

SERVIDUMBRES PREDIALES

JUAN CARLOS GHIRARDI

1. NOCIONES GENERALES SOBRE SERVIDUMBRES

Etimológicamente, la palabra *servitus* —servidumbre— viene a significar esclavitud, cautividad, yugo. De donde el sustantivo conlleva la idea de sumisión, de restricción de la libertad, idea que viene a representar muy gráficamente cuál es la esencia del derecho real que recibe ese nombre: es una restricción al dominio.

Por consiguiente, la existencia de una servidumbre implica, correlativamente, un derecho de propiedad desmembrado, o de alguna manera restringido, ya fuere porque el propietario tiene vedado hacer todo lo que normalmente podía conforme su calidad de dueño, ya porque se ve obligado a tolerar que otra persona realice alguna actividad que normalmente su calidad de *dominus* le habría dado derecho a impedir.

Las hay personales, es decir, instituidas en beneficio de una persona determinada, o prediales, las que se constituyen sobre un fundo (llamado sirviente) y en favor de otro (denominado dominante), tal como enseña Marciano en D. 8.1.1). De estas últimas, de las *servitutes praediorum* (Ulpiano, en D. 8.4.1.1), concretamente, es de lo que voy a ocuparme.

Son características generales de las servidumbres prediales:

a) No consisten en un obrar, sino en un tolerar, «*servitus in faciendo consistere nequit*» (Pomponio, en D. 8.1.15.1 y Javoleno, en D. 8.3.13.1).

b) Satisfacen las necesidades o conveniencia de los fundos vinculados por una relación de vecindad, dando al dominante facultades concreta y positivamente determinadas sobre el sirviente (I. 2.3.3. En igual sentido Ulpiano, en D. 8.3.5.1).

c) Aportan una utilidad al fundo dominante, independientemente de la persona que sea dueña o poseedora de éste. Por tal motivo, no son lícitas las servidumbres de recoger fruta, pastar o cenar en predio ajeno, enseña Paulo en D. 8.1.8.pr, ni tampoco las de

Juan Carlos Ghirardi

tolerar algo que no redunde en correlativo beneficio del predio dominante (Pomponio, en D. 8.1.15.pr).

d) Son indivisibles, razón por la cual no pueden constituirse ni extinguirse *pro parte* (por ejemplo, por uno solo de los condminos del fundo sirviente, como afirma Ulpiano en D. 8.1.2, y en D. 8.3.18, y ratifica Africano, en D. 8.3.32). En igual sentido, Modestino, en D. 8.1.11, y Pomponio, en D. 8.1.17.

e) Son perpetuas, ya que reconocen como fundamento el satisfacer alguna necesidad perenne del fundo dominante. De suerte que si, por ejemplo, la fuente de la que se saca agua se seca, y al cabo de unos años vuelve a manar, la servidumbre no se extingue (Papiniano, en D. 8.3.34.1, y Paulo, en D. 8.3.35).

f) Son inherentes a los fundos, es decir, configuran una situación objetiva que implica, de por sí y naturalmente, un incremento en el dominante y un correlativo desmedro en el sirviente, del que viene a representar una verdadera cualidad negativa.

g) En virtud de lo señalado en el apartado anterior, no pueden transferirse ni ejercerse por alguna persona independientemente del fundo dominante (Pomponio, en D. 8.3.25). Por este motivo, está vedado transferir un fundo y reservarse el ejercicio de la servidumbre que éste poseía, o a la inversa. Ni tampoco locar, dar en prenda o en usufructo una servidumbre, «*servitus servitutis esse non potest*».

h) Debe basarse en una causa perpetua, es decir, una condición permanente de los fundos que haga siempre útil y posible su ejercicio. De suerte que si bien es posible una servidumbre de sacar agua de un lago, no lo sería si la fuente de líquido fuese una cisterna.

i) Su ejercicio debe ser posible, tanto material como jurídicamente. Así no puede constituirse una servidumbre de acueducto entre dos fundos separados por un camino público, aunque entre los mismos sí cabría la de sacar agua (Paulo, en D. 8.1.14.2).

j) Como la servidumbre implica una desmembración del derecho real de propiedad, nunca se presume que exista. Su prueba corresponde a quien la invoca.

k) Revistan dentro de la categoría de derechos reales sobre cosa ajena, *iura in re aliena*. Se cuentan entre los más antiguos que existen, ya que se ocupa de las servidumbre la sexta de las *XII Tablas*.

l) Se hallan tuteladas por una *in rem actio*, denominada *confessoria*, ya que tiene por objeto el hacer reconocer —confesar— el derecho que compete a su titular.

m) Son típicas, esto es, que el Derecho Romano primitivo no conoció la categoría general de las servidumbres, sino ciertas y concretas servidumbres determinadas.

n) Pueden constituirse para ser usadas durante ciertos momentos del día, o ciertos días o meses en el año. Así dice Gayo en D. 8.1.5.pr. que «el uso de las servidumbres puede distribuirse por tiempos, por ejemplo para que use uno de tal derecho después de la hora tercia y hasta la hora décima, o en días alternos».

o) Pueden constituirse y correlativamente remitirse sobre determinadas partes de un fundo (Paulo, en D. 8.1.6). Ello de ninguna manera se contradice con el principio de que la servidumbre no puede adquirirse *pro parte*, como enseña Ulpiano en D. 8.4.6.1.

p) Son cosas corporales, aunque estén constituidas sobre predios, que por naturaleza son corporales (Paulo, en D. 8.1.14).

2. CLASIFICACIÓN: RÚSTICAS Y URBANAS

Se dividen las servidumbres prediales en rústicas y urbanas. Con un criterio un tanto simplista, podría decirse que la clasificación responde a la naturaleza del fundo en beneficio del cual han sido constituidas; en otras palabras, atendiendo al fundo dominante. Si éste es un inmueble rústico, esto es, no edificado y dedicado a la explotación agropecuaria, la servidumbre sería rústica. Si se trata de un terreno edificado, concepto en el cual se comprenden las partes baldías del inmueble en el que existe una construcción, y aún los edificios existentes en una granja (Ulpiano, en D. 8.4.1.pr), la servidumbre sería urbana. Tal se desprendería de lo que afirma Paulo en D. 8.1.3: «Las servidumbres de los predios, unas radican en el suelo, otras en lo edificado.»

Pero la cuestión no es tan fácil, porque existen otras cualidades distintivas, que son inherentes a cada categoría y no pasan necesariamente por el carácter de urbano o rural del fundo dominante. Así puede hacerse notar que el ejercicio de una servidumbre rústica suele implicar un *ius faciendi*, para el propietario del fundo dominante, mientras que las urbanas consisten más bien en la posibilidad de levantar obras exteriores, gozar de un estado de cosas determinado (*ius habendi*), o prohibir lisa y llanamente (*ius prohibendi*) al titular del fundo sirviente la realización de edificaciones a las que normalmente tendría derecho de no existir la servidumbre.

Entre ambas categorías, las más antiguas son las rústicas, las que por su importancia para la economía agraria y pastoril de la Roma primitiva, se encontraban incluidas entre las *res mancipi*. Algunas de ellas son mencionadas ya en la sexta de las *XII Tablas*, siendo probablemente las primeras que se conocieron la de paso y la de acueducto, habiéndose luego incorporado las demás, algunas por la actividad iurisdicente del pretor. Paso a enumerarlas concretamente.

a) Servidumbres rústicas

Ensayando una primera y somera distinción, podría señalar que las hay de dos grandes clases, *iura itinerum* e *iura aquarum*, esto es, los derechos de paso y los derechos vinculados al agua. En esta línea de razonamiento, las *Institutas* de Justiniano dice que existen las de paso, conducción, camino y acueducto (I. 2.3.pr), a las que luego agrega las de sacar agua, abreviar el ganado, apacentar, cocer cal y excavar arena (I. 2.3.3). Así existieron:

Juan Carlos Ghirardi

1. La servidumbre de paso, subdividida a su vez en *iter*, *actus* y *via*:

— Llamábase *iter* al derecho de paso de una persona ya fuere a pie, a caballo, o en litera (Ulpiano, en D. 8.3.1.pr; Modestino, en D. 8.3.12, y Paulo, en D. 8.3.7.pr).

— *Actus* implicaba la facultad de conducir caballerías o carros por el fundo sirviente. Incluye al *iter* (Ulpiano, en D. 8.3.1.pr; Modestino, en D. 8.3.12, y Paulo en D. 8.3.7.pr).

— Por su parte, la servidumbre de vía, la forma más amplia de las tres y que comprende a las otras dos (Ulpiano, en D. 8.3.1.pr), no solamente permitía pasar, sino también transportar cargas de piedras, maderas o materiales de construcción, a través del terreno ajeno (Paulo, en D. 8.3.7.pr). Implicaba un verdadero camino cuyas dimensiones eran en principio, de ocho pies en las rectas (*in porrectum*) y dieciséis en las curvas (*in anfractum*), medidas éstas que se remontarían a las *XII Tablas*, según enseña Gayo en D. 8.3.8, aunque dichas dimensiones podían variar, siempre y cuando se mantuviese el requisito esencial de que su anchura permitiese pasar vehículos (Paulo, en D. 8.3.23.pr).

2. Una variedad, dentro de las precedentemente señaladas, sería la servidumbre de paso a un sepulcro, *iter ad sepulchrum*, que es de derecho privado, no obstante el carácter de cosa religiosa de aquél (Paulo, en D. 8.1.14.1).

3. A las mencionadas podría adicionarse la *servitus navigandi*, que da el derecho de pasar por un estanque o lago, siempre que sea perpetuo, ubicado en el fundo sirviente (Paulo, en D.8.3.23.1).

4. La servidumbre de acueducto, o *acquae ducendae*, que implicaba el derecho de derivar aguas provenientes del fundo ajeno (Ulpiano, en D. 8.13.1.pr), o de conducir las a través de un inmueble ajeno. Quizás fue mencionada también en las *XII Tablas*, aunque no tenemos sobre ello ningún dato preciso. Tenía por objeto las aguas vivas, es decir, perennes, como las que se toman de un río, pudiendo en su origen establecerse sólo desde la fuente de agua, aunque Paulo expresa en D. 8.3.9 que «hoy suele constituirse desde cualquier lugar». Por su naturaleza es de ejercicio continuado, aunque podía darse durante todo el año o solamente en algunos meses del mismo. Implica el derecho de colocar los correspondientes tubos para hacer pasar el agua a través del fundo dominante (Pomponio, en D. 8.3.15), aunque no el de levantar conductos de mampostería, y siempre que ello no haga al dueño del fundo sirviente más gravosa la carga de la servidumbre.

5. La servidumbre de sacar agua (*servitus aquae haustus* o *acquae hauriendae*), implicaba la facultad de tomar agua de una fuente (*ex capite vel ex fonte*) existente en un inmueble ajeno. Ulpiano, en D. 8.3.1.1). Justiniano la amplió, haciéndola efectiva a los manantiales. Por su naturaleza implicaba también el derecho de paso (*ius itineris*), imprescindible para poder ejercerla (Ulpiano, en D. 8.3.3.3).

6. La servidumbre de abrevar el ganado en el fundo sirviente, *servitus pecoris ad aquam adpellendi* (Ulpiano, en D. 8.3.1.1), que como en el caso anterior, implicaba el derecho de pasar, esta vez con animales (*actus*).

7. La servidumbre de pastaje, a favor del ganado de labor existente en el fundo dominante (Ulpiano, en D. 8.3.1.1 y D. 8.3.3.pr), *servitus pascui o pecoris pascendi*, que comprendía la *servitus actus*, igual que en el caso anterior.

8. Posteriormente fueron agregándose otras, posiblemente por creación pretoriana (Ulpiano, en 8.3.1.2). Así aparecieron las servidumbres que daban derecho a tomar piedras, greda, arena, cal, estacas para las viñas (*ius lapidum oximendi, cretae eximendae, arenae fodiendae, calcis coquendae, sylvae caeduae ut pedamenta in vineis non desint*), siempre con destino a ser utilizadas en el fundo dominante y en interés de éste y no únicamente de su dueño (Ulpiano, en D. 8.3.1 y 2, y Paulo, en D.8.3.6.pr y 1).

b) Servidumbres urbanas

Existen numerosas especies de servidumbres urbanas, algunas de las cuales son enumeradas por las *Institutas* justiniancas. Apoyar vigas, soportar cargas en la pared medianera, recibir o no recibir agua de tejados y canalones del techo del vecino, impedir construcciones que obstaculicen el paso de la luz (I. 2.3.1), enunciación que repiten de manera coincidente Gayo, en D. 8.2.2, y Ulpiano, en D. 8.2.3. A los fines de intentar un ordenamiento podemos agruparlas en *iura stillicidiorum* (relativas a las cañerías), *iura parietum* (atinentes a las paredes) e *iura luminum* (relacionadas con las luces o vistas).

1. Son atinentes a las paredes las siguientes servidumbres:

— *Ius tigni Immitendi*, consistente en el derecho de apoyar vigas o materiales de construcción en el muro del fundo sirviente (Pomponio, en D. 8.2.25.pr y 1).

— *Servitus oneris ferendi*, que era el derecho de hacer descansar cualquier construcción sobre el muro medianero del edificio del vecino, a cuyo fin éste estaba obligado a mantener en buen estado dicho edificio, salvo que abandonase la propiedad de la pared o columna que servía de sostén.

— *Ius proiiciendi*, que facultaba tener balcones u otros salientes sobre espacios libres de la propiedad del vecino.

— *Ius protegendi*, que implicaba el derecho de construir por encima de un espacio cubierto del fundo sirviente.

— *Servitus luminum*, que consistía en poder abrir ventanas en el muro medianero, o aun en la pared propia, pero en contra de lo establecido por los estatutos locales que regulaban las construcciones, siempre que no fuesen de orden público.

2. Tienen relación con las cañerías, las servidumbres que a continuación se enumeran:

— *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi, avertendi vel immitendi*, en virtud de las cuales el propietario de un fundo está obligado a recibir las aguas provenientes del inmueble contiguo, ya fuere gota a gota, ya por medio de una cañería o canaleta (Ulpiano, en D. 8.2.17.3 y 4).

Juan Carlos Ghirardi

— *Ius stillicidii non recipiendi*, vendría a significar lo inverso, esto es, la liberación de la obligación de recibir las aguas pluviales que los estatutos locales impusiesen como norma común a las propiedades que fuesen vecinas.

— *Servitus cloacae*, que permite hacer pasar las aguas servidas provenientes del fundo dominante a través de un conducto extendido a través del fundo sirviente (Paulo, en D. 8.1.7).

3. Finalmente, son atinentes a las luces y vistas, las siguientes:

— *Servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur*, que veda levantar construcciones en el fundo sirviente que obstaculicen el paso de la luz o impidan la vista a los ocupantes del fundo dominante (Paulo, en D. 8.2.4).

— *Servitus altius non tollendi*, por la cual se prohibía levantar edificios más allá de cierta altura (Ulpiano, en D.8.2.12 y 15), para no perjudicar las vistas.

— *Servitus altius tollendi* que, a la inversa de la anterior, permitía construir edificios más altos de lo que las ordenanzas reguladoras de las construcciones permitiesen, siempre que no fueren de orden público.

3. CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

En un principio, la constitución de las servidumbres es a título derivado, esto es, en virtud de un negocio celebrado entre los propietarios de los fundos sirviente y dominante. En el derecho clásico consistía en un acto expreso y formal, que podía revestir la forma de:

a) *Mancipatio* o *in iure cessio*, para constituir servidumbres rústicas sobre fundos situados en suelo itálico las que —recordemos— eran *res Mancipi*, motivo por el cual la tradición estaba expresamente vedada. Para las servidumbres urbanas, sobre terrenos ubicados en Italia, el modo de constitución era la *in iure cessio*, mientras que en relación a los fundos provinciales, como éstos no podían en rigor de verdad ser objeto de propiedad, tampoco podían serlo de servidumbre. Ello no obstaba a que los ciudadanos que los detentaban realizasen pactos (*pactionibus et stipulationibus*, dice Gayo en 2.31), que podían ser inclusive dotados de garantías, conteniendo estipulaciones formales que confiriesen derechos similares a los que dan las servidumbres. Con el andar del tiempo los pretores reconocieron y tutelaron las «servidumbres», así constituidas, mediante acciones útiles.

b) *Deductio*, que consistía en la reserva de la servidumbre que hacía el dueño de dos fundos a favor de uno de ellos, cuando enajenaba el otro (Juliano, en D. 8.2.34). Dicha reserva debe ser expresa (Ulpiano, en D. 8.4.10).

c) *Usucapio*, o prescripción adquisitiva, que implicaba el ejercicio de la servidumbre por el término de un año. Fue abolida como modo de constitución de servidumbres por la ley *Scribonia*, que se debe al tribuno Scribonio Curio, y data del año 30 a. J.C.

d) *Adjudicatio*, creación por disposición judicial que tenía lugar en los juicios divisorios (*familiae erciscundae, communi dividundo*), al realizarse la partición.

e) *Legatum*, legado realizado por un ciudadano en su testamento, quien podía, si era propietario de dos fundos, dejarlos a personas distintas, e instituir servidumbre sobre uno de ellos y a favor del otro. Debía hacerse bajo la forma del legado *per vindicationem*.

En el derecho justiniano, eliminada toda diferencia entre fundos itálicos y provinciales, caídas en desuso la *mancipatio* y la *iure cessio*, y constituida la *traditio* en el medio normal de transferencia de propiedad *inter vivos*, ya no hay formalidades para la constitución de las servidumbres prediales, las que pueden nacer en virtud de:

a) Simples convenciones, en base a alguna justa causa, como podía ser la venta, donación no prohibida por la ley *Cincia* o cualesquiera otra semejante. Así dicen las institutas de Justiniano que si alguien quisiese constituir a favor del vecino algún derecho, debe hacerlo a través de pactos y estipulaciones (I. 2.3.4).

b) Subsisten las formas de constituir servidumbre por *adjudicatio, legatum* y *deductio*.

c) Aparece, pese a la prohibición introducida por la ley *Scribonia*, la *longi temporis praescriptio*, en virtud de la cual quien había ejercido una servidumbre sin los vicios de violencia, clandestinidad ni precariedad durante el tiempo legal, era defendido por el pretor en el ejercicio de ésta, mediante una acción útil. Justiniano le dio la calidad de modo de adquisición del derecho real, asimilándola en el término de duración a la que era requerida para los inmuebles, esto es, diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

d) En el período romano-helénico, se reconoce la constitución tácita, esto es, *ipso iure*, de la servidumbre de paso cuando dos fundos contiguos, de los que originariamente uno servía al otro, son asignados a distintos legatarios. Es lo que se denomina destino del padre de familia (Marcelo, en D. 8.2.10; Scaevola, en D. 8.5.20.pr; el mismo Scaevola en D. 8.2.41.pr; nuevamente Marcelo, en D. 33.2.15.1).

e) Finalmente, recordemos *quasi traditio sive patientia*, que comenzó a reconocerse luego que se admitiese la posesión de los derechos. Con arreglo a la cual se entiende operada la *quasi traditio* en virtud del tolerar (*patientia*) el ejercicio de una servidumbre con la intención de constituirla, lo que haría viable para quien la ejerciera, el defenderse mediante los interdictos cuasi posesorios (Javoleno, en D. 8.1.20).

4. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

No obstante ser las servidumbres prediales, por definición perpetuas, pueden extinguirse. Ello sucede por distintos motivos:

a) Por falta de objeto, cuando el fundo sirviente o el dominante se destruyen, o salen del comercio (Paulo, en D. 8.2.20.2 y 31; Javoleno, en D. 7.4.24.pr).

Juan Carlos Ghirardi

b) Por renuncia del titular, esto es, el propietario del fundo dominante. En el derecho clásico debía realizarse esta renuncia por la vía de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, caso este último en el cual el propietario del fundo sirviente intentaba el ejercicio de una acción negatoria, a la que se allanaba el titular del fundo dominante (Gayo, 2. 30; Paulo, en D. 8.6.8.pr). En el derecho justiniano basta con el simple pacto.

c) Por el *non usus*, de las servidumbres prediales rústicas durante el tiempo legal (Paulo, en D. 8.6.10.1; Pomponio, en D. 8.6.17), el que recordamos era de diez años entre presentes o veinte entre ausentes. Para las urbanas, sin embargo, es menester que haya concurrido también por parte del propietario del fundo sirviente la *usucapio libertatis*, es decir, la posesión del fundo sirviente durante el período indicado, de modo tal que haya hecho imposible el ejercicio de la servidumbre (Gayo, en D. 8.2.6).

d) Por la confusión en una misma persona de las calidades de propietario del fundo dominante y el fundo sirviente, ya que en este caso se trataría de ejercitar servidumbre sobre cosa propia, lo cual no tiene sentido (Gayo, en D. 8.6.1; Paulo, en D. 8.2.30). Recibe el nombre de consolidación.

5. DEFENSA DE LAS SERVIDUMBRES

Para proteger las servidumbres existieron acciones e interdictos.

a) En primer lugar, y en lo atinente a los acciones, la defensa específica estuvo librada a una *actio in rem*, denominada *vindicatio servitutis* y designada por los compiladores justinianos *actio confessoria*, ya que su objeto es hacer confesar al propietario del fundo sirviente, la existencia de la servidumbre que sobre él pende y que es controvertida (Ulpiano, en D. 8.5.2.pr). Para que proceda, quien la intenta debe probar la existencia de la servidumbre (Ulpiano, en D. 8.5.10.pr), y obviamente la calidad de propietario del fundo dominante (al menos por el período de la usucapión), ya que nadie sino él puede vindicar las servidumbres que competen a su inmueble (Ulpiano, en D. 5.2.1), así como los actos lesivos realizados en perjuicio de su derecho, entendiéndose por tales a la instauración de cualquier estado de cosas que implique un atentado contra el ejercicio de la servidumbre (Paulo, en D. 8.5.9.pr). Se dirige contra el propietario del fundo siguiente (Paulo, en D. 8.5.9.pr), o contra cualquier persona que impida el libre ejercicio de la servidumbre (Ulpiano, en D. 8.5.10.1). Es una acción de las denominadas arbitrarias; de prosperar, se logra el reconocimiento y restablecimiento del derecho real (Ulpiano, en D. 8.5.8.4), así como la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la perturbación. El vencido debe otorgar igualmente la caución de *non amplius turbando*, esto es, de que no reincidirá en la perturbación de la servidumbre (Paulo, en D. 8.5.7). El poseedor de buena fe del fundo dominante cuenta con la acción publiciana, de prueba más fácil, al igual que quien no adquirió la servidumbre del propietario de éste, y no la ejercitó durante el tiempo necesario para que se opere la usucapión (Ulpiano, en D. 6.2.11.1). Por

su parte, a quienes estuvieren directamente interesados en el mantenimiento de la servidumbre, como el acreedor hipotecario, el enfiteuta y el superficiario, se les concedía utilizar la acción confesoria, esto es, bajo la forma de una acción útil (Juliano, en D. 8.2.16).

b) El uso de las servidumbres prediales, consistentes en definitiva de poder el fundo dominante gozar de un cierto estado de cosas que el sirviente puede tolerar, podía ser atacado por actos que cuestionasen la posesión del primero. Consecuentemente, los pretores concedieron interdictos, para proteger el ejercicio de ciertas servidumbres. Debiéramos aclarar que en relación a las servidumbres urbanas, se trató siempre de interdictos *retinendae possessionis*, ya que las perturbaciones por graves que fuesen no llegarían nunca a privar de la posesión del inmueble dominante, y si tal sucediese lo que el poseedor intentaría sería recuperar ésta, con lo que la servidumbre retornaría por añadidura. Existe no obstante una excepción, que más abajo se menciona, relativa al *ius cloacae immitendae*.

Distinto es el caso de las rústicas, cuyo ejercicio supone actos posesivos por parte de quien reclama su reconocimiento, y que estuvieron tuteladas por interdictos particulares, como a continuación se expresa:

— El interdicto de *itinere actuque privato*, a favor de quien hubiese ejercido *nec vi, nec clam, nec precario*, una servidumbre de paso durante treinta días en el año, y se le impidiera luego continuar haciéndolo (cfr. D. 43.19, *De itinere actuque privato*).

— El interdicto de *itinere reficendo*, para reparar el camino a través del cual se ejerce la servidumbre de paso, cuando dicha reparación es impedida. Tanto éste como el anterior, presentaban la particularidad que a más de la prueba del uso exigía acreditar el derecho, y se exigía de una caución (cfr. el título citado en el párrafo anterior).

— El interdicto de *aqua cotidiana et aestiva*, en beneficio de quien hubiere ejercitado de buena fe y de manera no viciosa la servidumbre de acueducto para valerse de agua ajena, ya fuere durante todo el año o solamente en verano (cfr. D. 43.20, *De aqua quotidiana et aestiva*).

— El interdicto de *fonte*, o de *fonte reficendo*, que protegía la servidumbre de sacar agua (cfr. D. 43.22, *De fonte*).

— El interdicto de *rivis* o de *rivo reficendo*, para reparar los conductos de agua (cfr. D. 43.21, *De rivis*).

— El interdicto, de *cloacis*, en materia de servidumbres urbanas, para la reparación y limpieza del conducto cloacal (cfr. D. 43.23, *De cloacis*).

Fuera de los casos precedentes, la simple posesión de una servidumbre no gozó de protección legal alguna, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar la acción confesoria, o las emanadas de las relaciones de vecindad. En la legislación de Justiniano, todos estos interdictos, denominados *veluti possessoria*, fueron encuadrados dentro de la tutela posesoria, ya que el ejercicio de hecho de una servidumbre se consideró una *iuris possessio*, esto es posesión de un derecho, o *quasi possessio*.

Juan Carlos Ghirardi

6. EL CÓDIGO DE LAS SIETE PARTIDAS

Sin ignorar en absoluto la riqueza de la legislación intermedia de España, pero en atención a la circunstancia de haber constituido las *Siete Partidas*, ley civil supletoria en las Provincias del Plata hasta la sanción de nuestro Código Civil, voy a detenerme brevemente en ellas.

El título trigésimo primero de la *Partida III*, lleva como rúbrica «De la servidumbre que han los unos edeficios en los otros et las unas heredades en las otras», lo que en castellano actual bien podría traducirse como «De las servidumbres urbanas y rústicas». El título consta de veintisiete leyes, aunque solamente las diecinueve primeras se refieren a las servidumbres prediales, ya que las ocho últimas tratan del usufructo, el uso y la habitación.

Se puntualiza en la ley primera, que existen las servidumbres que en latín llaman «urbanas», porque «las tiene una casa en otra», y las denominadas «rústicas», que son las que «ha una heredad en otra».

Son urbanas (ley 2), la de soportar una casa la carga de otra, ya sea sobre pilar o columna; la de introducir vigas en la pared del vecino; la de soportar la abertura de ventanas para el paso de luz; recibir agua proveniente del edificio vecino, no construir por sobre cierta altura, para no impedir la vista o el paso de luz; permitir el paso a una casa o corral a través de la casa o el corral de otro, o cualquier situación similar que implique un tolerar en beneficio del edificio lindero.

Entre las rústicas se mencionan la senda, la carrera y la vía (ley 3), indicándose que las medidas de esta última es de ocho pies en las rectas, y dieciséis en las curvas. Asimismo, existe la servidumbre de pasar agua a través de acequias, canales o cañerías, para proveer de agua para molinos o riego (leyes 4 y 5). Igualmente, la de sacar agua «para beber los homes y las bestias que labran su heredad» (ley 6), así como la de tomar tierra para hacer tinajas, sacar cal o piedras (ley 7).

Estas servidumbres se mantienen entre fundo y fundo, no obstante la circunstancia de que éstos puedan cambiar de dueño (ley 8), transmitiéndose a quien los herede (ley 9). Como son inherentes a los fundos, la venta o enajenación de uno de ellos implica la correlativa transmisión de la servidumbre (ley 12).

Deben ser constituidas por el propietario del fundo sirviente, y si tal calidad correspondiese a varios, por todos (ley 10). La facultad se extiende a quienes tienen alguna cosa en feudo o censo, o a quienes compran aunque todavía no sean propietarios (ley 11).

Objeto de servidumbre pueden ser los predios sujetos a propiedad privada, estando excluidos los que fueren sagrados, santos o religiosos, o que estuvieren sujetos a uso comunal de alguna ciudad o villa, como los mercados, plazas y lugares semejantes (ley 13).

Se constituyen (ley 14) de tres maneras distintas: por otorgamiento hecho por el dueño de la heredad sirviente, ya fuere a título oneroso o gratuito; por testamento o por

uso durante largo tiempo. En relación a esta última manera, la ley 15 hace una serie de distinciones, fijando un plazo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes con justo título y buena fe, para las servidumbres que implican un ejercicio cotidiano, como la de pasar una acequia, apoyar una viga o gozar de aire y luz. En cambio para las que son de ejercicio discontinuo, como la de paso o sacar agua, se requería que se hubiese gozado de ellas tanto tiempo «que non se puedan acordar los homes quanto ha que lo comenzaron a usar».

Las servidumbres que pertenecen a edificios (como la de introducir vigas), se extinguen por falta de uso durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes; en cambio, en el caso de las que pertenecen a heredades, es menester distinguir: si fuesen de naturaleza tal que se usan periódicamente (una o varias veces en el día, o en distintos días en el año), por la falta de ejercicio durante veinte años. Finalmente, las que fueren de tal naturaleza «que fuesen servicio sin obra del que la rescibe [...] por desuso de luengo tiempo que los homes no se podiesen acordar» (ley 16).

También acaban si los dos fundos devienen propiedad de la misma persona, o si renunciare a la servidumbre el dueño del fundo sirviente (ley 17). Lo mismo sucede si quien es titular del fundo dominante permite se hagan obras en el sirviente que impidan el ejercicio de la servidumbre (ley 19).

Finalmente, si la heredad dominante fuere de propiedad de varios hombres, el ejercicio de la servidumbre por parte de uno solo de esto aprovecha a todos mientras dure el estado de indivisión (ley 18).

7. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD se ha ocupado de las servidumbres en el libro tercero de su Código Civil. Concretamente en los títulos duodécimo («De las servidumbres»), y décimo tercero («De las servidumbres en particular»). Entre ambos, comprenden los artículos 2970 a 3107, inclusive. A ellos habría que agregar lo relativo a la prescripción para adquirir, capítulo tercero de la sección tercera, título primero del libro cuarto, que exige diez años entre presentes y veinte entre ausentes (hoy lisa y llanamente diez), habiendo buena fe y justo título (art. 3999), o treinta años (hoy veinte) para quien no reúna esas cualidades (art. 4016). Por su parte, el art. 4019 sienta el principio de la prescriptibilidad de todas las acciones, salvo la negatoria que tenga por objeto una servidumbre no adquirida por prescripción (inc. 4).

El título duodécimo, mencionado más arriba, consta de una parte general (arts. 2970-2976) en la que se definen las servidumbres, se las clasifica (reales y personales, continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes), y se conceptualiza lo que es fundo dominante y fundo sirviente.

Luego hay cuatro capítulos:

Juan Carlos Ghirardi

— El primero (arts. 2977-3017), dedicado a legislar acerca de cómo se establecen y adquieren las servidumbres: por contratos traslativos de propiedad, ya fueren onerosos (casos en que se rigen por las disposiciones aplicables a la compraventa) o gratuitos (en relación a los cuales tienen vigencia las normas que regulan las donaciones), disposiciones de última voluntad y por destino del padre de familia. El último artículo, el 3017, instituye también como modo de adquisición a la posesión treintañal (hoy veinteañal).

— El segundo (arts. 3018-3035), regula los derechos del propietario del predio dominante, quien como regla general puede ejercerlos en toda la extensión que soporten, según el uso local, las servidumbres de igual género a la que se encuentra establecida en beneficio de su heredad (art. 3020), sin excederse de lo que sea útil a las necesidades del predio dominante (art. 3025). Ello implica la posibilidad de ejecutar, en la heredad sirviente, todos los trabajos que fueren necesarios para poder disfrutar de su derecho (art. 3022).

— En el reverso de la moneda, el capítulo tercero (arts. 3036-3044) se ocupa de las obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente, quien debe abstenerse de los actos que puedan impedir el disfrute de las servidumbres y permitir todo aquello que el propietario del fundo dominante se encuentre obligado a hacer (art. 3036). En caso de duda, habrá de estarse a favor de la libertad de la heredad (art. 3044).

— El capítulo cuarto (arts. 3045-3067) habla de la extinción de las servidumbres. Cosa que se produce por rescisión o anulación del título constitutivo (art. 3045), vencimiento de plazo o cumplimiento de condición resolutoria (art. 3046), renuncia (art. 3047), tolerancia de obras que impidan su ejercicio durante el tiempo de la prescripción (art. 3048), pérdida de utilidad para el fundo dominante (art. 3050), imposibilidad definitiva de ejercitarlas (art. 3051), confusión en la misma persona de la calidad de dueño de los fundos dominante y sirviente (art. 3055), no uso durante el plazo de prescripción (art. 3059).

El título décimotercero (art. 3068-3107), dedicado a las servidumbres en particular, consta también de cuatro capítulos:

— El primero (arts. 3068-3081), relativo a las servidumbres de tránsito.

— El segundo (arts. 3082-3092), que se ocupa de la servidumbre de acueducto.

— El tercero (arts. 3093-3103), atinente a la servidumbre de recibir agua de los predios ajenos.

— El cuarto (arts. 3104-3106), que regula la servidumbre de sacar agua.

Existen, en los ciento treinta y seis artículos que el Código Civil dedica a las servidumbres prediales, abundantes alusiones a fuentes romanas. He creído interesante transcribir, para terminar, las que se toman directamente del *Corpus Iuris* y las *Partidas* respetando rigurosamente la manera de citar del Codificador, y dejando de lado esta vez las referencias doctrinarias, como las numerosas citas que se hacen de MAYNZ, DURANTON, ZACHARIAE, POTHIER y tantos otros, o las menciones de códigos como el francés, el de

Louisiana, el italiano o el napolitano, para dar algunos ejemplos, pese a que nadie pueda negar su directa ascendencia romanista.

TÍTULO 12: De las Servidumbres.

Nota al art. 2970:

Decimos inmueble ajeno, porque como dice la ley romana: «Nemo ipse servitutem debet», o por el precepto de la ley de Partida: «Ca los omes anse de servir de sus cosas, non como en manea de servidumbre, mas usando de ellas como de los suyos.» L. 13, Tít. 31, Part. 3.^ª

LL. 47 y siguientes, Tít. 1, Lib. 18, Dig.

Nota al art. 2971:

La ley romana dice: «servitutum non ea natura est, ut aliquit faciat quis, sed ut aliquit patiatur, aut non faciat.»

LL. 1 y 13, Tít. 31, Part. 3.^ª

Nota al art. 2975:

L. 15, Tít. 31, part. 3.^ª

Nota al art. 2976:

L. 16, Tít. 31, Part. 3.^ª

Cap. 1: Cómo se establecen y se adquieren las servidumbres.

Nota al art. 2977:

L. 1, al fin, Tít. 30, Part. 3.^ª

L. 20, Dig. De Servit.

Nota al art. 2985:

L. 10, Tít. 31, Part. 3.^ª

L. 8, Tít. 1, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 2986:

L. 6, Tít. 4, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 2990:

L. 205, Dig. De regulis juris.

Nota al art. 2994:

L. 36, Tít. 3, Lib. 8, Dig.

Juan Carlos Ghirardi

Nota al art. 2995:

L. 17, Tít. 31, Part. 3.^a

L. 30, Tít. 2, Lib. 8, Dig., y L. 10, Dig. Com. Pred.

Nota al art. 3000:

La L. 15, Tít. 1, Lib. 8, Dig. dice: «Quotier nec hominum nec prediorum servitutes sunt, quia nihil vecinorum interest, no valet veluti nec per fundum tuum eas, tibi consistat.»

Nota al art. 3005:

La L. 6, Tít. 4, Lib. 8, Dig. dice: «Parvique refert vivinae sint ambae aedes, aut non.»

Nota al art. 3006:

LL. 8 y 12, Tít. 31, Part. 3.^a

L. 36, Tít. 3, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 3007:

L. 8, Tít. 1, Lib. 8, Dig.

L. 2, Tít. 1, Lib. 45, Dig.

Cap. 2: De los Derechos del propietario del predio dominante.

Nota al art. 3017:

L. 10, Tít. 5, Lib. 8, Dig.

LL. 15 y 16, Tít. 31, Part. 3.^a La L. 15 de Partida dice: «Que las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas se adquieren por una posesión de tiempo inmemorial.»

Nota al art. 3018:

L. 6, Tít. 31, Part. 3.^a

L. 3, parágr. 3, Tít. 3, Lib. 8, Dig.

L. 20, Tít. 2, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 3022:

L. 6, Tít. 5, Lib. 8, Dig.

Cap. 3: De las Obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente.

Nota al art. 3038:

L. 6, parágr. 5 y 7, y LL. 12 y 13,

Tít. 3, Lib. 39, Dig.

Cap. 4: De la extinción de las servidumbres.

Nota al art. 3045:

L. 11, Dig. Quemad. Servit.

Nota al art. 3046:

L. 8, Tít. 31, Part. 3.^a

Nota al art. 3051:

L. 25, Tít. 31, Part. 3.^a

Nota al art. 3053:

LL. 34 y 35, Tít. 3, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 3055:

*L. 17, Tít. 31, Part. 3.^a**L. 1, Tít. 6, Lib. 8, Dig.*

Nota al art. 3057:

*L. 17, Tít. 31, Part. 3.^a**La Ley romana dice: «si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est.»
L. 30, Tít. 2, Lib. 8, Dig.*

Nota al art. 3058:

L. 7, Tít. 5, Lib. 23, Dig.

Nota al art. 3059:

*L. 13, Tít. 34, Lib. 3, Cód.**L. 7, Tít. 6, Lib. 8, Dig.*

Nota al art. 3060:

LL. 11 y 24, Tít. 6, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 3061:

*L. 18, Tít. 31, Part. 3.^a**L. 10, Tít. 6, Lib. 8, Dig.*

Nota al art. 3062:

L. 10, Tít. 6, Lib. 8, Dig.

Nota al art. 3065:

*L. 2, Dig. Quemad serv. amitt.**L. 9, Dig. Si serv. vind. y L. 8, Dig. Quemad serv. amitt.*

Juan Carlos Ghirardi

Nota al art. 3067:

L. 10, Tít. 6, Lib. 8, Dig.

L. 11, Tít. 6, Lib. 8, Dig.

TÍTULO 13: De las servidumbres en particular.

Cap. 1: De las servidumbres de tránsito.

Cap. 2: De las servidumbres de acueducto.

Nota al art. 3082:

LL. 4 y 5, Tít. 31, Part. 3.^ª

Cap. 3: De las servidumbres de recibir las aguas de los predios ajenos.

Nota al art. 3093:

L. 2, Tít. 31, Part. 3.^ª

Cap. 4: De las servidumbres de sacar agua.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA CRESPO, J.: *Manual de Derecho Romano*, 3.^ª ed., Eudecor, Córdoba, 1997.

BONFANTE, P.: *Instituciones de Derecho Romano*, 3.^ª ed., Reus, Madrid, 1965.

— *Código Civil Argentino*, 2.^ª ed. oficial, Establecimiento Tipográfico La Pampa, Buenos Aires, 1883.

— *Código de las Siete Partidas*, Glosadas por Gregorio LÓPEZ (5 tomos), Lib. De Rosa y Bouret, París, 1861.

— *Códigos españoles concordados y anotados* (12 tomos), 2.^ª ed., Antonio de San Martín, Madrid, 1873.

— *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, ed. a cargo de Ildelfonso L. GARCÍA DEL CORRAL (6 tomos), Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

GAYO: *Instituciones*, ed. coordinada y prologada por Francisco HERNÁNDEZ-TEJERO, Civitas, Madrid, 1985.

MAYNZ, C.: *Curso de Derecho Romano*, 2.^ª ed. trad. por A. Antonio POU Y ORDINAS, Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

PEÑA GUZMÁN, L. A., y ARGÜELLO, L. R., *Derecho Romano*, 2.^ª ed., TEA, Buenos Aires, 1966.