

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

andamiaje del procedimiento de los incidentes (arts. 175 y sigtes. CPCyC), exige sustanciación, debiéndose correr traslado de ello a las partes a fin de que hagan valer sus derechos (concordando con el art. 135, inc. 13 del mismo Código).

Asimismo, el escribano interviniente, en ejercicio del deber calificador que le impone el principio de legalidad de los actos que debe autorizar, y de adecuarlos al ordenamiento jurídico positivo, se encuentra facultado para requerir en la instancia traslado al ministerio público, ello por cuanto en la especie se encuentra comprometido el interés general, que se concreta en la necesidad de protección del tráfico jurídico, mediante la seguridad que deriva de los actos jurídicos autorizados con la fuerza de convicción que la ley les impone (arts. 994, 995 y concs. del Cód. Civil).

5. CARÁCTER DE LA NULIDAD QUE DERIVA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCERO POR DELEGACIÓN JUDICIAL: agotados los recaudos apuntados (conocimiento de las partes e intervención del ministerio público), el escribano se encuentra frente a la posibilidad de afrontar una resolución firme que autorice al tercero el otorgamiento del acto notarial. En tal supuesto puede excusarse de intervenir en el acto, dado que su independencia de criterio, frente a la interpretación de la ley, lo faculta a revocar la aceptación del cargo para llevar adelante la escrituración. En modo alguno puede ello generar acciones en su contra, dado que, no siendo parte en el acto negocial, ni tercero alcanzado por los efectos de la sentencia, quedarían sólo en pie la alternativa de la presunta comisión del delito de desobediencia, atento que precisamente la cuestión controvertida en la especie consiste en determinar si el funcionario requerido a los efectos de la ejecución del acto resulta propio del legítimo ejercicio de sus funciones conforme al art. 237 del Cód. Penal; ello impedirá considerarlo incurso en tal delito.

Por último, para el supuesto de que el escribano decidiera llevar adelante su cometido, el acto no sería nulo, dado que no se encuentra contemplado en las disposiciones de los arts. 983, 985, 1004, 1005 y concs. del Cód. Civil, y sólo podría invocar esa ineficacia aquel que resultare perjudicado por el mismo, es decir, el adquirente por falta de un título perfecto o inobservable, y el deudor, frente a las responsabilidades de la evicción y saneamiento; pero como ellos habrán guardado silencio frente al acto judicial que mandó llevar adelante el acto irregular por defecto de legitimación activa del otorgante, no podrían invocar las consecuencias de sus propios actos (conf. art. 902, Cód. Civil), circunstancias que excluyen cualquier acción de responsabilidad contra el escribano autorizante.

CONSULTAS ARANCELARIAS

IDERECHO REAL DE SERVIDUMBRE. Constitución. Aplicación del artículo 2° del Arancel Notarial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Doctrina:

a) El derecho real de servidumbre, al que se refiere el art. 1°, inc. c) del f decreto 9404, no nace por imperio de la ley, sino que, necesariamente, para su constitución, debe otorgarse la correspondiente escritura pública.

b) En la constitución del derecho real de servidumbre resulta aplicable el art. 2° del Arancel Notarial.

c) Los valores, para aplicar la citada alícuota, se determinarán conforme a las pautas fijadas en el art. 3° de dicho Arancel, única y exclusivamente sobre la porción de la superficie afectada a la servidumbre a constituir, es decir, solamente sobre la proporción del inmueble afectado al derecho real.

d) El importe así determinado se percibirá en forma proporcional a la superficie de cada una de las parcelas a enajenarse (fundos dominantes), que pertenecen al área de viviendas.

e) En ningún caso el honorario podrá ser inferior al mínimo fijado en el art. 2°, in fine, del Arancel Notarial

(Dictamen del consejero León Hirsch, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 21 de julio de 1993.) (Expte. 300 - C - 1993.)

ANTECEDENTES: El escribano C.J.C.C. formula consulta sobre la aplicación del Arancel, respecto a la escrituración de lotes baldíos y edificados que componen un country club ubicado en la provincia de Buenos Aires, debiendo simultáneamente constituirse, como condición de venta, las siguientes servidumbres:

I. Las previstas en los planos de subdivisión, cuyas notas y texto aclaratorio dicen así: "Se establece un derecho real de servidumbre de uso de las parcelas destinadas a esparcimiento, espacios circulatorios, calle privada, en favor de las parcelas que constituyen el área de vivienda (dec. 9404/86, art. 1, inc. d). Esta servidumbre es perpetua" (nota planos 84 - 117 - 90 y 84 - 118 - 90).

II. Las exigidas en los boletos de venta, que son del siguiente tenor: "El comprador constituye a favor del club de campo... una servidumbre real, predial, perpetua y gratuita respecto de la parcela de terreno objeto de este instrumento como fundo sirviente a favor de las parcelas (30 a enumerar) respecto al cumplimiento de los arts. 6° a 25, 27, 28 y 29 inclusive del reglamento de construcción, que dicen así: (a detallar)".

El consultante desea saber si debe cobrar la alícuota del 2 por ciento sobre el monto de la escritura o valuación fiscal, según corresponda, por la constitución de los derechos reales de servidumbre; y en caso afirmativo, si corresponde cobrar ambas servidumbres en un solo rubro unificado, sin discriminación de las mismas, o puede cobrar un honorario sobre cada una de ellas por separado.

Posteriormente, el consultante complementa su presentación acompañando un presupuesto de máxima referido a un lote que tiene una valuación fiscal de \$ 1.508 y un precio de \$ 15.000, estimando en concepto de honorarios \$ 300 por cada una de las servidumbres, lo que hace un total de \$ 900.

CONSIDERACIONES: 1. Si bien es cierto que el estado normal, ordinario de la propiedad es el de ser libre, es decir, el de procurar a una sola persona todas las ventajas que él consigo comporta, también lo es que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siempre todos los derechos de cuya suma resulta la propiedad se encuentran reunidos en manos del propietario.

El propietario puede renunciar a favor de un tercero al derecho de uso y goce, o sólo al derecho de uso. Puede así constituirse el propietario en situación de no poder realizar actos que tenía el derecho de realizar o de no poder prohibir actos que estaba en su derecho impedir.

Cuando esa renuncia, implicando una limitación de la propiedad, es hecha en provecho de una persona determinada, se tratará de la constitución en favor de esa persona de un derecho de usufructo, de uso o de habitación.

Cuando es realizada en beneficio de un fundo, sea cual fuere el propietario, se tratará de una servidumbre.

Dispone el art. 2970 del Cód. Civil que "servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad".

1.1. Las servidumbres pueden ser reales o personales, continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes, positivas o negativas, legales o convencionales.

Por exceder el marco de la consulta, no entraremos en el análisis de cada una de las clases mencionadas. Oportunamente sólo nos ocuparemos de aquellas que entendamos que específicamente se refieren al objeto del tema en examen.

1.2. Las servidumbres se constituyen por título, por destino del padre de familia o por prescripción. A la primera forma de constitución se refieren los arts. 2977 y 2978, a la segunda el art. 2978 en su segunda parte y el art. 2994, y a la constitución por prescripción, el art. 3017.

1.3. Al decir que las servidumbres pueden ser establecidas por título, se emplea esta palabra como comprendiendo a la vez los contratos y los testamentos. Las servidumbres, en efecto, pueden, en primer lugar, constituirse por contratos onerosos o gratuitos, traslativos de la propiedad y por disposición de última voluntad.

1.4. El destino del padre de familia es el acto por el cual una persona establece entre dos heredades que le pertenecen, o entre dos partes de un mismo fundo, una situación de hecho que constituiría una servidumbre si las fincas pertenecieran a distintos propietarios. Así, una persona que posee dos terrenos contiguos establece entre ellos una zanja o unos caños que permitirán el desagüe de uno de los terrenos en el otro. Mientras que los dos inmuebles permanecen en manos del mismo propietario, la servidumbre no existe, pero desde el momento en que pertenecen a propietarios diferentes, la servidumbre nace sin título y sin prescripción, pues no hay necesidad de que transcurra ningún tiempo. Equivale a título, según el art. 2994 in fine.

Para que haya constitución de servidumbre por destino del padre de familia, se requiere signo aparente de servidumbre, pues la constitución de la servidumbre se funda en la voluntad presunta de las partes y no podría presumirse esa voluntad si no existiese un signo extraño, permanente y visible.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Debe también tratarse de una servidumbre continua por la misma razón porque, supongamos que se tratase de una puerta entre los dos fundos: no podría presumirse, al enajenarse uno de ellos, que la voluntad de las partes era mantener ese pasaje.

El art. 2994 habla de dos heredades y, por ende, podría entenderse que no pudiese admitirse este modo de constitución sin la existencia precisa de dos fincas. Sin embargo, puede tratarse de paredes colindantes que al pertenecer a un solo dueño constituirían una sola finca.

Finalmente, es necesario que los dos fundos hayan pertenecido al mismo propietario y que, naturalmente, el contrato de enajenación no contenga una clara y terminante convención respecto de la no constitución de la servidumbre.

1.5. El art. 3017 establece que "las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de veinte años. Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes no pueden establecerse sino por títulos. La posesión aunque inmemorial no basta para establecerlas".

En razón de lo expresado, resulta admisible la usucapión, pero solamente en el caso de las servidumbres continuas y aparentes; en cambio, tratándose de servidumbres discontinuas o no aparentes no cabe la usucapión y sólo podrán establecerse por contrato, testamento o disposición del padre de familia.

1.6. Cuando la servidumbre se constituya por contrato, como toda constitución de derechos reales, debe hacerse por escritura pública.

Como el objeto de una servidumbre activa siempre es un inmueble, resulta de aplicación lo ordenado en el art. 1184, inc. 1° del Cód. Civil. A su vez, el art. 2992 del Cód. Civil preceptúa que "la constitución de las servidumbres en cuanto a su forma, es regida por las disposiciones relativas a la venta, cuando es hecha a título oneroso, y a las donaciones y testamentos, cuando tiene lugar a título gratuito".

Enseña Borda (Manual de derechos reales, pág. 445) que tanto en un caso como en otro debe hacerse por escritura pública, agregando que "si la servidumbre fuere onerosa y se hubiera acordado por instrumento privado, el titular del derecho podría exigir el otorgamiento de la escritura pública (art. 1185). En cambio, si se trata de una constitución a título gratuito la escritura pública es una exigencia solemne (art. 1810)".

1.7. Lo hasta aquí expuesto es aplicable tanto a la servidumbre mencionada en el numeral I de los Antecedentes como a la indicada en el II de los mismos.

2. Comenzaremos con el análisis del primer supuesto.

2.1. La ley 8912 del 24/10/77 que rige el ordenamiento del territorio de la provincia de Buenos Aires, y regula el uso, ocupación, subdivisión y equipamiento del suelo (art. 1°), más allá de los aciertos o desaciertos en otras materias, en lo atinente a los clubes de campo, ha constituido un verdadero avance organizativo de éstos.

El art. 64 de la citada ley establece que "se entiende por club de campo o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

complejo recreativo residencial a un área territorial de extensión limitada que no conforme un núcleo urbano y reúna las siguientes características básicas: a) Esté localizada en área no urbana. b) Una parte de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza. c) La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio. d) El área común de esparcimiento y el área de viviendas deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible. El uso recreativo del área común de esparcimiento no podrá ser modificado, pero podrán reemplazarse unas actividades por otras; tampoco subdividirse dicha área ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyen el área de viviendas".

2.2. Para Highton, Alvarez Juliá y Lambois (Nuevas formas de dominio, pág. 37): "el club de campo es un complejo recreativo residencial ubicado en una extensión suburbana, limitada en el espacio e integrada por lotes construidos o a construirse, independientes entre sí, que cuenta con una entrada común y está dotado de espacios destinados a actividades deportivas, culturales y sociales, siendo las viviendas de uso transitorio y debiendo existir entre el área de viviendas y el área deportiva, cultural y social una relación funcional y jurídica que convierta el club de campo en un todo inescindible".

En el V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma en 1982, desde una perspectiva privatista se alude a los denominados conjuntos inmobiliarios que "se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí a través de elementos o servicios comunes o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes".

Semejante a la anterior, García García, José y otros (Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad, citado por Scotti, Edgardo O. en "Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales", ED, t. 119, pág. 743) con una noción más sintética define el conjunto inmobiliario como "aquella pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión que da lugar a relaciones entre las mismas, estando llamadas a pertenecer a una multiplicidad de personas".

2.3. El 24 de diciembre de 1986 se sanciona el decreto 9404, regulatorio de la constitución de los clubes de campo.

En los considerandos del decreto se intenta una caracterización más esencial y menos descriptiva de la ley que reglamenta, al decir que "los clubes de campo constituyen una especie de los denominados complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales, caracterizados por regirse con un plan urbanístico especial, la existencia de múltiples inmuebles o unidades parcelarias con independencia jurídica, un similar destino funcional, disponibilidades de áreas de uso común, prestación de servicios generales y eventual existencia prestataria de los bienes comunes, que integran los titulares de las parcelas residenciales" (Stratta, "Las urbanizaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especiales, su organización y régimen dominial. Acotaciones al decreto 9404/86 de la provincia de Buenos Aires", ED, t. 122, pág. 913).

El régimen de los complejos urbanísticos implica un estatuto jurídico complejo, constituido por normas del derecho público e institutos del derecho privado.

Como bien señala Scotti (ob. cit., pág. 747), ésta es una característica propia de la figura que analizamos, por la que la legislación marco o el plan urbanístico exige la constitución de derechos reales con modalidades especiales o la creación de un ente privado de gestión como condiciones para expedir licencia que haga viable el complejo.

2.4. El art. 1º, inc. c) del mencionado decreto 9404 dispone que: " a los efectos de cumplimentar lo dispuesto por el art. 64, inc. b) del decreto ley 8912/77, con simultaneidad a la transmisión del dominio de cada parcela perteneciente al área de viviendas, deberá constituirse el derecho real de servidumbre de uso sobre las áreas de esparcimiento, el que deberá constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente".

La norma impone, entonces, la obligación de constituir servidumbre de uso sobre las áreas de esparcimiento, simultáneamente con el acto transmisivo de dominio de cada una de las parcelas destinadas a vivienda.

Las áreas de esparcimiento serían el fundo sirviente, y las parcelas destinadas a vivienda, el fundo dominante.

La norma citada opta por una figura que denomina "servidumbre" para vincular de manera perpetua las parcelas que conforman el complejo y de propiedad de cada "usuario" con las áreas de utilización común destinadas como expresa el citado art. 64, inc. b) de la ley 8912, "a la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza".

Es, por tanto, esencial constituir la relación jurídica real, vinculante de los predios que integran el conjunto, que conforme lo expresado se logra mediante la constitución de la "servidumbre de uso".

2.5. Highton, Alvarez Juliá y Lambois (ob. cit., pág. 61) formulan medulosas y razonadas críticas al sistema resaltando que tal "servidumbre de uso", más que en una servidumbre consiste en un derecho real de contenido similar al usufructo o al uso. Por ello sostiene que "el constituir una servidumbre cuyo contenido sea el de un usufructo o un uso (o cousufructo) importa la constitución de un derecho real prohibido, pues implica darle perpetuidad al usufructo o uso, que en el Código tiene límite en el tiempo y es intransmisible". Finalmente, afirman que la noción de servidumbre forzosa de mero recreo también es extraña al Código Civil que incorpora el principio de la libertad e independencia de los fundos (arts. 2523 y 2805 y su nota), más aún cuando, en el caso del club de campo, la constitución de servidumbre es condicionante de la transmisión o adquisición del dominio.

2.6. A su vez Stratta (ob. cit., pág. 916), con diversos fundamentos formula también serias objeciones a que el sistema se compatibilice con el ordenamiento vigente en materia constitucional y legal, resaltando su discrepancia, en punto a que la servidumbre predial deba ser perpetua y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gratuita, de acuerdo con el art. 3309 en su actual redacción.

2.7. Sin perjuicio de compartir muchas de las fundadas críticas expresadas, así como las que resultan in extenso de los trabajos citados, en atención al objetivo de la consulta en examen, no abundaremos en más interpretaciones que las atinentes al caso, dejando para otra oportunidad lo que de lege ferenda podría recomendarse para encontrar la senda correcta que asegure los derechos de todos los interesados.

2.8. Vale a esta altura puntualizar que, como ya señalamos (1.1.), el Código trata tanto las servidumbres legales como las convencionales.

Como consecuencia de una disposición legal, puede coactivamente obligarse al propietario del fundo sirviente a soportar una servidumbre. Tal la servidumbre de paso (art. 3068) o la de acueducto (art. 3083).

Es importante remarcar que servidumbre legal no significa que ella nazca del solo imperio de la ley, o sea que, reunidos ciertos requisitos, la servidumbre sin más existe. Significa que puede exigirse su constitución al propietario del fundo, que será sirviente, previo pago del precio de la servidumbre y del cumplimiento de los requisitos formales instrumentales del caso; y que si éste se niega a la constitución o no hay acuerdo en el precio, el titular del fundo dominante podrá recurrir por la vía judicial, a fin de que, cumplidos los requisitos legales, se dé por constituida la servidumbre.

Por lo expuesto, cabe señalar que no tenemos duda alguna en sostener la necesidad de constituir, mediante el otorgamiento de la pertinente escritura pública, la "servidumbre de uso" simultáneamente con la transmisión del dominio de cada una de las parcelas pertenecientes al área de viviendas.

3. Con relación al segundo supuesto, es decir, la servidumbre mencionada en el numeral II de los Antecedentes, del texto de la consulta sólo resulta que la parte compradora de cada lote debe constituir una servidumbre "real predial, perpetua y gratuita" en favor de 30 parcelas que supuestamente son X propiedad del club de campo, a fin de cumplimentar lo expresamente establecido en el reglamento de construcción", cuyo texto desconocemos

3.1. La falta de mayores elementos nos impide analizar las características de la "servidumbre" a constituir. No obstante ello, en virtud de las consideraciones generales formuladas, no resulta dudosa ni discutible la necesidad de otorgar la correspondiente escritura pública para establecerla.

4. Con relación a la cuestión arancelaria, consideramos que, para ambas servidumbres, corresponde aplicar el art. 2° del Arancel Notarial, sobre las y bases establecidas en el art. 3° (conf. expte. 1495 - M - 1974 y expte. 6152 - J - 1988)

4.1 La cuestión que merece particular atención es determinar qué valores se tomarán en cuenta para aplicar la alícuota correspondiente, toda vez que no resultan explicitadas las porciones de los inmuebles que quedarán afectadas a las servidumbres.

Debemos recordar que, en el caso planteado en el numeral I de los Antecedentes, el fundo sirviente debe constituir el derecho real sobre las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"áreas de esparcimiento", en favor de los titulares de las parcelas pertenecientes a las áreas de viviendas.

Y en el caso planteado en el numeral II de los Antecedentes, el fundo sirviente es de propiedad de los titulares de las parcelas cuya titularidad adquieren, quienes deben constituir la "servidumbre real, predial, perpetua y gratuita" a favor del club de campo, supuestamente titular de los fundos.

4.2. Ello, a nuestro juicio, debe resolverse sobre la base de los valores que se determinen, conforme a las pautas fijadas en el art. 3° de Arancel Notarial única y exclusivamente sobre la superficie afectada a las servidumbres a constituirse, es decir, solamente sobre la proporción del inmueble afectada al derecho real.

4.3. El honorario a percibir, conforme al procedimiento indicado, en ningún caso podrá ser inferior al mínimo establecido en el art. 2° in fine del arancel Notarial.

CONCLUSIONES: a) El derecho real de servidumbre, al que se refiere el art. 1°, inc. c) del decreto 9404, no nace por imperio de la ley, sino que, necesariamente, para su constitución, debe otorgarse la correspondiente escritura pública.

b) En la constitución del derecho real de servidumbre resulta aplicable el art 2° del Arancel Notarial.

c) los valores, para aplicar la citada alícuota, se determinarán conforme a las pautas fijadas en el artículo 3° de ese arancel, única y exclusivamente sobre la porción de la superficie afectada a la servidumbre a constituir, es decir, solamente sobre la proporción del inmueble afectado al derecho real.

d) El importe así determinado se percibirá en forma proporcional a la superficie de cada una de las parcelas a enajenarse (fundos dominantes) que pertenecen al área de viviendas.

e) En ningún caso el honorario podrá ser inferior al mínimo fijado en el art. 2° in fine del Arancel Notarial.

II HONORARIOS NO PACTADOS SEGÚN EL ARTÍCULO 22 DEL ARANCEL

DOCTRINA:

Si no existe conformidad del art. 22 del decreto 1208/87, el honorario a percibir será el que resulte de la aplicación del art. 2° de esa normativa arancelaria.

(Dictamen de la Comisión Asesora de Arancel sobre la base de un proyecto de la escribana Mina Charchir de Hirsch, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 21 de julio de 1993.) (Expte. (906 - R - 1993).

ANTECEDENTES: Las actuaciones se inician con la nota dirigida al Presidente del Colegio de Escribanos por la consultante B.O.R., a fin de que sean revisadas las facturas que considera cobradas con exceso por el escribano M.L., titular del registro N°..., originadas, una, por la escritura de compra de la U.F. 2 de la P.B., pisos 1°, 2° y 3°, del inmueble de la calle Vuelta de Obligado 4652/60, adquirido en la suma de u\$s 120.000, y la otra factura por la parte proporcional del reglamento de copropiedad y