



## **DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE**

### **Algunas consideraciones sobre su regulación en el Código Civil y Comercial**

#### **Referencias sobre el Derecho Real en el Código Civil de Vélez Sarsfield**

Ronald Alfredo Marmissolle<sup>1</sup>

Hace unos meses un grupo de amigos decidió brindar un merecido homenaje a la estimada Profesora de Derecho Civil Amara Bittar de Duralde, más conocida como Malaquita, organizando un Seminario, y tuvieron la idea que esa distinción se cumpliera en el ámbito del derecho (como a ella le gusta) por lo que eligieron el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba para llevarlo a cabo. Más tarde se decidió que ese homenaje quedara plasmado en una obra que comprendiera las exposiciones que allí se realizaron, y el presente trabajo fue el tema que expuse ese día.

Y como había que escribir, no puedo dejar pasar la oportunidad de agradecer.

El agradecimiento es doble: por un lado, a los organizadores, que tuvieron la deferencia de invitarme; y, por el otro, a la querida “Malaquita”, por todas sus enseñanzas, las referidas al derecho, ya que por esas casualidades de la vida, tenemos en común las mismas aéreas del derecho civil (Parte General y Derechos Reales), lo que influyó sin dudas a profundizar el aprecio y a compartir muchas horas de clases en varios espacios, en los que Malaquita estuvo y me incluyó; por eso quiero expresar mi reconocimiento por

---

<sup>1</sup> Docente de Derecho Privado V (Derechos Reales), U.N.C.

su generosidad sin límites, su lealtad y fidelidad a los valores, también por tratar de enseñarme a enseñar (porque ella sabe hacerlo y muy bien, como maestra de grado que es, aparte de ser docente universitaria), por inculcar no solo instruir a los alumnos, sino por propagar la idea de formar cuadros docentes. Me honra ser uno de los tantos que *Malaquita* contribuyó a formar, y sin dudas ha dejado su sello personal en mí. Pero, por sobre todas las cosas, le agradezco por enseñarme (y enseñarnos a todos los que estamos al lado ella) a ser mejores personas, todo ello lo resumo en una palabra: gratitud.

## **A. Aspectos generales**

### **1) Introducción**

Con la sanción de la ley 26.994, que establece la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), y en lo referente al campo de los derechos reales, no solo es indispensable analizar las nuevas figuras incorporadas al catálogo de los mismos, sino también las figuras tradicionales a la luz de la nueva legislación.

En el presente trabajo, se considerará el derecho real de servidumbre. Para ello se seguirá el camino trazado por la nueva legislación, compartiendo plenamente el método utilizado, vale decir: a) un aspecto general de la figura<sup>2</sup>; b) derechos y obligaciones (de ambos: titular dominante y sirviente)<sup>3</sup>; y c) extinción<sup>4</sup>, tal cual surge del Título I I, Capítulos I al 4, del Libro cuarto de la citada normativa, todo lo cual –corresponde decirlo- ha simplificado su regulación<sup>5</sup>, basta solo mencionar que de los 138 artículos que Vélez le

2 Disposiciones generales (arts. 2162 al 2172).

3 Derechos y obligaciones del titular dominante y Derecho del titular sirviente (arts. 2163 al 2181).

4 Extinción de la servidumbre (art. 2182 al 2183 inclusive).

5 A nuestro modo de ver, demasiado excesiva, conforme dará cuenta el presente trabajo.



dedicó, ha quedado reducido a 21<sup>6</sup>. Todo ello es, sin dudas, un gran desafío para los operadores jurídicos<sup>7</sup>, pues se trata de trasladar conceptos abstractos a la realidad, aproximándolos a su aplicación práctica, ya sea desde su instrumentación en la actividad notarial, como así también en su aplicación jurisprudencial.

## 2) Definición

El CCCN define al derecho real de servidumbre diciendo que es aquel se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno, agregando además que la utilidad puede ser de mero recreo<sup>8</sup>.

No es esta definición igual a la redactada por Vélez en el Código Civil (en adelante, CC), pues había establecido que el derecho real de servidumbre, era el derecho real perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derecho de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad<sup>9</sup>. La nueva definición tiene mayor afinidad con la proporcionada por Aubry et Rau, que caracterizaban a las servidumbres, según expone Salvat, como: “[...] derechos reales en virtud de los cuales una persona está autorizada para obtener de la cosa de otro una cierta utilidad”<sup>10</sup>.

La primera consideración que cabe hacer es que la nueva concep-

---

6 Y se agrega también que el Código Civil regulaba el derecho real en dos Títulos: el XII denominado “Servidumbres en General” (art. 2970 al 3067) y el XIII intitulado “Servidumbres en particular” (art. 3068 al 3107 inclusive).

7 Situación que se acentúa más desde la perspectiva docente.

8 Conforme al art. 2162 del citado Código.

9 Conforme al art. 2970 del Código Civil.

10 Salvat, Raymundo “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)”, pág. 4, nro. 1482, tomo II, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Bs. As., 1932.

tualización abarca en parte el art. 2970<sup>11</sup>, el art. 2971<sup>12</sup> y el 3000<sup>13</sup> del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Del primer artículo del Código de Vélez se puede rescatar la parte que expresa que es “un derecho real” y que recae sobre un inmueble “ajeno”, que se repite en el art. 2162 del CCCN; del segundo, que es necesaria “la existencia de dos inmuebles” (o heredades, según la expresión de Vélez Sarsfield) como así también que debe haber una “utilidad”, y del último de ellos, que esa utilidad puede ser de “mero” recreo.

En lo que respecta a las diferencias de ambas conceptualizaciones: la de Vélez alude a la temporalidad, pues dispone que puede ser perpetuo o temporario, y lo más importante es que expresa en qué consiste esa utilidad, al decir: “[...] 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”.

De las tres facultades que citaba el CC, dos de ellas no entrañaban ningún problema, pues quien tiene servidumbre de tránsito, por ejemplo, usa en cierta forma el inmueble ajeno; cuando alguien es titular de una servidumbre de no edificar, sin dudas, su derecho afecta las facultades del titular del inmueble sirviente, a quien se impide ejercer algunos de sus derechos de propiedad, por ejemplo el que surgía expresamente en el art. 2518 res-

---

11 Art. 2970 del Código Civil: “Servidumbre es el derecho real perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derecho de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad”.

12 Art. 2971 del Código Civil: “Servidumbre real es el derecho establecido al poseedor de una heredad, sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera”.

13 Art. 3000 del Código Civil: “Se puede constituir servidumbre cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros 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”.



pecto de la extensión del dominio<sup>14</sup>.

El problema aparecía con la expresión: “ejercer ciertos derechos de disposición” contenida en el art. 2970, respecto de la cual hubo distintas interpretaciones, a las cuales se hará referencia al tratar el apartado en el cual se desarrollarán la servidumbre real y la servidumbre personal.

### 3) Objeto

En lo atinente al objeto del derecho real en cuestión<sup>15</sup>, la norma vigente establece que puede recaer sobre la totalidad o una parte de un inmueble ajeno<sup>16</sup>. La situación no ha variado a la admitida por el Codificador originario, pues usaba los mismos términos, y más aún, completaba expresando “[...] en su superficie, profundidad o altura”<sup>17</sup>, aspecto no contemplado por la actual norma, pero que, sin dudas, teniendo en cuenta el precedente, debería tenérselo por incluido.

### 4) Clasificación de la Servidumbre

La cuestión está contemplada en los arts. 2164 a 2166 del nuevo Código, y no es un tema menor, pues de ellas derivan consecuencias jurídicas importantes. Allí se han mantenido algunas clasificaciones que contenía la legislación anterior, y omitido otras; también se modificó el nombre de alguna, pero sin llegar a perder su esencia<sup>18</sup>.

---

14 Art. 2518 del Código Civil: “La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares.... El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz u otras ventajas...” y el art. 2620 del mismo Código establecía: “Los trabajos o las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo, o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por privarle de ventajas que gozaban hasta entonces no les da derecho a pedir una indemnización de daños y perjuicios.” Y en la nota a dichos artículos expresaba: “... por ejemplo, la elevación de un edificio que prive del sol, o disminuyese la luz.”

15 Es decir proyectando al principio de especialidad en cuanto a la servidumbre.

16 Art- 2163. Objeto: “La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.”

17 Art. 2998 del Código Civil: “Las servidumbres pueden establecerse sobre la totalidad de un inmueble o sobre una parte material de él, en su superficie, profundidad o altura.”

18 Por ejemplo el CCCN alude a servidumbre positiva, en tanto Vélez, le denomina afirmativa; en ambos casos y tal como se dijo, no afecta su significado.

#### 4.a) Servidumbres positivas y negativas

La que aparece en un primer lugar (art. 2164<sup>19</sup>) es la clasificación en “positivas y negativas”<sup>20</sup>. Dicha diferenciación apunta al contenido de la servidumbre; así, será positiva la carga real consistente en soportar su ejercicio, y, por el contrario, será negativa si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título.

#### 4.b) Servidumbres reales y personales

En segundo lugar, el CCCN trata la clasificación en servidumbres reales y personales<sup>21</sup>. La primera se da cuando es constituida a favor de una persona determinada sin inherencia al inmueble dominante; y la segunda es inherente al inmueble dominante. Esta diferenciación ya estaba prevista en el CC, en los arts. 3000<sup>22</sup> y 3005<sup>23</sup>.

De manera que, lo que determina si se está en presencia de una u otra es saber si la utilidad es conferida a favor de una persona, o si la misma es a favor de del inmueble que reviste el carácter de dominante. En el primer caso, será personal; en el segundo, será real; y ante la duda, se presumirá personal<sup>24</sup>, conforme la nueva legislación, la que no difiere sustancialmente de lo previsto en el CC, art. 3003<sup>25</sup>.

La falta de inherencia en el caso de las servidumbres implica su intrasmisibilidad: es dada a favor de persona determinada, y ella, y solo

---

19 Art. 2164 del C. Civil y Com. Servidumbre positiva y negativa.

20 En el Código Civil surge de interpretar el art. 3036: “El propietario de la heredad sirviente debe, si la servidumbre es negativa, abstenerse de acto de disposición o de goce, que puedan impedir el uso de ella; y si es afirmativa esta obligado a sufrir de parte del propietario de la heredad dominante, todo lo que la servidumbre le autorice a hacer”.

21 Conf. al art. 2165 del Código Civil y Comercial.

22 Art. 3000 del Código Civil.

23 Art. 3005 del Código Civil.

24 Conf. al art. 2165 del C. y C. y Com. ultimo apartado.

25 Art. 3003 del Código Civil.



ella obtendrá la utilidad, de suerte que si no se ha establecido plazo y se trata de una persona humana, será a lo sumo vitalicia, si en el título no se estableció un plazo menor y, vale la pena resaltarlo, se extingue si la muerte del beneficiado ocurre antes del cumplimiento del plazo o condición pactados<sup>26</sup>.

También prevé el nuevo Código, en el art. 2167, que si se constituye a favor de varias personas y se extingue para una, subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario. Aclara también que no es posible establecerse a favor de varias personas que se sucedan entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar la servidumbre. Esta norma es idéntica al art. 2132 del mismo Código, salvo obviamente que en lugar del término “servidumbre” utiliza el término “usufructo”; reglas que, por otra parte, ya Vélez había consignado en el Código Civil en la parte de usufructo<sup>27</sup>.

Para el caso de tratarse de una persona jurídica, el plazo máximo de duración no podrá superar los cincuenta años desde su constitución<sup>28</sup>, aunque puede ser por menor plazo en caso de extinción. Finalmente, respecto de la servidumbre personal, en el art. 2172 del CCCN se prevé que ella es intransmisible por causa de muerte, lo que resulta coincidente con ya citado el art. 3004 del Código de Vélez, sin perjuicio del derecho de acrecer previsto en el art. 2167 de la nueva legislación.

---

26 Según el art. 2183 inciso “c” del Código Civil y Comercial.

27 Conforme a los arts. 2823 y 2824 del Código Civil.

28 En Vélez, el plazo era máximo era de veinte años, de acuerdo al art. 3004 del Código Civil. Ídem para el usufructo, en el art. 2828; solución igualmente aplicable al uso y habitación, según arts. 2949 y 2969 del CC.

En cambio, la servidumbre real, según lo estipulado en la segunda parte del mencionado art. 2165 del CCCN, considerada activa y pasivamente, al ser inherente al fundo dominante o sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen, condición que también relata el art. 2172 de ese mismo cuerpo legal, al expresar que ninguna servidumbre puede transmitirse con independencia del inmueble dominante. Estas pautas también estaban previstas en el Código de Vélez, en los arts. 3006 y 3024<sup>29</sup>. Asimismo, es distintivo de una u otra, la ventaja que brinda el derecho. Si la carga asegura una ventaja para una persona, será personal y, si asegura una ventaja a la heredad dominante será real, sin considerar la persona que la posee.

En la reales, se da la particularidad que no se pueden escindir, pues no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno (así también lo había previsto el CC en el art. 3006<sup>30</sup>). También la situación de los predios debe permitir el ejercicio, sin ser indispensable que se toquen, (igualmente estaba en el CC, en el art. 3005<sup>31</sup>) y en caso de duda se presume perpetua salvo pacto en contrario (en idéntico sentido, el art. 3009<sup>32</sup> del Código de Vélez).

El nuevo Código cierra la vieja discusión sobre si los derechos reales de usufructo, uso y habitación estaban incluidos en la categoría de servidumbres personales, habida cuenta de que el contenido de los artículos 2162 y 2165 de la nueva legislación no es idéntico a los arts. 2970, 2971 y 2972 de la normativa Velezana.

---

29 Art. 2006 y 3024

30 Art. 3006 del Código Civil.

31 Art. 3005 del Código Civil.

32 Art. 3009 del Código Civil.





En el Código Civil y Comercial ya no cabe la discusión: no son servidumbres personales, los derechos aludidos.

También estaba la cuestión de saber si era posible, al menos, la existencia de otras servidumbres personales a tenor del art. 2972 y su viable enlace con los arts. 3000, 3003 y 3004 del Código de Vélez. Vale decir, si conforme al primero de los nombrados en el cual la servidumbre se constituye en utilidad de una persona determinada sin dependencia a la posesión de un inmueble (y concluía con ella), era posible la existencia de una servidumbre de tránsito sin poseer otro fundo que la posibilite, o la de vista o una de caza, por ejemplo. O sea, lo que se denominaba servidumbre personal no activa, en la cual no hay fundo dominante sino titular dominante, y, desde el punto de vista de la carga, era una servidumbre pasiva en sentido amplio<sup>33</sup>, es decir, con fundo sirviente.

Tampoco cabe esta discusión, ya que el artículo que la define, establece que la servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles (art. 2165 del CCCN); no hay posibilidad de discutir (antes, al menos era debatible, porque la norma de Vélez antes aludida –art. 2972- parecía autorizarlo) que una persona enajene su inmueble rural, por ejemplo, y se reserve un derecho de caza, o de transitar por él hasta llegar a un río, si no posee un inmueble -ya colindante, ya próximo- que posibilite su ejercicio.

## **I) El Código de Vélez y el usufructo, el uso y la habitación como posibles servidumbres personales**

Acerca de si los derechos reales de usufructo, uso y habitación es-

---

33 Conforme a la opinión de Mariani de Vidal, Marina "Derechos Reales", citando a Allende, pág. 410. Tomo II, 7ma. Edición .Editorial Zavallía, Bs. As., 2004

taban incluidos en la categoría de servidumbres personales, el tema ha sido muy debatido en la doctrina: había un sector que lo admitió, y otro que negaba que esos derechos reales de uso y disfrute configuraran servidumbre alguna, ya que conformaban derechos reales autónomos.

Dentro del esquema velezano, por la negativa, se argumentaba que la definición genérica de servidumbre contenida en el art. 2970 del CC, contenía diversas fuentes antagónicas entre sí, pues era una combinación de Freitas<sup>34</sup>, en su primera parte, y de Molitor<sup>35</sup>, en su parte final.

Dentro de esta corriente, se aludía que, en Molitor la expresión usada era “cosa ajena” y no “inmueble ajeno”, que es la utilizada por Vélez, quien admitía como objeto del usufructo tanto los muebles como los inmuebles, reservando las servidumbres a los inmuebles solamente. También en esta postura, Mariani de Vidal aporta diciendo que en el Derecho romano, en su época clásica, fue muy restringido el número de derechos reales, estando al lado del dominio, entre otros, el usufructo y las servidumbres, como derechos reales autónomos<sup>36</sup>, aclarando además que no está enumerado el usufructo como servidumbre personal y se trata de un derecho real independiente, al igual que el uso y la habitación<sup>37</sup>. Asimismo que la primera parte de la definición del CC refiere a “perpetuidad”, y el usufructo no puede ser perpetuo sino a lo sumo vitalicio, y que es ilógico pensar que Vélez ubicaba a esos derechos como servidumbres, dado que los legisló separadamente, en los art. 2807 (para el usufructo) y 2948 (para el uso y habitación) y, que sería un error metodológico importante legislar primero las especies

---

34 Arean, Beatriz “Derechos Reales”, pág. 758, tomo II. 6ta. edición. Edit. Hammurabi, Bs. As., 2003.

35 Ese autor, expone Arean, concebía a la servidumbre como: “El derecho real sobre cosa ajena, constituido en beneficio de una persona o una heredad, en virtud del cual se puede usar o gozar de la cosa ajena o ejercer ciertos actos de disposición o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad.

36 Mariani de Vidal, Marina “Derechos Reales”, tomo II, pág. 387.

37 Mariani de Vidal, M. ob. cit. pag. 414 y 415, tomo II.



y luego el género, argumentos de fuste por cierto; sin embargo en lo atinente al contenido de las servidumbres, es en donde tiene el lado mas débil la teoría, pues no puede explicar la parte del art. que reza: “[...] ejercer ciertos actos de disposición [...]”.

Arean<sup>38</sup> concluye que se trata de un “evidente error conceptual”, que tiene su origen en haber incluido en la definición, el pensamiento de Molitor, y seguidamente agrega<sup>39</sup>: “... ningún derecho de disposición puede ejercer el titular de una servidumbre pues el contenido se limita a obtener una determinada utilidad de un inmueble ajeno.”

Alterini manifiesta su firme rechazo a la calificación del usufructo como servidumbre personal<sup>40</sup>, y de manera similar se expide Musto<sup>41</sup>. Por la afirmativa, se ha contestado que el art. 2970 comprende una definición general de servidumbre, tan extensa que dentro de ella se incluye al derecho real de uso, al decir “[...] en virtud del cual se puede usar de él [...] ]” y al usufructo en el período que expresa: “[...] ejercer ciertos actos de disposición [...]” , pues ello no puede referirse a otro derecho sobre cosa ajena que no sea el usufructo, mas allá que en el Código de Vélez los actos de disposición<sup>42</sup> estaban muy limitados<sup>43</sup>, estaba legitimado para constituir anticresis<sup>44</sup> y ceder su ejercicio<sup>45</sup>.

El art. 2972 del CC es tan amplio que contiene claramente el usu-

---

38 Arean, Beatriz, ob. cit. pag 759, tomo II.

39 Arean, Beatriz, ob. cit. pag 759, tomo II.

40 Alterini, Jorge Horacio, Director General: “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” Comentario al art. 2129, pag. 209, tomo X. Coordinador del Tomo: Cossari, Nelson. Edit La Ley, Bs. As. 2015.

41 Musto, Néstor Jorge “Derechos Reales”, pag. 8/9, tomo II. Edit. Astrea, Bs. As. 2000.

42 Así lo denomina Arean B., al tratar en la obra y tomo citado el usufructo, según expresa en pagina 740.

43 Situación que en la nueva normativa e ha ampliado, pues el art. 2129 de la nueva legislación autoriza a “disponer jurídicamente del bien”.

44 Conforme al art. 3242 del Código Civil.

45 De acuerdo con el art. 2870 del Código Civil.

fructo, el uso y la habitación pues el citado artículo difiere de la fuente, que es Freitas, dado que Vélez, escribió que la servidumbre personal se constituye en utilidad de una persona determinada, “*sin dependencia de la posesión de inmueble*”, y que acaba con ella, y Freitas sobre el particular refería a “*sin inherencia a inmueble alguno*”<sup>46</sup>; por otra parte, si se repara en la definición del derecho real de uso, contenida en el art. 2948<sup>47</sup> del CC, en ella se puede apreciar que hay una expresión similar al indicar que el derecho real de uso consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, “*independientemente de posesión de heredad alguna*”. Como se puede apreciar ambos artículos guardan similitud.

Salvat aceptaba como principio de doctrina que usufructo, uso y habitación constituyen verdaderas servidumbres personales, puesto que así resultaba del art. 2972 del CC y de otras disposiciones de Vélez que empleaban esa misma denominación (arts. 3004, 3011, 3031 y 3047 in fine)<sup>48</sup>

Asimismo, resulta importante destacar lo que Vélez consigna en la nota al art. 2807, norma que contiene el concepto de usufructo. Allí, en dicha nota, expresa en su quinto párrafo lo siguiente: “[...] La definición del artículo determina *la naturaleza del derecho* de usufructo. Decimos que es un derecho real porque el usufructo importa la enajenación de parte de la cosa, pues *es una desmembración de la propiedad*; y aunque no sea una parte material del fundo, es sin embargo una porción del dominio, desde que el dominio deja de ser pleno en el propietario, cuando la propiedad está separada del usufructo [...]”<sup>49</sup> En ese mismo sentido, si se lee la nota al art.

---

46 Conforme expresa Arean, en ob. y tomo citado, pág. 760.

47 Art. 2948 del Código Civil: “*El derecho de uso, un el derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independientemente de posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la sustancia de ella; o de tomar obre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, e llama ene este Código, derecho real de habitación*”.

48 Salvat, Raymundo, ob. cit., pág. 6, nro. 1484, tomo II.

49 Nota al art. 2807 del Código Civil. El resaltado nos pertenece.



2948, que define el derecho real de uso, se puede evaluar que: “[...] El uso, como en el usufructo, es un derecho puramente personal, en el sentido de que no es debido sino a la persona, *sin ser accesorio a la posesión de alguna heredad, para utilidad de aquél a cuyo beneficio se ha establecido*, y que no pasa a los herederos del usuario [...] *Hay una desmembración de la propiedad desde que el usuario pueda percibir la totalidad o una parte de los productos de un fundo*”<sup>50</sup>; asimismo es de tener presente que, con respecto al derecho real de habitación, en la nota al art. 2956, Vélez expresó: “[...] *Siempre que en los artículos de este título nombramos al usuario, comprendemos en ese caso al habitador*, porque el derecho de habitación y el derecho de uso no son diferentes sino en relación los objetos a que se aplican [...] de manera que, quien tiene un derecho de habitación es realmente usuario en todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho ha sido establecido [...]”<sup>51</sup>; todo lo cual quiere decir que tanto el usufructo, el uso o la habitación son desmembraciones, concordando con lo manifestado por el Codificador en la nota al art. 2971, en la que expresa: “[...] La palabra *servidumbre* nos dice ya la naturaleza de esta carga, o de este derecho. Indica una restricción a la libertad. Aplicada a las cosas corporales, significa que la propiedad de estas cosas está sujeta a ciertas restricciones que tienen por efecto disminuir la libertad ilimitada, que es de la naturaleza de la propiedad. *Toda desmembración del derecho de propiedad constituye pues una servidumbre* [...]”<sup>52</sup>.

De manera que, siguiendo esa línea de pensamiento, si el usufructo (comprendiendo el uso y la habitación) son desmembraciones, y toda desmembración constituye pues una servidumbre, entonces el usufructo, el uso y la habitación constituyen “*servidumbres*” del tipo de las denominadas “personales”, conforme al art. 2971, artículo que, por otra parte, no pide la exis-

---

50 Nota al art. 2948 del C. Civil. El resaltado nos pertenece.

51 Nota al art. 2956 del C. Civil. El resaltado nos pertenece.

52 Nota al art. 2971 del C. Civil. El resaltado nos pertenece.

tencia de dos fundos, sino de uno solo, aquel sobre el cual recae el derecho real en cuestión, todo lo cual se aviene con lo expresado en la nota al art. 2960<sup>53</sup> en el que se puede leer: “[...] La ley romana decía que en una heredad podía haber tres derechos: el del propietario, el del usufructuario y el del usuario [...]. En tal caso decimos que el derecho del usuario es preferente al del propietario, *porque es una servidumbre que la heredad reconoce* [...]”<sup>54</sup>. Aquí se puede apreciar que en el pensamiento de Vélez, el uso también era una servidumbre, pues lo reconoce expresamente.

Borda, al preguntare si el usufructo era o no una servidumbre, expresaba que en el Código de Francia se omitió la expresión servidumbre personal, por temor a que ella se confundiera con la servidumbre de la gleba, pero que no caben dudas de que el usufructo era una servidumbre personal, no siendo, por otra parte, la única; y concluía su breve explicación, diciendo que esa discusión era poco trascendente, ya que desde el punto de vista práctico carece de toda consecuencia porque estaba específicamente legislada en el Código Civil y, según su entender, el tema pasaba por una cuestión metodológica<sup>55</sup>.

No opaca estas consideraciones el hecho de que el Codificador ubicase primero y separadamente las especies, como lo expresa Lafaille<sup>56</sup>, o sea, el derecho de usufructo, el uso y la habitación, que el género que sería la servidumbre<sup>57</sup>, habida cuenta de que en el Código Civil de Francia así estaban

---

53 Art. 2960 del Código Civil: “Constituido el derecho real de uso sobre un fundo, el usuario tiene preferencia sobre el propietario, o usufructuario de la heredad, para usar de los frutos naturales que produzca, aunque por ese uso todos los frutos fuesen consumidos”.

54 El resaltado nos pertenece.

55 Borda, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales”, pág. 11/12/13, tomo II, 3ra. Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1984.

56 En el Código de Francia, dice Héctor Lafaille, no se utilizó esa terminología y se legisló separadamente el usufructo, el uso y la habitación, principales especies del género, ya que en la edad Media las prestaciones a favor ciertos individuos (señores feudales) se denominaron servidumbres personales y se tornaron odiosas, por lo que se procuró desterrar hasta el nombre de las leyes, pero subsistió aplicándose a otras figuras jurídicas. Autor citado, “Derecho Civil – Tratado de los Derechos Reales”, Tomo 4, Volumen II, pag. 359/360. Editorial EDIAR, Bs. As. 1944.



ubicadas, y lo mismo ocurría en el Digesto<sup>58</sup>, que legisla el usufructo, el uso y la habitación primero, y luego las servidumbres en general.

También se repara en los textos de los arts. 2825 y 2828 por el lado del usufructo, con el art. 3004 por el lado de las servidumbres, pudiéndose apreciar que en ambos casos si la titularidad es para una persona física no podrá ir más allá de su vida, y si se trata de persona jurídica, el límite era veinte años. Igualmente los arts. 2924 (de usufructo) y 3059 (de servidumbres), son contestes en señalar que el no uso por diez años extingue el derecho real. Como se ve, hay demasiadas similitudes.

Pero, tal como se inició el tratamiento del tema, esta discusión está cerrada.

## II) La interpretación del art. 2172 del Código de Vélez

Como ya se dijo, el art. citado tenía una amplitud enorme, no solo podía cobijar el usufructo, el uso y la habitación, sino que al expresar “[...] sin dependencia de posesión de un inmueble [...]”, daba la posibilidad de que dentro del Código Civil cupiese la denominada *servidumbre personal no activa*, aquella que requiere necesariamente de fondo sirviente, pero que el titular la pueda ejercer, como también lo decía el art. 2948 “[...] independiente de la posesión de heredad alguna [...]”.

Según este esquema tan vasto, podría haber tres situaciones posibles, a saber: a) servidumbre real (o también llamada predial), que requiere

---

57 En el mismo sentido se expide Pena Guzmán, Luis Alberto, al clasificar las servidumbres en personales y reales, incluyéndolas dentro de las primeras al usufructo, el uso y la habitación, siendo ellas las principales figuras. Autor citado en “*Derecho Civil – Derechos Reales*”, pág. 31/32/33, tomo III, Editorial TEA, Bs. As. 1975.

58 La ubicación en el Digesto, la proporciona Mariani de Vidal, M. ob. cit., pág. 414, tomo II. Aunque la autora se enrola en la postura contraria, vale decir que el usufructo, uso y habitación no son servidumbres.

dos fundos, uno que será el dominante<sup>59</sup> y otro al que se denominará sirviente<sup>60</sup>; b) servidumbre personal, caso en que puede haber dos fundos, pero la ventaja respecto de la utilidad que brinda no es para la heredad<sup>61</sup> sino para la persona que en ese momento esté poseyendo ese fundo<sup>62</sup>, o sea “titular dominante” y “fundo dominante”; y c) servidumbre personal, en la cual habrá “titular dominante” sin que se encuentre poseyendo fundo alguno, y por supuesto –pues no podría faltar- un fundo sirviente.

Sobre las dos primeras posturas la doctrina era pacífica, no así respecto de la última.

Por ejemplo, al tratar las servidumbres, Beatriz Arean, en su excelente obra “Derechos Reales”, expresa: “... en las servidumbres personales, aunque el Código (el de Vélez, claro está) guarda silencio, debe considerarse que no hay predio dominante, sino titular dominante, que es la persona determinada en cuyo provecho se ha constituido la servidumbre. *Sin embargo, debe quedar claro que el titular dominante igualmente debe poseer un inmueble, desde el cual va a obtener la utilidad que le acuerda la servidumbre.*”<sup>63</sup> Así por ejemplo, si se ha constituido una servidumbre personal de tránsito, el titular accederá al paso sobre el fundo sirviente desde su inmueble y no desde el de un tercero o desde la vía pública...”<sup>64</sup>. En síntesis, es como expresar que, no hay servidumbres (aunque sea personal) sin la existencia de dos fundos<sup>65</sup>.

---

59 Que según el art. 2973 del Código Civil “... es aquel a cuyo beneficio se han constituido derechos reales...”

60 Que según el art. 2974 del Código Civil “... es aquel sobre el cual se han constituido servidumbres personales o reales...”

61 Si no, sería real.

62 Por eso es personal.

63 El resaltado nos pertenece.

64 Arean, Beatriz, ob. cit. pág. 761, tomo II.

65 En tal sentido, Musto, ob. y tomo citados, pág. 9.





Esta posición, a nuestro entender, colisionaba tal como lo venimos sosteniendo, con la letra del art. 2972, antes citado, que expresaba “[...] sin dependencia de la posesión de un inmueble [...]”, y que tenía su correlato, como se dijo antes, en el art. 2948, en el cual Vélez, se expresaba en términos similares: “[...] independientemente de posesión de heredad alguna [...] ]”.

Suponiendo que una persona permute su inmueble ribereño por otro urbano y, quisiera reservarse el derecho de pasar para acceder a la costa del río, en este caso no podría configurarse tal situación, según la opinión de quienes requieren necesariamente de la existencia de dos fundos, pues estará poseyendo el inmueble de la ciudad (que no es ni colindante ni próximo), y como pretende transitar por el rural, tal posibilidad le quedaría vedada.

Ahora bien, si nos atenemos a la letra del art. 2972 del CC, y apoyándonos en el art. 3000 del mismo Código, que establecía que se podía constituir servidumbre, cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo, que justamente es el caso -acceder al río-<sup>66</sup>; en esa hipótesis, tal situación podía ser posible, máxime teniendo en cuenta lo normado en el 3003, que enunciaba que si la concesión del derecho no parecía proporcionar sino un placer o comodidad personal al individuo, se consideraba establecida a favor de la persona, el que debía ser concordado con el art. 3004, que enunciaba la extinción por la muerte del individuo cuando el derecho concedido no era más que una facultad personal, y solo duraba veinte años, si el titular fuere persona jurídica, siendo prohibida toda estipulación en contrario. Tal situación, creemos, tal cual se

---

<sup>66</sup> Pero si ella no procuraba alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establecía, era de ningún valor, según el artículo citado.

dijera antes, podía ser factible.

### **III) La interpretación amplia de la servidumbre personal y el nuevo Código Civil y Comercial**

Actualmente, la situación relatada en el punto anterior (*servidumbre personal no activa*) está vedada completamente, toda vez que el nuevo Código consigna que el derecho real se establece entre dos inmuebles<sup>67</sup>.

No obstante ello, en las personales, por más buena voluntad que se tenga al interpretar el artículo, nunca será entre dos inmuebles, porque la utilidad (aunque se presente ese caso fáctico) será para el titular del otro inmueble<sup>68</sup> (que se denomina titular dominante y no fundo dominante, como ya se dijo); por ende, esa utilidad no es para el inmueble en sí mismo.

Pero la principal crítica que se podría formular es que, la situación de hecho planteada y que sustentamos, es mucho más amplia que la legislada en el art. 2165 del CCCN y, por ende, ventajosa. Así, dentro de este esquema, como dijimos, es posible el caso del enajenante del inmueble ribereño que se reservaba el derecho de servidumbre de tránsito a los fines de acceder al mismo, o si dicho inmueble tenía una zona de bosque, la reserva de la facultad de cazar en él, o simplemente de una situación de mero recreo<sup>69</sup>.

En el anterior Código era discutible tal circunstancia; en el actual, definitivamente no. Lo extraño es que, analizando todo el plexo de los derechos reales en el nuevo Código, se advierte cierta flexibilidad en su legislación; así, se admite la superficie en todas sus manifestaciones y no solo en

---

67 Conforme al art. 2162 del CCCN ya citado.

68 Y acaba con ella, como bien lo expresaba Vélez en el art. 2972.

69 Conforme al art. 2162 del CCCN.



el ámbito forestal<sup>70</sup>.

Se han incorporados nuevos derechos reales, entre ellos, los conjuntos inmobiliarios, y con notable holgura, habida cuenta de que caben en él: a) los clubes de campo; b) los barrios cerrados; c) los barrios privados; d) los parques industriales; e) los parques empresariales; f) los parques náuticos; y g) agregándose además en el art. 2073, la frase: “[...] o cualquier otro emprendimiento urbanístico [...]”. Es sencillamente amplísimo, y se aplaude tal apertura.

También la incorporación de los cementerios privados dentro del elenco de los derechos reales y, por último, -y a propósito dejado en ese lugar<sup>71</sup>- el caso del “tiempo compartido<sup>72</sup>”, al que, según el art. 2101 se le aplican las normas de los derechos reales<sup>73</sup>, pudiéndose aplicar además, tanto en este caso como en el anterior, las normas del “Derecho del Consumo”, según rezan los arts. 2100 y 2111, respectivamente, del CCCN. En cierta forma existe una suerte de personalización de los derechos reales.

Así las cosas, no se advierte la razón de no ampliar el supuesto de hecho de las servidumbres al caso de la existencia de fondo sirviente y titular dominante, sin necesidad que esa persona deba poseer fondo alguno<sup>74</sup>; se enaltece la expresión de Vélez Sarsfield, quien legisló distinto a Freitas, expresando que la servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de

---

70 Conforme al art. 2114 del CCCN.

71 Dado que ese derecho subjetivo guarda más afinidad con el campo de los derechos creditorios que con los derechos reales.

72 Según da cuenta el art. 2087 del CCCN.

73 Sobre el particular y en función de la locución del art. 2088 en donde expresa: “*cualquiera que sea la naturaleza de los derechos*”, para Ricardo Javier Saucedo no se descarta la posibilidad de la aplicación del derecho personal. Dicho autor, al comentar el art. 2101 del “Código Civil y Comercial de la Nación – Rivera Julio Cesar, Medina Graciela, pág. 663. Tomo V.

74 Situación esta, que a nuestro entender mantiene mayor vinculación con los derechos reales que el que pueda tener el derecho de tiempo compartido, y sin embargo este último reviste esa calidad a tenor del art. 2101 del CCCN.

alguna persona determinada “*sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella*”; a pesar de que la fuente consignaba “*sin inherencia a inmueble alguno*”, Vélez sustituyó el párrafo<sup>75</sup> como se dijo, y eso hacía más amplia la figura y se podría haber mantenido, todo ello en consonancia con la idea de apertura que inspira la política legislativa en materia de derechos reales en el nuevo Código.

### **c) Servidumbres forzosas y no forzosas**

En tercer lugar, en el art. 2166 toca el turno a las servidumbres “forzosas y no forzosas”. Es interesante la denominación, pues algunos autores les denominan “legales”<sup>76</sup>, aunque en realidad no nacen por imperio de la ley, como por ejemplo el derecho real de habitación del cónyuge supérstite o los otros casos mencionados en el art. 1984 del CCCN, pues en el caso que la ley prevea la necesidad jurídica de imponer una servidumbre (por ejemplo, una de tránsito) y no exista acuerdo entre el titular del fundo sirviente y el del dominante, deberá intervenir la autoridad judicial, de allí que parezca mejor hablar de “forzoso” y no de “legal”. En ese sentido se expresaba Beatriz Arean<sup>77</sup>.

En tal sentido, de conformidad al nuevo Código<sup>78</sup>, sería forzosa la servidumbre antes mencionada a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, también la de acueducto cuando resulte necesaria para explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta un grave perjuicio para el fundo sirviente o, de existir,

---

75 Independientemente de la razón por la cual la redacción la norma fue esa (art. 2972 C.C.), ya sea porque lo hizo propósito, o porque tradujo mal o, por cualquier otro motivo, en el contexto que se trata el tema –análisis del nuevo Código–, eso ya no es relevante. Aquí solo se trata de argumentar lo positivo de la conceptualización de Vélez y lo importante de haberla mantenido, por la apertura que ello significa en los términos que se expresan.

76 Mariani de Vidal, Marina, ob. cit., pág. 103, tomo III.

77 Autora y obra cit., pág., 767, tomo II.

78 Art. 2166 del CCCN.



es canalizada subterráneamente o en cañerías. La norma prevé que, si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente.

En los fundamentos del nuevo Código, en la parte de las servidumbres, se lee: “[...] No son conceptos innovadores sobre el Código Civil de Vélez, solo se simplifican y aclaran los derechos [...]”; en el caso bajo análisis, se ha hecho una enorme simplificación, tal vez en demasía, pues Vélez en lo atinente a la servidumbre de tránsito, le dedicó catorce artículos.

Quizás no era necesaria tanta cantidad, pero sin duda que hay situaciones que se pueden presentar y que no están previstas en la norma actual.

Así, por ejemplo, el tránsito debe ser tomado sobre los fundos contiguos que presenten el trayecto más corto a la vía pública, pudiendo los jueces separarse de esta regla, sea en el interés de las heredades vecinas, o sea aun en el interés del predio encerrado, si la situación de los lugares o las circunstancias del caso así lo exigen<sup>79</sup>, y en la nota al art. 3074 se hacía referencia a que, si por el camino más corto resultaba más oneroso, podría tomarse el trayecto más extenso si fuese menor la cuantía<sup>80</sup>.

O, si concedida la servidumbre de tránsito, llegaba a no ser indispensable al predio encerrado por haberse establecido un camino, o por la reunión del fundo a una heredad que comunique con la vía pública, el dueño del predio sirviente puede pedir que se exonere de la servidumbre, restitui-

---

79 Conforme al art. 3074 del CC.

80 Nota al art. 3074 del C. Civil: “... Si el uso del más corto trayecto, obligase a gastos considerables, por ejemplo la construcción de un puente, podría dirigirse a otro vecino cuya propiedad ofreciese un trayecto más largo, pero más cómodo.

yendo lo que al establecerse, este se le hubiese pagado por el valor del terreno<sup>81</sup>

El Código Civil preveía que la servidumbre de tránsito que no fuese consentida a favor de una heredad cerrada, se juzga personal en caso de duda<sup>82</sup>, o si en el título no se expresa el modo de ejercerla en la normativa anterior había una solución supletoria<sup>83</sup>.

Todo estas cuestiones en caso de ser judicializadas deberían resolverse atento a los principios sentados en el Código anterior; también cobrara relevancia la intervención notarial, habida cuenta de que si está previsto en el título constitutivo, habría mayor seguridad jurídica.

En lo referente a la servidumbre de acueducto, en la normativa anterior existía la presunción de que, en caso de duda, se reputaba real y no personal, y se aplicaba a las aguas traídas a la superficie por medios artificiales como también a las que nacen naturalmente<sup>84</sup>.

También se hacía referencia a la obligación que tenía el titular del fundo sirviente a permitir la entrada de trabajadores para la limpieza y reparación del acueducto<sup>85</sup>, o que el dominante tenía derecho a rebajar o alzar el terreno del inmueble sirviente a fin de hacer llegar el agua a su destino<sup>86</sup>, o que el poseedor del inmueble sirviente pueda usar las aguas que corran por el acueducto, si no causa perjuicio al predio dominante<sup>87</sup>, entre otras facultades.

Asimismo se preveía que el dueño del predio sirviente tenía derecho

---

81 Conforme al art. 3076 del Código Civil.

82 Conforme al art. 3078 del Código Civil.

83 Conforme al art. 3079 del Código Civil.

84 Conforme al art. 3083 del Código Civil.

85 Conforme al art. 3086 del Código Civil.



(además del pago del precio por el uso del terreno), a que se le pagase el de un espacio que no baje de un metro de ancho en cada uno de los costados y en toda la extensión del curso y, al diez por ciento más sobre la suma total a pagar<sup>88</sup>. Hipótesis, esta última, a diferencia de las anteriores (salvo expresa referencia a ella en el título constitutivo), de aplicación al nuevo código por analogía. En estos casos cobra vital relevancia la instrumentación del título<sup>89</sup>.

En lo que respecta a la servidumbre de recibir aguas, existía la presunción de ser real salvo convención en contrario<sup>90</sup>, y también estaba la previsión de sufragar gastos necesarios<sup>91</sup>, situaciones actualmente no previstas.

Hay una omisión a la denominada servidumbre de goteraje<sup>92</sup>, la que pese a no estar prevista, podría constituirse, como servidumbre “atípica” en tanto y en cuanto no vulnere las normas de derecho administrativo<sup>93</sup> y las de salubridad pública<sup>94</sup>, de allí que solo sea posible las de goteraje<sup>95</sup> y no las restantes<sup>96</sup> y es un acierto eliminarlas.

En cuanto a la solución de estas omisiones, se remite a lo opinado para la servidumbre de tránsito.

No existe referencia a las servidumbres de sacar agua<sup>97</sup>, las que, tal

---

86 Conforme al art. 3089 del Código Civil.

87 Conforme al art. 3091 del Código Civil.

88 Conforme al art. 3085 del Código Civil.

89 Incidiendo notablemente en el aspecto notarial.

90 Conforme al art. 3093 del Código Civil.

91 Conforme al art. 3098 del Código Civil.

92 Las que encontraban reguladas en los artículos 3095 y 3095, de manera sumamente exhaustiva.

93 Según los límites al derecho de dominio, de acuerdo a lo normado en el art. 1970 del Código Civil y Comercial.

94 Aquí habría que tener presente que en esas servidumbres se aludía a: 1) aguas de goteras de techos; 2) aguas de una casa; 3) aguas servidas; 4) aguas de un establecimiento industrial; y 5) todas las aguas de una casa.

95 Si las normas de urbanización lo permiten.

96 Estas servidumbres por lo expuesto en la nota al pie anterior (salvo el desagüe de techos), ya de imposible aplicación en la actualidad, principalmente por las normas protectoras del medio ambiente.

97 Regulada en los artículos 3014 al 3017 del Código Civil.

cual se apuntara previamente, podrían ser constituidas como atípicas.

La norma vigente (art. 2166) cierra expresando que la acción para reclamar una servidumbre es imprescriptible. Esta facultad era imprescriptible, y la crítica que se podría hacer no refiere a la regulación de las servidumbres, sino a la figura de la “prescripción” pues no existe un artículo análogo al 4019 de Vélez, en donde establecía que acciones eran imprescriptibles, sino que este nuevo Código va caso por caso, y este es un ejemplo de ello.

#### **d) Otras clasificaciones de las servidumbres**

Las servidumbres pueden clasificarse: a) según el ejercicio, en “continuas y discontinuas”<sup>98</sup>; b) según su exteriorización pueden ser “aparentes o no aparentes”<sup>99</sup>; c) según su carácter autónomo o no, pueden ser “principales o accesorias”; d) según su posibilidad de ejercicio pueden ser “divisibles o indivisibles”; e) según tipicidad pueden ser “típicas y atípicas”; y f) Servidumbres activas o pasivas.

#### **I) Continuas y discontinuas – Aparentes y no aparentes**

Si bien en los hechos pueden presentarse, han perdido toda importancia en el aspecto jurídico, pues ellas, en la legislación derogada incidían en la manera de adquirir. Así, si la servidumbre era “continua y aparente”, podía adquirirse por “destino del padre de familia”<sup>100</sup> y por “prescripción”<sup>101</sup>,

---

98 Art. 2975 del 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 ejercida, como la servidumbre de paso”.

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

100 Art. 2994 del Código Civil.

101 Art. 3017 del Código Civil.





y la aparente (continua o no) podía dar cabida a la denominada “servidumbre que revive”<sup>102</sup>. Todas estas maneras de constituir una servidumbre han desaparecido en la moderna legislación civil y comercial, y ellas serán objeto de estudio en el punto en el que se desarrolle la constitución de las servidumbres.

## II) Principales y accesorias

No hay referencia a la clasificación de principales y accesorias en las disposiciones generales acerca de las servidumbres; sin embargo al tratar los derechos y obligaciones del fundo dominante, en el art. 2174 se lee: “[...] comprende las facultades de ejercer todas las servidumbres accesorias indispensables para el ejercicio de la principal, pero no aquellas que sólo hacen más cómodo su ejercicio”.

Entonces, al igual que en el Código de Vélez<sup>103</sup>, si se otorga una servidumbre de sacar agua, pues supone una de tránsito para poder ejercerla<sup>104</sup>; lo mismo si se tratase de una servidumbre de acueducto y se pactase que el titular del fundo dominante tiene el derecho de ingresar al fundo sirviente a los fines de mantener en condiciones adecuadas el acueducto, para que fluya el agua.

## III) Divisibles e indivisibles

Tampoco hay referencia expresa a la clasificación de divisibles e indivisibles. En el Código de Vélez, al tratar este tema, era necesario una salvedad: “las servidumbres eran indivisibles como cargas y como derecho y

---

102 Art. 2995 del Código Civil.

103 Conforme al art. 3018 del Código Civil.

104 En tal sentido, el art. 3104 del Código Civil expresaba: “La servidumbre de sacar agua de la fuente, aljibe, o pozo de un inmueble ajeno, se reputa personal en caso de duda. Es siempre discontinua y no aparente, y supone el derecho de pasar para sacar el agua”. En este último período del artículo, estaba presente una servidumbre accesorias (paso) en la primera parte (sacar agua de un pozo o aljibe) de la principal.

no podían adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales”<sup>105</sup>, pero esa indivisibilidad no impedía que en su ejercicio pudieran limitarse respecto del lugar, tiempo y modo de ejercicio<sup>106</sup>. Así, por ejemplo, expresaba el Codificador: “Si en el instrumento constitutivo de la servidumbre se hubiese omitido el tiempo y modo de ejercerla, se entenderá que el agua puede ser sacada de día y no de noche, a no ser en circunstancias extraordinarias; y que aun de día no puede ser sacada en horas inconvenientes<sup>107</sup>. De esa manera funcionaba la clasificación apuntada, pero como se ha dicho al comienzo del párrafo, este nuevo Código hace silencio al respecto, no tiene una norma similar al art. 3007 del Código anterior, menos aun al 3008, no obstante estimamos que sigue vigente<sup>108</sup> a pesar de no estar receptada de manera expresa o implícita, pues no hay norma de la cual surja la divisibilidad, además ello hace a su esencia.

#### IV) Típicas y atípicas

Esta clasificación, en el Código Civil, surgía de confrontar el Título XII (Servidumbres en general) con el Título XIII (De las servidumbres en particular). Este último contenía específicamente cuatro servidumbres, a saber: a) Capítulo I: “De la servidumbre de tránsito”<sup>109</sup>; b) Capítulo II: “De la servidumbre de acueducto”<sup>110</sup>; c) Capítulo III: “De la servidumbres de recibir las aguas de los predios ajenos”<sup>111</sup>; y d) Capítulo IV: “De la servidumbre de sacar agua”<sup>112</sup>.

105 Art. 3007 del Código Civil: “*las servidumbres reales son indivisibles como cargas y como derecho y no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales, y los propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlas, pero sin agravar la condición de la heredad sirviente.*”

106 Art. 3008 del Código Civil: “*La indivisibilidad de la servidumbres no impide que en su ejercicio puedan ser limitadas respecto del lugar, tiempo y modo de ejercerlas.*”

107 Conforme al art. 3107 del Código Civil.

108 Braidot Eliana Verónica, en “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Directores Rivera Julio Cesar y Medina Graciela – Lilian Gurfinkel de Wendy (Área Reales), tomo V comentando el art. 2165, pag. 769/77. Editorial La Ley, Bs. As. 2014.

109 Arts. 2968 al 3081 del Código Civil.

110 Arts. 3082 al 3092 del Código Civil.

111 Arts. 3093 al 3103 del Código Civil.

112 Arts. 3104 al 3107 inclusive, del Código Civil.



De dicha confrontación quedaba claro que había cuatro servidumbres reguladas (con excesiva minuciosidad), es decir, las típicas, pero en la parte general, el mismo Vélez refería a otras servidumbres que, a pesar no haberlas regulado tan exhaustivamente, en una serie de artículos se daba cuenta de su existencia como servidumbres, por ejemplo el ya citado art. 2975 en donde alude a la “servidumbre de vista”<sup>113</sup>, o la “servidumbre de caza”, comentada en la nota al art. 2971.<sup>114</sup> Estas últimas servidumbres adquirirían legalidad a tenor de lo normado en el art. 3000<sup>115</sup> del Código anterior, pues el mismo consignaba que era factible constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de los derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo (que es el caso de la caza, pesca, o utilizar por ejemplo una laguna para pasear en bote, entre varios ejemplos que nos podamos imaginar), los límites a esas servidumbres estaban dados por las normas generales de ellas, ubicadas en el ya citado Título XII del Libro III, tal serían, por ejemplo, el principio romano que daba cuenta de que no puede haber servidumbre sobre fundo propio<sup>116</sup> o el que establecía que ninguna servidumbre puede consistir en un hacer<sup>117</sup>.

Aclaremos que esta servidumbre atípica, según nuestro entender,

---

113 Art. 2975 del 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 ejercida, como la servidumbre de paso”.

114 Nota al 2972: “Hablando con exactitud... Por la aplicación de esta distinción se ha decidido siempre que el vendedor pueda reservarse sobre el fundo vendido una servidumbre de caza... o que el propietario de una casa que vende un terreno adyacente a ella, pueda imponer al comprador la obligación de no edificar sobre ese terreno. Véase Marcadé, sobre el art. 686; Duranton, tomo V, n° 449.”

115 Art. 3000 del Código Civil: “Se puede constituir servidumbre cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros 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”.

116 Art. 3055 del Código Civil: “La servidumbre se extingue por la reunión en la misma persona, sea de los propietarios de la heredades o de un tercero, del predio dominante o del predio sirviente, cualquiera que se a la causa que la haya motivado, o cuando en las servidumbres a favor de una persona, está ha llegado a ser propietaria del fundo sirviente.”

117 Art. 3010 del Código Civil: “No pueden establecerse servidumbres que consistan en cualquier obligación de hacer, aunque sea temporaria, y para utilidad de un inmueble. La que así se constituya, valdrá como simple obligación para el deudor y sus herederos, sin afectar las heredades ni pasar con ellas a los poseedores de los inmuebles.”



podría ser tanto real como personal y, dentro de las últimas, con las dos variantes apuntadas en el tópicus en el que se trató dicha clasificación, vale decir, con titular dominante que posee otro inmueble o, con titular dominante que no posee inmueble alguno.

En el Código Civil y Comercial no se encuentra ese esquema en las servidumbres, es decir, un apartado para las servidumbres en general y otro para las servidumbres en particular. No obstante, en el art. 2166 referido a las servidumbre forzosas se mencionan, de manera incidental, tres servidumbres en especial, a saber: a) Servidumbre de tránsito; b) Servidumbre de acueducto y c) Servidumbre de recibir aguas; todo lo cual hace inferir que el sistema actualmente vigente, mantendría esa clasificación, dado que no son las únicas que podría haber, pues la propia definición reconoce que ese derecho se da a favor del titular dominante y consiste en una determinada utilidad sobre el inmueble ajeno.

Refiere a utilidad en general, no solo transitando, sacando aguas o recibiendo las mismas, de allí que pueda ser factible una servidumbre de no edificar, o una de caza, pesca o que esa utilidad de “mero recreo” que podría darse en navegar en un espejo de agua privado, de utilizar en verano esa cascada proveniente de un agua que brota y no tiene cauce, dado que también es de “mero recreo”. No existe un artículo similar al 3000 de Vélez, antes citado, sin embargo, el art. 2162 del nuevo Código expresamente reconoce la utilidad de mero recreo.

## **V) Activa o pasiva**

Sobre la clasificación apuntada en tal sentido, Areal<sup>118</sup> expone que cuando la misma es mirada desde el punto de vista del fundo dominante o



titular dominante, se dice que es activa, en tanto si se la encara desde el punto de vista del fundo sirviente, se habla de servidumbre activa si se enfoca desde el dominante y pasiva si se contempla como carga.

Esta autora comenta que en las servidumbres en particular del Código velezano, tres se enfocaban como activas y una como pasiva, la servidumbre de recibir aguas, por ejemplo, pero que en rigor de verdad, no hay servidumbre activa que no sea al mismo tiempo pasiva y viceversa.

## **5) Establecimiento y adquisición de las servidumbres**

### **a) La causa de las servidumbres**

En el Código Civil las servidumbres se constituían: a) por contrato oneroso o gratuito<sup>119</sup>; b) por disposición de última voluntad<sup>120</sup>; c) por destino del padre de familia<sup>121</sup>; d) renacimiento de la servidumbre<sup>122</sup>; y d) por prescripción<sup>123</sup>.

No se encuentra un sistema de establecimiento de las servidumbres similar en el Código Civil y Comercial, en el Título I I del Libro cuarto.

No obstante, en la normativa general de los derechos reales, en el art. 1892, que refiere a la adquisición derivada por actos entre vivos, aparece una parte del viejo art. 2978 de Vélez, relacionado con el modo. Aludimos al párrafo quinto del actual artículo 1892, en el que se puede leer: “El primer uso es el modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva”.

---

118 Autora y obra citada, pág. 762, t. II.

119 Según el art. 2977 del Código Civil.

120 Conforme al art. 2978 del Código Civil.

121 Conforme al art. 2978 y 2994 del Código Civil.

122 Conforme al art. 2995 del Código Civil.

123 Conforme al art. 3017 del Código Civil.



Con referencia al título, también resulta de aplicación el mismo artículo, al expresar que se considera título suficiente el acto jurídico revestido de las formas legales que tenga por finalidad constituir derechos reales, a lo que se sumará la publicidad suficiente del art. 1893 para su oponibilidad. No hay referencia para el caso de una servidumbre negativa, un caso de abstención, en ese caso, bastará solo el título.

Todo ello es más que bastante para mantener la primera forma de constitución que enunciaba Vélez.

Respecto de la posibilidad de constitución por actos *mortis causa*, el último párrafo del art. 1892 del Código Civil y Comercial, antes citado, consigna en el último párrafo que a la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto, el que trata las reglas de las sucesiones, de manera tal que no habría impedimento siempre y cuando se respeten las porciones legítimas de los herederos forzosos. También se mantiene la segunda manera que admitió Vélez.

La cuestión es distinta en las tres restantes maneras de llegar al derecho real de servidumbre que previó el Codificador, dado que hay silencio en el nuevo Código respecto de ellas.

Comenzando por la última enunciada (constitución por prescripción), nos encontramos con un obstáculo insalvable: el art. 1891, que, en lo referente al ejercicio de los derechos reales, expresa que todos se ejercen por la posesión, menos la hipoteca y las servidumbres. Siendo que ese modo de adquirir requiere de la posesión y en este caso está vedada, no podrá haber nunca posibilidad de llegar a ellas por la usucapión, vale decir, no es



solo el silencio de la nueva norma el problema sino la imposibilidad fáctica de tal situación.

En lo referente a la constitución por destino del padre de familia, manera exclusiva de las servidumbres en Vélez, resulta difícil su configuración porque la actual normativa, omite referir a ella y no se encuentran artículos que en principio posibiliten dicha constitución.

Analizando el supuesto de hecho en el cual procedía dicha manera de constitución, conforme detenidamente lo explica Arean, tenía que darse el siguiente supuesto: a) que una persona sea dueña de dos fundos; b) que sujete un fundo respecto del otro, con lo que, en principio, daría lugar a una servidumbre si fuesen de distintos dueños, mas como son del mismo dueño, no puede haber servidumbre sobre fundo propio; c) si luego enajena uno de los fundos, o los dos pero a personas distintas, se entiende que ha quedado constituida la servidumbre por destino del padre de familia. De manera que: 1) en un primer momento, debe haber un acto emanado del propietario de las dos heredades, que ha creado el estado de los lugares por su propia decisión; 2) La servidumbre debe ser aparente (para evitar que se alegue ignorancia de ellas por falta de signos visibles, o sea, debe ser pública) y debe ser continua (para evitar que se invoque una comodidad momentánea, debe ser permanente) y el acto no debe tener ninguna disposición en favor ni en contra de ella, pues en el primer caso nacería por contrato, y en el segundo, el mismo título la excluiría<sup>124</sup>.

Se trataría de una manifestación tácita de la voluntad, de las previstas por el art. 264 del Código Civil y Comercial, y ella es factible cuando re-

---

124 Arean, Beatriz, ob. cit., págs. 769/770/771, Tomo II.

sulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre<sup>125</sup>.

Si el título suficiente existe (aquel que no contiene referencia a ella, ni a favor -porque nacería por contrato-, ni en contra -porque el título la excluiría-) y contiene un negocio causal adecuado, la circunstancia de que la voluntad no resulte expresa pero sí tácita, no debería ser óbice para el nacimiento de la misma, máxime si se tiene en cuenta el antecedente y que no está expresamente prohibida.

En el caso de la servidumbre que revive, la nueva legislación hace silencio. La situación estaba prevista en el art. 2995 del Código de Vélez en el cual, existiendo una servidumbre de tránsito, por ejemplo, en la que el camino se halla demarcado y posteriormente, los titulares de los fundos dominante y sirviente los enajenan a la misma persona, o bien uno de ellos adquiere la propiedad del otro, la servidumbre se extingue por confusión, pero cuando los fundos pasan a pertenecer a personas diferentes la servidumbre renace.

Tal cual lo remarca Arean siguiendo el pensamiento de Guillermo Allende, no se trata del caso del destino del padre de familia, porque aquella requería que la misma fuese continua y aparente y para esta, solo pide que sea aparente<sup>126</sup>.

En cuanto a su posible constitución, siendo un caso de manifestación de voluntad tácita, no remitimos a lo anteriormente expuesto.

---

<sup>125</sup> Así también en el art. 918 de Vélez.

<sup>126</sup> Arean, Beatriz, ob. cit., pág. 771/772/773, Tomo II.





## b) La legitimación para constituir las en el Código Civil

En el Código Civil estaban facultados para establecerlas el titular del dominio<sup>127</sup> sea pleno<sup>128</sup> o temporario<sup>129</sup>, los condóminos en conjunto<sup>130</sup> ya que si fuese uno solo de ellos el acto sería ineficaz, pero podría validarse si en la partición se adjudicaba a ese condómino el inmueble gravado<sup>131</sup>; el nudo propietario con consentimiento del usufructuario, y la misma regla podría haber sido aplicada al dueño del inmueble gravado con derecho real de uso, habitación o anticresis, conforme lo expresa Arean<sup>132</sup>, en lo referente al usufructuario, pues este podía establecerla durante el tiempo -como máximo- que duraba su derecho<sup>133</sup>; en el caso del titular de dominio que hubiese constituido una hipoteca, podía hacerlo pero quedaban a salvo los derechos del acreedor hipotecario que viese disminuida su garantía<sup>134</sup>; y el dueño gravado con una servidumbre podía constituir otra servidumbre, siempre que no perjudicase a las antiguas, según la normativa general<sup>135</sup> y

---

127 Según el art. 2989 del C.C. que expresaba: “Una servidumbre no puede ser establecida sino por el propietario de la heredad que debe ser gravada...”

128 Conforme al art. 2515: “...gravarlo con servidumbres...”

129 De acuerdo al art. 2670 del C. C. “Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de toda carga, servidumbres o hipotecas que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor...”

130 Según el art. 2985 del C.C. “Ninguna servidumbre puede ser establecida a cargo de un fundo en común a varios, sin que todos los condóminos concurren al acto de su constitución”

131 De acuerdo al art. 2986: “Sin embargo, la servidumbre establecida por el condominio de la heredad llega a ser eficaz, cuando el resultado de la partición o adjudicación, la heredad gravada cae en todo o en parte en el lote del comunero que constituyó la servidumbre, y no puede oponer la falta de consentimiento de los condóminos.”

132 Autora y obra citada, página 776, tomo II.

133 Acorde con el art. 2980 del C. C. “El usufructuario puede consentir una servidumbre sobre el inmueble que tenga en usufructo, pero solo por el tiempo que dura el usufructo, y sin perjuicio de los derechos del propietario...”

134 En tal sentido el art. 2990 del C.C. disponía: “La hipoteca que un acreedor tenga sobre un inmueble no impide al propietario gravarla con una servidumbre, pero el acreedor puede usar de los derechos acordados contra el deudor que disminuye la garantía de la deuda”; y por otro lado el art. 2999, disponía: “La existencia de hipotecas que graven una heredad, no es obstáculo a la constitución de servidumbres sobre un inmueble; pero una servidumbre así constituida, no puede oponerse a los acreedores anteriores a su establecimiento, y ellos en caso necesario, pueden pedir que el inmueble se venda como libre de toda servidumbre”.

135 Así el art. 2981 establecía: “La servidumbre impuesta a una heredad, no priva al propietario de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen a las antiguas”.

en particular se expedía Vélez en idéntico sentido<sup>136</sup>.

### c) Legitimación para adquirirlas en el Código Civil

En lo referente a la legitimación para adquirirlas, en el Código de Vélez podían hacerlo el titular de dominio perfecto o temporario, y los condóminos en conjunto o solo uno de ellos, sin perjuicio que el resto pueda negarse a ejercerla y el que la concedía no podía sustraerse de la obligación contraída<sup>137</sup>.

También estaba facultado el nudo propietario, independientemente que el usufructuario la ejerciese o no<sup>138</sup>; los titulares del derecho de usufructo, uso y anticresis podían adquirir servidumbres a favor del inmueble que estaba en poder de ellos, anunciando que lo hacían tanto para ellos como para el propietario, en tanto este aceptara la estipulación; de lo contrario, se trataba como un derecho meramente personal y se extinguía con el derecho de ellos sobre la cosa<sup>139</sup>.

Asimismo la facultad estaba dada al que tomaba de la calidad de propietario, y gozaba como tal de la heredad, *sea de buena o mala fe* (o sea, el poseedor) y el que obrara a nombre del propietario de un inmueble aunque

---

136 Dentro de las servidumbres en particular, en la de sacar agua de un pozo o aljibe el art. 3106 expresaba: "El poseedor del aljibe, fuente o pozo sirviente, podrá también sacar agua del mismo lugar, y aun conceder igual derecho a otros, si en el instrumento de la constitución de la servidumbre no le fuese expresamente prohibido, con tal que no altere la pureza ni disminuya el agua en términos que falte para el primer dominante, y no perjudique a este de cualquier otro modo".

137 En tal sentido el art. 3015 del Código Civil expresaba: "*Uno de los condóminos de un fundo indiviso, puede estipular una servidumbre a beneficio del predio común; mas los otros condóminos pueden rehusar de aprovechar de ella. El que la ha concedido no puede sustraerse de la obligación concedida*".

138 Según el art. 2983 del C.C. "*La servidumbre consentida por el nudo propietario a favor del inmueble tenido en usufructo, es valida, salvo el derecho del usufructuario para usar o no de ella*".

139 En tal sentido el art. 3016 del C. Civil se expedía: "*El usufructuario puede adquirir servidumbres a favor de una heredad que tiene en usufructo, declarando obrar por el propietario, o estipulando que la servidumbre esta establecida a favor de todos los que después él posean el inmueble; mas si en el acto de adquisición sólo toma la calidad de usufructuario, sin expresar al mismo tiempo que estipula para todos sus sucesores en la posesión de la heredad, el derechos se extingue con el usufructo, y el propietario no podrá reclamarla acabado el usufructo*".



no tuviera mandato (un gestor de negocios), podían adquirir servidumbres reales, y la persona que las había concedido, no podía revocar su consentimiento<sup>140</sup>, agregando luego que si en ambos casos, los propietarios cuyos negocios se habían hecho, encontraban oneroso el establecimiento de la misma, podían renunciar a ejercerla, dimitiendo a la servidumbre.<sup>141</sup>

#### **d) La cuestión en el nuevo Código Civil y Comercial**

Hasta allí la casuística normativa velezana; ahora bien, si se analiza esa misma situación en el Código Civil y Comercial, es posible apreciar que en su art. 2168 expresa quienes están facultados para *constituir* servidumbres, mas nada dice sobre la *adquisición* de las mismas.

Así, están autorizados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles que se ejercen por la posesión y, concordando con lo previsto en el art. 1891, todos los derechos reales se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca; agregando además que, para el caso de tratarse de una comunidad debe ser constituida por el conjunto de sus titulares.

De suerte tal que dos serían los requisitos: a) ser titular de un derecho real que se ejerza por la posesión; b) que dicho derecho real recaiga sobre un inmueble; y c) que para el caso de tratarse de una comunidad, debe existir unanimidad en la decisión. Verdaderamente, sintetiza la concerniente regulación su constitución en una fórmula precisa, alejándose de la casuística de Vélez, aunque hay que destacar que, nada se dice sobre la adquisición,

---

140 Según el art. 3013 del C. Civil: "El que toma de la calidad de propietario, y goza como tal de la heredad, sea de buena o mala fe, y el que obra a nombre del propietario de un inmueble, aunque no tenga mandato, pueden adquirir servidumbres reales, y la persona que las ha concedido, no puede revocar su consentimiento."

141 Conforme al art. 3014 del Código Civil: "En todos los casos de los artículos anteriores, si los propietarios cuyos negocios se han hecho, encuentran oneroso el establecimiento de la servidumbre, pueden renunciar a ejercerla, renunciando a la servidumbre."

a diferencia del Código Civil, según se expuso anteriormente.

Si bien el artículo 2168, antes citado, titula su contenido con la palabra “legitimación”, esta puede aludir tanto a la facultad de establecer (constituir) como a la posibilidad de adquisición de la misma<sup>142</sup>.

Haciendo aplicación del principio consagrado en el art 2168, e ingresando al caso concreto del derecho real de usufructo, puede constatarse la coincidencia de la norma general con el caso particular. En ese sentido, el art. 2142 del CCCN señala: “[...] El usufructuario puede constituir derechos reales de servidumbre [...]. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario”, y si se lo correlaciona con el art. 2153 que regula todo lo atinente a los efectos de la extinción del usufructo, se destaca que, finalizado el mismo, se extinguen todos los derechos reales y personales constituidos por el usufructuario.

Continuando con las desmembraciones, toca el turno de los derechos reales de uso y de habitación. Allí nos encontramos con una limitación, pues el art. 2156 referido al primero de los nombrados reza que el usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa y, en materia de derecho real habitación, el art. 2160 expresa que el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa. Ambas normas son categóricas: no es posible su constitución. En tal sentido, habría una contradicción con la norma general que enuncia la posibilidad de ello cuando da cuenta de que están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión, porque tanto

---

<sup>142</sup> En tal sentido Arean, que así lo trata. En el tópic que titula legitimación, y con excelente didáctica divide (ya su vez distingue) lo que es la constitución del derecho real (utilizando el termino establecer en ese aspecto) y la adquisición del derecho real; y con criticas (bien fundadas, por otra parte) a Vélez Sarsfield sobre el desorden de las normas del C. Civil en ese rubro. Autora y obra citadas, págs. 775/776, tomo II.



el uso como la habitación también se ejercen a través de la posesión. En ese caso la regla general del art. 2168 debió concluir: “excepto disposición legal en contrario”.

En el resto de los derechos reales que se ejercen por la posesión, la norma general tendría aplicación sin inconvenientes.

En lo vinculado con la adquisición de la servidumbre, tal como se dijo, el art. 2168 expresa quiénes están facultados para *constituir* servidumbres, mas nada dice sobre la *adquisición* de las mismas; no obstante, entendemos que pueden aplicar las reglas del antiguo Código Civil, las que no eran idénticas entre sí, pues variaban según el derecho real de que se tratara.

En el caso del derecho real de dominio, al estar dotado su titular de las mayores facultades posibles sobre la cosa<sup>143</sup>, va de suyo que ello incluye el adquirirla, y siendo nudo propietario también podría estipularla<sup>144</sup>, sin posibilidad de exigir que el titular de la desmembración la ejercite.

En el caso del condominio podrá serlo a favor de todos ellos, o a favor de uno, sin que este pueda obligar al resto a ejercerla.

En el supuesto de la propiedad horizontal, estipulada a favor de todos los titulares de las partes comunes serían compatibles las reglas del condominio, no siendo posible a favor del propietario de una unidad exclusiva, dado que son interdependientes con las partes comunes y conforman un todo indivisible<sup>145</sup>. Esta solución también sería aplicable a los conjuntos

---

143 De acuerdo al art. 1941 del nuevo Código.

144 Según lo establecido en el art. 2151 del nuevo Código.

145 Art. 2037 del nuevo Código

inmobiliarios toda vez que conforma un derecho de propiedad horizontal especial y queda sujeto al marco legal de aquel derecho<sup>146</sup>.

Si se tratase del caso del tiempo compartido, al estar afectado por el uso periódico y por turnos, es difícil concebir que por momentos exista servidumbre, y por otros no, se estaría afectando el carácter de indivisibilidad de las servidumbres, la que, por momentos se perdería y luego renacería por turnos. Tampoco es factible a favor de quien ostente un derecho real de sepultura, por la propia naturaleza del derecho.

Si la hipótesis fuera a favor del derecho real de superficie, este estaría facultado para convenirla y se le aplicarían la solución propiciada para el dominio (en el caso concreto, el revocable) si existiese propiedad fiduciaria<sup>147</sup> y, en el caso contrario las reglas del derecho real de usufructo<sup>148</sup>.

Si se estableciese a favor del titular de usufructo, uso, habitación y anticresis sería válido por la duración de ese derecho, sin perjuicio que el nudo propietario también la acepte, en cuyo caso se proyectaría a su derecho.

### **e) El caso especial del art. 3013 del Código de Vélez**

En el Código Civil, Vélez admitió la posibilidad de estipular una servidumbre, conforme daba cuenta el ya citado art. 3013 del CC, a favor de quien ostentara la calidad propietario, y gozara como tal de una heredad, agregando además que esa persona podía ser de buena o mala fe y, tal como se dijo, se refería al poseedor ilegítimo, aquel que no era titular de derecho real alguno.

---

146 Es lo que determina el art. 2075 del CCCN.

147 De acuerdo con lo normado en el art. 2127 del C. Civil y Comercial.

148 Conforme al art. 2128 del C. Civil y Comercial.



Asimismo la norma refería a los otros dos participantes de esa situación de hecho, por un lado el que la concedía a favor del poseedor, negándole una vez que la otorgaba, la posibilidad de revocar su consentimiento y; por el otro, al titular de dominio que se encontraba en la imposibilidad de ejercerlo por estar ocupando la heredad ese poseedor, que repetimos podía ser hasta de mala fe. En ese caso, según el art. 3014, también citado anteriormente, si el propietario encontraba oneroso el negocio realizado por el poseedor con el tercero otorgante, podía renunciar a la servidumbre.

Si bien, en principio es injusto, dado que una persona que no es titular de derecho real sobre un inmueble es el que lo posee, y por consiguiente excluye al propietario y, además que este pueda estipular una servidumbre a favor de dicho inmueble (lo que sería doblemente injusto), no deben perderse de vista varios puntos: 1) que la posesión a pesar de no ser un derecho real, es una relación real regulada por el derecho de manera minuciosa; 2) que esa relación real o de poder (como hoy la denomina el Código) no puede ser turbada, cualquiera sea su naturaleza (ni mucho menos objeto de desposesión y esto constituye un dogma en derechos reales); 3) que está prohibido el obrar de propia autoridad, dado nadie debe hacer justicia por propia mano toda vez que un título válido da derecho a la posesión, pero no la posesión en sí misma (lo que es otro dogma); 4) que se trata, en principio, de una situación pasajera, de hecho, pero que el titular del derecho real tiene a su merced un abanico de posibilidades para recuperarla legalmente, vale decir que ese hecho se acomode al derecho; 5) que una cuestión como la anteriormente relatada, solo incumbe al poseedor con el propietario, excluyendo al resto de la comunidad en esa contienda, como así también está fuera de ella el tercero que otorgó la servidumbre al poseedor, por ejemplo para que ese inmueble tenga salida a la vía pública; 6) que

todo lo atinente al derecho sobre las cosas, está imbuido de orden público, y principalmente orden público económico (esa fue la política del Codificador, todo lo cual surge de las notas a los art. 577, 2502, 2503 y 2825, entre otras); 7) que sin la institución de la posesión sería inviable la figura de la usucapión, y que ésta aparte de cumplir el rol fundamental en brindar seguridad jurídica, es una de las maneras en que se concreta la función social de la propiedad; 8) que de esa relación real surgen derechos y obligaciones<sup>149</sup>; 9) que en cuanto a derechos, el art. 2421 del Código de Vélez expresa: “Son derechos inherentes a la posesión las servidumbres activas”<sup>150</sup>.

En ese orden de ideas, y en función de lo anteriormente expuesto, si la posesión es digna de protección jurídica y es un derecho inherente a ella el poder obtener una servidumbre activa, irremediablemente habremos de concluir que el poseedor tiene legitimación para establecer una servidumbre a favor del fundo, aunque más no sea en forma temporaria y condicionada.

Condicionada, porque si el propietario encontraba oneroso el negocio realizado por el poseedor con el tercero otorgante, podía renunciar a la servidumbre (art. 3014), y temporaria porque de darse ese supuesto solo duraría lo que subsista esa posesión ilegítima, sea de buena o de mala fe. Adhiriendo completamente a lo normado por el Codificador.

---

<sup>149</sup> Es de tener presente que en el Código de Vélez, el art. 497 expresaba que a todo derecho personal corresponde una obligación personal y que no hay obligación que corresponda a derechos reales, y sobre el particular hubo discusión en doctrina, pero de lo que no cabía dudas es que del estado posesorio si surgían obligaciones, así Cap. III del Título II del Libro III se intitulaba: “De las obligaciones y derechos inherentes a las posesión” (art. 2416 al 2521). De manera que se podía discutir si del derecho real nacían o no obligaciones, pero no había dudas que de la posesión en si misma considerada, si nacían obligaciones, y si se trataba de un derecho real, las obligaciones derivaban de la posesión, mas que del derecho en si mismo. En el Código actual no existe un artículo similar al 497 de Vélez, antes citado.

<sup>150</sup> Sobre el particular el Dr. Edmundo Gatti opinaba: “...Debió decirse: *servidumbres reales activas. Las servidumbres personales no son inherentes al fundo del titular de la servidumbre (titular dominante) cuyo fundo no es dominante...*”, autor citado en “Código Civil de la República Argentina – Prologo, comentarios y apostillas del Profesor Dr. Edmundo Gatti”, Comentario al art. 2421. Editorial Lajouane, Bs. As. 2011.





## f) La situación en el Código Civil y Comercial

Tal como se dijo, el art. 2168 solo menciona la legitimación para constituir, pero no la facultad para adquirir; no obstante, tratando de armonizar sus normas como un todo orgánico, analizando los nuevos derechos reales sumados al elenco de los ya existentes (y con sus modificaciones, llegado el caso) sumados al precedente inmediato (Vélez Sarsfield), se podrían establecer ciertas reglas para su adquisición por parte de los titulares de derechos reales que no sean el derecho de dominio (tal cual lo hemos hecho en el punto en que se trató el tema). Ahora bien, como asimismo se guardó silencio sobre el caso del poseedor, el tema requiere de un examen pormenorizado, principalmente por el rechazo que impone la figura del poseedor (principalmente el de mala fe) en cierto sector de la sociedad.

Por lo pronto, no hay una norma similar a los artículos 3013 y 3014 del Código de Vélez, sin embargo, sí encontramos norma similar al art. 2421 del CC, y ella es el art. 1932 del CCCN, al expresar, sobre los derechos inherentes a la posesión, lo siguiente: “El poseedor y el tenedor tienen derecho a ejercer las servidumbres reales que correspondan a la cosa que constituya su objeto [...]”

Esta norma podría ser aplicada a dos casos distintos: a) uno, en la hipótesis en que el poseedor (y también el tenedor) tienen bajo su poder un inmueble que tiene establecida a su favor una servidumbre (por ejemplo, de tránsito), de manera que el poseedor (y el tenedor) tendría derecho a ejercerla<sup>151</sup>; y b) el caso de un inmueble al cual por derecho le corresponde

---

151 En tal sentido se expiden Mariani de Vidal, Marina y Abella Adriana en la nota nro. 19 al comentar el punto 12.1 relativo a lo derechos y deberes inherentes a la posesión, art. 1932 del C. C. y C. y así dicen: “Si un inmueble tiene constituida a su favor una servidumbre de paso, el poseedor o el tenedor pueden ejercerla, o sea transitar por el inmueble. Las Servidumbres son activas para el fundo dominante, o sea desde el punto de vista del dominante”, “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial” página 84, tomo I, Editorial Zavallia, Bs. As., 2016.

esa servidumbre, por ejemplo, la de tránsito por estar encerrado y carecer de salida a la vía pública, entonces el poseedor y solo él (no el tenedor<sup>152</sup>) tendría derecho de exigir que se le brinde una salida por el inmueble más próximo. El primer caso, no reviste problemas<sup>153</sup>, el segundo, a nuestro entender sí.

En el Código de Vélez, tal como lo dijimos, a tenor de lo preceptuado en los arts. 3013 y 3014 en combinación con el art. 2421, tal solución era factible, porque el citado artículo enfáticamente expresaba: “Son derechos inherentes a la posesión de los inmuebles las servidumbres activas”, pero en el CCCN la cuestión es dudosa.

Y la razón es que al tratar los efectos de las relaciones de poder no está tan claro el supuesto de hecho, sea porque no lo revalida (como hacía Vélez) en el sector pertinente, es decir, en la normativa de servidumbres, o porque no es lo mismo manifestar que las servidumbres constituyen un derecho inherente a la posesión<sup>154</sup>, que decir que corresponde el derecho a ejercerlas<sup>155</sup>, habida cuenta de que puede estar concedida con anterioridad y el poseedor se limita a ejercerla, y otra cuestión diferente es estipularla para luego ejercerla.

Por otro lado, al consignar a la par del poseedor al tenedor, aleja esa posibilidad; no hay manera, a nuestro entender al menos, de que un tenedor

---

152 No incluimos al tenedor, dado que su situación no es igual a la del poseedor, por más que el nuevo Código en muchas oportunidades se expresa en plural (relaciones de poder, expresión que no nos parece adecuada) lo que podría dar lugar a incluirla, nos parece que la posesión tiene una importancia mucho mayor que la tenencia. Eso no debe perderse de vista. La posesión se vincula con los derechos reales, la relación de la tenencia con un derecho real (salvo el caso del poseedor por boleto y buena fe) es muy poco significativa. En las relaciones de poder, la posesión es la figura excluyente y debieron ser reguladas por separado, tal cual lo hacía Vélez.

153 Vale decir, si el inmueble en que se ejerce la posesión ilegítima, ya tenía concedida a su favor la servidumbre.

154 Tal como lo consignaba Vélez en el art. 2421 del Código Civil.

155 Como lo expresa el actual 1932 del Código Civil y Comercial.



estipule una servidumbre a favor de un fundo sobre el cual solo ostenta el *corpus*<sup>156</sup>.

No obstante lo expresado, dejando de lado al tenedor, y tomado el caso del poseedor, nos expresamos a favor de la postura amplia de Vélez, en función de los principios que rigen los derechos reales.

Los bienes deben producir. Al Estado le conviene que eso suceda, pues debe recaudar para poder cumplir acabadamente sus funciones<sup>157</sup> (imaginemos una extensión de campo, por ejemplo). La cuestión a dilucidar es entre el poseedor (de buena o mala fe, simple o vicioso) que se arroga lo que no le pertenece, frente al propietario que no posee lo suyo, pero ese dilema no le compete al vecino o a la comunidad en sí sino que es una cuestión entre el propietario y el poseedor.

Así, si se tratase, como se expone, de un inmueble rural que no tiene comunicación con la vía pública, ocupándolo un poseedor que pretende comunicarse con el exterior por el fundo mas próximo, y se encuentra con que su propietario se niega a darle paso alegando que quien lo solicita no reviste la calidad de propietario, resulta a todas luces impropcedente dicha negativa, por más que esa persona a cuyo favor se requiere el tránsito, no haya procedido conforme a la mecánica de adquisición de un derecho real sobre un inmueble.

En efecto, el propietario del pretendido fundo sirviente carece potestad jurisdiccional para decir si el otro tiene o no derecho sobre el su-

---

<sup>156</sup> Sobre la importancia de esa relación real, nos remitimos a lo anteriormente expuesto sobre ella.

<sup>157</sup> Funciones que serán más amplias o menos importantes, según la concepción del Estado que se tenga en algún momento de la historia, será más benefactor o menos, pero habrá de necesitar igualmente medios para cumplir sus funciones.

puesto inmueble dominante por un lado, y, por el otro, no es con él el conflicto (tal como se dijera), sino entre el poseedor y el propietario del pretendido fundo dominante. Además, si el que lo pidiera fuese el propietario, y se tratara del caso de una servidumbre forzosa, habrá que dársela. Resulta indistinto para el titular del fundo sirviente quién es el que ejerce el tránsito porque en realidad no es para una persona, sino para el fundo, independientemente de quien lo posea, puede ser el titular o no, pues eso no es lo que está en juego en el caso citado (la titularidad del fundo supuestamente dominante) sino la productividad de los bienes, el orden público económico; luego, cuando los hechos se acomodan al derecho (acción real mediante), el propietario verá si encuentra o no oneroso su establecimiento y podrá decidir si la mantiene o no.

Por las razones antes apuntadas, y de acuerdo a una interpretación armónica y coherente de los principios que informan los derechos reales, como así también de lo normado en el art. 1932 del CCCN, tomándolo en sentido amplio, entendemos posible la adquisición de servidumbres por el poseedor (similar al art. 3013 del Código de Vélez) y afectando al propietario en los términos antes expuestos (similar al art. 3014 del mismo código) -pese a que el CCCN, al regular las servidumbres, omite toda consideración al respecto- porque es una interpretación beneficiosa al sistema de regulación de los derechos patrimoniales.

### **g) La onerosidad - presunciones**

Cerrando lo concerniente a la legitimación, el nuevo Código Civil y Comercial, expresa que en ningún caso el juez puede constituir una servidumbre o imponer su constitución, reafirmando de esta forma lo normado en el art. 1896<sup>158</sup>. También regula la presunción de onerosidad en el art.

---

<sup>158</sup> Art. 1896 del Código Civil y Comercial. Prohibición de constitución judicial: “El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario.”



2170, inclinándose por ella en caso de duda. No hay norma similar en Vélez, salvo la concerniente al usufructo, en la cual se disponía en el art. 2819<sup>159</sup>, dejando sentado que si se constituía por contrato, se presumía oneroso y gratuito si era por acto de última voluntad.

También se consigna que la servidumbre puede sujetarse a cualquier modalidad. En tal sentido Vélez solo aludía al plazo o la condición, pero no al cargo<sup>160</sup>. En la nueva norma quedaría incluido el mismo, y siendo que en realidad es una obligación accesoria y como tal consiste en un hacer, traería complicaciones pues es algo reñido con la servidumbre.

## **B. Derechos y Cargas**

### **1) Derechos y cargas del titular dominante**

En este aspecto, la regulación del Código Civil y Comercial ha reducido notablemente la casuística de Vélez Sarsfield, quien le dedicaba dieciocho artículos, al número de siete preceptos, siendo elogiada la reducción.

Comienza su tratamiento en el art. 2173, regulando el régimen de los derechos reales y personales en relación al titular dominante. Allí se expresa de manera enfática que no podrá constituir derechos reales, lo que de poder configurarse, sería ínfimo su contenido, además de no poder ejercerse por la posesión.<sup>161</sup>

Respecto de los personales, admite que el titular de una servidumbre puede constituir sobre ellos derechos personales con relación a la utilidad

---

159 Art. 2819 del Código Civil: "En caso de duda se presume oneroso el usufructo constituido por contrato; y gratuito el que fuese constituido por disposición de última voluntad."

160 En tal sentido, coincidimos con Braidot Eliana V, al comentar el art. 2171 en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", de los Directores ya citados, pág. 782/3, tomo V.

161 Alterini, Jorge Horacio, obra citada comentario al art. 2173, pág. 393/4.

que le es conferida, sin eximirse de responsabilidad frente al propietario.

En lo referente a la extensión de la servidumbre, se advierte una diferencia importante: la nueva norma solo menciona la posibilidad de ejercicio de las servidumbres accesorias que fueren necesarias<sup>162</sup>, en tanto que en el Código Civil se dejaba aclarado que la extensión de las servidumbres establecidas por la voluntad del propietario se arreglarían por los términos del título de su origen y, en su defecto, por las disposiciones legales de aquella normativa<sup>163</sup>, y seguidamente aclaraba que el ejercicio no podía exceder las necesidades del predio dominante en la extensión que tenían cuando fue constituida<sup>164</sup>. Nos parecen más adecuadas las expresiones de Vélez.

En cuanto al ejercicio de la servidumbre, la ordenación actual, en su art. 2175, establece que el ejercicio no puede agravarse si aumentan las necesidades del inmueble dominante, excepto que se trate de una servidumbre forzosa. En tal sentido, Alterini expresa que no sería igual a la situación prevista anteriormente en el art. 3026 de Vélez, en la que no se le podía dar otro uso; hoy, manifiesta el autor, mientras el cambio de uso no signifique una variación en sí mismo, o produzca agravamiento, no importará el fin que su titular le dé a la ventaja que obtiene del fundo sirviente<sup>165</sup>.

También posibilita, el art. 2176, la realización de mejoras necesarias en el inmueble sirviente para el ejercicio y conservación de la servidumbre, estando a su cargo dichos gastos, a menos que ellos se originen por hechos imputables al titular del inmueble sirviente o a un tercero.

---

162 Sobre este tema, ya se hizo referencia a al mismo, al tratara la clasificación de las servidumbres en principales y accesorias.

163 Conforme al art. 3019 del Código Civil.

164 Según el art. 3025 de Vélez.

165 Alterini, ob. cit. comentario al art. 2175, pág. 395, tomo X.



Seguidamente se prevé que, ante la posibilidad de trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre realizados en el inmueble sirviente, el dominante pueda obligar a quien lo hizo a volver la cosa a su estado anterior; ahora bien, si el inmueble sirviente pasa a poder de otro, este solo debe tolerar la realización de los tareas, sin poder reclamar contraprestación alguna (art. 2176)<sup>166</sup>. Esta regla obedece al principio que regula el contenido de las servidumbres: “in patiendo” (tolerando) o “non faciendo” (abstención) mas nunca “in faciendo” (hacer); regla que Vélez había regulado al expresar: “No pueden constituirse servidumbres que consistan en cualquier obligación de hacer, aunque sea temporaria, y para utilidad de un inmueble. La que así se constituya, valdrá como simple obligación para el deudor y sus herederos, sin afectar a las heredades ni pasar con ellas a los poseedores de los inmuebles”<sup>167</sup>.

En el art. 2178 se consigna que ante la ejecución de los acreedores, en ningún caso la transmisión o la ejecución de la servidumbre pueden hacerse con independencia del inmueble dominante, siendo una consecuencia del carácter de inherencia de las servidumbres, receptado en los arts. 2165 y 2172 antes citados, y también concordante con el art. 744, inc. e, del mismo cuerpo legal<sup>168</sup>.

Finalmente, cerrando este tópico, el art. 2179 dispone que el dominante debe comunicar al sirviente las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón de su ejercicio, y de no hacerlo responde por los daños ante el titular sirviente, normativa que por otra parte, es coincidente con el

---

<sup>166</sup> De manera similar Vélez en el art. 3042 disponía: “Si el poseedor de la heredad sirviente se hubiere obligado a hacer obras o gastos para el ejercicio o conservación de la servidumbre, tal obligación solo afectara a él y a sus herederos, y no al que sea poseedor de la heredad sirviente.

<sup>167</sup> De acuerdo a los normado en el art. 3010 del Código Civil.

<sup>168</sup> Art. 744 del CCCN: Bienes excluidos de la garantía común. “Quedan excluidos de la garantía prevista en el art. 743: [...], inciso “e”: los derechos de usufructo, uso, habitación, así como las servidumbre prediales que solo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 178”.

art. 2149 referida al usufructo.

## 2) Derechos y cargas del titular sirviente

Respecto de titular del fundo sirviente, solo se consignan derechos y no obligaciones. El fundamento de esta innovación, explica Braidot, reside en que siendo el titular del fundo sirviente quien soporta la carga real, en este caso, no asume como principio obligación alguna, y solo tiene derechos<sup>169</sup>. En caso de hacerlo, solo serían validas como derecho personal, y obligaría al constituyente y a sus sucesores universales, pero no a los sucesores particulares.

Inicia el tratamiento de los derechos en el art. 2180, que alude a la disposición jurídica y material, norma que trata varias situaciones. En primer lugar, se menciona que conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho. En tal sentido, Vélez consignaba que el propietario de la heredad sirviente podía hacer construcciones sobre el suelo que debe la servidumbre de paso, con la condición de dejar la altura, el ancho, la luz y el aire necesarios a su ejercicio<sup>170</sup>. Creemos que las posibilidades ofrecidas por Vélez seguirán vigentes, pues las consignaba a manera de ejemplo.

En segundo lugar, no pierde el derecho de hacer servir el predio a los mismos usos que forman el objeto de la servidumbre<sup>171</sup>, ejemplificando con una servidumbre de paso<sup>172</sup>. Esta norma es muy similar a la prevista en el art. 3040 del Código de Vélez.

---

169 Braidot, E. ob. cit. comentando el art. 2181, pág. 724, tomo V.

170 De acuerdo al art. 3039 del Código Civil.

171 Art. 3040 del C. Civil: "El propietario del predio sirviente no pierde el derecho de hacer servir el predio a los mismos usos que forman parte del objeto de la servidumbre..." Como se puede apreciar, el texto es igual.

172 Art. 3040 del CC: "... Así, aquel cuyo fundo esta gravado con una servidumbre de paso... conserva la facultad de pasar él mismo..." Como se puede apreciar texto es igual, hasta con el mismo ejemplo.





El segundo párrafo del art. 2180 del CCCN establece que no debe turbar el ejercicio de la servidumbre. También en ese sentido se había expedido Vélez Sarsfield al expresar que el propietario de la heredad sirviente debe, si la servidumbre es negativa, abstenerse de realizar actos disposición o de goce, que puedan impedir el uso de ella; y si es afirmativa está obligado a sufrir de parte del propietario de la heredad dominante, todo lo que la servidumbre le autorice<sup>173</sup>, y en otro artículo consignaba que el dueño del predio sirviente no puede menoscabar en modo alguno el uso de la servidumbre constituida<sup>174</sup>.

Ese mismo párrafo, respecto de la turbación, agrega que ni siquiera es posible por la constitución de otra servidumbre, cabe aclarar que el titular de un inmueble gravado con servidumbre, al conservar las facultades y disposición jurídica del inmueble sirviente, conforme al art. 2180, antes referido, no estaría privado de establecer otras servidumbres, siempre, claro está, que ellas no perjudiquen a las más antiguas. En ese sentido se expedía Vélez<sup>175</sup>.

Ante un caso de turbación, el dominante puede exigir el cese de la turbación, articulando para ello la acción real respectiva<sup>176</sup> y, si la servidumbre es onerosa puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación. Lo que ya no podrá, es intentar acciones o defensas posesorias, como en el caso del Código Civil<sup>177</sup>, pues en la actual normativa, la servidumbre no se ejerce por la posesión<sup>178</sup>.

---

173 Conforme al art. 3036 del Código Civil.

174 De acuerdo al art. 3037 del Código Civil.

175 Art. 2991 del Código Civil: "*La servidumbre impuesta a una heredad, no priva al propietario de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen a las antiguas*", y se podría ejemplificar con el caso previsto 3106 por Vélez Sarsfield.

176 Para el caso, la acción real confesoria prevista en el art. 2264 del C. C. y Comercial.

177 De acuerdo al art. 3034 del Código Civil.

178 Según lo preceptuado por el art 1891 del Código Civil y Comercial.

Por último, el art. 2181 del nuevo Código regula el alcance de la constitución y del ejercicio de la servidumbre, formulando que el titular del fundo sirviente puede exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realicen con el menor menoscabo para el inmueble gravado, pero no puede privar al dominante de la utilidad a la que tiene derecho. Esta norma guarda relación con lo preceptuado por el Código Civil al expresar que el titular del fundo sirviente puede exigir que el ejercicio de la servidumbre se arregle de un modo menos perjudicial a sus intereses<sup>179</sup>, sin privar al propietario de la heredad dominante de las ventajas a que tenga derecho<sup>180</sup>.

Ya cerrando ese capítulo, el último apartado del artículo del CCCN, que venimos comentando, menciona que si en el título de la servidumbre no están previstas las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio, las debe determinar el sirviente. Esta situación está contemplada por Vélez Sarsfield, quien al respecto expresaba que si la manera de usar de la servidumbre era incierta como si el lugar necesario para el ejercicio de un derecho de paso no estaba reglado en el título, correspondía al deudor de la servidumbre designar el lugar por donde quería que pasara<sup>181</sup>.

## C. Extinción de la servidumbre

### 1) Diversas causas

El nuevo código solo trata la extinción de las servidumbres en sus medios específicos<sup>182</sup>, ya que en lo referente a causas generales de extinción

---

179 En el art. 3037 Vélez expresaba: "... si el lugar asignado primitivamente por el dueño de ella llegase a serle muy incomodo, o le privase de hacer reparaciones importantes, podrá ofrecer otro lugar cómodo al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo...".

180 Era lo que preveía el art. 3041 del Código Civil.

181 Art. 3012 del Código Civil.



hay una remisión al Título I, Capítulo 2, del Libro cuarto, art 1907<sup>183</sup> que trata la extinción de los derechos reales, siendo adecuado desde lo tocante al método.

Ha mejorado, sin dudas, la manera de abordar el tema si se lo compara con la técnica empleada en el Código Civil, la que había sido criticada por gran parte de la doctrina.

En ese sentido Arean<sup>184</sup> exponía que era sumamente casuística la manera en que Vélez presentaba el tema, y además que incluía entre ellas muchas formas de extinción que son comunes a todos los derechos reales, recordando al mismo tiempo, la remisión al vacío que en la parte de usufructo, más precisamente en el art. 2918<sup>185</sup>, que el Codificador incurría, ya que expresaba que este derecho se extinguía también por las causas generales de extinción de los derechos reales, siendo que en el Código Civil anterior, no se encontraban reguladas causales de extinción comunes a todos los derechos reales. Ello también se vio reflejado en el resto de la doctrina, pues en lo que a causas generales respecta, se utilizaban expresiones como extinción por vía de consecuencia y extinción directa<sup>186</sup>, o bien, casos propios y casos comunes a todos los derechos<sup>187</sup>, y, en otros casos, sin expresar

---

182 Art. 2182 del Código Civil y Comercial. Medios especiales de extinción; “son medios especiales de extinción de las servidumbres: a) la desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante; b) el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón; c) en las servidumbre personales, si el titular es persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo y la condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pacto una duración menor, se acaba a los cincuenta años de su constitución.”

183 Art. 1907 del Código Civil y Comercial. Extinción: “Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, estos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.

184 Arean, Beatriz, ob. cit. pag.791/798, tomo. II.

185 Art. 2918 del Código Civil: “El usufructo se extingue por la revocación directa de su constitución, por la revocación de la acto demandado por los acreedores del dueño del fundo, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.” El resaltado nos pertenece.

186 Musto, Néstor, ob. cit., pág. 191 y 192, tomo II.

187 Mariani de Vidal, Marina ob. cit. pág. 96 y 97, tomo III.

directamente la crítica, ordenaban su exposición bajo esos mismos parámetros. Por ejemplo, Salvat, quien manifestaba que las tres primeras causas de extinción se aplicaban a toda clase de derechos (se refería a los casos de resolución, vencimiento del plazo o condición y renuncia), en tanto que las restantes citadas en el Código Civil, solo a las servidumbres<sup>188</sup>.

### a) Causas generales

De manera que la primera causa general de extinción, sería la renuncia. El Código anterior hacía referencia a que ella podía ser expresa o tácita<sup>189</sup>, ejemplificado en el art. 3047 el caso de esta última<sup>190</sup>, y con respecto a la primera, que ella debía ser hecha en la forma prescripta para la enajenación de los inmuebles, siendo necesaria la escritura pública<sup>191</sup> y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble<sup>192</sup>. Sobre el particular era conteste la mayoría de la doctrina, por ejemplo Mariani de Vidal<sup>193</sup>.

Situación esta (la precedentemente descripta) que se puede configurar conforme a la normativa actual (art. 1907 del CCCN); no obstante es de destacar lo normado en el art. 949 del CCCN, cuando establece que la renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público. De manera entonces que, por disposiciones generales (art. 1017, para la onerosa, y 1552, para la gratuita), el título en su aspecto formal debe instrumentarse en escritura pública, pero para su renuncia no requiere forma alguna especialmente establecida por la ley como expresión de la voluntad.

---

188 Salvat, Raymundo, ob. cit. pág., 214, punto nro. 1991, tomo II.

189 Conforme al art. 3047 del Código Civil; "*La servidumbre se extingue por renuncia expresa o tácita...*"

190 Así el citado art. 3047 del Código Civil continuaba diciendo "... *sucede cuando el poseedor del inmueble sirviente haya hecho, con autorización escrita del dominante, obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre*"

191 Conforme al art. 1184 inc. 1, del Código Civil.

192 De acuerdo al art. 2505 del Código Civil.

193 Autora y obra citada, pág. 97, tomo III.



Resulta difícil conciliar esa norma con la referida en la Ley Registral Inmobiliaria, que en su art. 2 establece que en ese Registro se inscribirán, para su oponibilidad a terceros los documentos que constituyan, trasmitan, declaren, modifiquen o *extingan derechos reales* sobre inmuebles, y concordando esa norma con la contenida en el art. 3 de ese mismo régimen jurídico, nos encontramos que para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos deben reunir, entre otros requisitos, estar constituidos por escritura notarial, resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda<sup>194</sup>.

De allí que, aun aceptando que no requería forma determinada, solo producirá efectos entre partes y no podrá ser oponible a terceros si no logra el acceso registral correspondiente, salvo para quienes no pueden prevalecerse de la falta de inscripción, según el art. 1893, tercer párrafo, del nuevo Código. Consecuencia de todo ello: es necesario cumplimentar el aspecto formal que requiere el art. 1017.

En cuanto la resolución, esta operaría tanto en los casos de dominio revocable como fiduciario conforme al art. 1964, y en lo tocante a sus efectos, resultan de conjugar la norma específica del art. 2183 con el art. 1969, que determina la retroactividad de los mismos.

En lo que respecta a la rescisión, también es factible, pues el Código Civil y Comercial prevé que el contrato puede ser extinguido de esa manera y que ella, salvo pacto en contrario, solo produce efectos para el futuro, y no afecta derechos de terceros<sup>195</sup>.

---

194 Ley 17801 Registro de la Propiedad Inmueble, conforme a sus art. 2 y 3, respectivamente.

195 De acuerdo al art. 1076 del Código Civil y Comercial.

Es causal general también la nulidad del título, lo que se rige por las normas propias de ese tipo de ineficacia, a saber, artículos 390 y 392 de la nueva normativa legal.

Dentro de las causales generales, se encuentra el vencimiento del plazo y el cumplimiento de la condición resolutoria a que ese derecho estuviere subordinado, salvo el caso de que fuere perpetua.

También es una causal general la denominada consolidación, esto es, cuando las dos heredades pasan a pertenecer a la misma persona, por aplicación del principio “*nemine res sua servit*”, tornándose inútil, pues se puede servir de ambos fundos en virtud del derecho de dominio, de manera que si el titular del fundo dominante adquiere la propiedad del fundo sirviente, o viceversa, o si un tercero, la de ambos fundos, la servidumbre se extingue<sup>196</sup>. Lo mismo ocurriría si la servidumbre es personal si el titular dominante adquiere el sirviente, o si el sirviente adquiere la propiedad del fundo del titular dominante.

## **b) Causas especiales**

Dentro de las causales especiales encontramos, la pérdida de toda utilidad para el inmueble. Es importante resaltar que si bien ese caso estaba previsto en el Código Civil, el término “utilidad” realza su importancia porque está contenido en la misma definición del art. 2165 al expresar que la servidumbre debe conceder una determinada utilidad al titular dominante.

Supongamos, como ocurriría en el caso de una servidumbre de paso a través del fundo vecino, si después se abre una calle o camino público que

---

<sup>196</sup> Conforme Arean, ob. cit., pág 794 y 795.



conduce directamente a ese mismo lugar<sup>197</sup>, no obstante para que se produzca la extinción, la pérdida de utilidad debe ser total, pues si es parcial subsiste, así, por ejemplo, la servidumbre de no edificar no cesa porque una vía pública llegue a separar las dos heredades, ya que puede ser conveniente para el fundo dominante no tener a su frente un edificio muy alto<sup>198</sup>.

No hay referencia a la situación prevista por Vélez<sup>199</sup>, en la que consignaba que también se extinguía cuando el ejercicio llegaba a ser absolutamente imposible por razón de la ruina de los predios, tal sería el caso de una servidumbre de sacar agua de un pozo: cesa cuando el pozo gravado con ella llega a secarse por causas puramente naturales, este caso quedaría incluido pues existe también pérdida de la utilidad. Tiene que darse la imposibilidad absoluta de ejercicio, dado que si es relativa, subsistiría.

El inciso “b” del artículo en cuestión, alude al no uso por persona alguna por diez años, por cualquier razón. La norma tiene su fuente en Vélez, solo que el Codificador agregaba: “por caso fortuito o fuerza mayor”, y sobre el particular hubo diferentes formas de interpretar la norma. Es que concordando el instituto de la dispensa de la prescripción cumplida, algunos dieron preferencia a esta última figura y, como consecuencia, la servidumbre no se extinguía, dado que el titular estuvo en una imposibilidad de ejercerla por causas que no le eran imputables<sup>200</sup>; desde otro ángulo, se aludía a que no era aplicable la dispensa, porque esta situación estaba contemplada en norma específica en tanto la dispensa era norma general<sup>201</sup>.

---

197 Es el ejemplo que proporciona Salvat, ob. cit., pág. 217, nro. 1921, tomo II.

198 Conforme al ejemplo proporcionado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 3050 del Código Civil.

199 De acuerdo al art. 3051 del Código Civil.

200 Braidot, Eliana, en ob. cit, comentario al art. 2183, asegura que por la preferencia de la dispensa de la prescripción cumplida se expresaba Lafaille. Pág. 799, tomo V.

201 Braidot, Eliana, en ob. cit, comentario al art. 2183, asegura que por la negativa, esto es por la extinción de la servidumbre y la imposibilidad de aplicar la dispensa, Borda. Pág. 799, tomo V.

El tercer supuesto es dedicado a la servidumbre personal. En primer término, se trata del caso en que el titular sea persona humana, la cual concluye con su muerte (situación idénticamente prevista en el Código anterior)<sup>202</sup>, aunque no esté cumplido el plazo o condición pactados (ídem Código Civil)<sup>203</sup>, y, en segundo término, si fuese una persona jurídica, la extinción de configura por el vencimiento del plazo y, en caso de no preverse plazo alguno, la misma no podrá superar los cincuenta años, en ese sentido se advierte diferencia, pues en Vélez el plazo no podía superar los veinte años<sup>204</sup>. Se incorpora también la causal de cese de la servidumbre para el caso de extinción de la persona jurídica. Si bien esta situación no estaba expresada en la norma del Código de Vélez, la misma podía inferirse por los principios generales de la extinción de la persona jurídica, regulados en los artículos 48 a 50 de Código Civil, ya que si la misma se extinguía, su efecto era la pérdida de la condición de sujeto de derecho que poseía.

Pasando ya a considerar los efectos de su extinción, el art. 2183 expresa que una vez ocurrido ello, se extinguen todos los derechos constituidos por el titular dominante. En tal sentido, Alterini, expresa el primer efecto, aunque no se lo mencione, es que el dominio recupera su perfección, y el segundo efecto lo constituirá la extinción *ipso jure* de todos los derechos constituidos por el titular dominante, conforme lo dispone el art. 2171 del mismo Código.

---

202 Código Civil, en el art. 3004.

203 Código Civil, en el art. 3046.

204 Conf. al art. 3004, antes citado del Código Civil.





## D. Bibliografía

- a) Alterini, Jorge Horacio, Director General: “*Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*” - Coordinador, Cossari, Nelson. Edit La Ley, Bs. As. 2015.
- b) Arean, Beatriz “*Derechos Reales*”, 6ta. edición. Edit. Hammurabi, Bs. As. 2003.
- c) Braidot Eliana Verónica, en “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Directores Rivera Julio Cesar y Medina Graciela - Lilian Gurfinkel de Wendy (Área Reales), Editorial La Ley, Bs. As. 2014.
- d) Borda, Guillermo A. “*Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales, 3ra. Edición Actualizada*”. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 1984.
- e) Gatti, Edmundo, Comentarios y apostillas al “*Código Civil de la República Argentina*” - Lajouane. Grafica del Sur Editora S.R.L, Bs. As. 2011.
- f) Lafaille, Héctor, “*Derecho Civil – Tratado de los Derechos Reales*”. Editorial Ediar, Bs. As. 1944
- g) Mariani de Vidal, Marina “*Derechos Reales*”, 7ma. Edición actualizada, Editorial Zavalía, Bs. As. 2004.
- h) Mariani de Vidal, Marina y Abella Adriana “*Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*”. Editorial Zavalía, Bs. As. 2016.
- i) Musto, Néstor Jorge “*Derechos Reales*”. Edit. Astrea, Bs. As. 2000.
- j) Peña Guzmán, Luis Alberto, “*Derecho Civil – Derechos Reales*”. Editorial TEA, Bs. As. 1975.
- k) “*Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*”, Editorial Zavalía, Bs. As. 2012.
- l) Salvat, Raymundo “*Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)*”; *Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Bs. As. 1932.*
- m) Saucedo, Ricardo Javier en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Directores Rivera Julio Cesar y Medina Graciela – Lilian Gurfinkel de Wendy (Área Reales), Editorial La Ley, Bs. As. 2014

