

La servidumbre ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

(***)

Por Agnès Sibileau () y Leila Devia(**)*

Introducción

El derecho real de servidumbre, conforme a su regulación en el Código Civil de Vélez, ha sido utilizado en nuestro país como una herramienta legal para la constitución de áreas naturales protegidas privadas o reservas privadas.

En este sentido, el Nuevo Código Civil y Comercial también permitirá su utilización. Es decir, el derecho real de servidumbre, tal como quedó legislado en este nuevo cuerpo normativo, no ha recibido grandes modificaciones por lo que podrá continuar utilizándose de la misma forma y con este objetivo.

Sin embargo, esta reforma pudo haber significado una oportunidad de conseguir marcos jurídicos sólidos para la conservación privada, y comprender que "el aprovechamiento o la utilidad emanados de un contrato privado (la servidumbre, en este caso) también pueden coincidir con la utilidad pública que beneficia a la comunidad".

Es por ello que nos pareció interesante analizar en este trabajo qué aportes brindará y cuáles pudo haber brindado esta reforma.

•La servidumbre ambiental

Aproximadamente el 80% del territorio del país se encuentra bajo dominio privado. En estas extensiones de tierra se realizan prácticas agrícolas ganaderas que traen aparejadas el cambio y deterioro de los ecosistemas naturales existentes, en general debido a la tala indiscriminada y selectiva de masa forestal y a la sobreexplotación de la tierra en búsqueda de un mayor rédito, por lo que la preservación de los recursos naturales en esas extensiones se ha tornado imprescindible.

Desde hace varios años, existe un sector privado conservacionista que viene intentando colaborar en el diseño de políticas destinadas a hacer frente al avance de estas prácticas tratando de conservar los recursos naturales existentes en tierras privadas, sin pretender sustituir la potestad del Estado en la materia.

En este sentido la implementación de áreas naturales protegidas ha devenido una estrategia significativa. De esta manera, ya sea desde el sector público o desde el sector privado se intenta promover y facilitar mecanismos que ayuden a proteger los recursos naturales de forma tal de aumentar las superficies bajo conservación en el país.

Bajo el nombre de *servidumbre ambiental o ecológica* se denomina al acuerdo de voluntades por el cual un propietario restringe algunos de sus derechos de propiedad con el objeto de que la conservación de los recursos naturales identificados en ella quede garantizada.

A diferencia de la legislación estadounidense en donde tiene su origen esta función o utilidad de la servidumbre, en la mayoría de los países de Latinoamérica, la constitución de las servidumbres requiere de dos propiedades con un nexo que las vincule. Es decir, aún cuando las actividades, trabajos y costos de conservación se destinen sólo a la propiedad que acepta las restricciones y provee el servicio ambiental, se necesita que sea otra la propiedad beneficiaria del servicio

ambiental que brinda la primera.

En la servidumbre ambiental, el beneficio que un inmueble le proporciona a otro es la permanencia de ciertos atributos ecológicos presentes en el fundo sirviente en beneficio del fundo dominante, por motivos diversos, entre otros, la preservación del paisaje que se disfruta de un inmueble a otro, de fuentes o de cursos de agua comunes cuya calidad se requiere prístina; el mantenimiento de micro ecosistemas compartidos, la prevención de procesos de desertificación o erosión, el mantenimiento de hábitats de especies diversas, etc..

Estas servidumbres constituyen una herramienta jurídica mediante la cual puede legalmente exigirse la prohibición de ciertas actividades que puedan degradar los recursos existentes, a fin de preservar los atributos ecológicos de estos recursos sin que el dueño de la propiedad pierda la titularidad de ella.

Por otra parte, a pesar de las restricciones que se imponen, el dueño puede continuar realizando actividades productivas acordadas en el contrato y compatibles con un uso racional de la tierra.

El derecho de servidumbre puede adquirirse con carácter temporario o a perpetuidad, según lo establezcan las partes. Este contrato se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble y, desde el momento de la inscripción, la servidumbre sigue a la propiedad durante todo el plazo pactado. Es decir, si la propiedad se vende, el comprador deberá adquirirla con la afectación de la servidumbre vigente.

•La servidumbre ambiental en el Código Civil de Vélez

Si bien la servidumbre ambiental o ecológica no está explícitamente reconocida en el Código Civil de Vélez como tal, su constitución resulta factible por ser inherente al marco legal genérico de las servidumbres. Específicamente puede incluirse dentro de las servidumbres atípicas descritas en el Artículo 3000 de esta ley de fondo. El texto de este Artículo establece "*Se pueden constituir servidumbres 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*"

En el año 2001, cuando se creó la primera servidumbre ambiental del país en la Provincia de Neuquén, se pudieron observar algunos de los problemas jurídicos relacionados con la adaptación de este derecho real aplicado a la conservación privada ya que este caso derivó en un litigio.

Efectivamente, la controversia en cuestión, que dio como resultado un laudo arbitral de gran importancia jurisprudencial ambiental, surgió como consecuencia de querer dar por finalizada la servidumbre ambiental constituida por el hecho de haber cambiado de titularidad tanto la propiedad sirviente como la dominante.

En primer lugar, dado que los procesos ecológicos son de larga duración, la conservación de los recursos naturales requiere de períodos extensos. En esta línea, conservar a perpetuidad obliga a constituir la servidumbre ambiental con carácter real y no personal, único tipo de servidumbre que puede constituirse por ese plazo. Así fue en el caso citado en el cual se la inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén como "servidumbre real ambiental a perpetuidad" y este fue uno de los motivos que llevó al conflicto.

El nuevo propietario del fundo sirviente entendió que no podía existir una servidumbre ambiental de carácter real pues las restricciones de la servidumbre estaban "*sustentadas en la apreciación subjetiva del primer dueño del fundo dominante quien la constituyó a su arbitrio y para su personal aprovechamiento*". De esta forma, entendía que la servidumbre no podía continuar porque no existía un beneficio, utilidad o ventaja del fundo sirviente al dominante sino que el beneficio ambiental era de carácter personal o subjetivo. Su fundamentación estaba basada en la interpretación restrictiva que tiene el carácter de **real** en una servidumbre. Así versa el Artículo citado del actual Código Civil: Artículo 3.003. "*Si el acto constitutivo de la servidumbre procura una utilidad real a la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real; pero al*

contrario, si la concesión del derecho no parece proporcionar sino un placer o comodidad personal al individuo, se considera como establecido en favor de la persona, y sólo será real cuando haya una enunciación expresa de ser tal".

El otro argumento importante que se planteó en este caso, también relacionado con el esgrimido precedentemente, estuvo relacionado con el hecho de que la constitución de una servidumbre ambiental de carácter real y por ende perpetua *"debía considerarse como una intromisión de los particulares en la esfera del Poder Público"*.

Tal como se observa, las razones que llevaron a plantear un litigio en torno a la única (hasta hoy)servidumbre ambiental que se constituyó en nuestro país estuvieron relacionadas con el carácter restrictivo de las servidumbres reales -única especie que puede constituirse a perpetuidad- y por la falta de un tipo específico de servidumbre que de alguna manera permita denotar que las ventajas que el fundo sirviente le proporciona al dominante son objetivas y se materializan en servicios ambientales tangibles.

Así, las dificultades que existen actualmente para constituir una servidumbre ambiental a perpetuidad se hallan tanto en la delgada línea interpretativa que se plantea a la hora de considerarla posible existencia de una "utilidad" ambiental entre un inmueble y otro -más aún en casos en que la servidumbre se constituye sobre inmuebles que no son contiguos- como así también en la necesidad de contar con dos propiedades aún cuando sólo se pretende conservar una.

Estas dificultades llevaron a buscar alternativas en otro tipo de instrumentos a la hora de pensar en alguna herramienta jurídica para la conservación de tierras privadas.

La servidumbre ambiental en el Nuevo Código Civil y Comercial

De acuerdo con lo expresado, es evidente que adecuar la figura jurídica de servidumbre para ser utilizada con fines conservacionistas no ha sido una tarea sencilla. Han sido muchas las oportunidades en que, frente a las dificultades que plantea, se ha optado por figuras más simples, con requisitos más flexibles.

Por ello, si bien una de las características del Nuevo Código Civil y Comercial es la noción de que el derecho privado debe lograr una comunidad de principios con la Constitución y el Derecho Público, la posibilidad de crear una figura específica a los fines de brindar *"soportes más o menos seguros para incitar una nueva concepción jurídica respecto de la naturaleza y de los distintos bienes ambientales"*no se advierte que estuvo aquí tan presente.

En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial pudo haber sido una oportunidad para incluir una servidumbre en particular referida a esos fines o alguna otra figura jurídica de tales características. Sobre todo cuando ha creado nuevos derechos reales que son el resultado de un sinnúmero de intentos complejos de adecuación de los derechos reales existentes a situaciones novedosas, en particular y más precisamente, las relacionadas con formas modernas de urbanización tales como los conjuntos inmobiliarios, los tiempos compartidos o la propiedad horizontal. Es innegable que detrás de esta regulación hay una vasta casuística que avala la necesidad de su creación.

De todas formas, cabe destacar que no sólo no se estableció una servidumbre ambiental o ecológica sino que, a pesar de que se crearon nuevos derechos reales, por algún motivo se suprimieron todas las servidumbres particulares ya existentes en el Código vigente.

Es probable que esta última situación se deba a la gran cantidad de controversias que se han generado en torno a la relación entre los principios generales de las servidumbres y las servidumbres en particular.

No obstante, en este sentido, la incorporación de una figura jurídica destinada a la conservación de

tierras privadas no habría resultado en absoluto incoherente ya que, en la prelación normativa que presenta el Proyecto, se expresa la primacía de los intereses colectivos por sobre los privados y si bien aquí se trata de un contrato privado, el fin último no es otro que la preservación de un bien colectivo.

De todas formas, como ya adelantáramos, la constitución de servidumbres con fines ecológicos o ambientales podrá igualmente llevarse a cabo dentro del marco normativo del Nuevo Código Civil y Comercial.

Con tal propósito realizaremos una comparación entre algunos de los Artículos que resultan importantes y que se relacionan con este tipo de servidumbre.

Vale la pena reiterar que el Nuevo Código reduce el número de Artículos dedicados a este derecho real lo que, en algún punto, clarifica y facilita su comprensión. Los ciento treinta y ocho artículos del Código vigente sobre este tema se reducen ahora a tan sólo 21 Artículos.

Código Civil de Vélez

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 2970: *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 de sus derechos de propiedad.*

Artículo 2162.- Definición. El derecho real de servidumbre continúa requiriendo de dos fundos pertenecientes a propietarios distintos.

Artículo 3000: *Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles.*

Artículo 2163.- Objeto. La servidumbre puede recaer sobre la totalidad o parte material del inmueble ajeno. *La servidumbre no puede absorber la totalidad de la utilidad del inmueble sirviente, debe recaer sobre determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.*

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.*

Artículo 2165: *Servidumbre personal es la constituida en favor de una persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona aheredada, sobre otra heredad ajena parahumana se presume utilidad de la primera.*

Artículo 2971: *Servidumbre real es el derecho establecido al poseedor de una heredad, sobre otra heredad ajena parahumana se presume utilidad de la primera.*

Artículo 3004: *Cuando el derecho concedido no es más que una facultad personal al individuo, se extingue por la muerte de ese individuo; y sólo dura veinte años si el titular fuere persona jurídica. Es prohibida toda estipulación*

Artículo 2166: *Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de los fundos.*

en contrario.

Artículo 3005: *La carga de las servidumbres reales debe, actual o eventualmente, asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen.*

Artículo 3006: *Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fondo dominante y al fondo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen separadas del fondo, ni ser sometidas a gravamen alguno.*

servidumbre real debe Presume la perpetuidad de asegurar una ventaja real a las servidumbres reales.

la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen. La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fondo dominante y al fondo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen separadas del fondo, ni ser sometidas a gravamen alguno. En caso de duda, la servidumbre se presume personal.

Código Civil de Vélez

Nuevo Código Civil y Comercial

Artículo 3003: *Si el acto constitutivo de la servidumbre procura una utilidad real a la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real; pero al contrario, si la concesión del derecho no parece proporcionar sino un placer o comodidad personal al individuo, se considera como establecido en favor de la persona, y sólo será real cuando haya una enunciación expresa de ser tal.*

Este Artículo que fue, como se recuerda, un punto clave para el litigio referido desaparece dejando de lado la confusión a la que daba lugar. Ya no existirá la posibilidad de cuestionar -con facilidad- el carácter de real o personal que se le asigne a la servidumbre.

El futuro de las áreas protegidas y la conservación privada

La eficiencia real de las áreas naturales protegidas (ANP) en nuestro país ha sido mínima y, en ocasiones, antagónica a los objetivos iniciales, lo cual ha provocado una pérdida considerable de servicios ambientales, sociales y económicos. A nivel efectivo, uno de los elementos clave en la planificación de una ANP es la delimitación del polígono a partir del cual deben integrarse las diferentes líneas de gestión ambiental. A su vez, la planificación de la ANP debe ir más allá de los límites del espacio y considerar aquellos aspectos que puedan potenciar la efectividad de su gestión.-

Si bien todavía se puede pensar en una reforma a la ley de parques nacionales y agregar un capítulo dedicado a estos instrumentos sumando los servicios ambientales y reforzando la aplicación de los artículos 2162 y siguientes, no se puede ignorar que la servidumbre ambiental

como instrumento del desarrollo de la conservación privada debió haberse contemplado con mayor amplitud en la reforma del Código.

Por último, vale la pena destacar que cualquier tipo de reflexión sobre la conservación privada va de la mano con un tema clave en este nuevo cuerpo normativo como lo es la función ambiental de la propiedad, un tema que será motivo de importantes interpretaciones jurisprudenciales, a la luz de esta reforma.

Reflexiones finales

Sería una excesiva simplificación sostener que el reconocimiento jurídico de la servidumbre ambiental como tal, con las características propias como las que se encuentran reguladas en otras legislaciones, allanaría por sí solo el complejo camino de la conservación privada.

Es probable que aún con la hipotética inclusión específica de este derecho real en el articulado del nuevo código, la permanente y constante incertidumbre jurídica y política que nos caracteriza como país continuará intimidando al propietario de un campo a la hora de aceptar compromisos de conservación a perpetuidad, o por un plazo extenso. Pero de todas formas, haber incluido este derecho real como tal, habría, sin duda, ayudado a transitar ese camino de una forma más clara y sencilla.

Una de las dudas que se nos plantea a la luz de la reforma es si la no inclusión de esta herramienta jurídica privada para la conservación de tierras fue solo un olvido del legislador o si se trata de una forma implícita de sostener que la cuestión ambiental es una potestad eminentemente pública. Es evidente que si esta última interpretación fuera válida no existe todavía una comprensión acabada sobre el verdadero significado del derecho humano fundamental a gozar de un ambiente sano, así como tampoco del ingente, costoso e importante trabajo que viene realizándose desde muy diversos sectores privados en pos de la conservación de nuestro patrimonio natural.

En esta línea, no puede ignorarse que, aún hoy, a veinte años de la reforma constitucional, el legislador tampoco ha trabajado en la redacción de una norma de presupuestos mínimos para las áreas naturales protegidas y entre ellas, las que están en dominio privado. Si bien algunas provincias han legislado al respecto extendiendo la casuística en este sentido, la falta de armonización de requerimientos básicos y uniformes que deban regir en esta materia en todo el territorio nacional ha llevado a conservar extensiones privadas bajo diferentes figuras jurídicas y con requisitos propios, situación que igualmente debemos celebrar porque gracias a ella hay miles de hectáreas más conservadas en nuestro país. De todas formas, entendemos necesario un debate en torno a la ley de parques nacionales 22351 y en relación con estos conceptos que ya han sido trabajados en la práctica.

Por último, resta decir que no bastará con la regulación explícita de figuras jurídicas destinadas a la conservación, ni con una norma de presupuestos mínimos en esta materia. Es evidente que resulta necesaria una política destinada a tener en cuenta el valor de los bienes y servicios que prestan a la comunidad los recursos naturales protegidos y conservados de forma tal de mantener el vínculo entre conservación y producción.

Bibliografía

ATMELLA Cruz Agustín y CHAVES Quesada Silvia E: *"Manual de Servidumbres Ecológicas - (principalmente para abogados y notarios)"*. CEDARENA, COMBOS; The Nature -Conservancy, Costa Rica, 1997.

CARMINATTI, Alejandra y QUISPE Merovich, Carina: "*Situación actual y propuestas para el fortalecimiento de las reservas privadas voluntarias en Argentina*". Informe Ambiental Anual 2009. FARN.

CASTELLI Luis, PÉREZ CASTELLÓN, Ariel y Recio, María Eugenia. "*Conservación de la Naturaleza en tierras de propiedad privada*." FARN - ARCA. Argentina, 2001

CODEFF; Cedarena; Prometa; CEDA; Fundacao O Boticario; Environmental Law Institute; Pronatura: "*Conservación privada en Latinoamérica: Herramientas legales y modelos para el éxito*":

MARIANI DE VIDAL, Marina; Abella, Adriana N. "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes. SJA 2012/10/17-51; JA 2012 IV.

MORENO, Diego; CARMINATTI, Alejandra; MACHAÍN, Natalia y ROLDÁN, Mateo: Capítulo II "*Reseña sobre las reservas privadas en Argentina*". En "*Voluntad de Conservar: Experiencias seleccionadas de Conservación por la sociedad civil en Iberoamérica*". The Nature Conservancy y Fundación Biodiversidad. 2008. Editor Chacón, Carlos.

MRAZEK, LENKA "*Reservas naturales privadas. Un aporte para estimular la conservación voluntaria de los ecosistemas naturales*". Revista de Derecho Ambiental N°36. Dir. Néstor Cafferatta. Octubre/Diciembre 2013. AbeledoPerrot.

PASTORINO, Leonardo F.: "*Los derechos de propiedad y su influencia en la gestión de los bienes y valores ambientales provinciales*" Revista Jurídica de Derecho Ambiental N°38. Direc. Néstor Cafferatta. Abril/Junio 2014. AbeledoPerrot.

PRONATURA, AC: "*Herramientas Legales para la Conservación de tierras privadas y sociales en México*". www.pronatura.org.mx

SIBILEAU, Agnès (Fundación Neuquén), ROJAS TOMÉ (Consultor), Morillo (Centro de Derecho Ambiental) (CEDA) y Stem (Foundations of Success). Proyecto SEPA, 2007. "*Experiencias de Ecuador y México en la Implementación de las Servidumbres Ecológicas: Un Estudio de Caso*". www.fosonline.org

SIBILEAU, Agnès y SANTAGADA Ezequiel: "*Servidumbre Ambiental para la protección a perpetuidad de tierras privadas en la Patagonia Argentina. Estudio de Caso. Las lagunas de Epulauquen, Pcia. del Neuquén*". Fundación Neuquén, The Nature Conservancy.

SIBILEAU, AGNÈS. "Notas sobre conservación privada en Argentina" pag. 249-264. Revista de Derecho Público. Tomo 2009 - 2. Derecho Ambiental - II. Rubinzal Culzoni Editores

URBANEJA, M. E (2012) Servidumbre. En "*Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires*": El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/constituciones/servidumbre-marcelo-urbaneja.pdf>

(***) Extracto del libro "Avances del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los Aspectos Ambientales" (Dirección: Dra. Leila Devia), editado por elDial.com - Año 2015

(*) Abogada (UBA 1999) especialista en Derecho Ambiental (UCA 2002). Fue profesora de grado en la UBA. Mediadora Matriculada (MJN 2004). Colaboradora en el Área de Derecho en el Programa de los Estudios Atmosféricos en el Cambio Global. Autora y coautora de varias publicaciones en su especialidad. Fue consultora de la Fundación Neuquén y de la FARN.

(**) Abogada, especialista en régimen jurídico de los recursos naturales, doctora en ciencias jurídicas, docente de grado y posgrado de Derecho Ambiental y Alimentario de la UBA; UCA; UADE, UNSAM, docente de la Asociación Alemana para la Calidad, Auditora ISO 14.000. Realizó estudios de posgrado en Estados Unidos, Japón y Holanda. Directora Académica de la Especialización en Derecho y Economía Ambiental de la USAL y Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Centro Regional de Capacitación y Transferencia de Tecnología dependiente del Convenio de Basilea.

Citar: elDial DC1F7A

Publicado el: 01/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina