

Servidumbre. Servidumbre por destino del padre de familia. Prohibición de realizar ciertas construcciones. Servidumbre negativa y no aparente. Título necesario para su constitución. Prescripción. Prescripción para adquirir. Usucapión. Improcedencia *

Hechos:

El actor demandó la demolición del muro colindante con el de su propiedad, con sustento en que el demandado se habría alzado contra la servidumbre por destino del padre de familia que existiría a su favor al violar la prohibición de realizar ciertas construcciones. Asimismo, invocó que había adquirido la servidumbre por prescripción veinteañal. El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda. Apelada la sentencia, la Cámara la confirmó.

Doctrina:

- 1) Cabe rechazar la demanda deducida por quien pretende la demolición del muro colindante con

el de su propiedad, con sustento en que el demandado se habría alzado contra la servidumbre por destino del padre de familia que existiría a favor del actor al violar la prohibición de realizar ciertas construcciones, ya que el derecho real que se invoca es una servidumbre negativa, y por tanto, no aparente, con lo cual debía constituirse por un título y no a partir de una situación fáctica como la que regula el art. 2994 del Código Civil.

- 2) Dado que la servidumbre que invoca el actor, en cuyo mérito la demandada no podría realizar determinado tipo de construcciones, es una negativa y, como tal, no aparente, no es posible

* Publicado en *La Ley* del 30/11/2006, fallo 111.022.

adquirirla por prescripción veintañal, toda vez que el art. 3017 del Código Civil establece como requisito para la usucapión que se trate de una servidumbre continua y aparente.

Cámara Nacional Civil, Sala B, julio 19 de 2006. Autos: “Vilar, Jorge W. c. Consorcio de Prop. Superí 1860/63/64/66/68”.

2ª Instancia. — Buenos Aires, julio 19 de 2006.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Mizrahi* dijo:

I. Antecedentes.

La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 516/519, desestimó la demanda promovida por Jorge Washington Vilar contra el Consorcio de Propietarios de la calle Superí N° 1860/62/64/66/68/70, con costas al actor.

La causa tuvo su origen en la demanda que luce a fs. 6/10. Allí el accionante requiere la demolición del muro colindante con el de su propiedad, de la manera que se indica, con el fin de obtener el “espacio urbano reglamentario”. En tal virtud requiere también “la demolición de las losas, vigas y columnas y el techo”, con los parámetros que se especifican.

El rechazo de la demanda determinó la apelación del actor, por lo que a fs. 533/550 corren sus agravios. No hubo réplica de la contraparte.

II. Alcance del análisis de los agravios.

Procederé seguidamente a analizar las quejas del apelante, aclarando que nuestro más Alto Tribunal ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver Fassi-Yáñez, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado*, t. I, p. 825; Fenocchietto-Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado*, t. 1, p. 620; CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (art. 386, *in fine*, del ritual; CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611). Por lo tanto, no seguiré al recurrente en todas y cada una de sus argumentaciones sino tan sólo en aquellas que sean conducentes para decidir este conflicto. Ello sentado, abordaré las cuestiones que considero sustanciales.

III. Estudio de los agravios impetrados por la actora.

Tras un detenido análisis de las quejas del apelante, por cierto bastantes confusas, advierto que —con el objeto de preservar plenamente el principio de defensa en juicio— cuatro son las cuestiones que merecen tratamiento por el Tribunal. Ellas son: a) las relativas a las supuestas infracciones cometidas por la demandada; b) el daño que dice haber padecido el actor; c) la servidumbre invocada y d) la articulación de la “posesión” de la servidumbre durante veinte años.

A cada uno de estos puntos me referiré seguidamente.

III.a). Las infracciones que se atribuyen a la demandada.

El apelante fundamenta su petición en justicia en que al construirse la obra nueva “se avanzó sobre los patios apendiculares”; que se quebró la armonía y la “adecuación de dicho edificio a su entorno”. Que, por lo tanto, se ejerció “un abuso del derecho de propiedad y una transgresión a las normas [...] incursionando en la ilegitimidad”. Que, en fin, se colocó a la obra “fuera de Código”, al ocuparse el suelo “en forma irracional restando espacios libres” (ver demanda de fs. 6/10). Esta posición se reproduce en la expresión de agravios de fs. 533/550.

Ya en la intervención que le cupo a esta Sala en los autos “Vilar, Jorge Washington c. Davica Constructora SRL s/ Interdicto” (R. n° 81.842 del 08/02/1991), expediente que tengo a la vista para este acto, se señaló que “el proceder de la accionada no evidencia irregularidad alguna, y si ha obtenido la habilitación necesaria de parte de la autoridad competente para iniciar las obras en el predio de su propiedad, la omisión que los accionantes endilgan a la Comuna –la que no fue demandada en autos– resulta extraña a ‘Davica Constructora S. R. L.’, no pudiendo recaer sobre ella una supuesta irregularidad no provocada por dicha sociedad”.

El estudio de las constancias de autos no hace más que confirmar la reflexión precedente efectuada hace más de quince años. Más aún, se refuerza todavía en mayor medida no sólo porque el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no ha observado la continuación y puesta a término de la construcción de marrazas, sino incluso porque dictó la resolución del caso otorgando el llamado “final de obra”, tal como se desprende de fs. 309. Esta circunstancia hace que, en principio, la obra levantada no ha comportado otra cosa que el ejercicio del derecho de propiedad por parte de su titular.

Ahora bien, el quejoso postula que la mentada obra no debió efectuarse de la manera que se hizo, en razón de que contradice las normas insertadas en el Código de Planeamiento Urbano; en particular porque no se ha dado cumplimiento a requisitos de “observancia rigurosa, como el debido asoleamiento, ángulo cenital, acústica” (ver fs. 537 vta.). Empero, me parece esencial destacar que mal se podría evaluar en esta causa si medió incumplimiento del Gobierno de la Ciudad a las reglas de construcción que rigen en la especie (que en definitiva es lo que impetra el quejoso), sin que intervenga –nada menos– que la propia autoridad de aplicación en esta materia, que no es otra que el Gobierno indicado; el que –llamativamente– no fue demandado por el actor.

Para decirlo en otras palabras (aunque dejemos de lado la cuestión del órgano judicial competente), lo cierto es que no cabe a este Tribunal –ni a ningún otro– pronunciarse acerca de si el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido o no con la misión que le incumbe como ente natural de contralor, cuando no fue traído a juicio por el demandante. Estimo que una sentencia que pretendiera actuar en sentido contrario sería claramente inconstitucional, en tanto comportaría hacer tabla rasa con el principio fundamental de defensa en juicio amparado por el art. 18 de nuestra Carta Magna. Vale decir, considero inconcebible que un juez pretendiera sentenciar sobre

la eventual transgresión del Código de Planeamiento Urbano, ignorando por completo que no ha intervenido como parte el propio órgano de aplicación de las normas contenidas en dicho Código.

Bastan las consideraciones precedentes para rechazar de plano las quejas del apelante en relación con la cuestión analizada.

III.b). El daño invocado por el actor.

El demandante incorpora explícitamente en sus agravios la cuestión del “daño” supuestamente padecido por la construcción; punto que no se introdujo –al menos de una manera clara– en el escrito constitutivo del proceso.

Sin perjuicio de la falencia apuntada (art. 277 del ritual), existen además otras razones que inhabilitan a recibir este agravio. Veamos.

Un presupuesto fundamental de la responsabilidad civil es la antijuridicidad; esto es, la existencia de una transgresión que convierte al acto en ilícito (art. 1066, del Código Civil) y da pie a la acción reparatoria si, desde luego, concurren los demás presupuestos de la responsabilidad. Tal antijuridicidad lejos se está de haberse verificado en la causa, pues no existe un pronunciamiento de autoridad que señale el incumplimiento normativo supuestamente incurrido por la encartada. Es que en la especie no podía haber sido de otra forma, ya que no se ventiló un juicio con el Gobierno de la Ciudad de resultas del cual se comprobaran hipotéticamente las violaciones a las normas urbanísticas dictadas para la zona que habita el actor y, consecuentemente, el eventual ilícito cometido por la demandada con el levantamiento de la construcción cuestionada. De aquí se concluye, sin vueltas, que la queja del apelante no tiene posibilidad de prosperar; pues hasta hoy no se verifica culpa alguna o negligencia que pueda imputarse a la accionada (art. 1067 del Código Civil).

III.c). La cuestión de la servidumbre.

El quejoso, en su demanda, señala que la accionada se alzó contra “una servidumbre continua y aparente” en favor de su propiedad. Recién en sus agravios aclara que “existía una servidumbre real de vista entre ambas propiedades” (ver fs. 538 vta.). La sentencia de primera instancia consideró que el actor no logró acreditar la servidumbre que invoca que “como todo derecho real sobre inmuebles, debe constar en instrumento público (arts. 2979 y 2992 del Código Civil) y encontrarse inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble” (ver fs. 519).

Sobre este punto la queja del actor reside en que en el caso se trataría de una servidumbre “por destino del padre de familia”, que se establece sin necesidad de título. Analizaré este agravio.

El tema se encuentra regulado por los arts. 2994 y 3073 del Código Civil. El primero de ellos dispone: “Cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto a la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga después una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares, y sin que el contrato tenga convención alguna respecto a la servidumbre, se juzgará a ésta constituida como si fuese por título”. A su turno, el segundo artículo citado prescribe: “Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicado a cualquiera de los que lo poseían *pro indiviso*,

y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino público, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna”.

En la servidumbre por “destino del padre de familia” no ha habido en la realidad constitución de servidumbre alguna, pero hay un estado de cosas en que si los dos fundos –o la parte del fundo que se va a enajenar– pertenecieren a distintos propietarios, habría una servidumbre. Se ha dicho que en estos supuestos lo que existe es un “título tácito”, que el legislador hace derivar del silencio guardado por ambas partes en el momento de separación de ambas heredades. También fue postulado que la servidumbre creada por destino del padre de familia no nace de un acto jurídico, sino de una situación de hecho, a la cual la ley le imputa el efecto jurídico de hacer nacer la servidumbre (ver Allende, Guillermo L., “Servidumbre por destino del padre de familia y servidumbre que revive”, *LL*, 103-843; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, t. II, año 1975, p. 135; Salvat, Raymundo M. y Argañarás, Manuel J., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, cuarta edición, t. III, p. 491).

Como se verá seguidamente, anticipo mi conclusión relativa a que –del estudio de la normativa aplicable al caso y las constancias de autos– no puede de ninguna manera desprenderse que esta suerte de servidumbre “fáctica” se haya en verdad constituido.

Por una parte, los casos admitidos por la doctrina interpretativa de nuestra ley aluden en todos los supuestos de servidumbres por constitución del padre de familia, a servidumbres típicas reguladas por nuestro Código Civil; vale decir, a las llamadas “servidumbres en particular” contempladas en el título 13 del Código (art. 3068 y siguientes) (ver autores y lugares citados). En cambio, en el presente juicio lo que se invoca es una atipicidad específica de servidumbre, la que puede válidamente determinarse en los términos del art. 3000 del Código Civil (ver Gatti, Edmundo, en Bueres-Highton, *Código Civil y normas complementarias*, t. 5 A, pp. 404/405, ed. Hammurabi). En otros términos, estimo inadmisibles que una hipotética “servidumbre de hecho” se admita “como si fuese por título” (art. 2994 del Código Civil) cuando la que se invoca no se inscribe en ninguno de los “tipos” particulares de servidumbres previstos por nuestra ley.

Sin perjuicio de lo señalado, observo que existe otro dato relevante en la causa, que me parece definitorio para excluir la existencia de la servidumbre que se articula por el actor. Efectivamente, no obstante lo que se pretende ahora insistir en los agravios, la que se postula no es una servidumbre de vista (a pesar de que en la pieza en despacho se emplea ese término) sino una servidumbre *non faciendo*, o sea, de aquellas clasificadas como negativas. Ello es así porque lo que se arguye es que existiría una prohibición impuesta al propietario del fundo sirviente de realizar ciertos actos que normalmente están dentro de los derechos del dueño. En el caso, digamos la abstención de ejecutar cierto hecho –por ejemplo, la servidumbre *altius non tollendi*– que permite al fundo dominante exigir que los edificios que construya el otro no pasen de cierta al-

tura (ver Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, t. II, año 1975, p. 135; Salvat, Raymundo M. y Argañarás, Manuel J., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, cuarta edición, t. III, p. 491).

Lo que se acaba de expresar surge sin la menor hesitación de los escritos del propio actor. Nótese que lo que se pide es una demolición de lo construido “a efectos que quede liberado un área volumétrica” (fs. 6); se afirma que la encartada realizó una construcción avanzando “sobre los patios apendiculares” (fs. 6 vta.); que se efectuó una “ocupación del suelo en forma irracional” (fs. 8 vta.); “construyendo lo que no se debe” (fs. 9); que la demandada “juntó pared existente con parámetro y la elevó más allá de 1,60 m” (fs. 533 vta.); que produjo “la invasión del espacio urbano separativo de heredades colindantes” (fs. 541 vta.); etcétera. Está fuera de toda vacilación, entonces, que la que se articula es una servidumbre negativa, en cuyo mérito la demandada no podía realizar determinado tipo de construcciones.

Así las cosas, lo que sella la suerte del agravio del actor es que las servidumbres negativas son siempre no aparentes (ver Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, t. II, año 1975, p. 131; Areán, Beatriz, en Bueres-Highton, *Código Civil y normas complementarias*, t. 5 C, 2ª edición, p. 50). Y la no apariencia –caso típico que se presenta en autos– está delineada por el art. 2976 del Código Civil, que la caracteriza como aquellas “que no se manifiestan por ningún signo, como la prohibición de elevar un edificio a una altura determinada”. Al respecto, bien dice Allende que “la servidumbre de no edificar más alto, *altius non tollendi*, es inaparente” (ver Allende, Guillermo L., *Tratado de las servidumbres*, ed. Abeledo Perrot, año 1963, p. 304). A su vez, esta falta de apariencia –que define a la servidumbre que dice el actor que estaba estatuida a su favor– es la nota básica que determina la imposibilidad de que una servidumbre tenga nacimiento de un modo fáctico o tácito, como en cambio sucede con la que surge por destino del padre de familia. Sobre el punto es terminante el art. 2994 del Código Civil y su interpretación doctrinal (ver Allende, L., “Servidumbres por destino del padre de familia y servidumbre que revive”, *LL*, 103-843); y de igual manera la disposición del art. 3017. Precisamente, esta última norma es clara al disponer que “las servidumbres continuas no aparentes [...] no pueden establecerse sino por títulos”.

Avala el precedente criterio, a mayor abundamiento, la previsión del art. 3011 del Código Civil, en el sentido de que “toda duda sobre la existencia de una servidumbre, se interpreta a favor del propietario del fundo sirviente”; y en la misma dirección se expresa el art. 3044 del mencionado cuerpo legal.

En suma, no surgiendo de la causa que se haya constituido de una manera explícita la servidumbre que se reclama –y dado que ni siquiera se verifican indicios sobre ella– propondré a mis colegas no hacer lugar a este agravio.

III.d). El agravio relativo a la posesión de veinte años.

El recurrente, en sus agravios, introduce una cuestión nueva. En efecto, afirma a fs. 539 que su derecho lo valida “la posesión veinteñal, circunstancia que se da a mi respecto”; y se reitera a fs. 542, cuando dice que la servidumbre

que invoca la adquirió “por prescripción”, agregando que “queda claro que invoco mi derecho por usucapión”.

Aunque no se cita por el apelante, es verdad que el art. 3017 del Código Civil establece que “Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de veinte años”. Sin embargo, no se me generan dudas en cuanto a que este agravio no debe ser admitido por el tribunal.

En primer lugar, resulta plenamente aplicable al caso el art. 277 del Código Procesal. Es esclarecedora esta preceptiva al ordenar que “El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión de primera instancia”. Y esto es lo que acontece en la causa pues se advierte que la cuestión de la supuesta posesión de veinte años no se incorporó por el actor en la demanda de fs. 6/10, de forma que mal podría ser ahora considerada en esta instancia. Con acierto se sostuvo, interpretando la citada norma, que el tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio y que las cuestiones que no hubieran sido propuestas al juzgado de primera instancia no pueden como regla ser articuladas al tribunal de segunda (ver Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, ed. Abeledo Perrot, año 1983, p. 438).

De cualquier manera, y aunque se quisiera soslayar la falencia apuntada, la situación no cambiaría. Nótese que el antes mencionado art. 3017 del Código Civil exige como requisito –para que pueda operarse la adquisición de la servidumbre por “posesión” de veinte años– que estemos ante servidumbres continuas y aparentes; y ya he especificado en el acápite III.c), del presente voto que la supuesta servidumbre esgrimida por el apelante no es aparente. Al respecto la norma referida es concluyente al prescribir que “las servidumbres continuas no aparentes [...] no pueden establecerse sino por títulos”.

Como corolario de lo expuesto, entonces, he de proponer a mis colegas la desestimación de esta queja.

IV. Conclusión.

Por las consideraciones vertidas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada. Las costas de la Alzada se imponen por su orden en razón de no haber mediado contradicción en esta instancia.

Los doctores *Ramos Feijóo* y *Sansó*, por análogas razones a las aducidas por el doctor *Mizrahi*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma en todas sus partes de la sentencia apelada. Costas de la Alzada por su orden. — *Mauricio L. Mizrahi*. — *Claudio Ramos Feijóo*. — *Gerónimo Sansó*.