

Servidumbre de paso en propiedad horizontal*

Jorge R. Causse

Sumario: 1. Plataforma fáctica. 2. Algunas particularidades de este caso. 3 La nota al Título XIII del Libro III del Código Civil relativo a las servidumbres en particular. 4. El principio de atipicidad de las servidumbres. 5. Esta servidumbre de paso, ¿debe ser real o personal?, ¿temporaria o perpetua? 6. Forma de establecerla. 7. Los tiempos para la celebración de este contrato. 8. Nota final

1. Plataforma fáctica

La circunstancia de que se tratara de un caso poco habitual nos alentó a redactar estas líneas. Consiste en la constitución de una servidumbre de paso a través del patio de un edificio, determinado como superficie común en su plano de subdivisión horizontal, que será utilizada por algunos de los propietarios de las unidades del edificio lindero para salir a la vía pública. Para acceder a este patio se utiliza un pequeño trayecto que es superficie común de este último edificio, de manera que los propietarios de las unidades de un edificio –al que identificaremos con la letra A– soportarán el paso de algunos de los habitantes del edificio vecino –el que identificaremos con la letra B–, atravesando un patio de generosas dimensiones que forma parte de la superficie común del primero.

2. Algunas particularidades de este caso

De lo peculiar que distingue este caso de otros, preferimos mencionar solo aquellas particularidades que consideramos relevantes; por ejemplo que, originariamente, el edificio B estaba compuesto por dos unidades funcionales (1 y 2) afectadas al régimen de la Ley 13.512 –porque se otorgó e inscribió su reglamento de copropiedad y administración– pertenecientes a diferentes propietarios. El propietario de la UF 1 autorizó al propietario

* Publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 116, n° 964, enero-abril 2010, pp. 19-28.

de la UF 2 a utilizar el espacio aéreo común para la construcción de nuevas unidades. Como consecuencia de ello, el titular de la UF 2, que desapareció, pasaría a ser titular de las seis que se originaron.

Otra peculiaridad es que la construcción de estas nuevas unidades fue sugerida al dueño de la UF 2 por el único propietario del edificio A, argumentando que saldrían a la vía pública utilizando un holgado espacio común (patio) de su propio edificio, lo que identificaría a la totalidad de las unidades involucradas como un complejo habitacional, y que esto mejoraría su cotización en el mercado inmobiliario; además, los medidores de los servicios de gas natural y energía eléctrica de las nuevas unidades podrían ubicarse en el frente de su propio edificio, contribuyendo así a la pretendida identidad. Oportunamente se constituiría la servidumbre de paso.

En conocimiento de lo anterior, el propietario de la UF 1 otorgó la mencionada autorización condicionada para que el pasillo común descubierto, previsto en el plano de subdivisión de su edificio y que le permitiría a las nuevas unidades conectarse con la vía pública, fuera aprovechado por él como prolongación de su propio patio-jardín, libre de todo muro divisorio de su unidad con ese espacio y con el cerramiento, provisorio, de la entrada a las nuevas unidades. Este aprovechamiento y esta restricción estarían sujetos a la condición resolutoria de dejar totalmente sin efecto el paso de las nuevas unidades a la vía pública a través del edificio lindero. Bajo estos términos se selló el acuerdo entre estos dos copropietarios.

Corresponde advertir que el plano de subdivisión originario del edificio B fue rectificado, cuando aún estaba pendiente de otorgarse la modificación del reglamento de copropiedad y administración. En este plano figuraba un espacio descubierta común que servía de salida a la vía pública para las nuevas unidades.

Las unidades del edificio A todavía no están afectadas al régimen horizontal.

A partir de lo anterior consideramos que el tema central que debe ser motivo de examen es el de la constitución de una servidumbre de paso entre unidades de distintos edificios afectados al régimen de la Ley 13.512. Haremos el examen tomando las disposiciones que rigen para las servidumbres de tránsito, por cuanto esta denominación es extensiva a las de paso, desde que en ambos casos se trata del derecho de pasar o transi-

tar por un inmueble ajeno “[...] de todos los modos necesarios” (art. 3079, Código Civil).

3. La nota al Título XIII del Libro III del Código Civil relativo a las servidumbres en particular

Habida cuenta de que la servidumbre que nos ocupa concierne a inmuebles ubicados en un área urbana, no podemos prescindir de aludir a lo que señaló el Codificador en la nota al Título que regula las servidumbres en particular. Textualmente, la nota dice que: “Teniéndose presente las disposiciones del Título VI, sobre las limitaciones que sufre la propiedad, se advertirá que no hay necesidad de tratar de las servidumbres que se llaman urbanas, establecidas en el interés de la propiedad territorial. Las limitaciones que sufre el dominio en ese género de propiedades, se hallan establecidas en dicho Título VI”.

A fin de establecer el alcance de esta nota aclaratoria, será útil tener en cuenta que una de las principales fuentes del Codificador, al establecer la metodología del derecho real de servidumbre, fue el Digesto (modelo que también adoptó Freitas en su *Esboço*).

Para el Digesto las servidumbres urbanas consistían en: “[...] levantar más alto y perjudicar las luces del vecino, o no levantar más alto; también verter las aguas del tejado sobre techo o suelo del vecino, o no verterlas; asimismo, apoyar las vigas en pared del vecino y finalmente hacer voladizo o cobertizo y otras semejantes a éstas” (Digesto, 8.2.3). Pero se debe tener en cuenta que estas servidumbres eran llamadas urbanas no por la ubicación del predio sobre el cual recaían, sino porque correspondían a edificios, independientemente del lugar (rural o urbano) donde este estuviere emplazado. Por esa razón, las Institutas dicen que: “[...] son servidumbres de los predios urbanos, las que son inherentes a los edificios denominados de predios urbanos, porque llamamos predios urbanos a todos los edificios, aunque se han construido en una quinta” (Institutas, 2.3.1)¹.

A estas llamadas *servidumbres urbanas* el Codificador las calificó como limitaciones que sufre la propiedad y estableció su regulación en el Título VI del Libro III. En la nota al artículo 2611 con el que comienza este título, Vélez señala que: “[...] las restricciones al dominio privado en mira a salvar otros derechos de las propiedades contiguas son principalmente el único objeto

1. PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, C. M.; DILLON, G. A. y CAUSSE, J. R., *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, tomo 2, p. 2 (2ª ed. actualizada y ampliada).

de este título”. Agrega en esta misma nota que: “[...] estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos”. Señala también, criticando los códigos que incluyen a las restricciones y límites al dominio, entre las servidumbres prediales que éstas se le imponen al dominio con reciprocidad entre los propietarios vecinos por sus respectivos intereses “[...] y no suponen una heredad dominante, ni una heredad sirviente”.

Desde esta perspectiva cobra sentido entonces la nota al Título XIII del Libro III cuyo alcance no es otro que calificar como restricciones y límites al dominio con regulación particular, a las que en el Digesto se las denominaba como servidumbres urbanas. Esto no podía ser de otro modo porque en nuestro régimen legal solo es posible hablar de servidumbres prediales cuando existen dos fundos comprometidos, soportando la carga solo el fundo sirviente, pero no el dominante, lo que no ocurre en materia de restricciones y límites porque la posición recíproca de los dos inmuebles es jurídicamente idéntica.

4. El principio de atipicidad de las servidumbres

El artículo 3000 del Código Civil dispone que: “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”.

Sobre esta norma ya habíamos señalado que el contenido de la servidumbre para su titular tendrá que ser siempre la posibilidad de cierto uso sobre el fundo sirviente (*in patiendo*) o bien tendrá que consistir en la facultad de impedirle al propietario del inmueble sirviente que haga alguna cosa (*non faciendo*); pero no se podría establecer una servidumbre que consistiese en una obligación de hacer (*in faciendo*), porque la prohibición del artículo 3010 no puede ser dejada de lado por ser de orden público y también por responder al principio de que en materia de servidumbres no es de su naturaleza que alguien haga alguna cosa².

Agregábamos a lo anterior que el principio establecido por el artículo 3000 es, “en cierta medida”, una excepción al nu-

2. PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, C. M.; DILLON, G. A. y CAUSSE, J. R., *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 10.

merus clausus (art. 2502), pues se pueden establecer otras servidumbres activas distintas de las previstas por el Código, sin que importe si ellas son o no necesarias, pues bastará con que su utilidad sea de mero recreo (por ejemplo, una servidumbre de vista). Enfatizamos lo de “en cierta medida” porque el artículo 3000 no significa la posibilidad de crear derechos reales distintos de los reconocidos por el Código, sino solo servidumbres distintas, que de todas maneras estarán sometidas al régimen general instituido para este derecho real desmembrado y que necesitarán para su constitución de la existencia de dos fundos, lo cual relativiza bastante la libertad otorgada por aquella norma³.

Desde estas directivas legales, se ajusta a derecho la servidumbre que se pretende constituir, sin que la existencia de más de dos fundos sea un inconveniente para que se lleve a cabo.

Normativamente se ha establecido la cantidad mínima necesaria de fundos pero no un límite máximo en el número de los que se puedan ver involucrados.

En nuestro caso, serán fundos sirvientes todas las unidades que soportarán el paso de los propietarios de algunas de las unidades vecinas, siendo estas últimas los fundos dominantes. Corresponde determinar ahora qué tipo de servidumbre se debe constituir.

5. Esta servidumbre de paso ¿debe ser real o personal?, ¿temporaria o perpetua?

Nuestro Código admite como derecho real a las servidumbres activas (inc. 4, art. 2503), esto es a aquellas para cuya constitución son necesarios dos fundos. Dentro de esta categoría se comprenden tanto las servidumbres reales como las personales.

Por su parte el artículo 3003 establece que si en el acto constitutivo de la servidumbre se procura una utilidad real a la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real, pero si, al contrario, la concesión del derecho no parece proporcionar sino un placer o una comodidad al individuo se la considera como establecida en favor de la persona y, en ese caso, solo será real cuando haya una enunciación expresa de ser tal.

La distinción es importante –mucho más en nuestro caso– por lo que establece el artículo 3006 en el sentido de que las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inhe-

3. PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, C. M.; DILLON, G. A. y CAUSSE, J. R., *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 11.

rentes al fundo dominante y al fundo sirviente y siguen con ellos a cualquier poder que pasen.

Esto no sucede con las servidumbres personales las que, si bien no pueden ser separadas del fundo ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno (tal como ocurre con las servidumbres reales), no se transmiten a los sucesores porque acaban con la muerte del titular o a los veinte años si fueran a favor de personas jurídicas, no admitiéndose pactos en contrario (art. 3004).

La imposibilidad de afectar con gravámenes una servidumbre de tránsito parte del criterio de considerarla aisladamente, en cuyo caso la restricción es totalmente operativa. Luego veremos que, en el contexto en el que esta servidumbre quedará establecida, se podrán constituir gravámenes sin infringir lo que esta norma dispone.

Es de toda evidencia que esta servidumbre de paso tiene que ser real, aun cuando en realidad, finalmente, les proporcionará una comodidad personal a los titulares de las unidades que serán los fundos dominantes. Constituir una servidumbre de carácter personal no favorecería a quienes suceden en la titularidad de los fundos dominantes porque ya no podrían aprovecharse de este derecho sobre cosa ajena.

Para constituir la como servidumbre real, no obstante la comodidad personal que confiere, será suficiente con la “[...] enunciación expresa de ser tal”, ajustándose así a lo que establece en su parte final el artículo 3003.

No descuidamos la consideración de lo que se establece en el artículo 3078 de nuestro Código, en el sentido de que la servidumbre de tránsito debe admitir como fundo dominante una heredad cerrada, porque en caso de duda se juzgará que es personal.

Tenemos para nosotros que la servidumbre a la que se refiere esta norma es de naturaleza legal y conminatoria, en el sentido de que dadas determinadas circunstancias el propietario del predio encerrado puede obligar a otros a soportar este gravamen, de manera que es el encerramiento el que condiciona la exigibilidad. Naturalmente, ello no puede descartar que la constitución de una servidumbre de tránsito pueda ser convenida entre dos vecinos. Respecto de estas, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha sostenido que tales servidumbres sólo pueden establecerse cuando no media encerramiento⁴.

4. Fallo 57199296, Autos “Pott Godoy de Touza, Inés Delfina c/ Pott Godoy, Carlos E. p/ acción negatoria s/ casación”.

A las servidumbres reales se las juzga establecidas como perpetuas (art. 3009), lo que nos parece conducente porque se trata de un aprovechamiento que debería permanecer vigente durante toda la vida útil de los fundos dominantes, sin perder de vista la posibilidad de su extinción por vía de renuncia de todos los propietarios de estos últimos, tal como lo prevé el artículo 3047.

6. Forma de establecerla

Obviamente lo será por contrato. La declaración de voluntad común por la cual dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir una servidumbre será un contrato innominado, pues no está regulado ni contemplado en nuestro Código. Podrá ser gratuito u oneroso (art. 2977); en el primer caso, su forma es regida por las disposiciones relativas a las donaciones y testamentos y en el segundo por las de la compraventa (art. 2992). Como las servidumbres recaen siempre sobre inmuebles, su constitución deberá hacerse por escritura pública (art. 1184, incs. 1 y 8)⁵.

El contrato celebrado en estas condiciones por los propietarios o personas legitimadas para ello será “título suficiente” para la constitución de la servidumbre, y modo suficiente será el primer uso que se haga de ella, pues este tiene “lugar de tradición” (art. 2977 *in fine*). En consecuencia, existiendo título suficiente y tradición, estará ya constituido el derecho real de servidumbre (arts. 577 y 3265), pero para su oponibilidad a terceros interesados se necesitará todavía su inscripción ante el registro inmobiliario de la jurisdicción que corresponda (art. 2505), la cual se deberá hacer mediante asientos recíprocos de los inmuebles constituidos, es decir, tanto en la matrícula del inmueble dominante como en la del inmueble sirviente⁶.

7. Los tiempos para la celebración de este contrato

Debemos recordar que las unidades del edificio que identificamos con la letra A no han sido afectadas al régimen de la Ley 13.512 y que, si bien las primitivas unidades del edificio B cuentan con su reglamento de copropiedad y administración, este debe ser modificado para darle el alta horizontal a las nuevas unidades originadas a expensas de la UF 2 que desaparecía.

5. PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, C. M.; DILLON, G. A. y CAUSSE, J. R., *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 11.

6. Ídem, pp. 11-12.

Bajo estas circunstancias consideramos que la instrumentación notarial de este contrato podría llevarse a cabo en dos etapas, esto es, mediante el otorgamiento de dos escrituras sucesivas que es conveniente se autoricen por un mismo notario. Aun cuando ambas podrían otorgarse simultáneamente mediando la intervención de diferentes profesionales, el capítulo relativo a su registración torna aconsejable que solo participe un autorizante; de este modo se facilita la presentación de los testimonios de cada una de las escrituras autorizadas, vinculando por cuerda las rogatorias individuales.

De lo que se trata es de apelar a la prestación expresa de los respectivos consentimientos, mediante la oferta de una de las partes (escritura número 1) que la otra deberá aceptar (escritura número 2) (cfr. art. 1144, C. C.).

La oferta que se instrumentará en la escritura número 1 –y porque así resulta en nuestro caso– se efectuará a una persona determinada: el propietario de las nuevas unidades vecinas, construidas en el edificio B (art. 1148, C. C.). El proponente (propietario del edificio A) puede permanecer allí durante el tiempo que le demande al dueño de las nuevas unidades estar en condiciones legales de aceptarla (art. 1150, C. C.).

Así, el propietario del edificio A, dentro de la misma escritura que contiene el reglamento de copropiedad y administración, formalizará su oferta de contrato innominado de servidumbre de paso al dueño de las nuevas unidades del edificio lindero, en su condición de propietario de todas las unidades que serán los fundos sirvientes en el derecho real que se constituirá. En este estadio se podrán establecer todas las estipulaciones que conciernan al ejercicio de la servidumbre, los derechos y las obligaciones de los titulares de los fundos dominantes y sirvientes y lo relativo a la extinción de este derecho real.

Nada se opone a la presencia del propietario de las nuevas unidades en este otorgamiento, claro está que al solo efecto de notificarse de la propuesta y tomar conocimiento de sus estipulaciones. Ello no implica aceptar la oferta en los términos del artículo 1154 de nuestro Código, por cuanto para ello deberá justificar su legitimación suficiente como propietario de las nuevas unidades, situación legal que alcanzará con el otorgamiento de la modificación del reglamento de copropiedad y administración que actualmente rige para el edificio en su anterior configuración.

Téngase presente que el propietario del edificio A, luego de otorgar el reglamento para afectar las unidades al régimen horizontal, puede constituir la servidumbre de paso a favor de las nuevas unidades del edificio vecino porque eso lo admite el artículo 3001 de nuestro Código: “La servidumbre puede constituirse a beneficio de un inmueble futuro [...]”.

En la escritura número 2, el propietario de las nuevas unidades aceptará la oferta de contrato innominado de servidumbre de paso luego de que, en ese mismo instrumento y juntamente con el titular de la UF 1, hayan otorgado la modificación del reglamento de copropiedad vigente en base al plano de subdivisión rectificado. Va de suyo que deberá constar la atribución patrimonial de las nuevas unidades a su propietario con causa en el derecho de sobreelevar que le fuera conferido.

A esta escritura número 2 podrá comparecer el propietario del edificio A, a fin de hacer perfecto el contrato dado que, para que así ocurra, la aceptación del propietario de las unidades, que serán los fundos dominantes, debe ser cursada al proponente (cfr. art. 1154, C. C.). Sugerimos esta comparecencia para evitar el otorgamiento de una tercera escritura con esa finalidad⁷.

Al tiempo de rogarse la inscripción de esta servidumbre de paso, tanto en las matrículas de las unidades que serán los fundos dominantes, como en las que serán los fundos sirvientes, se deberá contar con un croquis que delimite la superficie que ocupará la servidumbre. Este croquis es uno de los documentos auténticos que menciona el artículo 1 del Decreto 5479/65, a los fines expresados en el artículo 2 del Decreto Ley 11.643/63.

El dominio de las unidades que conforman el edificio A será transferido a sus adquirentes originarios con la afectación de la servidumbre constituida a favor de los titulares de las unidades del edificio B que actuarán como fundos dominantes, lo que también ocurrirá en la transferencia del dominio de estas últimas.

La servidumbre así constituida integra el título de los adquirentes de las unidades involucradas y se transferirá a sus sucesores universales o singulares, y por el carácter absoluto del derecho real de dominio del que son titulares tendrán a su disposición el ejercicio pleno de la mayor cantidad de facultades que una persona puede tener sobre una cosa (nota al art. 2513).

Cualquiera sea el título por el que legalmente se admite transferir ese dominio (doct. art. 2515, C. C.), la servidumbre pesará sobre él como un gravamen, sin consideración alguna

7. En el caso planteado queda obviada la comparecencia que reclama el artículo 2985 del Código Civil.

a su individualidad como tal, y con esa calidad formará parte del derecho que se transfiere. De igual modo si se constituyeran derechos reales de garantía, lo que no implicaría transgredir la prohibición dispuesta por el artículo 3006, precisamente, porque la servidumbre como gravamen no puede ser considerada aisladamente sino formando parte del derecho al que se integra.

8. Nota final

En el caso que examinamos, la constitución de una servidumbre de paso que compromete unidades sometidas al régimen de la Ley 13.512 que integran diferentes edificios, estuvo condicionada a que en los documentos cartográficos por los que se los subdividía en sectores de aprovechamiento independiente, fuera configurada su salida a la vía pública. De lo contrario, se habría transgredido el artículo 1 de la Ley 13.512 en el que esa salida, en forma directa o por un pasillo común, funciona como condicionante para que la afectación al régimen horizontal sea precedente.

De lo que estamos seguros es que la existencia de esa servidumbre de paso en modo alguno generó un complejo habitacional, esto así, al menos desde la óptica urbanística y legal. Quizá semejante sutileza resulte convincente para el adquirente desprevenido a quien le seduzca la idea de ser propietario en un complejo habitacional, aunque no se explique muy bien por qué quedó bloqueada la salida a la vía pública por el pasillo común descubierto de su propia parcela y por qué sus medidores de luz y de gas están en el frente del edificio contiguo.

No obstante, el caso justifica considerar la posibilidad de que la salida a la vía pública –a fin de mantener la autonomía funcional de los sectores privativos– se pueda verificar mediante la constitución de servidumbres de paso perpetuas a través de inmuebles contiguos, mediando la pertinente modificación de la Ley 13.512. Está claro para nosotros que este dispositivo legal fue diseñado para edificios que ya estaban terminados a la fecha de su sanción y que, por el tiempo transcurrido y por la utilidad manifiesta del régimen que instaura, corresponde revisarlo con miras a su necesaria actualización.