

CONCEPTO DE PREDIO EN LAS SERVIDUMBRES: SU AMPLIACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ROMANO LATINOAMERICANO

Gian Franco ROSSO ELORRIAGA

SUMARIO: I. *Introducción: el concepto de predio y los principios de las servidumbres relacionados.* II. *Ampliación del concepto de 'predio'.* III. *D.8,3,33,1: un caso de constitución de servidumbre sobre servidumbre en derecho romano.* IV. *Consideraciones conclusivas.*

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE PREDIO Y LOS PRINCIPIOS DE LAS SERVIDUMBRES RELACIONADOS

Durante el desarrollo de las servidumbres en el derecho romano, éste delineó varios principios sobre los cuales se asentó la institución. Entre ellos, nos interesan particularmente para los efectos de este trabajo el de la 'predialidad', el *nemini res sua servit* y el de la inherencia predial.

Conforme al primero, las servidumbres se caracterizan por constituir esencialmente una relación entre predios de modo que, el gravamen establecido sobre un predio, implica una ventaja o beneficio en favor de otro predio.¹

Doctor en derecho y magister por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Profesor de derecho civil y derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes de Santiago de Chile. La redacción de este artículo ha contado con la ayuda del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de la República de Chile, en el marco del Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11140856, titulado "El régimen jurídico de las servidumbres voluntarias: propuesta de reformulación dogmática a la luz de la funcionalidad actual de las disposiciones del Código Civil y de la legislación especial", en el cual el autor es investigador responsable.

¹ D.8,4,1,1.

De ello necesariamente derivó el segundo, pues la relación entre predios mediante servidumbres sólo puede ser posible cuando los predios sean de diversos dueños pues, en caso contrario, el propietario obtiene utilidades de uno y somete a cargas el otro simplemente en virtud de sus facultades de tal, no requiriendo poderes jurídicos especiales para ello ni siendo posible la autolimitación jurídica de su dominio en favor y en contra de sí mismo.² Finalmente, y también derivado del primero, las servidumbres constituidas, activa y pasivamente, forman parte del predio dominante y del predio sirviente, siendo inseparables de ellos, esto es, inalienables como objeto independiente.³

Pilar entonces ha sido y es el concepto de ‘predio’ en materia de servidumbres. Los códigos civiles lo explicitan, sean a través de este término, o bien a través de otros que se han entendido equivalentes, como lo serían ‘fundo’, ‘finca’ o ‘heredad’.

Por su propia génesis romana, estos términos han sido tradicionalmente asimilados a una porción de terreno, con inclusión de las cosas adheridas, o bien como una edificación individualizada separadamente del suelo al cual se adhiere. Esto último, gracias a un desarrollo incuestionado del concepto que tuvo lugar en el propio derecho romano, que admitió los edificios en calidad de predios.⁴ Sobre los inmuebles por destinación ha existido mayor cuestionamiento en cambio por parte de los doctrinarios.⁵

Los códigos civiles, a pesar de reconocer que los conceptos de predio o edificio no se identifican con el término inmueble, y que por el contrario, son sólo una especie de este género,⁶ parecen restringir en materia de

² D.8,2,26 (“*nulli enim res sua servit*”; D.7,6,5 pr. (“*nec enim potest ei sus fundus servire*”); D.8,3,33,1 (“*quamvis nullum praedium ipsum sibi servire*”). Sin perjuicio de las excepciones que han aparecido en legislaciones civiles modernas, que admiten la constitución de servidumbres sobre predio propio. En Europa, el artículo 733 del Código Suizo; los par. 889 y 873 del BGB conforme interpretación doctrinaria y judicial; los artículos 82.1 y 87.1 de la ley de Galicia; el 566-3.1 del Código de Cataluña; y el artículo 564 del Código Foral de Aragón. En Latinoamérica, el artículo 977 del Cc.Per. de 1936, disposición reproducida en el artículo 1048 del Cc.Per. de 1984; el artículo 752 inc. 2 del Cc.Gua.; y el artículo 721 del Cc.Ven. A ellos se suma el artículo 1183 del Código de Quebec.

³ D.8,4,12.

⁴ D.8,1,3; D.8,4,1 pr.; I.2,3,1.

⁵ Sobre las dudas en este punto en Chile, Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, De los bienes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. IV, t. 9, n. 1310, p. 24; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes*, 5ª ed., Jurídica, Santiago, 1993, t. II, n. 1044, pp. 180 y 181; Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, n. 247, pp. 484 y 485; San Martín Devoto, Diego Salvador, *Las servidumbres*, Santiago, ConoSur, 1998, pp. 17 y 18.

⁶ Por ejemplo el Cc.Ch. en el artículo 580 dispone que los derechos se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse, señalando expresamente que un dere-

servidumbres el concepto de inmueble a las cosas corporales citadas.⁷ Si se entendiera en sentido amplio, ‘inmueble’ incluiría también a los derechos reales, lo que importaría aceptar que las servidumbres pueden constituirse en favor o gravando derechos reales sobre bienes raíces.

El tratamiento dado por los códigos civiles es en todo caso concordante con la doctrina tradicional que, atada al origen de las servidumbres, ha sostenido insistentemente que objeto de servidumbres, activa o pasivamente, sólo pueden ser inmuebles corporales, incluso con expresa referencia al supuesto principio romano *servitus servitutis esse non potest*,⁸ al cual más adelante nos referiremos.

II. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ‘PREDIO’

No obstante lo dicho, la realidad moderna ha llevado necesariamente al ensanchamiento del concepto de predio en diferentes direcciones, especialmente producto de la creación de nuevos tipos de servidumbres (eléctricas, telefónicas, radiofónicas, de ondas, de vías funiculares, mineras, de aguas, etc.).⁹ Así, aunque manteniendo aún un cierto sentido material, se ha admitido la constitución de servidumbres en favor de instalaciones y obras, en vez de ‘predios’ en sentido estricto. Este ensanchamiento ha tenido lugar ya sea por vía de interpretación del término predio¹⁰ o bien por intervención legislativa.

cho de usufructo sobre un inmueble es inmueble. El Cc.Es. define inmueble en el artículo 334, incluyendo en el n° 10 a las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. En el mismo sentido, artículos 325 n° 10 del Cc.Pan. y 750 n° XII del Cc.DF.Mex.

⁷ Así, en el artículo 568 del Cc.Ch., luego de comprender en el concepto de inmueble tanto los bienes raíces por naturaleza como por adherencia, señala que “las casas y heredades se llaman predios o fundos”. En el mismo sentido los artículos 656 Cc.Col.; 586 Cc.Ec.; y 602 Cc.Hon. El Cc.Es., a pesar de la amplitud citada en precedencia, recurre en la regulación de las servidumbres en varios artículos a la palabra “finca” (por ejemplo, artículos 534 y 541; equivalentes artículos 516 y 523 Cc.Pan.). El Cc.It. define inmueble en el artículo 812 pero en el artículo 1062 en materia de servidumbres prefiere “fundo”.

⁸ Así por ejemplo explícitamente Claro Solar, *op. cit.*, n. 1310, p. 24 (calificando a las cosas incorpóreas inmuebles de “inmuebles ficticios”); Rebolledo Varela, Ángel Luis (Coordinador), *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 65; y De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, México DF, Editorial Porrúa, 2004, p. 587. A mayor abundamiento, afirmaban que ello ni siquiera debía advertirse expresamente, Grosso, Giuseppe y Deiana, Giommara, *Le servitù prediali*, 2ª ed. re., Torino, UTET, 1955, t. I, n. 48, p. 151.

⁹ Algunas de estas servidumbres incluso reguladas en códigos civiles. Así, artículos 1056 y 1057 Cc.It.; 1108 Cc.Méx.; 796 Cc.Gua.; 2212 Cc.Par.; 683 Cc.Ven.; y 273 Cc.Bol.

¹⁰ En Chile, un fallo de la Corte Suprema de 1928 ya expresaba que “predio” significa que el gravamen no afectaba en ningún caso a las personas, alejándose del tenor del artículo 568 del Cc.Ch. *Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ)*, Chile, t. 26, secc. 1º, p. 273. De insta-

Precisamente, una de las discusiones en época moderna más interesantes sobre este tema ha sido el de las servidumbres industriales.¹¹ Sobre el punto, ya algunos códigos civiles decimonónicos insinuaron la ampliación de la idea de predio por esta vía, permitiendo la constitución de servidumbres en favor de establecimientos industriales, aunque considerados inmuebles por adherencia.¹²

Empero, la idea que el predio dominante debe ser un fundo, colisionó abiertamente con la nueva realidad: entidades complejas objetivamente reconocibles, en cuyo favor se requería de servidumbres, sin constituir como tales un predio. Muchas veces, instaladas además en suelo ajeno, constituyendo éste un elemento accidental y no principal.

Reconociendo Grosso que la posición e importancia podía ser asimilada en muchos aspectos a los fundos, propuso la incorporación de las servidumbres industriales al Cc.It. de 1942, propuesta rechazada por alterar precisamente el esquema tradicional de las servidumbres prediales. Al respecto, no deja de ser paradójico que a pesar de su rechazo a la extensión del concepto de predio a las cosas incorporales,¹³ el citado autor afirmara por otra parte que era necesario extender el concepto del ente a favor como a cargo del cual puede establecerse una servidumbre, esto es, más allá del fundo, admitiéndola para la industria, pues ello permitiría una mayor adecuación a la realidad de la vida.¹⁴ El autor se lamentaba reconociendo que el problema igual se mantendría, de manera que la realidad forzaría a la interpretación de la legislación vigente, haciendo evolucionar el derecho.¹⁵ Esto último por la incorporación de la referencia en el artículo 1028 del Cc.It., que admite que la utilidad del predio puede ser inherente a la destinación industrial del fundo. El diagnóstico de Grosso fue acertado, así como las consecuencias, pues hasta hoy se discute en la doctri-

laciones eléctricas como predio dominante habla Vergara Blanco, Alejandro, "Constitución de servidumbres a favor de instalaciones eléctricas. En especial de la adquisición del derecho real de servidumbre en el caso de la ocupación continua y aparentes del suelo ajeno con instalaciones eléctricas construidas con autorización expresa o con la aquiescencia del dueño", *Revista chilena de derecho*, Vol. 25, núm. 2, 1998, p. 331; Vergara Blanco, *Derecho eléctrico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 230; Evans Espiñeira, Eugenio y Seeger Caerols, María Carolina, *Derecho eléctrico*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 111; y Lira Ovalle, Samuel, *Curso de derecho de minería*, 6ª ed., Santiago, Ed. Jurídica, 2012, n. 224, p. 178.

¹¹ Respecto a Chile, asumiendo las posiciones y argumentos franceses, planteaba su rechazo Claro Solar, *op. cit.*, n. 1314, pp. 29 y 30.

¹² *Vgr.*, artículos 861 y 570 del Cc.Ch.

¹³ Véase nota 8.

¹⁴ Grosso y Deiana, *op. cit.*, p. 205.

¹⁵ *Ibidem*, n. 39, p. 124.

na italiana para la aplicación del al citada disposición, acerca del límite (cuando es en utilidad del fundo o cuando sólo en favor de la industria).¹⁶ Lo que no tuvo posibilidad de dimensionar en su época, fue la superación del concepto de predio tradicional incluso por el propio legislador en algunos ordenamientos. Si bien Burdese no es partidario de ampliar por vía de interpretación la disposición del Cc.It, en definitiva reconoce que ella aparece superada en ciertos casos, por expresa disposición legislativa, en el ámbito de las servidumbres coactivas.¹⁷

Pero la ampliación más audaz y relevante es la llevada adelante por algunas legislaciones latinoamericanas, las que admiten la posibilidad de constituir servidumbres en favor de derechos calificados o calificables de inmuebles, que por su propia naturaleza no son predios (suelos). Ello importa en definitiva que se permita la constitución de servidumbres en favor de derechos reales en calidad de ‘predios’ dominantes, como asimismo que se puedan gravar dichos derechos en calidad de ‘predios’ sirvientes. Con ello, ‘predio’ ha dejado de ser sólo una cosa corporal, pudiendo hoy además identificarse con cosas incorporales.

En cuanto predios dominantes, los ejemplos más claros se encuentran en el derecho de minería y en el derecho de aguas.

El sistema minero actual en general se basa en la reserva de la propiedad de las minas en favor del Estado, de modo que es éste quien “concede” a los particulares, temporal o indefinidamente, un derecho relativo a las sustancias minerales, como son los de exploración y explotación. Así, las legislaciones de Chile, Perú, Bolivia, Nicaragua, Honduras, Costa Rica y Guatemala, califican directamente la concesión minera como derecho real *inmueble*.¹⁸ En Argentina, podría indirectamente llegarse a igual conclusión.¹⁹ La legislación de Ecuador califica el derecho como personal,²⁰ naturaleza

¹⁶ Burdese, Alberto, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, CEDAM, 2007, p. 31.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Artículos 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Minería; 2 del CM.Ch. y 5 de la ley 19.657 en Chile. Artículos 4 y 10 del CM boliviano; 10 de la Ley General de Minería del Perú; 15 Ley Especial Sobre Exploración y Explotación De Minas de Nicaragua; 9 Ley General de Minería de Honduras; 12 CM. Costa Rica; y 17 Ley de Minería de Guatemala.

¹⁹ El artículo 11 CM.Arg. se refiere a la propiedad respecto a las minas como distinta a la propiedad del terreno superficial y, por tanto, entiende que de la concesión nace un derecho real de dominio sobre las minas.

²⁰ Artículos 30 y 32 LM.Ec., además de tener por causa un contrato de concesión (artículo 41 LM.Ec.).

que también presentaría en Colombia, Uruguay, Paraguay y Panamá.²¹ Se trata de dos maneras distintas de enfrentar jurídicamente una misma problemática. La primera, entendiendo que el dueño (Estado) se desprende de derechos que como tal tiene sobre los yacimientos mineros; la segunda, entendiendo que el concesionario adquiere derechos respecto de los minerales, que puede hacer valer frente al dueño (Estado), que pasa por tanto a tener la calidad de deudor respecto al concesionario.

Ahora bien, con independencia de la naturaleza jurídica que se da en los distintos ordenamientos jurídicos a estos derechos, su objeto no es el terreno superficial bajo el cual se ubican los minerales o energía según el caso. El objeto de ellos son estos últimos,²² los que se encuentran en una extensión de terreno determinada (“sólido”)²³ cuya propiedad en una buena parte de los casos no pertenece al Estado, sino a particulares. Estos son terceros ajenos a los titulares de los derechos mineros. De manera que concurren en la situación el Estado como dueño de los minerales o energía; el dueño del terreno en que están los minerales; y el titular del derecho concedido a explorar o explotar los minerales o energía.

En razón de lo anterior, sobre el terreno respectivo, el propietario mantiene todas sus facultades de tal, y por el contrario, el concesionario en principio no tiene más derecho que a la exploración o explotación de los minerales que en él se encuentran. Por ello, el concesionario necesita de servidumbres que le permitan acceder físicamente a los yacimientos, alcanzarlos, extraer los minerales o energía, procesarlos y transportarlos a otras zonas geográficas, además de múltiples otras actividades relacionadas.

Con tal finalidad, las legislaciones no sólo admiten, sino que además imponen la constitución de servidumbres (normalmente contra el pago de una indemnización) en favor de los derechos mineros,²⁴ con lo cual éstos

²¹ Según los artículos 14 CM.Col.; 12 y 81 CM.Ur.; 33 LM.Par.; y, 6 y 8 Código de Recursos Minerales, Panamá, los derechos mineros nacen para su titular y son regulados mediante un contrato de concesión. Luego, su naturaleza es personal.

²² Artículos 26 CM.Ch.; 10° CM.Bol.; 15 LM.Méx.; 9° LGM Perú; 32 LM.Ec.; y 3° CM.Ur.

²³ Artículos 28 CM.Ch.; 5 CM.Bol.; 12 LM.Méx.; 9 LGM Perú; 19 CM.Arg.; 64 y 65 CM.Col.; y 3 CM.Ur.

²⁴ En Chile, artículos 2 de la LOCCM, 120 del CM.Ch., y 26 de la ley 19.657. Asimismo, artículos 56 CM.Bol.; 31 CM.Ur.; 166 CM.Col.; 146 CM.Arg.; 46 CM.Costa Rica; 19, IV, LM.Mex.; 54 LM.Par.; 6, letra b) y 72 y ss. LM.Gua.; 22, 27 y ss. LGM.Hon.; 123 Código de Recursos Minerales de Panamá; 50 Ley Especial Sobre Exploración y Explotación De Minas de Nicaragua; y 37 n° 3 LGM.Per. (aunque en este país se entienden partes integrantes de la concesión minera las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias y todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente

adquieren el carácter de predio dominante y el terreno superficial en cuyo subsuelo están los minerales o energía (sólido) el carácter de predio sirviente.

El predio dominante, como se aprecia, no es ningún ‘predio’, ningún ‘fundo’, ninguna ‘heredad’, sino la concesión minera: el derecho real o personal según corresponda.²⁵ No en vano algunas legislaciones califican expresamente a los derechos mineros de derechos ‘inmuebles’,²⁶ de manera que la servidumbre se constituye en utilidad de un ‘inmueble’. Respecto de las legislaciones que no lo declaran así, la cuestión tiende a complicarse conceptualmente, pues podríamos estar en presencia de una servidumbre en favor de cosa mueble.²⁷

Aún más, servicios constituidos sobre el terreno respecto de los cuales existe una concesión, pueden resultar necesarios para el ejercicio de otra concesión contigua o cercana. El aprovechamiento de estos servicios redundará en una molestia para el primer concesionario en favor de la concesión contigua o cercana. Las legislaciones desarrollan jurídicamente la solución a esta cuestión de modo distinto, pero siempre orientadas en definitiva a que el primer concesionario deba soportar el servicio en favor de otro concesionario. La fórmula más intensa es reconocer que las concesiones mineras

al fin económico de la concesión); y, 15 y 100 LM.Ec. (igual situación que Perú, artículo 59 LM.Ec.).

²⁵ En relación al artículo 568 Cc.Ch. (véase nota 7), dice Lira justamente que en materia minera, aun cuando los predios dominantes y sirvientes no se acomodan al concepto de “predio” de dicha disposición, es claro para la legislación chilena y extranjera que tal concepto es más amplio y comprensivo de un sinnúmero de bienes diferentes a “casas y heredades”. Lira, *op. cit.*, n. 224, p. 178. Ossa reconoce que legalmente pueden adquirir la calidad de predios sirvientes o dominantes, aunque con alguna duda que sean predios de cara al artículo 568 Cc.Ch., Ossa Bulnes, Juan Luis, *Tratado de derecho minero*, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica, 2007, t. I, pp. 464 y 465; y 482. Ruiz ya afirmaba en el contexto de la antigua legislación que las cosas y derechos anunciados por el legislador minero no eran propiamente predios, pero “para los efectos de las servidumbres mineras, son verdaderos ‘predios dominantes’”, Ruiz Bourgeois, Julio, *Instituciones de derecho minero chileno*, Santiago, Ed. Jurídica, 1949, t. II, p. 24. Vergara no sólo acepta sin mayores cuestionamientos, sino que cita y apoya doctrina de fallos citados en nota 4. Vergara Blanco, Alejandro, *Instituciones de derecho minero*, Santiago, AbeledoPerrot, 2010, pp. 459 y 462, reiterando lo ya expresado en su obra *Derecho eléctrico...*, *cit.*, p. 230, y en *Constitución de servidumbres...*, *cit.*, p. 331.

²⁶ Artículos 2 CM.Ch.; 4 CM.Bol.; 9 LGM Perú; 3 CM.Ur.; y 12 CM.Arg. Comentando el artículo 11, observa precisamente que pueden existir inmuebles dentro de otros inmuebles De Pablos, Tomás, *Código de minería de la República de Argentina comentado*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p.14 y 156.

²⁷ Los artículos 659 Cc.Col. y 589 Cc.Ec. reproducen el artículo 571 del Cc.Ch. conforme al cual los metales de una mina se reputan muebles aún antes de su separación para efectos de constituir un derecho. Pero en Chile el artículo 2 del CM. expresamente cambia la regla de los muebles por anticipación.

ya constituidas pueden adquirir la calidad de predio sirviente²⁸ (lo que importaría una excepción al supuesto principio *servitus servitutis esse non potest*). Otras veces, la ley no reconoce explícitamente la posibilidad de constituir servidumbres sobre concesiones mineras como tales, pero sí la posibilidad afectar el terreno concesionado con servidumbres en favor de otra concesión, o que éstas se aprovechen de servidumbres ya establecidas.²⁹

De los comentarios anteriores, puede entonces observarse como en una materia tan relevante para la economía latinoamericana, el legislador admite (o dispone) que cosas incorpóreas inmuebles, como son las *concesiones mineras*, pueden tener el carácter de *predio*, asumiendo la calidad de predios dominantes, y a veces incluso de predios sirvientes. Ello impediría, en una visión global de las servidumbres, entender que éstas constituyen una relación sólo entre fundos o heredades, en el sentido clásico, generando nuevas alternativas de desarrollo en la materia.

Lo dicho se aplica a todas aquellos casos en que por reenvío del legislador, son aplicables las disposiciones sobre minería.³⁰

Idéntica situación a la descrita se presenta al menos en Chile respecto al *derecho real de aprovechamiento de aguas*, calificado como tal por el legislador, el cual por regla general tendrá por título una concesión administrativa. Para su efectiva explotación, el legislador admite la constitución de servidumbres a su favor convirtiéndolo también en predio dominante.³¹ Segura advierte que conforme a la legislación de aguas habrían servidumbres cuyos titulares

²⁸ Artículos 126 y 127 CM.Ch.; 37 n° 5 LGM Perú; 102 LM.Ec.; y 185 CM.Col. En este sentido, Ossa, *op. cit.*, p. 466. Guzmán señala sobre esta posibilidad que es evidente que no pueden constituirse servidumbres sobre una concesión minera, de modo que la expresión estaría tomada por el CM.Ch. en sentido material del “sólido”, dado que las servidumbres sólo se pueden ejercer sobre una cosa corporal. Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2006, p. 225.

²⁹ Artículos 148 y 149 CM.Arg.

³⁰ Por ejemplo en Chile, las servidumbres y derechos relativos a la exploración y explotación de hidrocarburos están sujetos a las disposiciones del CM.Ch., de manera que lo expresado respecto de los derechos mineros es igualmente aplicable a las concesiones de transporte de hidrocarburos mediante “oleoductos” y a los derechos de aprovechamiento adquiridos para tales efectos: artículo 8° del DFL n° 1, Minería (DO.24.04.1987), que fijó texto de la ley 9.618 que crea ENAP, el cual se remite a las disposiciones del CM.Ch. para la constitución de estas servidumbres. Ello sin perjuicio que la Jurisprudencia ha ratificado la aplicación de los artículos 120 y siguientes de dicho código. Así, confirmando lo obrado por la Corte de Apelaciones y el tribunal de primer grado, Corte Suprema, Rol N° 2904-2009, LegalPublishing, CL/JUR/665/2009. Otro tanto ocurre respecto de las concesiones de distribución y transporte de gas (“gasoductos”), y a su aprovechamiento conforme legislación especial que las regula (con algunos textos similares o incluso idénticos a la regulación eléctrica), artículo 12 inc. 2°, Ley Servicios de Gas, modificada por ley 18.856 (DO. 02.12.1989).

³¹ Artículos 69 y ss. CA.Ch.

no serían predios (en el sentido tradicional), e incluso a veces gravan personas o a otros derechos no prediales. No existiría entonces un predio dominante, y a veces tampoco uno sirviente (un pueblo, otro derecho de aguas, etc.). De ahí que en su concepto sea necesario ampliar el concepto de servidumbre, proponiendo la siguiente definición: “es el gravamen impuesto a la propiedad en utilidad de un predio, en beneficio de otra propiedad u obra de distinto dueño”.³²

El derecho real de aprovechamiento de agua también sería susceptible de ser gravado con derechos en favor de otros de igual naturaleza, adquiriendo la calidad de predio sirviente.³³

Así las cosas, nos encontramos entonces con que por disposición de la ley, en algunos casos “las concesiones” tienen efectivamente la calidad de ‘predio’ sirviente, aunque lo gravado sean los derechos de aprovechamiento respectivos (en los ejemplos, mineros o de aguas). Apunto sí que la doctrina no necesariamente ha compartido esta postura legislativa.³⁴

³² Segura Riveiro, Francisco, “Las servidumbres en el derecho de aguas”, *Rev. de Der. U. de C., Chile*, núm. 209, enero-junio 2001, pp. 187, 192 y 194. Nótese que según esta propuesta, existiría en las servidumbres una relación entre derechos de propiedad: uno dominante y el otro sirviente. Esto implica en concreto, ampliar el concepto de predio, en cuanto objeto gravado o beneficiado con la servidumbre.

³³ El artículo 6° del CA.Ch. reconoce la facultad de disposición. La discusión nace de la admisión o no de constituir servidumbres sobre las aguas, como inmuebles por destinación y muebles por naturaleza.

³⁴ Vergara Blanco ha puesto en duda que las servidumbres entre concesionarios del CM.Ch. tengan la misma naturaleza jurídica que las del Código Civil. A su juicio, la elección legislativa era armónica con la antigua concepción de la “propiedad minera”, que consideraba a la concesión como conteniendo materialmente el yacimiento en favor del concesionario, como fundo, o una heredad, pero que hoy resultaría insostenible en virtud del carácter de “cosa incorporeal” de los derechos mineros. Ello sin perjuicio que la respuesta positiva implicaría la aplicación subsidiaria de las disposiciones del código civil, lo que incomoda al autor, dado que propugna al derecho minero como una disciplina autónoma. *Instituciones...*, *cit.*, pp. 478 y 479. En el ámbito de las aguas, las servidumbres de agua reguladas por el CA.Ch no incidirían sobre el derecho de aprovechamiento, lo que se deduciría claramente del lenguaje legislativo según Guzmán, *op. cit.*, p. 225. Vergara Duplaquet, a propósito de la posibilidad de imponer una servidumbre de fuerza motriz sobre la entidad física inmueble por destinación que es el agua adscrita al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, comenta simplemente que le parece errada la manera de pensar de aquellos que han creído ver una servidumbre sobre otra servidumbre, por estar reñida con la idea que se trata de un gravamen impuesto sobre un predio en favor de otro predio, y en este caso no recaería sobre un predio, sino sobre un derecho real, como sería la servidumbre de acueducto. Vergara Duplaquet, Cirio, *Normas por las cuales se rigen las servidumbres en materia de derecho de aguas*, Código de Aguas comentado: doctrina y jurisprudencia, Vergara Blanco, Alejandro (Director), Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p. 285.

Frente a esta realidad, tenemos tres alternativas como mínimo posibles a casos como los expuestos: negarle simplemente el carácter de servidumbres; además de la negación, atribuirles una naturaleza distinta; o bien aceptarlas lisa y llanamente. Respecto de las dos primeras, son las vías que buena parte de la doctrina ha intentado sin lograr con ello avances relevantes para afrontar las nuevas realidades, pues se retorna en definitiva a la institución de las servidumbres, que ya se conocen, comprenden y tienen un estatuto subsidiario aplicable.

Si se acepta en definitiva la tercera posibilidad, no queda sino reconocer abiertamente la ampliación del concepto de predio, pues la alternativa sería la “despredialización”, situación que obliga a construir una nueva noción acerca del objeto de las servidumbres.

III. D.8,3,33,1: UN CASO DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE SERVIDUMBRE EN DERECHO ROMANO

La regla en derecho romano evidentemente era que las servidumbres prediales no podían sino constituirse sobre predios³⁵ (la denominación misma lo indica). No obstante ello, pareciera que en D.8,3,33,1,³⁶ conocido y debatido pasaje del Digesto tomado de la obra *Quaestionum libri IX* de Africano, se contiene un caso excepcional que da cuenta de la posibilidad de que una servidumbre se constituyese sobre una cosa distinta a un predio propiamente tal (fundo o edificio).³⁷

La cuestión de fondo planteada por este texto sería la siguiente. Se constituye una servidumbre de acueducto que beneficia y grava fundos distintos,

³⁵ D.8,4,1,1; I.2,3,3.

³⁶ *Per plurimum praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione interventientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.* (Si conduces agua por los predios de muchos, de cualquier modo que se haya impuesto la servidumbre, ni a cualquiera de ellos, ni a otro vecino podrás ceder agua de la corriente, si también sobre esto no se siguió pacto o estipulación; porque mediando pacto o estipulación, también suele concederse esto, aunque ningún predio puede ser sirviente de sí mismo, ni puede constituirse usufructo de una servidumbre.)

³⁷ Lo dicho sin perjuicio de D.43,21,2, texto que trataría igual hipótesis, en cuanto contempla la posibilidad de otorgarse al propietario la servidumbre de abrevar el ganado en un canal que pasa por su predio o de extraer agua de éste.

mas entre el fundo dominante y el fundo sirviente hay otros predios intermedios, que también serán atravesados por el respectivo canal a través del cual se ejerce la servidumbre. Desde luego, para que esto sea posible, dichos predios intermedios también deberán adquirir el carácter de sirvientes. Ante esta situación, sus propietarios solicitan al dueño del predio dominante que los faculte para extraer agua del canal (*haustus*) en beneficio de sus fundos sirvientes. Nos parece acertado respecto de esta petición, pensar que habitualmente los propietarios de predios sirvientes atravesados por un acueducto la realizaron como compensación a la imposición del gravamen.³⁸

Ante la duda si es posible la concesión de dicha facultad, el dueño del predio dominante consulta a Africano. Éste responde que no es posible a través de los modos civiles de constitución de servidumbres su otorgamiento. En cambio, ello si puede hacerse mediante modos pretorios. Esto último se traduce concretamente en la posibilidad de pactar y estipular con los respectivos propietarios intermedios que él (titular de la servidumbre de acueducto) no se opondrá a la sustracción de agua.

Entonces, el texto del pasaje permitiría entender a primera vista que: a) puede insertarse sobre una servidumbre constituida por derecho civil un derecho de extracción de agua (*haustus*);³⁹ b) que tal inserción se realiza a través de pacto o estipulación, o sea, una servidumbre podría ser gravada con servidumbre.

Si así fuese, habría que concluir que el pasaje permite la constitución de una servidumbre de extracción de agua sobre una servidumbre de acueducto, de modo que el predio sirviente respecto de la primera servidumbre no sería un fundo, sino un *iura* (la servidumbre de acueducto original).

La conclusión sería contraria a los principios fundantes de las servidumbres referidos en el acápite I (la predialidad, el *nemini res sua servit* y la inherencia predial). Asimismo contrariaría expresiones o pasajes del propio Digesto, entre los que se cuenta D.33,2,1 que expresaría la regla *servitus servitutis esse non potest* o el propio D.8,3,33 pr., que finaliza diciendo que no puede constituirse usufructo sobre servidumbre. Por ello, fue inicialmente rechazada total o parcialmente tal conclusión por la doctrina.

Fue este rechazo la fuente de todas las discusiones de la romanística sobre el pasaje en comento. El texto tendría que ser espurio y haber sufrido

³⁸ Así lo propone Frezza, Paolo, "Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali", en *Scritti*, Universidad Lateranensis, Roma, 2000, t. I, p. 288; Carreño afirma que la propuesta no puede ser más acertada, Carreño Sánchez, Rosa, "*Pactionibus et stipulationibus*". *Contribución al estudio de la constitución de servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Tesis Doctoral, Universidad de Girona, 2011, p. 435.

³⁹ Frezza, *op. cit.*, p. 289.

todo tipo de intervenciones. En lo sustancial, los autores se han inclinado por entender que tratándose de un texto clásico, el jurista originalmente contestó a la pregunta negando absolutamente la posibilidad de constituir un *haustus*, dado que por derecho civil ello habría sido imposible.

Africano precisamente recuerda en sus *quaestiones* que ningún predio puede ser sirviente de sí mismo, ratificando el principio correspondiente. Igualmente, que no puede constituirse un derecho real de usufructo sobre una servidumbre, lo que descartaría la constitución de derechos reales sobre servidumbres. Esto último estaría conforme con la predialidad de éstas: las servidumbres se constituyen entre predios.

A las palabras del jurista debería añadirse que las servidumbres no podrían haberse constituido a la época mediante pacto o estipulación, actos que derivarían en un efecto obligacional y no real. Luego, no podría Africano haberse referido a él. De ahí entonces se ha planteado que *quoquo modo* en el texto no sería original, pues no se refería a un cualquier medio de constitución sino *civil modo*. Así lo creyó Lenel.⁴⁰ Sin embargo, la reconstrucción ya tiene hoy sus detractores.⁴¹

Luego, no sería genuina tampoco la frase más sospechosa: “*pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet*”. Lenel simplemente la elimina, insertando a continuación de *rivo* y antes de *cedere*, “*mancipare vel in iure*”.⁴² El texto tendría que haberse referido a los modos constitutivos del derecho civil y no pretorios o post clásicos.

Por el contrario, Riccobono hizo ver que el texto más bien lo que hace es contraponer los modos civiles y los modos pretorios de constitución de servidumbres de acueducto,⁴³ aceptando la referencia en el texto a la constitución de servidumbres mediante *pactiones et stipulationes*.⁴⁴

Modernamente, las cosas parecen verse de una óptica distinta. A Carreño le parece curioso que los compiladores intervinieran el texto para supuestamente agregar la posibilidad de constituir servidumbres mediante

⁴⁰ Lenel, *Palinnesia*, I, 12; Frezza considera esta reconstrucción como “felice”, *op. cit.*, p. 287, n. 19.

⁴¹ Finkenauer, T. *Vererblichkeit und drittwirkungen der Stipulatio im Klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, p. 361.

⁴² Lenel, *op. cit.*; Krüger, Hugo, *Die prätorische servitut*, Münster, 1911, p. 11 y ss, aunque no le parece que pueda reducirse tanto el texto.

⁴³ Riccobono, Salvatore, “*Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR)*, núm. 3, 1922, p. 354.

⁴⁴ Le da la razón Frezza, *op. cit.*, p. 287.

pactiones et stipulationes, y por el contrario dejaron la frase *quamvis nullum praedium ipsum sibi servire*, haciendo hincapié en principios que luego matizan.⁴⁵

Por nuestra parte, a pesar de las dificultades sustanciales del texto, tendemos a creer que es clásico. Principalmente porque Gayo nos ha bien informado acerca de la constitución de servidumbres en tierras provinciales a través de pactos y estipulaciones,⁴⁶ a falta de vigencia de los modos civiles en dichos territorios. Pues bien, Sexto Cecilio Africano y Gayo fueron contemporáneos,⁴⁷ de manera que no se ve motivo para no creer que el primero conocía de tales pactos y estipulaciones, las cuales incluso podían ya aplicarse en Roma con reconocimiento pretorio. De manera que perfectamente pudo introducir una referencia a ellos cuando escribió el pasaje recogido en D.8,3,33,1.

Ya Riccobono decía en 1922 que no se puede constituir servidumbre en suelo propio o no se puede constituir usufructo sobre servidumbre conforme las reglas del derecho civil, pero que ello no significaba que no pudiera hacerse por derecho pretorio. Las estipulaciones en este sentido fueron protegidas por la jurisdicción pretoria con medios especiales, análogos a aquellos de las servidumbres civiles.⁴⁸

Carreño plantea en la misma línea que la constitución de servidumbres mediante *pactiones et stipulationes* seguirían los mismos requisitos o principios configuradores de las servidumbres en el *ius civile*: requisitos de vecindad, existencia de utilitas, principio *nemini res sua servit*, indivisibilidad de servidumbre o su consideración como *qualitas fundi*. Pero este negocio permitiría a las partes configurar servidumbres conforme a sus especiales necesidades, entre las que se cuenta ceder a un tercero la facultad de obtener agua del acueducto que pasa por su finca (D.8,3,33,1).⁴⁹

En este contexto, resulta interesante recordar que uno de los principios a los cuales estaban sujetas las servidumbres de acueducto y de extracción de agua, era aquel conforme al cual sólo se podían constituir éstas desde

⁴⁵ Carreño, *op. cit.*, pp. 428 y 429.

⁴⁶ Gai. 2,3. "Estas disposiciones se aplican siempre, cuando se trata de predios situados en Italia, los cuales son susceptibles de mancipación y de cesión judicial. Mas cuando los predios existen en las provincias, y se quiere establecer un derecho de pasaje, de conducción, de acueducto, una servidumbre *altius tollendi* o *non tollendi* a fin de no quitar las luces al vecino, ni otros derechos semejantes; debe todo esto hacerse por pactos o estipulaciones, porque estos predios no son susceptibles de mancipación ni de cesión judicial. El contenido es ratificado por C.3,34,3.

⁴⁷ Las obras del primero fueron escritas entre el año 138 y 161 d.C., mientras que la mayoría de las obras del segundo lo fueron durante el gobierno Antonio Pío y Marco Aurelio.

⁴⁸ Riccobono, *op. cit.*, p. 357.

⁴⁹ Carreño, *op. cit.*, p. 542.

su nacimiento (*caput aquae*). Sin embargo, consta en las fuentes que se introdujeron excepciones a este principio ya en época clásica, de modo que fue permitido constituir servidumbres desde cualquier lugar. Es decir, se admitió la desviación de agua desde cualquier punto de la extensión de un canal (Paulo, D.8,3,9). La única diferencia con el caso de D.8,3,33,1, es que la citada excepción decía relación con una desviación en canal ubicado en un fundo de diverso dueño respecto del fundo a donde era conducida el agua. En D.8,3,33,1 todo tiene lugar en el mismo predio. Pero lo relevante es que el derecho a la desviación de agua como servidumbre, ya era reconocido.

En todo caso, si se insistiera en la negación del carácter clásico del pasaje, no puede sino aceptarse en definitiva que el texto expresa el estado de la cuestión en el derecho justiniano. Precisamente, si los compiladores intervinieron el texto, fue para actualizarlo. Y esta puesta al día, no habría sido sino para incorporar expresamente tres cosas: una, la posibilidad de conceder la facultad de extracción de agua desde el canal a los fundos intermedios por el cual aquel cruzaba; dos, que dicha facultad se constituía como servidumbre;⁵⁰ y tres, que ella se constituía mediante *pactiones et stipulationes*.

Cabe recordar respecto a este último punto que existe una pacífica aceptación de la romanística en cuanto a que las *pactiones et stipulationes* se convirtieron en el modo constitutivo de servidumbres concurrente por regla general, al menos en época justiniana.⁵¹

No obstante lo dicho, han habido algunas dudas en cuanto a que este pasaje en particular admitiera que se constituía efectivamente una servidumbre. Claro, es posible que incluso aceptando el pasaje como clásico, originalmente el pacto y la estipulación correspondiente hubieran dado lugar sólo a una relación obligacional en el caso tratado por el texto pues este era el efecto normal de una estipulación (por algo era una fuente de las obligaciones en derecho clásico y no un modo de adquirir). De manera que si sólo daba lugar a una relación obligacional, consistente en que el promitente deudor debía respetar el ejercicio del servicio respectivo en favor del estipulante, no podría haberse tratado de una servidumbre.

⁵⁰ Perozzi dio tempranamente con el centro de la cuestión, pues aun negando la originalidad del pasaje, reconocía que el sentido de las intervenciones justinianas fue precisamente para conceder la facultad de ceder derechos, los que sin dudas tenían el carácter de derechos de servidumbre. Perozzi, Silvio, “*Fructus servitutis esse non potest*”, *BIDR*, núm. 6, Italia, 1894, p. 32.

⁵¹ C.3,34,3. *Vgr.*, Biondi, Biondo, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1969, n. 88, pp. 248 y 250; Grosso, *op. cit.*, pp. 207 y 226; Zuccotti, Ferdinando, “Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie”, *Rivista di diritto romano*, p. 347, véase en: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/atipontignanozuccotti.pdf>.

Mas, la respuesta a la duda la entrega, como siempre en Derecho Romano, la naturaleza de la acción admitida. Por lo mismo, si la relación a que daba lugar el pacto y la estipulación, aunque en origen fuera resguardada por una simple *exceptio pacti* (por tanto efecto obligacional), con el pasar del tiempo se le protegió en provincias con interdictos, *vindicatio* o publiciana útiles,⁵² e incluso con *vindicatio* útil en suelo itálico (conforme las distintas alternativas posibles que han planteado los autores)⁵³ como mayoritariamente entiende la romanística, no quedaría más que aceptar que a la relación se le reconoció en definitiva un carácter real.⁵⁴ Consecuencialmente, no cabría sino reconocer la constitución de una verdadera servidumbre.

En concordancia con lo antes señalado, destaca precisamente Zuccotti que la doctrina moderna, más que preocupada del problema del encuadramiento dogmático, simplemente coloca el acento en la eficacia real “de hecho” que alcanza la constitución de la servidumbre mediante *pactiones et stipulationes* en edad tardo clásica o postclásica, a través de la concesión de instrumentos de tutela tales de igualar en la práctica la situación provincial a aquella itálica.⁵⁵

Desde luego, más de alguno ha insistido en negar el efecto real y por el contrario, sostener el efecto obligacional de los pactos y estipulaciones.⁵⁶ Empero, en época justiniana no nos parece razonable siquiera una duda sobre tal punto.⁵⁷ Por ello, compartimos el rechazo a la posición adoptada por algunos autores, que han sostenido que aún continuaba el pacto y la estipulación creando sólo efectos personales en época justiniana. La opinión sólo busca preservar los principios tradicionales de las servidumbres, pero es poco realista. Primero, porque es claro que mediante pacto y estipulación se constituía un derecho sobre servidumbre, consideradas unida o no al fun-

⁵² Estamos de acuerdo con Biondi que la acción real a aplicar como modelo era en definitiva siempre una sola. Así como para la protección de los poseedores de fundos provinciales se otorgó una acción análoga a la *revindicatio* del dominio, y análoga a ésta se creó una *vindicatio servitutis*, para la protección de los promitentes o sus causahabientes también debieron los magistrados aplicar análogamente el modelo de la *vindicatio*. Biondi, *Le servitù prediali*, cit., n. 88 bis, pp. 253 y 254.

⁵³ Puede verse síntesis de las posibles vías de protección en Carreño, *op. cit.*, pp. 663 y ss. Asimismo, se puede consultar abundante bibliografía sobre la cuestión en Zuccotti, *op. cit.*, pp. 347 a 350, notas 81, 82 y 83.

⁵⁴ Grosso, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁵ Zuccotti, *op. cit.*, p. 350.

⁵⁶ El autor referente en este sentido ha sido Solazzi, quien niega veracidad a los pasajes de Gai. 2,31 y C.3,34,3. Solazzi, Sirio, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Jovene, Napoli, 1947, p. 109 y siguientes. Véase referencia a bibliografía en nota 53.

⁵⁷ I.2,3,4.

do respectivo;⁵⁸ segundo, porque en época justiniana se constituían como señalamos servidumbres por esta vía;⁵⁹ y tercero, porque en síntesis, el texto de africano dice que no se podían constituir servidumbres salvo por pacto o estipulación, de manera que el pacto y la estipulación eran para establecer efectivamente una servidumbre y no meramente un derecho personal.

Ahora bien, concluyéndose que el pasaje plantea la constitución de una servidumbre y dado que ésta importa una relación entre predios, surge la cuestión de cuáles son los predios dominante y sirviente. El primero es bastante claro: el predio intermedio en cuyo favor se concede el derecho de extraer el agua. En cambio, las dificultades se presentan respecto del predio sirviente.

El canal pertenecería al mismo fundo intermedio por donde pasa; es decir, formaría parte del predio que era sirviente respecto de la servidumbre original de acueducto, pero que ahora tiene la calidad de predio dominante respecto de la nueva servidumbre de extracción de agua. Ello significaría que esta última servidumbre se constituiría sobre y en favor del mismo predio. Luego, a la luz del derecho civil clásico, tal solución infringiría abiertamente el principio *nemini res sua servit*, pues se estaría estableciendo una servidumbre entre predios propios. Como el pasaje, según lo ya dicho, admite en definitiva la constitución de servidumbre a través de *pactiones et stipulationes*, la conclusión inicial fue entender que el pasaje acogería una excepción al citado principio. Es esto por lo demás lo explicitó el mismo Africano.

Sin embargo, la explicación como simple excepción nunca ha sido del todo satisfactoria. Una verdadera excepción en este caso exige necesariamente un control total por parte del dueño tanto del predio dominante como del predio sirviente. Si no se puede constituir una servidumbre entre predios del mismo dueño, es porque el dueño no requiere de la servidumbre. El propietario usa y dispone materialmente de los predios simplemente en virtud de los poderes que como dueño tiene.

En el caso propuesto por Africano, lo anterior no ocurre. Aunque el canal atravesase su predio, el propietario no puede disponer de él. El canal está bajo el control del titular de la servidumbre de acueducto. Tampoco, por idénticas razones, tiene control sobre las aguas que fluyen por dicho canal, pudiendo sólo disponer de ellas el titular del predio dominante respecto de la servidumbre de acueducto constituida sobre el predio intermedio.

⁵⁸ Masi, Antonio, “*Servitus servitutis esse non potest: la problematica dei diritti sui diritti*”, en Marmocchi (coord.), *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, Quaderni del notariato, Milano, Giuffrè, 2011, p. 16.

⁵⁹ Biondi, *Le servitù prediali*, cit., n. 53, p. 149.

Así las cosas, habría que estimar como más verosímil la lectura de Biondi quien afirmó que el jurista romano en el pasaje en cuestión consideró “el canal” como una entidad separada del fundo, de manera que dicho canal constituyó el predio sirviente respecto de la servidumbre de extracción de agua.⁶⁰ Agrega correctamente que el dueño del fundo no obtiene una utilidad del propio fundo, lo que iría contra el principio aludido, sino que se beneficia del agua que por medio del canal proviene de otro fundo.⁶¹

El canal, aunque considerado separadamente, por su adherencia al suelo, habría que entenderlo como una cosa inmueble corporal para todos los efectos, aunque no es suelo. De modo que la forma en que leyó ya Biondi el pasaje, lleva necesariamente a un ensanchamiento en época romana del concepto de predio.

Si consideramos que el canal, y sin perjuicio de las características concretas que en cada situación particular pudiera tener, consistirá necesariamente en una “obra” o “infraestructura”, el pasaje dejó ya en su tiempo abierta la puerta a las servidumbres industriales. Ello al menos desde un punto de vista pasivo: las obras o instalaciones (constitutivas y accesorias del canal) sirven a un fundo. Esta idea de Biondi ha rondado en todo caso la cabeza de otros romanistas.⁶²

⁶⁰ La idea ya había sido avanzada por Perozzi, quien advirtió que los derechos a terceros presuponian la existencia y ejercicio de la servidumbre misma de agua, de modo que tales derechos afectaban al acueducto en cuanto curso de agua, no a la servidumbre. Agrega expresamente que con esta lectura se evitaba la construcción jurídica de un derecho sobre otro derecho. Perozzi, *op. cit.*, p. 33.

⁶¹ Biondi, Biondi, *Las servidumbres*, Trad. 2ª ed. por José Manuel González Porras, Granada, Comares, 2002, p. 216; y *Le servitù prediali...*, *cit.*, n. 39, p. 106 y n. 53, p. 149.

⁶² Interpretando D’Ors el pasaje bajo una perspectiva clásica, coloca como ejemplo de la inherencia predial de las servidumbres precisamente D.8.3.33.1, pues según éste, no se podían aprovechar las servidumbres para un rendimiento extraño al predio (sea el dueño u otros usuarios del predio). En tal contexto, afirma que el pasaje no admitiría las llamadas ‘servidumbres industriales’ (D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 9ª ed., Navarra, EUNSA, 1997, p. 254, nota 4). Mas, reconoce que al menos los compiladores relajaron los principios clásicos, y que más allá de las consideraciones que a partir de éstos pudieran efectuarse, del texto (a su juicio interpolado) parece conceder la facultad de ceder la extracción de agua al propietario del fundo dominante (D’Ors, Álvaro, *Las cuestiones de Africano*, Milano, Pontificia Universidad Lateranense, 1997, p. 431). Combinando ambos escritos, si niega originalmente que pueda estarse en presencia de una fuente que admita las servidumbres industriales, es porque advierte que son las obras o instalaciones las que podrían considerarse predio sirviente; luego, si acepta la facultad en época justinianea, significa que por el contrario serán esas obras o instalaciones las que prestarán utilidad al predio intermedio, ahora dominante. Entonces, podría aceptarse la postura de no admitir que el texto de Africano introdujera algo así como las llamadas servidumbres industriales para la época clásica, pero pretender extender tal conclusión hasta Justiniano, reconociendo la facultad del dueño del predio dominante, constituiría una tozudez inaceptable.

Es posible que la lectura anterior haya sido coincidente con la lectura romana clásica o, a lo menos, justinianea. Pero ella siguió dejando espacios para algunas dudas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que si bien materialmente la extracción de agua se realiza desde el canal, su existencia así como las aguas que por él fluyen, se deben en verdad a la servidumbre de acueducto en favor del respectivo predio dominante. Es decir, el canal en realidad tiene por base dicha servidumbre de acueducto y es ésta la que resulta afectada en la práctica, pues con la servidumbre de extracción de agua se limita el poder original de transportar toda el agua extraída desde la fuente hacia el fundo dominante. De modo que lo gravado no es propiamente el canal, sino la servidumbre misma de acueducto. El canal es sólo el instrumento material que permite su ejercicio. En este sentido, dicho canal no pertenece al dueño del predio sirviente que atraviesa y que lo soporta, sino al titular de la servidumbre de acueducto.

Por lo tanto, lo gravado no es el canal, sino la servidumbre de acueducto. No es posible escapar a esta conclusión y a la constitución de derechos sobre derechos, como pretendió Perozzi.⁶³ La servidumbre de acueducto es el predio sirviente respecto de la nueva servidumbre de extracción de agua en favor del predio intermedio dominante.

Si bien Biondi no dio el paso anterior expresamente, lo intuyó, pues sí admitió que el pacto y la estipulación en definitiva tenían por finalidad la cesión del ejercicio de la servidumbre de acueducto.⁶⁴ Y esta conclusión es lo mismo que decir que la servidumbre de acueducto resulta gravada (y por tanto limitada), en cuanto una parte de las facultades que ella otorga, ahora son ejercidas por el titular del predio dominante de la nueva servidumbre de extracción de agua en virtud de la cesión. Este ejercicio, que permite la obtención del agua respectiva, constituye claramente una utilidad para el predio dominante del *haustus*.

Todo lo anterior lleva necesariamente a aceptar que con carácter excepcional los romanos, consciente o inconscientemente, admitieron que las servidumbres pudieran tener el carácter de predio, esto es, que una cosa incorporal inmueble se asimile o cumpla el rol de predio.

Consecuencialmente, este resultado podría plantearse como una excepción al principio de la indivisibilidad de las servidumbres respecto del fundo al

⁶³ Véase nota 60.

⁶⁴ Biondi, *Le servitù prediali...*, cit., n. 53, p. 150.

cual pasivamente pertenece, en cuanto se le considera como un objeto independiente del fundo para efectos de la constitución de la nueva servidumbre.⁶⁵

La consideración de la servidumbre en cuanto cosa incorporal como objeto de derecho no puede llamar la atención, pues es aceptado que las servidumbres fueron consideradas por los romanos objeto de derechos reales. Al respecto debe tenerse en cuenta que ya la doctrina ha aclarado, por una parte, que en época justiniana las servidumbres sí podían ser objeto de usufructo. De hecho, es el mismo pasaje de Africano el que lo permite explícitamente, pues dice en definitiva que aunque (*cuamvis*) ningún predio puede ser sirviente de sí mismo, ni puede constituirse usufructo de una servidumbre, puede cederse la extracción de agua corriente si sobre esto se celebró pacto o estipulación.⁶⁶ Por otra parte, también ha aclarado que la supuesta regla romana contenida en D.33,2,1, según la cual sobre servidumbres no pueden constituirse servidumbres (*servitus servitutis esse non potest*), simplemente no existió.⁶⁷ A esta última conclusión se ha llegado tanto por el entendimiento que la frase se debió a un mero error de copia⁶⁸ (argumento formal), o bien porque la frase alude a la posibilidad de constituir una de las denominadas

⁶⁵ Expresamente plantea que el texto importaba una excepción al principio de la indivisibilidad, Grosso, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁶ Véase Biondi, *Le servitù prediali...*, *cit.*, n. 55, p. 154

⁶⁷ A pesar de su postura en principio opuesta a las servidumbres sobre cosas incorporales (véase nota 8), Grosso y Deiana reconocen que los romanistas han demostrado equívoco el principio que no hay servidumbre sobre servidumbre. *Op. cit.*, n. 48, p. 151.

⁶⁸ Confrontado especialmente con D.8,3,33,1, el texto original de D.33,2,1 debía decir que no se puede legar un usufructo de servidumbre (y no una servidumbre de servidumbre). Ya en 1893 Perozzi, inspirado en Scialoja, daba como argumentos para ello que la terminología utilizada por los juristas romanos era contraria a la pretendida regla; que el *servitus servitutis esse non potest* importaba que los juristas clásicos se hubiesen planteado la posibilidad que existiesen derechos sobre derechos, lo que debería descartarse; que el principio aparece en un título en materia de derecho hereditario y no de servidumbres, lo que no sería coherente, más aún cuando el principal caso práctico se encuentra precisamente en D.8,3,33; y, por el contrario a todo lo anterior, *fructus servitutis esse non potest* resultaba una regla sí coherente que venía a limitar la interpretación del senadoconsulto en discusión que permitía el legado de usufructo de todos los bienes. Perozzi, *op. cit.*, pp. 1 y ss. De acuerdo con lo anterior, entiende que tuvo lugar un error de copista, Scialoja, Vittorio, "Nota al precedente artículo del prof. Perozzi", *BIDR*, núm. 6, Italia, 1894, pp. 37 y ss.

Para Perugi, el error no podría imputarse simplemente a un distraído copista, sino en razón de haber tenido a la vista el amanuense un texto abreviado escrito en cursiva o en *notae tironianae*, de modo que el cambio de "f" por "s" y de "c" por "e" resultó fácil, incluso habiéndose realizando el trabajo con atención. Perugi, L. G., "*Servitus servitutis o fructus servitutis?*", *BIDR*, núm. 29, Italia, 1916, I-V, pp. 181-183.

servidumbres personales, admitidas en época justinianea, y que se traducen precisamente en un usufructo sobre una servidumbre.⁶⁹

Ahora bien, hay que advertir que si bien la calidad de predio que se le dio excepcionalmente a la servidumbre fue considerada para estructurar la nueva servidumbre de extracción de agua, mantuvo ella su inherencia respecto al fundo sirviente en la servidumbre original de acueducto. Esto porque, por una parte, no puede ejercerse sobre un predio distinto; y por otra, es sobre el predio gravado con el acueducto que pasa y debe pasar el canal, instrumento material a través del cual se ejerce.

No se equivocaba Biondi cuando decía que el texto de africano acogía una situación que también hoy puede darse, pues en la práctica efectivamente tiene lugar. La diferencia con la realidad actual está en que la servidumbre de acueducto que atraviesa los fundos intermedios no es constituida en favor del fundo que recibe las aguas y que en el pasaje de Africano figura como predio dominante. En el vigente derecho latinoamericano descrito, se aprecia que la servidumbre de acueducto se puede constituir en favor de un derecho real de aprovechamiento de agua, esto es, de una cosa incorporal. Luego, cuando se faculta a la extracción de las aguas desde el acueducto que permite el ejercicio de dicho derecho de aprovechamiento en favor de predios sirvientes intermedios, el gravamen no recae sobre el canal propiamente dicho sino sobre el derecho real de aprovechamiento de agua. Es éste el afectado con la extracción de las aguas, no la servidumbre de acueducto. La limitación y gravamen recaen entonces sobre tal derecho.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

No pretendemos retomar interpretaciones modernas de las fuentes romanas, intentando leer que los juristas romanos o los compiladores desarrollaron en general la idea que los derechos subjetivos pueden ser objeto de otro derecho.⁷⁰ Menos a partir de un solo texto. Sí en cambio destacar y recoger nuevamente la actitud realista y flexible de los romanos, quienes permanentemente

⁶⁹ Biondi, *Le servitù prediali*, cit., n. 55, p. 158. El insigne romanista dio con esta posición un vuelco a las posiciones hasta ese momento sostenidas. “*Fructus*” no fue sustituido por “*servitus*” en razón de un simple error de copista, sino que intencionalmente los compiladores sustituyeron “*fructus*” por “*servitus*”. Ello se habría debido a que, habiendo ya reconocido la posibilidad de un *fructus servitutis* (y por tanto habiendo derogado la regla tradicional), aunque no completamente, se buscó una solución textual con un sentido más general, extendida a toda servidumbre, de manera que la contradicción con la decisión modificada en el pasaje pareciera menos abierto.

⁷⁰ Masi, *op. cit.*, p. 20.

adaptaron las instituciones desarrolladas a las nuevas problemáticas que con el devenir del tiempo se les fueron presentando. Tanto así que no tuvieron problemas en ampliar el concepto de predio cuando fue necesario, incluso respecto de una figura como las servidumbres, cuyo nacimiento y desarrollo estuvo vinculada por antonomasia a los suelos prediales. En este sentido, la flexibilidad romana contrasta con inflexibilidad de los intérpretes modernos.

El derecho latinoamericano es heredero de esta tradición, desarrollando la evolución que el concepto de predio ya había comenzado en el derecho romano, y que necesariamente se anquilosó con su redescubrimiento a partir del siglo XI y la permanente actitud de mantenerse fieles al derecho original, especialmente clásico, repudiando en muchos casos los avances justinianeos.

El texto de Africano deja a la vista que la ampliación moderna que el concepto de predio ha sufrido en algunos ámbitos del derecho latinoamericano, más bien lo acerca que aleja del derecho romano, restableciendo de un modo cercano su evolución conceptual, como sucesores legítimos del mismo y no contradiciéndolo, como muchas veces se cree.

En esta última línea, es relevante hacer presente que claramente la cuestión tratada se enmarca dentro de la problemática de los derechos sobre derechos, tema sobre el cual en Europa ha existido mayor resistencia que en Latinoamérica. Así, es reconocido que en Italia ha existido una generalizada posición contraria a tal idea, estimando la mayoría de la doctrina que se trata de una construcción errónea. Sin embargo, y es importante destacar, hoy comienzan a surgir nuevas voces. Al respecto, Masi ha expresado que no puede compartirse una posición que da por cerrado el tema, porque precisamente la problemática de los derechos sobre derechos se proyecta en concreto, resolviéndose problemas prácticos con la aplicación del régimen de las instituciones que vienen tomadas en consideración,⁷¹ como sería el caso de las servidumbres.

La historia del derecho romano es la historia de la espiritualización del derecho. De la materialidad hacia la “desmaterialidad”. En materia de comunidad, el dominio *in solidum* fue reemplazado por la *communio pro indiviso*, apareciendo el concepto de cuota y de división intelectual; las *res corporalis* se enfrentaron ya en época clásica al reconocimiento de los *iura* como *res incorporales*; de la posesión exclusiva de cosas corporales, se avanzó hasta la *quasi possessio*; etc.

Así también ocurrió con las servidumbres. Sabemos que lo más probable es que los orígenes de la noción de servidumbres fuera también material,

⁷¹ *Ibidem*, p. 23.

no existiendo un derecho separado del objeto material a través del cual se ejercerían y distinto del dominio. De modo que el titular de una servidumbre era dueño (a la época *mancipium*) del camino o acueducto respectivo.⁷²

En esta línea, no debiera extrañar que uno de los pasos siguientes fuera que, de servidumbres que sólo podían constituirse sobre y en favor de fundos, se avanzara a servidumbres que admiten ser ellas mismas el predio sirviente o bien que pueden ser consideradas como objeto de otros derechos reales. De manera que fueron los propios romanos los que dejaron la puerta abierta a que ello se lograra y hoy sea realidad en ciertos ámbitos, y con vocación de expansión.

En cuanto a esta expansión, y a los nuevos ámbitos en que podría aplicarse, es interesante advertir que la ampliación del concepto de predio hacia las cosas incorpóreas puede particularmente servir para resolver problemas en materia de Derecho Indígena. En esta línea, nos encontramos en una época en que está en marcha un proceso de creación de una multiplicidad de soluciones a las problemáticas indígenas. Entre ellas se cuenta el nacimiento de derechos permanentes que indirectamente se concretan en un inmueble por naturaleza, que permiten la adecuada protección de comunidades, entidades o grupos de etnias originarias, que no necesariamente son susceptibles de ser reconocidas como personas jurídicas.⁷³ Es decir, derechos que no importan ni pueden importar dominio, pues no se radican en patrimonios individuales con un único titular. De igual manera, ha tenido lugar la creación de bienes abstractos y perpetuos relevantes de protección, que

⁷² Guzmán, *Derecho privado romano*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, t. I, p. 696.

⁷³ La ley 19.253 de Chile atribuye personalidad jurídica a las comunidades indígenas que se organicen y la soliciten. Sin embargo, no necesariamente todas tendrán este estatuto y no todos los derechos que se les reconocen a los indígenas tendrán una concreción patrimonial. Así, el artículo 19 de la citada ley reconoce que todos los indígenas gozan del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal. Si bien se les otorga el derecho para solicitar la transferencia a título gratuito de los inmuebles referidos, puede ocurrir que no lo pidan, o bien que no exista una persona jurídica a quien traspasárselos. La cuestión puede solucionarse mediante servidumbres no establecidas en favor de los suelos mismos, que como tales no tienen valor para los efectos que tratamos, sino en favor de los derechos respectivos que puedan reconocérceles. Así por ejemplo, una servidumbre de paso no sólo puede involucrar el tránsito por una tierra privada para arribar a un lugar ceremonial, sino también la realización de todas las acciones que sean necesarias para poder ejercer efectivamente el derecho a realizar actividades ceremoniales en el lugar correspondiente. Incluso, puede no ser siempre en el mismo lugar.

no pueden ser atribuidos en propiedad a personas individuales o al conjunto en calidad de asociaciones jurídicas.⁷⁴

Respecto de tales bienes o derechos, perfectamente puede entonces pensarse en servidumbres que no se constituyen en favor de un predio de propiedad de una persona natural o jurídica, sino de los citados derechos o bienes indígenas de carácter perpetuo, que mantienen su vigencia con independencia de los individuos que en una época determinada vivan para ejercerlos. La permanencia y la inherencia de las servidumbres a dichos derechos, constituyen ventajas relevantes que pueden convertirlas en una herramienta útil para la solución de cuestiones indígenas como las referidas.

⁷⁴ *Vgr.* se declaró monumento nacional en Chile el complejo religioso y ceremonial Nguillatuwe, Región de la Araucanía, el cual “constituye un especio medular para el ejercicio de las actividades propias del ceremonial religioso que se sustenta en los valores propios de la cosmovisión del pueblo mapuche y contiene valores tangible e intangibles implícitos” (Decreto n° 1885, 07.05.08, Ministerio de Educación).