

Prescripción adquisitiva de servidumbre positiva en el Código Civil y Comercial de la Nación

José Luis Caliri

RESUMEN

Es acertado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto no recepta las clasificaciones de la servidumbre en continua-discontinua y aparente-no aparente, pues, a los efectos prescriptivos, importa analizar la índole de los actos posesorios a la luz de los criterios sentados por el régimen general, instaurado en el artículo 1900 y concordantes. No interesa, a los fines de calibrar la usucapibilidad de la servidumbre, atender a su clase, sino que lo continuo y ostensible debe predicarse siempre –y únicamente– acerca de los actos posesorios que exteriorizan la servidumbre positiva. Es correcto interpretar que –siguiendo el régimen único y general adoptado por el título I, capítulo II del libro IV– también la servidumbre positiva puede adquirirse por prescripción breve, y esto representa un avance legislativo respecto del Código derogado. La servidumbre positiva puede adquirirse por usucapión tanto si la pretensión del prescribiente se apoya en un título insuficiente cuanto si no existe título alguno que dé sustento a la pretensión del prescribiente. A pesar de la literalidad del dispositivo legal, cabría proponer que se interprete el tercer párrafo del artículo 2165 CCCN como sigue: “En caso de duda, la servidumbre se presume personal, salvo que esta fuere adquirida por prescripción breve o larga mediando unión de posesiones”.

PALABRAS CLAVE

Servidumbre; servidumbre positiva; servidumbre real; servidumbre personal; posesión; título; prescripción adquisitiva; presunciones.

Fechas de recepción y aceptación

29/7/2019 - 5/10/2019

Sumario: 1. Servidumbre positiva: ¿derecho real prescriptible? 2. Servidumbre por prescripción: ¿es real o personal? 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. Servidumbre positiva: ¿derecho real prescriptible?

Uno de los grandes interrogantes que se planteó la doctrina frente al nuevo régimen sancionado es si cabía la posibilidad de adquirir el derecho real de servidumbre a través de la usucapión. Esto porque el [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”) no ha recogido la clasificación de las servidumbres en continuas/discontinuas y aparentes/



no aparentes; a más de que oscurece la cuestión el hecho de que el artículo 1891 CCCN expresamente prevé que la servidumbre positiva se ejerce por actos posesorios concretos y determinados sin que el titular dominante ostente la posesión. No obstante, sobre este último punto, la opinión prevalente y que se comparte es que, a pesar del texto legal, la servidumbre *in patiendo* se exterioriza por la posesión a título o con ánimo de servidumbre.

Sobre el particular, y a los fines de aclarar los alcances de la norma, la comisión de reformas al CCCN designada por el Decreto 182/2018 del Poder Ejecutivo Nacional ha propuesto en su anteproyecto la supresión del segundo párrafo del artículo 1891 CCCN, con los siguientes fundamentos:

El segundo párrafo del art. 1891 contiene un error conceptual, cuando expresa que “*Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión*”. El acto posesorio consiste justamente en la huella que deja quien posee, por ello es virtualmente imposible ejercer actos posesorios sin posesión. El concepto de acto posesorio campea en todo proceso que involucra la posesión: usucapión, acciones posesorias, acciones reales, etc. Arrojar semejante imprecisión que siempre ha estado medianamente clara en la doctrina y en la jurisprudencia constituye todo un despropósito. En definitiva los actos posesorios son la prueba de la posesión.¹

No obstante la claridad de los argumentos –que, por otro lado, son plenamente compartibles–, la derogación del segundo párrafo del artículo en cuestión dista de aventar toda polémica sobre si las servidumbres positivas se ejercen por la posesión o no. En primer lugar, porque la reforma proyectada deja incólume el epígrafe del artículo, que refiere al “ejercicio [de los derechos reales] por la posesión o por actos posesorios”; debió suprimirse la conjunción “o por actos posesorios” para que el texto legal guardase coherencia con los fundamentos que lo sostienen: los actos posesorios son la prueba de la posesión y no configuran un concepto diferente a aquella. En segundo lugar, porque el primer párrafo del artículo 1891, que se mantiene con la misma redacción, excluye a “las servidumbres” de los derechos reales ejercitables por la posesión; así es que quienes sí ven diferencias ontológicas entre el ejercicio por la posesión y por actos posesorios seguirán teniendo argumentos sólidos para aseverar que las servidumbres positivas no se ejercen por la posesión. Y, para más, el texto –de aprobarse la derogación proyectada– alude a las servidumbres en plural, siendo que el título XI denomina a este derecho real en singular; ello podría llevar a pensar que ninguna clase de servidumbre es ejercitable por la posesión –aun cuando existe acuerdo mayoritario en doctrina en que en las positivas sí se establece una relación posesoria–. No bastaría entonces, técnicamente, con derogar el segundo párrafo del artículo 1891: es necesario modificar el rótulo del artículo, quitando toda alusión a los actos posesorios, y además se requiere exceptuar expresamente de los derechos reales ejercitables por la posesión –junto con la hipoteca– a la servidumbre negativa, y así, por defecto, no habría duda alguna de que las positivas entran dentro de la normativa general de que todo derecho real tiene como contenido propio la posesión.

1. RIVERA, Julio C. y otros (comisión Decreto PEN 182/2018), (anteproyecto de modificación parcial del Código Civil y Comercial elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Buenos Aires, 2018. [N. del E.: ver nota de elevación y anteproyecto completos [aquí](#); fuente: [Revista Digital Pensamiento Civil](#) {fuente no oficial}; última consulta: 16/12/2019].

Resta ver qué efectos tiene sobre la prescriptibilidad de la servidumbre la eliminación de los criterios clasificatorios referenciados *ut supra*. ¿Por qué? Pues porque el derogado Código disponía en el artículo 3017 que solo aquellas servidumbres que fuesen continuas y también aparentes podían adquirirse por prescripción larga (veinteañal), al tiempo que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas aparentes o no únicamente podían establecerse por título. Por otro lado, ninguna servidumbre podía adquirirse por prescripción breve, aunque reuniese las calidades de ser aparente y continua.

Desde el año 2015 a la fecha, la doctrina mayoritaria ha admitido la usucapibilidad de la servidumbre: Highton,² Puerta de Chacón,³ Urbaneja,⁴ Abella y Mariani de Vidal,⁵ Kiper,⁶ Alterini⁷ y Guardiola,⁸ en tanto que otros autores han negado tal posibilidad: Pettis y Causse.⁹

Estudiada la nueva normativa con criterio finalista, el ordenamiento vigente resulta coherente: la utilidad de las clasificaciones no admitidas, a los efectos de la prescripción, es bastante cuestionable, pues, en definitiva, lo que importa es analizar la conducta del prescribiente de cualquier derecho real principal que se ejerce por la posesión de acuerdo a las pautas orientadoras del artículo 1900 CCCN. Es decir, mientras los actos posesorios concretos y determinados (posesión) que exteriorizan la servidumbre positiva sean ostensibles y continuos, el derecho real podrá adquirirse por esa vía, sin que tenga relevancia alguna si la servidumbre puede visibilizarse por signos exteriores o no o si requiere para su funcionamiento de un hecho actual del hombre o no. En esta materia deben probarse y valorarse los **actos posesorios del usucapiente** (o sus antecesores en la posesión del fundo dominante) y de ninguna manera la clase de servidumbre positiva que se ejercita, por lo que bien podría darse el caso de una servidumbre clásicamente categorizada como discontinua (de tránsito, por ejemplo) que se adquiriera por prescripción cuando, verbigracia, el pretensor lograra probar que durante veinte años pasó por el predio sirviente, realizó mejoras necesarias en el camino y excluyó a terceros que intentaron obstaculizarle el paso. Lo mismo podría suceder en el supuesto de una

2. Ver HIGHTON, Elena I., "Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2012-2, p. 629 (no obstante, la autora niega que el titular de la servidumbre positiva sea poseedor, pues afirma que este solamente ejerce actos posesorios concretos y determinados).

3. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Prescripción adquisitiva. Aspectos innovadores del nuevo régimen legal", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-1, p. 71.

4. URBANEJA, Marcelo E., (comentario al art. 2168), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 455 y 456.

5. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavallía, 2016. Véase también ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes", en *Revista SJA*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 17/10/2012, p. 51 (cita online: AR/DOC/4156/2012).

6. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 160.

7. ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 735.

8. GUARDIOLA, Juan J., "La usucapación en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, marzo 2016, p. 16 (cita online: AR/DOC/566/2016).

9. CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R., *Derechos reales* (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 69.

servidumbre inaparente de sacar agua constituida por título cuando, a pesar de no haber signos exteriores que la hicieran visible, el constituyente (por caso, un incapaz) y sus sucesores en la titularidad del inmueble sirviente hubieran conocido que el prescribiente o sus antecesores extraían agua de manera continua de su predio y aquellos consintieron dicha conducta por veinte años.

Entonces, interesa juzgar la ostensibilidad (publicidad) y continuidad de los actos posesorios sin atenerse a categorías rígidas de clasificación de la servidumbre que pueden pervertir el sistema general instaurado para el funcionamiento de la prescripción adquisitiva. La ostensibilidad implica dos cosas. Primero, que los actos posesorios deben ser ejercitados de forma tal que puedan ser conocidos de manera indubitable no solo por terceros sino fundamentalmente por los interesados directos, pues para que la posesión sea hábil para prescribir basta con su exteriorización a través de actos posesorios unívocos, tales que permitan que el propietario de la cosa pueda darse cuenta de que un tercero está ejerciendo actos que en este caso afectan la libertad de su derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, y pueda repelerlos mediante la vía posesoria (acción de mantener) o petitoria (acción negatoria). Empero, en segundo lugar, y aunque se reconozca que la publicidad u ostensibilidad atiende principalmente al propietario usucapido, es menester que los actos posesorios también puedan ser visibilizados por terceros interesados, porque no se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria. Y he aquí lo importante para remarcar: lo ostensible o público deben ser los actos posesorios, no los signos materiales o físicos que anuncian la existencia de la servidumbre –aun cuando *prima facie* la servidumbre sea inaparente–.

Por otra parte, la continuidad alude a que los actos posesorios que debe acreditar el prescribiente lo sean a razón de intervalos normales, en función del beneficio que la cosa –y, más precisamente, el derecho real a usucapir– reporta al poseedor. Se habla entonces de posesión regular expresada en actos suficientemente reiterados y como contrapuesta a un ejercicio ocasional o poco frecuente de la posesión. Cossari,¹⁰ citando a Gonzales Barron, expresa que la continuidad significa mantener en forma constante el control de la cosa poseída, por lo menos de modo potencial, sin que los terceros interfieran sobre este; lo cual es congruente con lo normado en nuestro artículo 1930 CCCN, presunción *iuris tantum* que facilita la prueba de la continuidad de la posesión.

Nuevamente, vale insistir en esto: no es lo mismo ejercicio continuo de la posesión que servidumbre continua, porque los puntos de vista para el análisis son diferentes. El ejercicio continuo de la posesión refiere a la actividad del poseedor, que no abandona el objeto de su relación de poder –y, al revés, la discontinuidad en la posesión acontece cuando hay una conducta omisiva del pretense poseedor–. La servidumbre continua, en cambio, era aquella cuyo hecho constitutivo, causante o determinante de su uso o funcionamiento no estaba originado en una actuación humana sino en leyes físicas o naturales.¹¹ Puede advertirse la paradoja del derogado sistema: las servidumbres continuas, que no requerían del hecho actual del hombre (actos posesorios) eran

10. COSSARI, Nelson G. A. (y COSSARI, Leandro y otros [colabs.]), (comentario al art. 1900), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.), p. 159.

11. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo, “Clases de servidumbres”, en Linacero de la Fuente, María (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 178, 182 y 183 (acceso online desde microjuris.com. *Inteligencia jurídica*; cita MJ-DOC-13153-AR, MJD13153, MJD13153).

prescriptibles; en cambio, las discontinuas, que sí necesitaban para su ejercicio actos posesorios, no podían adquirirse por prescripción.

Es muy acertado el CCCN, que elimina las clasificaciones de las servidumbres en aparentes/inaparentes y continuas/discontinuas y encauza todo el régimen de la prescripción adquisitiva en normas generales válidas para cualquier derecho real principal ejercitable por la posesión (arts. 1889, 1897 y 2565 CCCN). También es positivo el nuevo ordenamiento en esta materia en tanto sería perfectamente admisible la adquisición de una servidumbre por prescripción breve cuando existiere justo título y buena fe del poseedor dominante, pues no se ve razón alguna para no permitir el saneamiento de títulos insuficientes para constituir un derecho real (cualquiera sea este) por la vía de la prescripción.

Apuntando a la prescripción larga, algunos autores señalan que, para aplicarla en materia de servidumbre, es necesario que el usucapiente cuente al menos con una apariencia formal de justo título. El justificativo de tal tesis es que no resultaría coherente haber eliminado como modos especiales de adquisición de la servidumbre aquellas que respondían a meros estados de hecho (servidumbre por destino del padre de familia y servidumbre que revive), por considerarlos contrarios a la seguridad jurídica, que exige el libre tráfico de los bienes, y admitir al mismo tiempo que una servidumbre pueda ser adquirida vía usucapición larga, sin título.¹² Otros autores consideran factible la usucapibilidad de las servidumbres por veinte años aunque no se tenga título alguno, pues no existe norma que lo prohíba,¹³ opinión que se comparte.

Si bien es cierto que como modos de adquisición de la servidumbre, tanto la que opera por prescripción adquisitiva como la que renace y la que se establece por destino del padre de familia responden a estados de hecho, de “apariencia material”, también lo es que, en el caso de la prescripción adquisitiva, a esa apariencia fáctica debe añadirse el necesario transcurso del tiempo (veinte años) y la realización de actos materiales por parte del pretense titular dominante, cuya prueba debe ser demostrativa de actos posesorios en forma constante, insospechable, clara y convincente, no bastando con que se pruebe un relativo desinterés del demandado. Por otro lado, el material probatorio debe reunir condiciones sustanciales de exactitud, precisión y claridad, tratándose aquí de una prueba compuesta resultante de la combinación o composición de elementos probatorios de distinta naturaleza (ejemplo: testimonial, documental, informativa, inspección ocular, etc.). Y, para más, los elementos probatorios deben ser analizados y valorados con suma prudencia, y los extremos acreditados deben llevar al juzgador a una certeza absoluta sobre los hechos afirmados, porque la usucapición es un instituto de orden público que configura un modo extraordinario de adquisición de un derecho real. Ninguno de estos recaudos debía tenerse en cuenta en los supuestos de la servidumbre que renace y la servidumbre por destinación del propietario: el sustento de ambas era una voluntad tácita presumida por la ley y la mera apariencia de signos materiales que manifestasen la existencia de una potencial servidumbre; es más, se originaban instantánea e inmediatamente una vez operada la enajenación de la heredad, sin requerir transcurso de tiempo alguno ni actos posesorios por parte del adquirente.

12. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 3).

13. GUARDIOLA, Juan José, ob. cit. (cfr. nota 8).

En relación con lo antedicho, se ha considerado necesario contar con apariencia de título formal para adquirir el derecho real de servidumbre, porque de lo contrario surgirían dudas y controversias en aquellos casos en que los servicios obtenidos del inmueble ajeno tienen como causa actos de buena voluntad o relaciones de vecindad.¹⁴ La postura no parece ser insuperable, pues al titular del pretendido “fundo sirviente” (o los sucesores de este) siempre le asistirá la posibilidad de articular la acción negatoria frente a actos que atenten, sin título válido, contra el principio sentado en el artículo 1888 CCCN: se presume siempre la libertad del derecho real, estando a cargo del demandado probar la existencia del gravamen real que pretende imponer al inmueble ajeno. Por lo demás, quien se sirve de un fundo ajeno o una parte material de este en virtud de actos de mera tolerancia jurídicamente es “servidor de la posesión” del titular del predio vecino (art. 1911 CCCN); no obstante, perfectamente el beneficiario de los actos de mera tolerancia podría intervertir su título a través de actos posesorios que configuren un abuso de confianza (art. 1915 CCCN) y, en consecuencia, cambiar la causa en que apoyaba su relación de poder sobre la cosa ajena (transformándose en poseedor sin título). No caben dudas de que, en esta hipótesis, el intervector podrá prescribir el derecho real de servidumbre.

Para meritar la justicia del criterio adoptado por el legislador del 2015, un buen ejemplo que puede conducir a la aplicación de la prescripción adquisitiva larga de cualquier clase de servidumbre positiva sería, verbigracia, el caso en que exista un contrato preliminar nulo (promesa de celebrar una futura servidumbre a título gratuito¹⁵) y se hayan efectivizado actos posesorios continuos y ostensibles, probados por parte del usucapiente, por un período de veinte años. Para computar el inicio del plazo de prescripción y también para ponderar los efectos de la sentencia judicial, hay que hacer una serie de distinciones. En el supuesto de la prescripción breve, se aplica el artículo 1898 CCCN, que manda computar el inicio del plazo útil de prescripción desde la fecha de inscripción del justo título en el registro inmobiliario, y los efectos de la sentencia que la admite se retrotraen a la fecha del primer uso o acto posesorio que se haga de la servidumbre. Es decir, el juez que la declara debe retrotraerse al momento en que el titular dominante comenzó a beneficiarse con la servidumbre, siempre teniendo en cuenta la presunción *iuris tantum* (facilitadora de la prueba) del artículo 1903 CCCN, que establece que la posesión comenzó en la fecha señalada en el justo título. En cambio, cuando se trata de una adquisición por prescripción larga, el dispositivo aplicable es el del artículo 1905 CCCN, por lo que el juez en su sentencia debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo, se produce la adquisición de la servidumbre –implícitamente, se impone la fijación de la fecha de inicio de la posesión, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la sentencia sea arbitraria¹⁶-. Los efectos de la usucapición larga no

14. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 3). En idéntico sentido se expidieron las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 2019): comisión N° 6 “Derechos reales” (N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [Universidad del Litoral](#); última consulta: 7/2/2020).

15. Por así impedirlo los arts. 995, 1543 y 1552 CCCN: las normas de la donación se aplican subsidiariamente a todos los contratos a título gratuito (aun los preliminares), y, cuando esta tuviere por objeto cosas inmuebles, la escritura pública es una formalidad solemne absoluta.

16. En idéntico sentido, ver CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 83.

son retroactivos, sin perjuicio de que, por el principio de la buena fe (art. 9 CCCN), el poseedor prescribiente no puede ignorar los derechos personales constituidos a favor de terceros antes de operarse la adquisición por prescripción.¹⁷

2. Servidumbre adquirida por prescripción: ¿es real o personal?

El CCCN no ha regulado las servidumbres en particular, simplemente ha enunciado aquellas que considera de constitución forzosa, a las que reputa reales solamente cuando se verifican las causales que autorizan su imposición coactiva (art. 2166 CCCN). Por otro lado, se ha establecido en esta materia una única presunción aplicable a todo subtipo de servidumbre (cualquiera fuere su atipicidad específica), la del artículo 2165 3º párrafo: en caso de duda, la servidumbre se presume personal. No existen ya pautas interpretativas como las de los [derogados artículos](#) 3078, 3083, 3093 y 3104, que presumían reales a las servidumbres de acueducto y de recibir aguas –que, a su vez, eran continuas y, dependiendo del caso, también aparentes; ergo, se identificaban como las únicas usucapibles– y personales a las de tránsito y sacar agua –que siempre eran discontinuas; por tanto, no susceptibles de ser usucapidas–. De este modo, el problema planteado aquí no se manifestaba en el ordenamiento derogado porque las únicas servidumbres prescriptibles se presumían reales.

Hoy, todas las servidumbres pueden adquirirse vía prescripción. Por lo tanto, cobra centralidad averiguar si, adquirida esta por un modo originario como es la prescripción, el desmembramiento del titular sirviente será más o menos intenso: de presumirse la usucapición de una servidumbre real, esta será presumida a su vez perpetua y será transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte; en cambio, de aplicarse a rajatabla la presunción del artículo 2165, la servidumbre personal usucapida será intransmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y, a lo sumo, podría presumírsela vitalicia si el adquirente fuera persona humana.

Surgen entonces dos preguntas: adquirida una servidumbre por usucapición, ¿esta será real o personal?, ¿se aplica siempre, sin más, la regla del tercer párrafo del artículo 2165? Deben distinguirse diversas situaciones:

A) Casos de servidumbres establecidas por títulos insuficientes

(justo título, boleto de compraventa o cualquier contrato preliminar):

De más está aclarar que si el título insuficiente fuera un justo título, debe considerarse, en las soluciones que se mencionarán, la procedencia de ambas especies de prescripción adquisitiva (breve o larga) según se verifiquen los requisitos especiales

17. En este aspecto, es muy importante la reforma sugerida por la comisión designada por el decreto 182/2018 (cfr. nota 1), que proyecta añadir un segundo párrafo al art. 9: “Es inadmisibile la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, eficaz, previa y propia del mismo sujeto”. En los fundamentos, los redactores precisan: “Se agrega como segundo párrafo y por su íntima vinculación con el principio de buena fe, la prohibición de ir contra los propios actos anteriores jurídicamente relevantes, en el entendimiento que ello es aplicable a todas las relaciones de derecho y no solamente a las contractuales. Este agregado ha sido propiciado por el Observatorio del Código Civil y Comercial”. [N. del E.: ver nota de elevación y anteproyecto completos [aquí](#); fuente: [Revista Digital Pensamiento Civil](#) {fuente no oficial}; última consulta: 16/12/2019].

previstos en los artículos 1898 o 1899 CCCN. Si, en cambio, el título material fuese un boleto de compraventa o un contrato preliminar, solo puede haber la posibilidad de usucapión larga.

1. *Servidumbre establecida por título insuficiente a favor del usucapiente*: Aquí, el prescribiente o sus sucesores universales podrán recurrir a la prescripción breve o larga según su buena o mala fe calificada al momento del ejercicio del primer uso de la servidumbre (art. 1892 CCCN). Si nada se dijo al respecto en el título causal, juega la presunción del artículo 2165: la servidumbre adquirida por usucapión será siempre **personal**, aunque se tratare de una servidumbre de acueducto o de recibir aguas, por ejemplo. Esta es la interpretación que mejor armoniza los dispositivos de los artículos 1888, 2165, 2175 y 2181 CCCN.
2. *Servidumbre establecida por título insuficiente y el inmueble “dominante”¹⁸ fue transmitido a sucesores singulares*: En este supuesto, no se aplica la presunción del tercer párrafo del artículo 2165 porque si del título constitutivo de la servidumbre nada surgiera relativo a la naturaleza real o personal de esta, debe presumirse que, habiendo sido su ejercicio transmitido al sucesor singular y pudiendo este alegar actos posesorios contra el titular sirviente y/o sus antecesores en el derecho real desmembrado, la servidumbre será **real**, porque es de toda evidencia que la misma no favoreció a una persona predeterminada sino a quien ostentó, durante el transcurso del tiempo (diez o veinte años), la relación posesoria con el inmueble dominante, indeterminadamente. En este supuesto, es jurídicamente posible que el sucesor singular opte por unir su posesión a la de sus antecesores, pues, ante la duda en la interpretación del título causal, debe estarse a la transmisibilidad del derecho real (arts. 398 y 1906 CCCN); el vínculo jurídico que debe mediar entre las posesiones unidas es factible.¹⁹

B) Casos de servidumbres adquiridas sin título –forzoso es aclarar que la única alternativa aquí es acudir a la prescripción larga–:

1. *Cuando la prescripción es invocada por el sucesor particular del “titular dominante”²⁰*: No cabe aquí aplicar la norma del artículo 2165 CCCN porque cuando se meriten judicialmente los actos posesorios tendientes a obtener la declaración de prescripción adquisitiva y el prescribiente hubiere optado por la

18. Se alude a titular o inmueble dominante por comodidad del lenguaje: en rigor, al no haber servidumbre válida, no hay fundo ni titular dominante hasta la adquisición de la servidumbre por prescripción.

19. Si del título constitutivo de la servidumbre (aunque insuficiente) surgiera que esta es personal, a más de que no hay dudas de la intención de las partes revelada en el acto pretendidamente constitutivo de la servidumbre, transmitido el predio dominante, no habrá servidumbre que transmitir, pues nadie puede transferir a otro un derecho real que no tiene (art. 399 CCCN). Por lo demás, la misma naturaleza de la servidumbre personal descarta toda idea de transmisión (por el principio de no inherencia al predio dominante). No podría nunca tampoco el sucesor particular unir su posesión a la de su antecesor porque faltaría el requisito del vínculo jurídico necesario para tornar operativo tal mecanismo legal (art. 1901 CCCN). Por lo tanto, en este caso, el sucesor particular prescribiente solo podrá ocurrir a la prescripción larga –sin que quepa al efecto unir posesiones– aunque su posesión estuviere apoyada en un justo título antecedente, porque por otra parte, nunca podría alegar buena fe (arts. 8 y 2172 CCCN).

20. Caben las mismas aclaraciones puntualizadas en la nota 17.

unión de posesiones (art. 1901), es claro que estos actos posesorios beneficiaron indeterminadamente a quienquiera que tuvo la posesión del inmueble dominante, en razón de esa misma posesión y no en función de un beneficio personal acordado especialmente al prescribiente o a sus antecesores –precisamente, la hipótesis parte de la falta de título causal–. Interpretar que cabría en esta hipótesis aplicar la presunción del tercer párrafo del artículo 2165 significaría tanto como desconocer la esencia y naturaleza de la servidumbre personal, que, aunque requiere siempre de la existencia de dos fundos, beneficia a **una persona determinada** por lo que es intransmisible.

2. *Cuando la prescripción sea invocada sin alegar unión de posesiones*: La hipótesis parte de que quien invoca a su favor la existencia de la servidumbre ha realizado él mismo o su causante (en el caso de los sucesores universales) actos posesorios durante veinte años. Aquí sí sería aplicable la presunción del tercer párrafo del artículo 2165 CCCN: debe presumirse que la servidumbre así adquirida será **personal**, por las mismas consideraciones hechas en el apartado A.1 (arts. 1888, 2175 y 2181 CCCN).

Del análisis efectuado en este apartado se desprende como conclusión que cabría proponer que se interprete el tercer párrafo del artículo 2165 CCCN como sigue: “En caso de duda, la servidumbre se presume personal, salvo que esta fuere adquirida por prescripción breve o larga mediando unión de posesiones”.

3. Conclusiones

1. Son compartibles las opiniones autorales que interpretan que, a pesar del texto legal del artículo 1891 CCCN, la servidumbre *in patiendo* se exterioriza por la posesión, aunque no *animus domini* sino a título o con ánimo de servidumbre.
2. Respecto de las propuestas de reformas del Código Civil y Comercial de la Nación, es criticable la solución adoptada por los redactores del proyecto (comisión designada por Decreto PEN 182/2018). No bastaría, técnicamente, con derogar el segundo párrafo del artículo 1891 CCCN: es necesario modificar el rótulo del artículo, quitando toda alusión a “actos posesorios”, y, además, se requiere exceptuar expresamente de los derechos reales ejercitables por la posesión –junto con la hipoteca– la servidumbre negativa, y así, por defecto, no habría duda alguna de que las positivas entran dentro de la normativa general de que todo derecho real tiene como contenido propio la posesión.
3. Es acertado el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto no recepta las clasificaciones de la servidumbre en continua/discontinua y aparente/no aparente, pues, a los efectos prescriptivos, importa analizar la índole de los actos posesorios a la luz de los criterios sentados por el régimen general instaurado en el artículo 1900 y concordantes. No interesa, a los fines de calibrar la usucapibilidad de la servidumbre, atender a su *clase*, sino que lo continuo y ostensible debe predicarse siempre –y únicamente– acerca de los actos posesorios que exteriorizan la servidumbre positiva.

4. Es correcto interpretar que –siguiendo el régimen único y general adoptado por el título I, capítulo II del libro IV– también la servidumbre positiva puede adquirirse por prescripción breve, y esto representa un avance legislativo respecto del derogado Código.
5. La servidumbre positiva puede adquirirse por usucapión tanto si la pretensión del prescribiente se apoya en un título insuficiente cuanto si no existe título alguno que dé sustento a la pretensión del prescribiente.
6. A pesar de la literalidad del dispositivo legal, cabría proponer que se interprete el tercer párrafo del artículo 2165 CCCN como sigue: “En caso de duda, la servidumbre se presume personal, salvo que ésta fuere adquirida por prescripción breve o larga mediando unión de posesiones”.

4. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavallá, 2016.
- “Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes”, en *Revista SJA*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 17/10/2012 (cita online: AR/DOC/4156/2012).
- ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R., *Derechos reales* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- COSSARI, Nelson G. A. (y Cossari, Leandro y otros [colabs.]), (comentario al art. 1900), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.).
- GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo, “Clases de servidumbres”, en Linacero de la Fuente, María (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- GUARDIOLA, Juan J., “La usucapión en el nuevo Código”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, marzo 2016 (cita online: AR/DOC/566/2016).
- HIGHTON, Elena I., “Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2012-2.
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 160.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Prescripción adquisitiva. Aspectos innovadores del nuevo régimen legal”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-1.
- RIVERA, Julio C. y otros (comisión Decreto PEN 182/2018), (anteproyecto de modificación parcial del Código Civil y Comercial elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Buenos Aires, 2018.
- URBANEJA, Marcelo E., (comentario al art. 2168), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.