

Servidumbres. Servidumbre de vista. Servidumbre por destino del padre de familia. Artículos 2994 y 3073 del Código Civil. Falta de configuración. Atipicidad. Servidumbre de hecho. Servidumbres no aparentes. Las servidumbres continuas no aparentes no pueden establecerse sino por títulos *

El tema de la servidumbre “por destino del padre de familia” 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

* Publicado en eldial.com

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)”.

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). 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, ed. Hammurabi, pp. 404/405,). 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.

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 aquella “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 inaparante” (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 “to-

da 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.

Cámara Nacional Civil, Sala B, julio de 2006. Autos: “Vilar, Jorge Washington c/ Cons. de Prop. Superí 1860/62/64/66/68 s/ cobro de medianería”.

Nota a fallo

Por **Miguel Ángel Luverá** ¹

Introducción

El fallo que pretendemos comentar ha revivido un instituto muy antiguo dentro del Derecho Civil, cual es la denominada “*servidumbre por destino del padre de familia*”, la cual –como veremos– contiene todos y cada uno de los elementos propios de este derecho real.

Vélez legisla el derecho real de servidumbre en el artículo 2970 del Código Civil, que reza: “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”.

Como podemos apreciar, de la norma transcrita emergen los caracteres típicos que marcan rasgos salientes de este derecho real: *a)* recae sobre inmuebles, los cuales deben ser ajenos, pues siendo la servidumbre una desmembración del derecho real de dominio, resulta casi inconcebible una servidumbre sobre cosa propia; *b)* las obligaciones que la ley impone al titular del fundo sirviente podrán consistir en un no hacer o en un dejar hacer de su parte, pero nunca en un hacer; *c)* el objeto de la servidumbre es atribuir a quien ella pertenece un derecho real sobre el fundo gravado, no devengando cambio alguno –en las relaciones recíprocas de las heredades– la mutación o cambio en los propietarios; *d)* constituye un derecho perpetuo o temporario: las servidumbres prediales (en donde encontramos dos fundos –uno sirviente, que soporta

(1) Luverá, Miguel Ángel: profesor de Derecho Civil IV en la Facultad de Derecho (U. N. R.), profesor de Derecho Registral en la Facultad de Derecho (U. N. R.) y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (P. U. C. A.), presidente del Instituto de Derecho Registral del Colegio de Abogados de la 2ª Circunscripción, director del Instituto de Derecho Inmobiliario y Registral en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (P. U. C. A.), miembro del Instituto de Derecho de Santa Fe dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Jurídicas, y director de sendos Cursos sobre Derecho Registral efectuados en la ciudad de Rosario (SF).

la carga y otro dominante, que aprovecha los beneficios—), en principio, son siempre perpetuas —art. 3029—; en cambio, las personales —un fondo sirviente por un lado, y una persona que se beneficia con su aprovechamiento— se extinguen siempre con la muerte del titular del fondo dominante —art. 2972—, o pasados veinte años si se trata de una persona jurídica —art. 3004—.

La clasificación más trascendente del derecho real de servidumbre, y que importa al comentario que estamos formulando, resulta ser la que distingue en servidumbres: *a)* continuas y discontinuas (art. 2975 ²⁾; y *b)* aparentes y no aparentes (art. 2976 ³⁾).

Las *continuas* son aquellas cuyo uso es o puede ser continuo, no requiere de hecho actual del hombre (Ej.: la servidumbre de vista). No dejan de ser continuas aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos más o menos prolongados a causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre. Por su parte, las *discontinuas*, en cambio, requieren el hecho actual del hombre para ser ejercidas (Ej.: la servidumbre de paso) ⁴⁾.

Las *aparentes* o *visibles* son aquellas servidumbre que se anuncian por signos exteriores (Ej.: puerta, ventana, etc.); mientras que las *no aparentes* son las que no se manifiestan por ningún signo (Ej.: prohibición de elevar un edificio a una altura determinada).

La clasificación que hemos formulado reviste importancia para la adquisición de las servidumbres por prescripción, en el supuesto de la servidumbre que revive, y en especial el caso en estudio: *por destino del padre de familia*.

Algunas consideraciones

La servidumbre por destino del padre de familia se encuentra legislada en el artículo 2994 del Código Civil, el cual prescribe: “*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*”.

La constitución de servidumbres por destino del padre de familia encuen-

(2) Artículo 2975 Código Civil: “Las servidumbres son continuas o discontinuas. Las continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser continuo, sin un hecho actual del hombre, como la servidumbre de vista. Las servidumbres no dejan de ser continuas aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos más o menos largos a causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre. Las discontinuas son aquellas que tienen necesidad del hecho actual del hombre para ser ejercidas, como la servidumbre de paso”.

(3) Artículo 2976 del Código Civil: “Las servidumbres son visibles o aparentes, o no aparentes. Las aparentes son aquellas que se anuncian por signos exteriores, como una puerta, una ventana. Las no aparentes son las que no se manifiestan por ningún signo, como la prohibición de elevar un edificio a una altura determinada”.

(4) Nota al artículo 2975: “De la definición del artículo, resulta que el carácter de servidumbre continua consiste, no en el ejercicio continuo, en un hecho continuo del ejercicio de la servidumbre, si no en la *posibilidad* que hubiere para que la servidumbre se ejerza continuamente y por sí misma; mientras que la servidumbre discontinua es la que no se ejerce, sino por el hecho del hombre. Una servidumbre de paso, o de tomar agua de la fuente ajena es discontinua, pues que su ejercicio no dura sino mientras el hombre pasa o saca agua” (L. 15 – Tít. 31 – Part. 3ª. – Monitor, Servidumbres – n° 4 – Pardessus – Servidumbres – n° 28).

tra su fundamento en la voluntad presunta del propietario, razón por la cual sería más conveniente referirnos, como dicen algunos autores, a la “servidumbre del propietario”.

Conforme las características de la servidumbre –en el supuesto que nos ocupa– no sería apropiado hablar de derecho real de servidumbre, puesto que ambos fundos pertenecen a la misma persona: es el propietario de ambos fundos quien constituye esa dependencia de un fundo respecto del otro.

Ahora bien, de acuerdo con ese estado de dependencia, y al existir una servidumbre continua y aparente, a posteriori el propietario de ambos enajena a un tercero uno de ellos, aun cuando el título nada diga acerca de esta servidumbre, se entiende que existe, constituida como si fuera por título, pues tal ha sido la voluntad tácita –o presunta– del propietario de ambas heredades.

Si el título contiene una mención expresa acerca de la servidumbre, ésta existirá, pero no buscaremos su fuente en la voluntad del propietario sino en el mismo contrato que la hizo nacer; así como también si este contuviere una mención contraria al respecto, atento a que en ese caso la manda emergente del artículo 2994 dejaría de ser aplicable y no habría servidumbre.

Un caso típico de este supuesto –constitución de servidumbre por destino del padre de familia– se encuentra en el artículo 3073, al decir: “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” (conc. art. 3068⁵); y no se extinguirá aunque el paso llegue a no ser necesario para el inmueble al cual se dirige, o aunque el dominante hubiese adquirido otro terreno contiguo por donde pudiese pasar (conf. art. 3081 Cód. Civ.).

Examen del fallo

En el fallo el Tribunal afirma que “del estudio de la normativa aplicable al caso y de las constancias de autos [...] los casos admitidos por la doctrina interpretativa de nuestra ley aluden [...] 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). 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”⁶.

Aclara, además, que “la servidumbre que dice el actor que estaba estatuida a su favor” revestía el carácter de no aparente, y esa no apariencia constituye

(5) Artículo 3068 del Código Civil: “El propietario, usufructuario, o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarciendo todo otro perjuicio”.

(6) Artículo 3000 Código Civil: “Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor”.

“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”.

En la denominada servidumbre del propietario se exigen continuidad y apariencia, porque al no haber servidumbre en la constitución, hay que crearla. Situación que no sucede en otro supuesto denominado servidumbre que revive; en ésta la servidumbre existía, pero se extinguió por confusión, y si las heredades vuelven a quedar en manos de diferentes propietarios, la servidumbre renace, aunque en el título no se diga nada. Por tanto, en esta última sólo se exige apariencia, atento a que ésta ha existido, y sólo hay que incorporarle nueva vida.

El juzgador, al examinar el planteo formulado por la apelante, manifiesta que “en la servidumbre por destino del padre de familia no ha habido en la realidad constitución de servidumbre alguna, pero que hay un estado de cosas en que si los fundos –o parte del fundo que se va a enajenar– pertenecieron a distintos propietarios, habría una servidumbre”.

En puridad de verdad, cuando nos referimos a la servidumbre del propietario, nos encontramos frente a un título tácito, que el legislador hace suceder como consecuencia del silencio reservado por las partes en el momento en que se separan las heredades; este tipo de servidumbre no nace de un acto jurídico sino de una situación de hecho, a la cual la ley le adjudica el efecto jurídico de dar nacimiento a esa servidumbre.

Ahora bien, el juzgador resulta claro en sus apreciaciones al afirmar que “del estudio de la normativa aplicable al caso y de las constancias de autos, no puede de ninguna manera desprenderse que esta suerte de servidumbre fáctica se haya en verdad constituido...”; atento a que “los casos admitidos por la doctrina interpretativa de nuestra ley aluden en todos los supuestos a servidumbres típicas reguladas por nuestro Código Civil [...] a las llamadas servidumbres en particular, contempladas en el título 13 del Código (art. 3068 y ss.). 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 artículo 3000 del Código Civil”⁷.

Como podrá apreciarse, el Tribunal en esta instancia consideró que cuando la servidumbre que se invoca no se ubica en ninguno de los tipos particulares de servidumbre previstos por nuestra ley, resultaría inadmisibile que se constituyera de hecho, pretendiéndose considerarla como si su origen emanara de un título, acorde con lo normado en el artículo 2994 antes citado.

Pero el fundamento que resultó determinante para arribar a la decisión del juzgador surgió del mismo planteo formulado por la actora: ya que la accionante solicita en su presentación la demolición de lo construido, “a efectos que quede liberado un área volumétrica”, afirmando que la demandada “realizó una construcción avanzando sobre los patios apendiculares, efectuando una

(7) Fallo comentado: Consideraciones – Ítem III – Estudio de los agravios impetrados por la actora – III.c) – La cuestión de la servidumbre.

ocupación del suelo en forma irracional, construyendo lo que no se debe, e invadiendo el espacio urbano separativo de las heredades colindantes”. Todo este planteo no permite al Tribunal incurrir en vacilación alguna al respecto dado que lo que se está articulando por parte de quien manifiesta resultar agraviado es una servidumbre negativa, y téngase en cuenta que este tipo de servidumbres –las negativas– son siempre no aparentes (art. 2976), lo que desplaza por completo la posibilidad de interpretación dentro de la norma del artículo 2994, que admite la constitución de la servidumbre de modo fáctico; en ese sentido el juzgador recuerda al maestro Allende, quien afirma que “la servidumbre de no edificar más alto, *altius non tollendi*, es inaparente”⁸.

En este tema el Código Civil es terminante: para que pueda considerarse una servidumbre como nacida por la voluntad presunta del propietario –por destino del padre de familia– debe tratarse de servidumbres continuas y aparentes, por cuanto de no resultar cumpliendo estos requisitos –la continuidad y la apariencia–, no pueden establecerse sino por títulos; razón por la cual al no surgir de manera explícita la servidumbre que se reclama, ya que “... ni siquiera se verifican indicios sobre ella”, situación esta que nos permitiría considerar su existencia, el Tribunal no hizo lugar a los agravios invocados por la apelante.

El recurrente, en esta instancia, pretende introducir una nueva cuestión –no planteada oportunamente en la demanda– al afirmar que “su derecho lo valida la posesión veintañal”, y que “la servidumbre que invoca la adquirió por prescripción”; en este sentido el Tribunal advirtió la imposibilidad clara de su parte, atento a que no podría fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión en la primera instancia; sin embargo, aun soslayando esta circunstancia, resulta por demás determinante la falencia de que adolece el planteo formulado, por cuanto para que se configure la adquisición de una servidumbre por prescripción –en esta segunda variante que propone– y resulte de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 3017 del Código Civil, será necesario que nos encontremos frente a la existencia de una servidumbre continua y aparente, dado que las servidumbres continuas y no aparentes no pueden establecerse sino por títulos⁹.

Conclusión

En este breve comentario no hemos pretendido en absoluto agotar el tema en cuestión, atento lo extenso de la normativa inserta en nuestro Código Civil; sí, por el contrario, el objetivo ha sido el tratamiento integrativo de una servidumbre a la que, aunque plasmada en la ley de fondo, poco uso se le ha dado.

(8) Allende, Guillermo L., *Tratado de las servidumbres*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1963, p. 304.

(9) Artículo 3017 del Código Civil: “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 sea inmemorial no basta para establecerlas (t. o. s/ ley 17.940)”.

Lo importante, y es lo que realmente tiene que quedarnos como mensaje dentro del tratamiento de los derechos reales, es que Vélez, con el criterio de un verdadero jurista, se introdujo en cada uno de los institutos del Derecho Civil, estudiando y desmenuzando cada uno de los derechos reales, y aun trató muy claramente aquellos cuya utilización no resulta abundante, estableciendo pautas fundamentales que debemos recordar permanentemente.

Respecto del derecho real de servidumbre, la normativa inserta en el Código Civil no plantea la existencia de dualidades de interpretación; sabemos y entendemos de qué estamos hablando, qué se entiende por servidumbre y las clases que hay, en este último punto es donde nos adentramos y pudimos visualizar claramente que nuestro codificador, al referirse a la situación de la denominada “servidumbre por destino del padre de familia”, le impone determinados requisitos que deben cumplirse indefectiblemente y sin los cuales no será posible su ubicación en ese sentido: continuidad y apariencia (con las aclaraciones que hemos mencionado) son los recaudos que deben cumplirse fielmente y sin los cuales no podremos considerar, ni mucho menos defender, la existencia de ese tipo de servidumbre.