

Servidão de ar e luz — Imposição pelo Município em favor do vizinho — Ilegalidade.	
— Parecer nº 22/78-RPF — ROBERTO PINTO FERNANDES .....	284-288
— Pedido de Reconsideração: MARTINHO GARCEZ NETTO .....	289-295
— SOCIEDADES COMERCIAIS — Diretores e Sócios — Gerentes — Responsabilidade tributária — Legislação, doutrina e jurisprudência.	
— Parecer nº 2/78-SM — SYLVIO MELLO .....	296-324

## O ESTADO EM JUIZO

— EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA — Juros sobre juros — Correção sobre correção — Descabimento.	
— Ação Rescisória (petição inicial) — HUGO DE CARVALHO COELHO .....	325-331
— TRT — 1ª Região — AR nº 72/77 — Acórdão 148/78 (T. Pleno) .....	332-335
— TST-RO-AR 417/78 — Acórdão TP 968/79 .....	336-338
— TRANSPORTE COLETIVO — Ônibus — Infrações de trânsito — Imputabilidade ao motorista — Responsabilidade solidária da empresa — Apreensão do veículo e aplicação de multas — Legalidade.	
— Razões de Apelado — OSWALDO ASTOLPHO REZENDE .....	339-343
— Parecer MP — CARLOS OCTÁVIO DA VEIGA LIMA ..	343-345
— TJ-RJ — AC nº 7.797 — 8ª CC .....	345-352
— LIXO — Coleta domiciliar — Tarifa Básica de Limpeza Urbana — Constitucionalidade.	
— Memorial do Assistente da Recorrida (COMLURB) — FLAVIO BAUER NOVELLI .....	353-378

## DOCTRINA

### Las Restricciones y Servidumbres Administrativas en su Relación con el Urbanismo \*

MIGUEL S. MARIENHOFF

Professor Titular de Direito Administrativo na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de La Plata — Argentina

El estudio y solución de los problemas de la ciudad de nuestros días y de sus futuras proyecciones, constituye lo que hoy se llama "urbanismo". La complejidad de tales problemas lo convierten en actividad interdisciplinaria de arte y de diversas ciencias. Un distinguido jurista brasileño, Hely Lopes Meirelles, dijo que el urbanismo actual es "arte social", arte de realizar el bienestar colectivo.

El "urbanismo" es, pues, un problema moderno y actual, de suyo "complejo", que, como objeto de estudio, debe ser considerado integralmente y no en forma parcial.

Diríase que lo atinente al urbanismo es una consecuencia del transcurso del tiempo y de los avances de la civilización. La ciudad primitiva no aparejaba ni vislumbraba los problemas de la actual. En las antiguas comunidades urbanas no existían los problemas que hoy debe

\* Conferência proferida em 26 de setembro de 1978, no auditório Des. Nelson Ribeiro Alves, 11º andar do Tribunal de Justiça, a convite da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

estudiar y resolver el urbanismo, que entonces aparece como cuestión nueva, como consecuencia de esos problemas. Los especialistas de principios de siglo no hablaban precisamente de "urbanismo", sino simplemente de "problemas de la ciudad"; así ocurre, por ejemplo, con Leo S. Rowe, que en 1914 escribió un libro sobre "El gobierno de la ciudad y sus problemas", sin emplear el vocablo "urbanismo". Esos "problemas" de la ciudad actual constituyen el objeto que hoy se expresan con dicho vocablo. Desde luego, las nuevas técnicas así nacidas y concebidas también servirán para el trazado de las ciudades futuras.

Como muchos de esos problemas no fueron previstos originariamente, la técnica del urbanismo hoy tiende a subsanar esas situaciones.

Todo ello da lugar a delicadas cuestiones, como el planeamiento y la zonificación, que a su vez suscitan relevantes situaciones jurídicas, como las relacionadas con las restricciones y servidumbres administrativas, cuya solución concreta depende, en gran parte, del derecho vigente en cada país.

De manera que el urbanismo apareja diversos tipos de problemas; uno de ellos es de orden jurídico. En esta oportunidad me referiré a ciertos aspectos de este problema jurídico: el atinente a las restricciones y servidumbres administrativas. Trátase de una cuestión esencialmente vinculada al derecho de propiedad, cuya fundamental consideración hállase en el derecho positivo de cada país (Constitución y legislación formal y material). Todo esto, desde el punto de vista didáctico, pertenece al derecho municipal, que es una sección del derecho administrativo aplicable en la esfera comunal; de modo que el derecho municipal rígease por los principios básicos del derecho administrativo.

## II

Las restricciones y servidumbres administrativas constituyen limitaciones a la propiedad privada en interés público, tal como también lo constituyen la expropiación, la ocupación temporánea, la requisición y el decomiso. Téngase bien presente que en todo esto el "género" lo constituyen las "limitaciones", en tanto que las restricciones, las servidumbres, etc., son simples "especies" de ese género.

Todo lo atinente al planeamiento y a la zonificación, por ejemplo, requiere poner en juego algunas de esas limitaciones, principalmente las restricciones, las servidumbres o la expropiación.

La intensidad y el alcance válidos que puedan tener las restricciones administrativas al dominio o las servidumbres administrativas que se dispongan, dependen substancialmente del sistema jurídico imperante en el respectivo lugar, pues ello relaciónase con las garantías de que goce el derecho de propiedad. En todo esto es fundamental el sistema existente en un determinado país para proteger el derecho de propiedad privada, correspondiendo distinguir, en este orden de ideas, si dicha garantía surge o no de la Constitución del país, o de su legislación ordinaria, y si dicha Constitución pertenece al tipo flexible o rígido. En el orden jurídico argentino, al cual tomo como referencia, el derecho de propiedad privada está garantizado, no precisamente por la legislación, sino por la Constitución Nacional, y ésta es de tipo rígido: no puede ser modificada por la legislación ordinaria. En consecuencia, la legislación — sea ésta formal o material — no puede alterar la Constitución, ya se trate de su letra o de su espíritu. La ley — cualquiera sea su especie — está siempre por debajo de la Constitución, porque ésta, en el orden jerárquico de las normas, ocupa el primer y más alto plano o rango. Es lo que sucede en la República Argentina.

## III

Las "limitaciones" a la propiedad privada — a las cuales pertenecen, entre otras, las restricciones, las servidumbres y la expropiación — comprenden dos grandes categorías: las que tienen por objeto el interés "privado" y las que se disponen en interés "público". Cómo deslindar dichas categorías?

Para establecer la expresada distinción o diferencia, se ha dicho que aparte de que pueda prevalecer el factor social o el privado en el propósito perseguido, cabe tener presente, en cada caso, el beneficiario del precepto y la autoridad de quien emana, en la inteligencia de que ésta hubiere procedido dentro de sus atribuciones. La norma de derecho privado tutela principalmente y de un modo directo el interés privado; en cambio, la norma de derecho administrativo tutela inmediatamente el interés público, si bien mediatamente el interés privado. El derecho

civil regula relaciones de **vecindad**, esto es, de interés **privado**, mientras que el derecho administrativo regula relaciones de **comunidad**, vale decir, de interés **público**. No obstante, a veces las leyes y ordenanzas locales contienen disposiciones aplicables también a las relaciones de **vecindad**: aún entonces ellas tienen en vista la necesidad o utilidad pública, lo cual ocurre cuando el hecho trasciende de la esfera del interés privado a la del interés público, y esto sucede a veces simultáneamente cuando el hecho dañino que motiva la limitación, además de afectar al **"vecino"** repercute en el interés del público. Al respecto la doctrina suministra el siguiente ejemplo: si los ruidos o las emanaciones que causa un establecimiento industrial perjudican a los vecinos, pero también afectan una zona de la población, ya no se trataría de una mera relación de vecindad en el sentido del Código Civil, justificándose entonces la intervención de la autoridad administrativa.

En suma, la distinción entre limitaciones a la propiedad en interés **privado** y en interés **público** entraña una **cuestión de hecho**.

Sobre tales bases pueden sentarse las siguientes conclusiones:

1º Se estará en presencia de una limitación a la propiedad en interés **"privado"**, cuando ella tienda a proteger al **"vecino"** y no al **"público"**, entendiéndose por **vecino** a la persona o personas radicadas en forma contigua o próxima al lugar de donde procede el hecho perjudicial.

2º Se estará en presencia de una limitación a la propiedad en interés **"público"**, cuando ella tienda a proteger a la **"comunidad"**, al **"público"**.

3º En el primer caso el destinatario de la norma es **"singular"** en número, o son personas **"determinables"**, por tratarse, precisamente, de **"vecinos"**.

4º En el segundo caso el destinatario de la norma no es **"singular"** en número, ni **"determinable"**, pues tal destinatario es la **comunidad**, el **público**.

5º Para que la limitación se considere de interés **"público"**, no es requisito que el perjuicio lo reciba toda una entidad administrativa. Se ha dicho que los vecinos de un **barrio** o sólo de una **zona** de la ciudad

constituyen el público, y la limitación impuesta en beneficio de ellos es restricción de interés público, pues, si bien se trata de sólo una parte de la comunidad, se trata en definitiva de la comunidad.

La distinción de las limitaciones en **"privadas"** y **"públicas"**, según el tipo de interés que ellas protejan, tiene trascendencia en diversos aspectos. Así, por ejemplo, las limitaciones a la propiedad en interés **"privado"** se rigen por el derecho privado, especialmente a través del Código Civil, en tanto que las limitaciones a la propiedad en interés **"público"** se rigen por el derecho administrativo (derecho público). En caso de contendas determinadas por limitaciones a la propiedad en interés **"privado"**, ellas han de debatirse ante los tribunales de justicia competentes para entender en conflictos entre personas particulares, o sea ante la justicia común. Tratándose de cuestiones surgidas entre la Administración Pública y un particular, el pleito debe tramitarse ante los tribunales de justicia habilitados para entender en lo **"contencioso-administrativo"**.

Las limitaciones a la propiedad privada en interés público más frecuentes son, como ya lo mencioné, las restricciones, las servidumbres, la expropiación, la ocupación temporánea, la requisición y el decomiso. Pero hay **"limitaciones"**, como las impuestas en atención a la **belleza panorámica**, que, según que ellas se refieran a la **"conservación"** o a la **"contemplación"**, a veces implican una mera **"restricción"**, lo que así ocurre cuando, para preservar la belleza, se le prohíbe al propietario realizar ciertos actos o hechos; otras veces esas mismas **limitaciones** pueden implicar una **"servidumbre"**, verbigracia cuando se obliga al propietario a permitir el acceso del público para **contemplar** ese panorama.

#### IV

La ciencia jurídica presenta como nociones distintas las **"limitaciones a la propiedad privada en interés público"** y las **"medidas de policía de la propiedad"**. La diferencia existe, pero es meramente conceptual, pues en cuanto al régimen jurídico ella es menos perceptible.

Tanto las **"limitaciones a la propiedad privada en interés público"**, como las **"medidas de policía de la propiedad"**, tienen en miras el

“interés público”. Se trata de conceptos interdependientes, al extremo de que no siempre será fácil afirmar si se está en presencia de una “limitación a la propiedad privada en interés público” o en presencia de una “medida de policía de propiedad”.

Sin embargo, la “medida de policía” es de mayor amplitud o alcance posibles que la “limitación a la propiedad privada en interés público”, pues la medida de policía no sólo puede referirse al ejercicio del derecho de “propiedad”, sino también al ejercicio de la “libertad” individual.

## V

Cuándo una limitación a la propiedad privada por razones de interés público constituye una “restricción” administrativa al dominio y cuándo una “servidumbre” administrativa?

A pesar de que tanto la “restricción” administrativa como la “servidumbre” administrativa son “especies” del género “limitaciones”, difieren fundamentalmente entre sí, pues se vinculan a distintos “caracteres” del dominio.

La mera “restricción” administrativa no implica “sacrificio” alguno para el titular del bien al cual aquélla se aplica, pues no trasunta ni constituye una carga impuesta a la propiedad privada. Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. No implica avance, lesión ni deterioro alguno a este derecho: no hay desmembramiento de éste. Las “restricciones” hállanse ínsitas en la existencia misma del derecho de propiedad, al extremo de que representan condiciones normales de su ejercicio. Sólo implican la delimitación de los contornos de ese derecho, la demarcación de sus límites, con lo cual se tiende a colocar en su verdadero quicio el aspecto “absoluto” que teóricamente se le reconoce al derecho de propiedad. La “restricción” administrativa, pues, constituye una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad. De manera que la “restricción administrativa”, en la forma indicada, sólo afecta el carácter “absoluto” del dominio.

La “servidumbre” administrativa, en cambio, afecta no ya lo absoluto del dominio, sino el carácter “exclusivo” del mismo, lo cual ocurre

cuando un tercero — que en el caso de limitaciones administrativas es el “público” — utiliza la propiedad del administrado o particular. La “servidumbre” produce una “desmembración” del dominio del bien sobre el que se hace efectiva.

La mera “restricción” administrativa vincúlase a lo absoluto del dominio; la “servidumbre” administrativa vincúlase a lo exclusivo del dominio. Las primeras traducen condiciones normales del ejercicio del derecho de propiedad; las segundas implican “desmembraciones” del dominio que afectan su integridad, pues “terceros” — el “público” — utilizarán en una u otra forma la propiedad del administrado. Tal es la diferencia esencial entre mera “restricción” administrativa a la propiedad y “servidumbre” administrativa impuesta a la misma. Desde luego, de esa diferencia básica, derivan lógicamente otras consecuencias; así, por ejemplo, las restricciones no aparejan indemnización, en tanto que las servidumbres sí la aparejan.

De lo dicho dedúcese que no siempre se estará frente a una “servidumbre” administrativa, aunque así la califique la ley pertinente, si la medida dispuesta no afecta lo “exclusivo” del dominio, sino meramente lo “absoluto” del mismo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las llamadas “servidumbres” ferroviarias, aeronáuticas, etc., que en realidad no son sino “restricciones” a la propiedad, pues ellas no contemplan la posibilidad de que “terceros” — el “público” — utilicen la propiedad del administrado; sólo limitan el derecho de éste respecto a la realización de ciertas construcciones dentro de su propio fundo. Igual cosa cuadra decir de las disposiciones que, respecto a los inmuebles linderos a cementerios, prohíben que los propietarios de esos inmuebles linderos hagan instalaciones para extraer agua subterránea sino a partir de cierta distancia del límite del cementerio. Obvias razones de salubridad justifican tales medidas.

## VI

### “RESTRICCIONES” ADMINISTRATIVAS

En qué pueden consistir las “restricciones” administrativas? A qué tipo de obligaciones han de corresponder?

Existe uniformidad en doctrina acerca de que las restricciones pueden consistir en “no hacer” o en “dejar hacer”. En cambio, tal uni-

formidad no existe cuando se trata de establecer si además pueden consistir en obligaciones de "hacer", pues si bien hay quienes niegan esta posibilidad, hay quienes la aceptan.

A mi criterio las "restricciones" a la propiedad privada en interés público pueden consistir no sólo en obligaciones de "no hacer" y de "dejar hacer", sino también en obligaciones de "hacer", tanto más si se advierte que numerosas "restricciones" resultan de "medidas de policía".

Como ejemplo de restricción consistente en una obligación de "dejar hacer" puede mencionarse la de consentir la colocación de chapas indicadoras del nombre de las calles, como así del sentido o dirección en que en ellas se efectúa el tránsito.

A título de ejemplo de "restricción" consistente en una obligación de "no hacer" puede recordarse la prohibición general de construir edificios que sobrepasen determinada altura. Igualmente puede mencionarse como ejemplo de restricción consistente en una obligación de "no hacer", la prohibición — como consecuencia de la zonificación — de destinar para "casas de fiestas privadas" los inmuebles ubicados dentro de determinado sector o zona de la ciudad; al respecto, la jurisprudencia argentina declaró que el solo hecho de prohibir en ciertas zonas de la ciudad determinados usos de los inmuebles, no vulnera garantía constitucional alguna.

En cuanto a "restricción" que implique obligación de "hacer", pueden darse los siguientes ejemplos:

a) En ciertos pueblos cuyas construcciones o edificios son de madera y zinc, la obligación de pintar el frente y el techo. Trátase de una restricción porque mediante ella se le prohíbe al propietario mantener sin pintar su edificio.

Si bien es cierto que esa obligación de pintar el frente y el techo de los edificios permite que el "público" — es decir, "terceros" — disfrute de una ciudad o pueblo cuyos edificios ostentan armonía y buenos cuidados — lo que en cierta manera representa "belleza" —, ello no permite ubicar la cuestión en el ámbito de la "servidumbre", pues la finalidad principal que se busca al obligar que los frentes y techos de tales edificios sean pintados, no es la de que el público "admire" o

"contemple" eso, o "disfrute" de ello, sino, simplemente, mantener en cierto nivel el ambiente estético de la ciudad o pueblo. Por eso tiene gran parte de verdad la afirmación de que el urbanismo actual es "arte social".

b) Otro ejemplo sería el siguiente. Tratándose de edificios en construcción, la disposición que, por razones de seguridad, obliga a los propietarios de tales edificios a efectuar ciertas instalaciones que constituyen una medida de protección para los propios obreros que trabajan en dichas obras, como así para el público que transita por esos lugares, ya que con las aludidas instalaciones se tiende principalmente a evitar las graves consecuencias de la caída de objetos utilizados en la construcción.

c) Constituye, asimismo, una "obligación de hacer" la impuesta a los ganaderos para que construyan dentro de su propiedad y mantengan en buen estado, y utilicen, "bañaderos" para la hacienda vacuna y lanar. Trátase de una medida de policía sanitaria tendiente a combatir la garrapata y la sarna. Todo ganadero que explote ese tipo de hacienda tiene el deber de construir y utilizar, dentro de su propiedad, dichos bañaderos, lo que implica una limitación ("restricción") a sus derechos de propietario, ya que de lo contrario no le es lícito usar y disponer de su propiedad. En Argentina esto es así porque a los ganaderos en cuyos establecimientos o "estancias" la hacienda esté infestada de sarna, por ejemplo, se les "clausura" el establecimiento, lo que tiene por efecto impedirles el traslado de los respectivos frutos y productos; dicha "clausura" recién es levantada o dejada sin efecto cuando las autoridades sanitarias comprueban que la infección de sarna ha desaparecido, y recién entonces podrán extraerse los frutos y productos.

d) Igualmente implica una "restricción", que se traduce en una obligación de "hacer", la de reponer los árboles que una persona corte o tale en un bosque de su propiedad. Pero estimo que dicho bosque ha de ser "natural" y en modo alguno "artificial" o creado por el hombre. Los bosques, máxime los de origen "natural", son esenciales para la economía del Estado, pues incluso actúan como reguladores del clima dada su notoria influencia en el régimen de las lluvias.

e) Asimismo, constituye una "restricción" que se concreta en una

obligación de "hacer", la disposición que obliga a que en ciertos edificios — especialmente hoteles, casas de hospedaje, cinematógrafos, teatros, etc. —, se construya una escalerilla o salida especial para facilitar el inmediato abandono del local en caso de incendio.

## VII

Con relación al tipo de propiedad privada susceptible de ser objeto de "restricciones" en interés público, nadie discute o duda que ellas pueden hacerse efectivas con relación a "inmuebles", e incluso tradicionalmente se las vinculó a los inmuebles.

Pero nada obsta a que las restricciones de referencia también contemplen cosas "muebles". Pueden darse los siguientes ejemplos:

En muchos países, por razones científicas, se prohíbe la exportación de los restos fósiles o antropológicos u objetos arqueológicos, sin autorización del Estado.

En materia de automotores (automóviles, camiones, motocicletas) se prohíbe que el "escape" o "estampido" de ellos produzca un ruido o detonación que exceda de cierta intensidad. Tales prohibiciones se expresan en "reglamentos".

Pero sin perjuicio de que las "restricciones" a la propiedad privada por razones de interés público contemplen cosas inmuebles o muebles, no habría razón jurídica alguna que obste a que esa "restricción" se haga efectiva no sólo sobre inmuebles y muebles, sino, además, sobre cualquier "bien" (aunque no revista carácter de "cosa") que integre el patrimonio de un administrado o particular. Ello no afectaría principio jurídico alguno. Es posible que, en general, este supuesto halle una mayor aproximación a la "medida de policía de la propiedad", dado el carácter genérico de los valores que ésta pueda contemplar ("propiedad" o "libertad individual"). Como ejemplo puede mencionarse la reglamentación del derecho de autor (propiedad intelectual). Según la ley vigente en Argentina, la duración de ese derecho, respecto a los herederos del autor, queda limitada o restringida a treinta años, pasados los cuales los "derechos" se incorporan al dominio público.

Pero no sólo los bienes del dominio privado pueden ser objeto de "restricciones" de carácter administrativo. También pueden serlo los

integrantes del dominio público. Si se admite que éstos puedan ser "expropiados", lo cual trasunta la máxima limitación, no se advierte por qué no podrían ser objeto de una mera "restricción", ya que ésta, respecto a la expropiación, es una limitación menor.

## VIII

La validez de una "restricción" a la propiedad privada en interés público no sólo requiere que la autoridad que la imponga tenga "competencia" para ello: es indispensable que la restricción en si y el medio a través del cual se la hace efectiva, sean "razonables". Entre la restricción impuesta y el medio elegido para hacerla efectiva debe existir una obvia proporcionalidad: una adecuación sensata de dicho "medio" a la "restricción" impuesta, cuya comprobación constituye una cuestión de hecho.

Como ejemplo de lo anterior pueden darse los siguientes:

a) Si la necesidad que se va a satisfacer es que el público sepa cuáles son las calles, y para esa finalidad colocan un cartel de tal tamaño que obstruye la vista de una ventana en la casa en que es ubicado, entonces existe una evidente desproporción entre el medio que se emplea y el fin o la necesidad que se va a satisfacer. Una restricción con semejante carácter es antijurídica.

b) Sería asimismo contraria a derecho, por irrazonable, la exigencia de que, para extinguir la infección de sarna o de garrapatas existente en una estancia "clausurada", la hacienda deba ser bañada utilizando el garrapaticida o sarnífugo de determinada marca, no obstante haber varios de marcas oficialmente también aprobadas.

c) Qué decir de la exigencia de que para aprobar un plan de "loteo", el dueño del inmueble a lotear deba donarle al Estado los espacios para calles públicas? En Argentina la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la validez de tal exigencia. En un caso sostuvo que el propio hecho de la presentación de los planos de subdivisión, donde constaban los espacios para calles, prueba la respectiva conformidad del propietario. En otro caso sostuvo que cuando la apertura de calles es solicitada por los propietarios de los terrenos a subdividir, la exigen-

cia del Estado de que tales calles se le transfieran gratuitamente, es válida y no vulnera garantía constitucional alguna.

Si la "restricción" en sí y el medio elegido para hacerla efectiva fueren arbitrarios, la medida dispuesta sería írrita por inconstitucional. Los constitucionalistas pusieron justificado énfasis haciendo notar que el "principio de razonabilidad" es un insalvable límite al poder reglamentario del Estado.

## IX

Las "restricciones" administrativas a la propiedad privada son ínsitas a ésta. Su existencia es aceptada por la conciencia universal y por la ciencia jurídica como una institución indispensable para armonizar el interés público — representado por el Estado — con el interés privado de los habitantes o administrados. Pero tales restricciones, como potestad estatal, no dependen ni surgen de una norma jurídica expresa: surgen tácitamente del orden jurídico general vigente en todos los pueblos cuyos comportamientos rígense por principios de derecho. Por eso desde antaño se afirmó que ellas existen incluso "sin ley", por el hecho mismo de constituir una calidad jurídica de todas las propiedades.

De manera que la fuente "abstracta" o "genérica" de las "restricciones" a la propiedad en interés público, está representada por el hecho de que constituyen una calidad jurídica general de todas las propiedades. Tal es la fuente remota de las restricciones administrativas, a cuyo respecto no se requiere norma alguna que declare su existencia. El Estado, pues, puede establecer esas restricciones sin necesidad de que una norma le "faculte" expresamente a ello, porque esa facultad surge implícita del orden jurídico general.

Pero si bien el Estado no necesita ser autorizado por una norma expresa para establecer "restricciones" administrativas, debe, en cambio, disciplinar su imposición a los administrados a través de una norma previa emitida por él, en la que figuren claramente qué restricciones será posible imponer: de lo contrario imperaría la incertidumbre y la arbitrariedad, y la propiedad privada quedaría desprovista de protección o garantía.

La necesidad de que la Administración Pública, o el Poder Legislativo en su caso, establezcan previamente en sus respectivas normas reglamentarias qué "restricciones" les serán impuestas a la propiedad de los administrados, surge como un imperativo constitucional. De no ser así vulneraríase el principio superior en cuyo mérito nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Además, si la Administración Pública no establece previamente qué restricciones impondrá a la propiedad de los administrados, ello atentaría contra el principio fundamental que requiere "certeza" en el derecho.

Desde luego, no tratándose de una "restricción" cuya imposición, por mandato constitucional, esté a cargo del Poder Legislativo, las "restricciones" deben ser impuestas por actos emanados de la Administración Pública, no siendo en tales casos necesaria la ley formal, pues la imposición de "restricciones" se vincula al régimen normal u ordinario de la propiedad, no implicando gravamen ni sacrificio alguno para el derecho del propietario. Pero insisto: una cosa son las "restricciones", otra cosa las "servidumbres"; ambas pertenecen al género "limitaciones".

## X

Las "restricciones" administrativas tienen caracteres propios. Entre ellos los siguientes:

a) Tienden a hacerse cada vez más numerosas. Trátase de una consecuencia de los adelantos técnicos y del mayor refinamiento de las costumbres. Ello contribuye a que se diga que el "urbanismo", estrictamente tal, es un problema moderno.

b) Son generales, constantes y actuales.

Son "generales" porque rigen para todos los propietarios en igualdad de condiciones. En cambio, las servidumbres y la expropiación son "especiales" para los casos concretos que las determinan. Pero algunos tratadistas hacen derivar el carácter "general" de este tipo de restricciones, del hecho de que en ellas, contrariamente a lo que ocurre con las restricciones en interés privado, los interesados son "indeterminados" (los miembros de la comunidad).

Son "actuales" porque constituyen límites normales y permanentes de la propiedad.

c) **No aparejan indemnización.**

Esto es así porque ellas, constituyendo una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad, no implican "sacrificio" alguno para el propietario, quien entonces no sufre agravio en su derecho.

Pero si ello es así con referencia a la "restricción", propiamente dicha, las cosas cambian cuando, al hacerse efectiva la restricción, la Administración Pública, debido a un comportamiento culposo o negligente, causa un daño o deterioro en el bien o cosa respectivo. En tal caso debe reparar el daño.

d) **Son ejecutorias.**

La Administración Pública las hace efectivas directamente por sí misma, valiéndose o no del auxilio de la fuerza pública según las circunstancias; pero será así siempre y cuando, si hubiere que utilizar o disponer de la propiedad privada, el dueño de ésta no se opusiere a que penetren en ella los agentes de la Administración Pública, en cuyo caso, para estos últimos fines, la Administración deberá ocurrir a la autoridad judicial, bajo cuya custodia se halla en definitiva la propiedad privada.

El carácter "ejecutivo" de las restricciones administrativas deriva de que la materia que ellas contemplan es estrictamente "administrativa", en cuyo mérito los actos administrativos que dictare la Administración gozan de la "ejecutoriedad" inherente a todo acto de esa índole.

e) **No se extinguen por no uso. Son imprescriptibles.**

Esto es así porque la posibilidad de imponer "restricciones administrativas" constituye una "potestad" del Estado, una prerrogativa de poder, y no precisamente un "derecho" del mismo. De ahí que la posibilidad de imponerlas nos se estinga por no uso de ella y que sea imprescriptible. Las "potestades" no se prescriben.

## XI

Como consecuencia obvia del carácter "ejecutivo" de las medidas administrativas que imponen "restricciones" a la propiedad en interés público, resultan improcedentes los recursos o acciones civiles que tiendan a lograr la suspensión de esas medidas.

Los "hechos" y "antecedentes" a que responden las medidas que imponen restricciones administrativas, propiamente dichas, escapan a los supuestos contemplados en los diversos tipos de interdictos, como así en la acción negatoria, los que, por tanto, son inadmisibles en la especie.

Pero la circunstancia de que no correspondan acciones civiles tendientes a obtener la suspensión de la medida que dispuso la restricción administrativa, en modo alguno impide la procedencia de acciones "contencioso-administrativas" para impugnar la legalidad de las restricciones en cuestión.

Aparte de lo expresado, es de advertir que el recurso de inconstitucionalidad contra la medida que dispone la restricción es siempre procedente, sea contra el acto administrativo propiamente dicho, o contra la decisión definitiva que recayere en el juicio contencioso-administrativo que admita o establezca el orden jurídico.

## XII

### SERVIDUMBRES

Lo que dejo expuesto se refiere a las "restricciones", propiamente dichas. Ahora voy a referirme a las "servidumbres" administrativas.

Así como las "restricciones" afectan y se relacionan con el carácter "absoluto" del dominio, las "servidumbres" se relacionan y afectan el carácter "exclusivo" del mismo. Mientras las "restricciones" colocan el derecho de propiedad en su justo límite, sin afectar prerrogativa alguna del propietario, las "servidumbres" permiten que un "tercero", en este caso el "público", utilice la propiedad del administrado, degradando en consecuencia tal propiedad, pues menoscaban en parte la prerrogativa del titular del dominio. De ahí que el régimen jurídico de las "servidumbres" diverja del de las "restricciones".

He definido la servidumbre administrativa, o pública, como el derecho real administrativo constituido por el Estado ("lato sensu") sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen.

Desde luego, el Estado, o sector del mismo, que imponga o adquiera la servidumbre administrativa no ha de ser titular del bien gravado, pues tanto en derecho privado como en derecho público rige el principio de que nadie puede tener servidumbre sobre sus propios bienes.

En cuanto a los bienes dominicales, o del dominio público, si bien algunos expositores estiman que son insusceptibles de ser gravados con servidumbres, pienso lo contrario, o sea considero que tales bienes admiten dicha carga real.

La servidumbre administrativa puede ser predial o personal.

Esta servidumbre tiene obvia "afinidad" substancial con la servidumbre de derecho privado, civil. De ahí que muchos de los "principios" seculares establecidos por la ciencia jurídica respecto a las servidumbres de derecho privado, sean aplicables a las servidumbres administrativas; verbigracia, el principio en cuyo mérito nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa.

Del mismo modo, ambas servidumbres — la privada y la pública — se expresan como un poder jurídico sobre la cosa, poder jurídico cuya naturaleza es esencialmente "real". Las obligaciones personales que en tal caso pesan sobre el titular de la cosa gravada, no son sino consecuencias del carácter "real" de la servidumbre.

Pero sin perjuicio de lo que antecede, es de advertir que entre ambos tipos de servidumbres existen algunas "diferencias" fundamentales, determinadas esencialmente, por el "interés público" que caracteriza a la servidumbre administrativa y que falta en la servidumbre privada. Correlativamente, el "Estado", al imponer servidumbres administrativas, actúa específicamente en su carácter de tal, es decir en el ámbito del derecho público, ejercitando su capacidad de derecho público.

Como consecuencia de que la servidumbre administrativa afecta lo exclusivo del dominio, produciendo una desmembración de éste, la

servidumbre apareja el derecho a que el afectado por ella sea indemnizado.

Tales son los caracteres básicos de la servidumbre administrativa. Lamentablemente, en una exposición como ésta no me es posible tratar detalladamente estas cuestiones. Sólo haré referencia a las más esenciales de éstas.

### XIII

No siempre se estará frente a una "servidumbre" administrativa, aunque así la califique la ley pertinente, si la medida dispuesta no afecta lo "exclusivo" del dominio, sino meramente lo "absoluto" del mismo. Com ya lo dije, es lo que ocurre, por ejemplo con las llamadas "servidumbres" ferroviarias, aeronáuticas, las disposiciones acerca de las propiedades limítrofes con cementerios, etc., que en realidad no son sino "restricciones" a la propiedad, pues ellas no contemplan la posibilidad de que "terceros" — el "público" — utilicen la propiedad del administrado: sólo limitan el derecho de éste respecto a la realización de ciertas construcciones dentro de su propio fundo. A pesar de algunas disensiones en el campo doctrinal, destacados juristas comparten la tesis que expongo: entre ellos, Villegas Basavilbao y Garrido Falla. Otra solución cuadra respecto a las construcciones u obras ya existentes al instalarse el ferrocarril, el aeródromo, el cementerio, etc. Todas esas situaciones, a pesar de que algunos autores, siguiendo la tradición del derecho de sus países, las califiquen de "servidumbres", no son sino "restricciones" administrativas a la propiedad privada en interés público.

### XIV

Dado que las servidumbres implican un "sacrificio" patrimonial, una "desmembración" del dominio, su existencia válida requiere, por principio, una ley formal que las especifique; excepcionalmente, dichas servidumbres pueden surgir implícitamente de superiores y obvios "principios" constitucionales, como ocurre con las servidumbres que, por ser conexas con el "derecho a la vida", existen como consecuencia de este último derecho, cuya existencia hállase virtualmente en toda Constitución, aunque éstas no lo mencionen; ya que el "derecho a la

vida" es el presupuesto *sine qua non* para el goce de cualquier otro derecho, ocupando el primer rango dentro de las prerrogativas jurídicas. Como ejemplos de este último tipo de servidumbres administrativas pueden mencionarse: 1º la de salvamento, sobre las propiedades linderas con mares y ríos navegables; 2º la que tiende a permitir que toda persona sacie, apague o satisfaga su "sed" bebiendo en cursos naturales de agua, sean éstos públicos o privados; esto es lo que se ha llamado "derecho de la sed" y que algunos tratadistas franceses llaman "droit de la soif". En Argentina, el Código de Aguas de la Provincia de Corrientes, del año 1972, instituye expresamente ambas servidumbres.

## XV

Entre los tratadistas es muy común la afirmación de que las **servidumbres administrativas** sólo pueden recaer sobre "inmuebles". Tal criterio es inaceptable: el gravamen de referencia también puede establecerse sobre "muebles" e incluso sobre bienes **inmateriales** ("derechos"), como sería el caso de una servidumbre constituida sobre otra servidumbre. Al menos tal es lo que ocurre en **derecho administrativo**, donde no tienen imperio, por sí solas, las normas específicas y restrictivas del derecho privado.

En derecho **privado** se acepta que las servidumbres "**personales**" recaigan tanto sobre inmuebles como sobre muebles. Las servidumbres "**administrativas**", o de derecho público, también pueden ser "reales" ("prediales") o "personales". No existe razón jurídica alguna que obste a que las servidumbres administrativas "**personales**" (constituidas en beneficio exclusivo de la "**comunidad**", es decir sin vinculación a una cosa, como ocurre con las "**prediales**", donde el fundo gravado lo es para la mejor utilización del fundo dominante), versen sobre cosas "**muebles**"; es lo que sucede, por ejemplo, con las servidumbres arqueológicas, antropológicas y paleontológicas (servidumbres administrativas), donde dicho gravamen tanto puede constituirse sobre restos o ruinas "**muebles**" como inmuebles. Las servidumbres administrativas pueden, pues, constituirse sobre cosas "**muebles**". El Código Civil no es la única fuente normativa en materia de servidumbres, tanto más si se trata de **servidumbres administrativas**.

Estas últimas pueden incluso constituirse sobre bienes que no sean

"cosas", es decir sobre "derechos" o bienes "inmateriales". Sin embargo, Pardessus, en su "Traité des servitudes ou services fonciers" (Paris 1829), con referencia a las servidumbres en general, sostuvo que ello no era posible. Pero la afirmación de dicho jurista reposa en un fundamento inexacto: sostuvo que las servidumbres sólo pueden constituirse sobre **inmuebles**, de donde resulta — dice — que una servidumbre — bien "incorporal" — no puede ser gravada por otra servidumbre. Siguiendo a Pardessus, en términos similares se expidió el codificador argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield. Como digo, tal razonamiento es inaceptable, por cuanto la servidumbre, máxime la "**administrativa**", puede recaer no sólo sobre cosas inmuebles, sino también sobre cosas muebles, y sobre bienes inmateriales o incorporales ("derechos"), entre éstos las servidumbres. En derecho administrativo — contrariamente a lo que ocurre en derecho civil — no existe precepto alguno que obste a que una servidumbre sea gravada con otra servidumbre.

Qué inconveniente de orden técnico jurídico habría para que las aguas que provienen de un fundo superior, perteneciente al dominio público, sean gravadas con una servidumbre, a favor de un tercero, por el titular del fundo inferior al que llegan aquellas aguas siguiendo la inclinación natural de los lugares? El convenio en cuyo mérito el propietario de ese fundo inferior — sobre el cual pesa la servidumbre **pasiva** de recibir aguas — se obligare a que las aguas beneficien a otra heredad inmediata, puede implicar una **servidumbre**, la cual a su vez existiría sobre la originaria servidumbre administrativa de recibir las aguas que naturalmente provienen de la heredad superior (del dominio público, en la especie). Qué obstaría a que el propietario de un fundo inferior al que llegan naturalmente aguas que proceden del fundo superior (perteneciente al dominio público), se obligue a no usar dichas aguas en beneficio de un tercero, titular de otra heredad inmediata inferior? Para Pardessus y para Vélez Sarsfield tal convenio, cuya validez legal aceptan, no implicaría propiamente imponer una servidumbre sobre otra. Por mi parte, insisto en que ahí habría una servidumbre sobre otra servidumbre.

## XVI

Hay uniformidad en la doctrina acerca de que las obligaciones que las servidumbres administrativas ponen a cargo del dueño de la cosa

sirviente (mueble o inmueble) pueden consistir en "no hacer" y en "dejar hacer". Pero la cuestión cambia respecto a las obligaciones que consisten "en hacer". Pueden estas obligaciones constituir el objeto de las servidumbres administrativas? Esta constituye una materia controvertida.

En el derecho romano el punto era dudoso, aunque prevaleció el criterio de que la obligación "de hacer" no podía constituir una servidumbre ("servitus in faciendo consistere nequit", o sea "la servidumbre no puede consistir en hacer").

Los expositores del derecho civil se inclinan por la improcedencia de servidumbres que impliquen obligaciones "de hacer" ("in faciendo") a cargo del propietario de la cosa gravada.

Los administrativistas hállanse divididos: unos sólo aceptan la posibilidad de servidumbres públicas cuyo objeto consista en obligaciones de "no hacer" o de "dejar hacer", negando la posibilidad de servidumbres administrativas cuyo objeto consista en obligaciones "de hacer"; otros aceptan la existencia de servidumbres públicas donde la obligación "de hacer" constituya un elemento "accesorio", siempre que las normas las contemplen específicamente; otros, como Louis Rigaud, en su libro "La théorie des droits réels administratifs" (Paris 1914), aceptan la posible existencia de servidumbres administrativas cuyo objeto consista en obligaciones "de hacer". En el mismo sentido, se pronuncia Marcel Piquemel en su "Droit des servitudes administratives" (Paris 1967), quien sostiene que el incumplimiento de tales obligaciones por parte del obligado es considerada por el Consejo de Estado como una "contravention de voirie".

Estimo que la servidumbre pública puede consistir o aparejar **accesoriamente** una obligación "de hacer". Es lo que ocurre con las servidumbres de ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, a cuyo respecto las leyes ponen la "conservación" de las cosas respectivas a cargo del propietario del inmueble en que ellas se encuentran. Va de suyo que la referida "conservación" requiere el **ejercicio de cierta actividad** tendiente a evitar el deterioro. Hay aquí una obligación "de hacer" que actúa como implícito **accesorio** de las referidas servidumbres administrativas.

Es mucho lo que aún habría que decir acerca de las servidumbres administrativas. Pero no es posible extender tanto esta disertación. Por eso daré fin a la misma refiriéndome al régimen jurídico de tales servidumbres.

Desde hace mucho tiempo, la doctrina sostiene que el régimen jurídico del **dominio público** es de aplicación al régimen jurídico de las servidumbres públicas o administrativas, porque éstas — se dice —, en cierta manera, constituyen una prolongación de las cosas dominicales o del dominio público. Se agrega que el régimen de este último se irradia sobre las propiedades privadas a través de servidumbres administrativas. Así se expresó Rigaud. Tales afirmaciones se explican y justifican por el hecho indiscutible de que, a través de la servidumbre, la cosa gravada permite el mejor uso o explotación de la cosa del dominio público, a la que aquélla complementa.

No obstante, como ya lo expresé en uno de mis trabajos, lo que antecede se resiente por implicar una inadmisibile generalización o falta de discriminación, pues — a pesar de la afirmación **genérica** que contiene — sólo se refiere a las servidumbres administrativas donde exista un fundo dominante y otro sirviente, es decir a las servidumbres prediales o reales. Pero qué decir de las servidumbres meramente **personales**, donde no hay fundo dominante? Cuál es el régimen jurídico de estas últimas? La doctrina no se pronunció expresamente al respecto; sin advertirlo, sólo contempló las servidumbres prediales o reales, siendo por ello que habla de fundo dominante y de fundo sirviente.

Estimo que, por extensión, el régimen jurídico de las servidumbres "**personales**" es, en principio, el mismo que el de las servidumbres prediales o reales, o sea que en aquéllas es también de aplicación el régimen jurídico del dominio público. Tal solución se justifica, pues tanto las **servidumbres administrativas** prediales o reales, como las **personales**, y el **dominio público**, tienen una misma finalidad: satisfacer las exigencias del interés general a través del respectivo **uso público**.

El criterio precedente, en cuyo mérito las servidumbres públicas, tanto **prediales** como **personales**, quedan sometidas al mismo régimen jurídico del **dominio público** es expresamente seguido por el Código

Civil de Italia en su artículo 825. Trátase de un muy valioso antecedente jurídico-positivo sobre la referida cuestión.

Señores: con lo expuesto doy por terminada mi exposición acerca de las restricciones y servidumbres administrativas en su relación con el urbanismo. Estimo que lo dicho debe ser tenido en cuenta por los ejecutores de todo lo relacionado con esa compleja actividad.

## **A Propriedade Urbana no Brasil**

**PAULO ROCHA LAGOA**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

### **SUMÁRIO**

#### **1. ORIGEM DA PROPRIEDADE NO BRASIL**

- 1.1. apropriação do solo brasileiro pela Coroa Portuguesa
- 1.2. transferência do solo aos particulares através de sesmarias
- 1.3. transferência das terras devolutas aos Estados
- 1.4. situação atual da propriedade no Brasil

#### **2. ORIGEM DA PROPRIEDADE URBANA**

- 2.1. a doação de sesmarias nas áreas urbanas
- 2.2. o parcelamento das sesmarias públicas e privadas

#### **3. AS FONTES INSTITUIDORAS DA DISCIPLINA JURÍDICA DA PROPRIEDADE**

- 3.1. divisão das competências normativas entre União, Estados, Regiões Metropolitanas e Municípios