la dimensión normológica la protección del medio ambiente se encuentra legislada a través de una serie de leyes que tienden a establecer una política ambiental para resguardo de toda la población. Así encontramos el art. 41 de la Constitución Nacional; ley N° 25675, Ley General del Ambiente, sancionada el 27 de noviembre de 2002, por la que se establecen los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable; la Ley 25612 de Gestión Integral de Residuos Industriales, estableciendo los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y actividades de servicio, que sean generados en todo el territorio nacional, y sean derivados de procesos industriales o de actividades de servicios; la ley 25628, Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, por la que se establecen presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional; la ley 25916, por la que sus disposiciones establecen los presupuestos mínimos para la gestión integral de los residuos domiciliarios, sean éstos de origen residual, urbano, comercial, asistencial, sanitario, industrial o institucional, definiendo los residuos domiciliarios a aquellos elementos, objetos o sustancias que como consecuencia de los procesos de

consumo y desarrollo de actividades humanas, son desechados y/o abandonados; la ley 26331 sancionada el 28 de noviembre de 2007 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad.

Todas las normas mencionadas establecen objetivos a cumplir a los efectos de llevar adelante una política ambiental que garantice la su preservación, protección de recursos naturales, calidad de vida de la población, conservación de la biodiversidad, equilibrio de los ecosistemas, como así también la sujeción a principios como de congruencia, solidaridad, prevención, responsabilidad, sustentabilidad, cooperación.

Desde la dimensión dikelógica, importante es ver un nuevo criterio de justicia en el pensamiento tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto de la protección del medio ambiente. Así se dijo que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias del art. 32 de la ley 25675 al conocer de modo originario en la pretensión de recomponer el ambiente y resarcir un daño de incidencia colectiva -en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la Cuenca Matanza-Riachuelo-, si la demanda no ilustra al tribunal sobre aspectos esenciales de la cuestión litigiosa, ya que tratándose de un bien que pertenece a la esfera social y transindividual -cuya mejora o degradación afecta a toda la población-, los jueces deben actuar con particular energía, para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la materia -art. 41, Constitución Nacional-” (27).

También en el mismo sentido, se dijo que *“es procedente la acción de amparo promovida por un vecino para hacer cesar la contaminación ambiental que afecta a su comuna, producto de los desechos de la red cloacal domiciliaria vertidos sin tratamientos previos a un río aledaño y canales pluviales pese a no haberse probado lesiones actuales a la integridad psicofísica del amparista, si existe un riesgo cierto y actual de que ocurran en el futuro, máxime considerando que tal riesgo también afecta a los demás vecinos y a las generaciones futuras, debiendo el juez desplegar técnicas preventivas para neutralizar el riesgo y aminorar en lo posible sus consecuencias lesivas”* (28).

¿Y por que los jueces deben actuar de ese modo particular? La doctrina ha entendido que, cuando se lesiona el medio ambiente, el sujeto afectado no es la persona física individual o concurrentemente, ni la de existencia ideal sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de subida significación vital vg. la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos humanos íntegros, que sin duda son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley (29).

(27) CS, 2006/06/20. “Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros” *La Ley*, 2006-E, 39.

(28) CCiv. y Com. Mercedes, sala II, 2004/04/06- “Spagnolo, César A. c. Municipalidad de Mercedes” *La Ley*, 2004-D, 777.

(29) LORENZETTI, Ricardo Luis, *La nueva ley ambiental argentina*, *La Ley*, 2003-C, 1337.

Por ello, el criterio de justicia requiere de una participación activa y preventiva de la judicatura porque están en juego derechos primordiales como la vida y la salud, pero también una actitud comprometida y solidaria de los integrantes de la sociedad, para que dentro de la esfera privada y utilizando derechos existentes, se pugne por mejor calidad de vida y respeto hacia el lugar en que vivimos. Consideramos que el derecho real de servidumbre legislado en nuestro Código Civil y Comercial contribuye a resguardar el derecho ambiental.

IX. Bibliografía

- ALLENDE, Guillermo L., *Derechos Reales. Tratado de las Servidumbres*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. 5 Artículos 2311/3261 Derechos Reales*, Editorial Hammurabi S.R.L., 1997.
- CAFFERATTA, Néstor A., Daño Ambiental. Jurisprudencia. LA LEY, 2003-D, 1339. Co2.mofcom.gov.cn/aarticle/aboutchina/economy. 1/12/2012.
- DADA, Juan José, El Contexto latinoamericano de la conservación en tierras privadas. (http://awsassets.panda.org/downloads/servidumbres_ecologicas.pdf).
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El caso 'Mendoza': Hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos", *LA LEY*, 2006-E, 40.
- "Invitación a presentar *currículum vitae* 158/2009. Anexo 1. Términos de referencia. "Creación de herramientas jurídicas que permitan establecer servidumbres ambientales e incentivos tributarios para la conservación en Chile".
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil Tomo IV- Tratado de los Derechos Reales*, volumen II, Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, 1944.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto - MARTINEZ, Adriana A., "Una interesante resolución judicial frente al daño ambiental colectivo", *LA LEY*, 2004-D, 777.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "La nueva ley ambiental argentina", *La Ley*, 2003-C, 1337.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial Comentado*, 1° Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015.
- MACK J. D. - STEPHEN A., *Conservación de tierras privadas: las servidumbres ecológicas*, Editado por: Carlos M. Chacón y Rolando Castro, San José, Costa Rica, CEDARENA, 1998.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Tomo 3, Editorial Zavalía, 1977.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, 1975, t. IV.
- PEÑA CHACÓN, Mario, Cambio climático y servidumbres ambientales, www.ceda.org.ed. 07/12/2012.
- ROSATTI, Horacio D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- SABSAY, Daniel Alberto, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la cuenca Matanza- Riachuelo", *La Ley*, 2006-D, 280.
- SIBILEAU, Agnés - SANTAGADA, Ezequiel Francisco, Protección a Perpetuidad de Tierras Privadas en la Patagonia argentina Estudio de Caso - Las Lagunas de Epulauquen - Provincia de Neuquén. Obtenible en www.bioetica.org.