

SERVIDUMBRE DE PASO EN PROPIEDAD HORIZONTAL

Por Carlos Bustamante

Resumen

Este trabajo tiene por objeto determinar de qué manera se puede establecer el vínculo entre los propietarios de los fundos sirvientes y dominantes, de tal modo que no se desvirtúe la normativa horizontal y queden a resguardo los derechos subjetivos patrimoniales de cada copropietario.

Abstract

This work aims to determine how you can make the link between the owners of the dominant status and servants, so as not to undermine the horizontal rules are to safeguard the individual rights of each c-owner property.

Palabras clave

Servidumbre, constitución, paso, propiedad horizontal

Keywords

Constitution, bondage, step, condominiums

1. Introducción

En este caso en particular nos ocuparemos de establecer la posibilidad de constituir servidumbres de paso entre inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal.

Para ubicar fácticamente esta alternativa debemos imaginar la existencia de inmuebles vecinos, cada uno integrado por un número determinado de unidades funcionales, cuyas superficies comunes son linderas.

El patio de uno de los edificios será utilizado por los propietarios del edificio lindero para poder acceder a la vía pública.

Es decir, que los propietarios de las unidades funcionales del inmueble que denominaremos como “a” deberán soportar el paso de los habitantes del edificio vecino o lindero para salir a la vía pública, al que denominaremos como “b”, quienes atravesarán un patio que forma parte de la superficie común del edificio “a”.

2. El problema

De qué manera se puede establecer el vínculo entre los propietarios de los fundos sirvientes y dominantes, de tal modo que no se desvirtúe la normativa horizontal y queden a resguardo los derechos subjetivos patrimoniales de cada copropietario.

Por lo *supra* expuesto cabe preguntarse si la servidumbre de paso debe ser real o personal y no menos importante establecer si se trata entonces de una servidumbre temporaria o perpetua, ya que ello nos permitirá actuar sobre terreno seguro respecto de la duración de la mentada servidumbre.

En capítulo siguiente procederemos a destacar algunas características propias de la historia de los fundos, que contribuirán a tener una mejor y más clara visión del problema al cual nos enfrentamos y su posible solución.

2.1 CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DEL CASO QUE NOS OCUPA

- ❖ Originariamente, el edificio “b” estaba compuesto por seis unidades funcionales (“1” a “6”), pertenecientes a diferentes propietarios, afectadas al Régimen de Propiedad Horizontal, Ley 13512, ello así, porque ya con anterioridad al problema que nos ocupa se había otorgado e inscripto su Reglamento de Copropiedad y Administración.
- ❖ Ahora bien, dato no menor es el hecho de saber que los propietarios de las U.F. “1 a 5” le autorizaron al propietario de la U.F.”6” a utilizar el espacio común para la construcción de nuevas unidades.

- ❖ Por lo tanto, el titular de la U.F."6" a quien se autorizo a utilizar el espacio común, construyo seis (10) nuevas unidades, desapareciendo con ello la U.F."6" originaria.
- ❖ La mentada construcción de las nuevas unidades funcionales resulto de la sugerencia hecha por los propietarios del edificio "a", bajo el argumento de que saldrían a la vía pública utilizando un espacio común, el patio del edificio "a", que este desde ya autorizaría.
- ❖ A lo *supra* expuesto como argumento, se suma el hecho de que esta situación de construcción y posterior paso por el espacio común del edificio "a", permitiría a simple vista identificar a la totalidad de las unidades involucradas, como si se tratara de un complejo habitacional, con su consecuente mejora de la cotización de las mismas en el mercado inmobiliario.
- ❖ Para reforzar esta visión de complejo habitacional, se agrega el hecho de que se instalarían los medidores de gas y servicio eléctrico en el frente del edificio, dando ello el aspecto deseado, dejando para un futuro la constitución de la servidumbre de paso.
- ❖ La autorización que otorgan los propietarios de las unidades funcionales "1 a 5" es bajo la condición de que el pasillo común descubierto previsto en el plano de subdivisión de su edificio, que le permitiría a las nuevas unidades conectarse con la vía pública, sería aprovechada por el cómo prolongación de su propio patio, libre de todo muro divisorio que se pretendiere construir, sea definitivo, sea provisorio.
- ❖ La condición *supra* descrita respecto del aprovechamiento y la restricción sería de carácter resolutorio para el caso de incumplimiento, dejando totalmente sin efecto el paso de las nuevas unidades a la vía pública a través del edificio lindero.
- ❖ Finalmente, otro dato no menor es que el plano de subdivisión originario del edificio "b" fue rectificado, estando pendiente la modificación del reglamento de copropiedad y administración. En el nuevo plano figura un espacio

descubierto común que sirve de salida a la vía pública a las nuevas unidades.

3. Desarrollo

3.1 LA TERMINOLOGIA

No está demás realizar algunas apreciaciones respecto de la terminología de aplicación al caso que nos ocupa, ello permite poder uniformar el sentido que se pretende dar no solo a las palabras en sí mismas sino que a la idea en todo su contexto.

En el derecho romano las servidumbres fueron una *iura in re aliena* (derechos reales sobre cosa ajena). Los libros 7 y 8 del *Digesto* hablaban de las servidumbres.

También hubo servidumbres personales, como el usufructo, el uso, la habitación y la *operae servorum*. En el *Digesto* y las *Institutas* se clasificaban las servidumbres reales en rústicas y urbanas.

En Derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

El derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa, ya que esta se halla sometida a la voluntad, exclusividad de su propietario, sin más límites que los que marca la Ley o los provocados por la concurrencia de varios derechos incompatibles en su ilimitado ejercicio (Lasarte, s.f.).

No obstante, el reconocimiento de que la propiedad, como institución, está orientada a una función social, implica que en la actualidad existan limitaciones intrínsecas o inherentes al derecho; así como obligaciones que se derivan de la propiedad en sí.

En doctrina jurídica, especialmente aquellos ordenamientos con importante influencia latina, se considera que el dominio o propiedad está integrado por tres derechos.

El *ius utendi* es el derecho de uso sobre la cosa. El propietario tiene el derecho a servirse de la cosa para sus intereses y de acuerdo con la función social del derecho, siempre y cuando esas conductas no violen preceptos legales ya establecidos o causen lesiones a los derechos de otros propietarios.

El *ius fruendi* es el derecho de goce sobre la cosa. En su virtud, el propietario tiene el derecho de aprovechar y disponer los frutos o productos que genere el bien. La regla general es que el propietario de una cosa es también propietario de todo aquello que la cosa produzca, con o sin su intervención.

El *ius abutendi* es el derecho de disposición sobre la cosa. El propietario, bajo la premisa de que la cosa está bajo su dominio (poder de hecho y voluntad de posesión), puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo dañarla o destruirla (disposición material), salvo que esto sea contrario a su función social: por ejemplo, el propietario de un bien integrante del patrimonio cultural no puede destruirlo y, de hecho, puede estar obligado a su conservación.

Del mismo modo, puede el propietario disponer de su derecho real (disposición jurídica): así, puede enajenar la cosa, venderla, donarla y, en general, desligarse de su derecho de propiedad y dárselo a otra persona; o incluso renunciar al derecho o abandonar la cosa, que pasaría a ser *res nullius*.

Por lo tanto son también actos de disposición aquellos en los que el propietario constituye en favor de otra persona un derecho real limitado, como el usufructo, la servidumbre, la prenda o la hipoteca.-.

Por lo tanto podemos asegurar que las servidumbres son un interés que transfiere el derecho de uso de una propiedad (total o parcial) sin que con ello se transfiera el dominio (ser el dueño).

Según Manuel Osorio (1998, p. 643) "*Las servidumbres son: derecho en predio ajeno que limita el dominio en este y que esta constituido en favor de las necesidades de otra finca perteneciente a distinto propietario o de quien no es dueño de la gravada*".

Para Guillermo Cabanellas (1993, p. 422) son: "Derecho limitativo del dominio ajeno, establecido sobre una finca, a favor del propietario de otra, con carácter real, o de otra persona, como derecho personal".

3.2 EL CÓDIGO CIVIL – SUS FUENTES

El tema central que será motivo de nuestro trabajo, es el de la constitución de una servidumbre de paso entre unidades de distintos edificios afectados al Régimen de Propiedad Horizontal – Ley 13.512.-

El análisis lo realizaremos desde las disposiciones que rigen las servidumbres de tránsito, ya que tal denominación es de aplicación a las servidumbres de paso, porque en ambos casos se trata del derecho de pasar o transitar por un inmueble ajeno, cualquiera sea el modo que se necesite.

Toda vez que los inmuebles motivo del presente trabajo se encuentran ubicados en área urbana es necesario referirnos a la nota del Título 13 del Libro III del Código Civil, referente a las Servidumbres en particular, cuyo texto dice:

Teniéndose presente las disposiciones del Título 6, sobre las limitaciones que sufre la propiedad, se advertirá que no hay necesidad de tratar de las servidumbres que se llaman urbanas, establecidas en el interés de la propiedad territorial. Las limitaciones que sufre el dominio en ese género de propiedades, se hallan establecidas en dicho Título 6.

Téngase presente que el codificador tomó como fuente primera al Digesto, el que también fue recogido por el propio Freitas en su Esboco, en el se trata el tema de las servidumbres urbanas y se establecía que las mismas consistían en levantar más alto y perjudicar las luces del vecino, o no levantar más alto, también verter las aguas del tejado sobre el techo o el suelo del vecino, o no verterlas, apoyar las vigas en la pared del vecino, hacer voladizo o cobertizo.

Al hablar de servidumbres urbanas, hacían referencia al hecho de que estas recaían sobre edificios, sin importar su ubicación geográfica, es decir, sin importar si el predio se encontraba ubicado en zona rural o urbana, en el mismo sentido se habla de servidumbres urbanas en las Institutas.

Ya Vélez, al hablar de servidumbres urbanas las califica como limitaciones que sufre la propiedad, estableciendo su regulación en el Título VI, del Libro III.- En la nota del art. 2611, nos indica el codificador que,

...Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este título.”, agregando que, “...Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales

debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.

Vale decir que la citada nota tiene por objeto el de calificar como restricciones y límites al dominio con regulación particular, a las que el Digesto denominaba como servidumbres urbanas.

Recordemos que nuestro sistema legal solo permite que se hable de servidumbres prediales cuando existen dos fundos comprometidos, recayendo la carga solo sobre el fundo sirviente, lo que no ocurre en materia de restricciones y límites, porque la situación jurídica de los dos inmuebles es idéntica.

4. justificación

4.1 UTILIDAD DE LA SERVIDUMBRE – SU TIPO

Por otro lado debemos tener presente que el contenido de la servidumbre para su titular tendrá que posibilitar siempre cierto uso sobre el fundo sirviente (in patiendo), o bien tendrá que consistir en la facultad de impedirle al propietario del inmueble sirviente que haga alguna cosa (non faciendo).

Así mismo el principio establecido en este artículo de alguna manera resulta en una excepción al *numerus clausus* previsto en el art. 2502 del Código Civil, ya que se pueden establecer otras servidumbres activas distintas a las previstas en el Código, sin que sea relevante si estas servidumbres son o no realmente necesarias, ya que será suficiente con que su utilidad sea de mero recreo.

Por lo tanto dejamos bien en claro que lo establecido en el art. 3000, no significa de ninguna manera la posibilidad de crear derechos reales distintos de los reconocidos por el código, si servidumbres distintas, que igualmente se verán sometidas al régimen general, necesitando siempre para su constitución la inexorable existencia de dos fundos.

Sabes que la norma ha establecido la cantidad mínima de fundos necesarios para la existencia del instituto de la servidumbre, pero no un límite máximo en la cantidad de fundos que se pueden ver involucrados.

La aclaración del párrafo anterior guarda especial relación con nuestro caso, ya que serán fundos sirvientes todas las unidades que deberán soportar el paso de los

propietarios de algunos o todos los de las unidades vecinas, siendo que estos últimos resultan ser los de los fundos dominantes, tal como fue planteado en el capítulo planteo del problema.

En otro orden tenemos el art 3010 del Código Civil que prohíbe la posibilidad de establecer una servidumbre que consistiere en una obligación de hacer (in faciendo), porque tal prohibición no puede ser dejada de lado, toda vez que se trata de una norma de orden público, que además concatena con la naturaleza de las servidumbres cuyo principio impide que alguien haga alguna cosa.

4.2. SERVIDUMBRE REAL O PERSONAL

Otra de las aristas fundamentales de nuestro trabajo es poder determinar si esta servidumbre de paso debe ser real o personal y en su caso temporaria o perpetua, del interrogante se desprende la necesidad de tener que realizar algunas apreciaciones validas para logra una conclusión que aporte un elemento necesario para un mejor comprender del problema y su solución.

Si partimos del art. 2503, veremos que nuestro código admite como derecho real a las servidumbres activas, es decir, aquellas que para ser constituidas necesitan dos fundos, quedando incluidas tanto las servidumbres reales como las personales.

Si al momento de constituir la servidumbre el objeto es una utilidad real a la heredad, por aplicación del art. 3003 del Código Civil, se va a presumir que el derecho que se concede reviste el carácter de servidumbre real, no así, si el derecho que se proporciona no es otra cosa que brindar un placer o una comodidad al individuo, en este caso se la considerara como establecida a favor de la persona y solo será real cuando expresamente se declare.

La aclaración supra descripta, es necesaria en razón de lo establecido en el art. 3006 del Código Civil, que establece que las servidumbres reales activas son inherentes al fundo dominante y las pasivas al fundo sirviente, siguiendo con ellas a cualquier poder que pasen.

Por el contrario, las servidumbres personales corren otra suerte, ya que no pueden ser separadas del fundo, ni formar parte del objeto de una convención, tampoco pueden ser sometidas a gravamen de ninguna naturaleza, tal lo establece el art. 3004

del Código Civil no se transmiten a los sucesores, acabando con la muerte de su titular o a los veinte años si se trata de personas jurídicas, no admitiendo pacto en contrario.

Lo expuesto pone claro que la servidumbre de paso tiene que ser real, incluso cuando en la realidad solo proporcionara una comodidad personal a los titulares de las unidades que forman parte de los fundos dominantes, pero sin embargo constituir una servidumbre personal en el caso que nos ocupa perjudicaría a quienes sucedan en la titularidad de los derechos de los fundos dominantes por razones obvias.

Ahora bien, para poder constituir nuestra servidumbre como real, a pesar de que se trata de una comodidad personal que se está otorgando, será suficiente que tal circunstancia se enuncie expresamente, cumpliendo de esta forma con lo requerido por el art. 3003 parte final del Código Civil.-

Por su parte el art. 3078 del Código Civil, establece que para poder constituir servidumbre de transito es necesario la existencia de un fundo dominante con carácter de heredad cerrada, ya que de existir duda se tendrá por personal.

La naturaleza de las normas es legal e incluso conminatoria, por lo tanto su contenido también lo es, por ello si se dan determinadas circunstancias en materia de servidumbres, lo que ocurrirá es que el propietario del fundo encerrado puede obligar a otros a soportar este gravamen, de tal forma que es este encerramiento el que condiciona la exigibilidad.

Respecto de su durabilidad en el tiempo, el art 3009 del Código Civil, juzga a las servidumbres reales como establecidas en forma perpetua, y ello así debe ser, ya que se trata de un aprovechamiento que deberá permanecer vigente durante toda la vida útil de los fundos dominantes, dejando solo a resguardo la posibilidad latente de extinguir tal servidumbre por la vía de la renuncia voluntaria de todos los propietarios, según lo prescripto por el art. 3047 del Código Civil.

4.3. DE LA EXTERIORIZACIÓN DE LA SERVIDUMBRE

Este tipo de acuerdos, no se encuentra regulado en nuestro Código, por lo tanto se tratara de un contrato innominado aquella declaración de voluntad común de dos o más personas que de acuerdo pretenden constituir una servidumbre.

Tal contrato podrá ser a título oneroso o gratuito, por aplicación del art. 2977 del Código Civil, en el primer caso se registrará por las reglas de la compra-venta conforme art. 2992 del Código Civil y en el caso de ser gratuita por las disposiciones para las donaciones y testamentos.

La constitución de tal instituto será siempre mediante escritura pública, ya que la misma recae siempre sobre inmuebles, así lo dispuesto en el art. 1184 del Código Civil.

Este contrato será título suficiente para la constitución de la servidumbre, siempre que quienes lo celebren los propietarios o personas autorizados o mejor legitimadas para ello, respetando las condiciones impuestas por la norma, también será modo suficiente el primer uso que se haga de ello, ya que este tiene lugar de tradición.

Por lo tanto tenemos título suficiente y tradición, lo que da por constituido el derecho real de servidumbre de conformidad a los arts. 577 y 3265 del Código Civil, pudiendo ser oponibles a terceros a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario de la jurisdicción que corresponda, conforme art. 2505 del Código Civil, realizándose asientos recíprocos en las matriculas del inmueble dominante y del sirviente.

4.4. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Las unidades del edificio “a” no se encuentra afectadas por el Régimen de Propiedad Horizontal, ley 13512, así mismo las dos unidades funcionales originales del edificio “b” cuentan con su Reglamento de Copropiedad de Administración, el que deberá ser modificado con el objeto de dar de alta las nuevas unidades originadas en el lugar en que se encuentra la antigua U.F. 2, que desapareció.

Sería importante que las modificaciones necesarias se realicen mediante dos escrituras sucesivas, otorgadas por un mismo notario, facilitando la presentación de los testimonios de cada una de las escrituras autorizadas, haciendo corre por cuerda las rogatorias individuales.

Se trata de que quede expresa la prestación de cada uno de los consentimientos mediante la oferta de una de las partes, en la escritura número uno, y que la otra parte en igual sentido acepte, quedando expreso en la escritura número dos, de conformidad al art. 1144 del Código Civil.

La mentada oferta se efectuara a persona determinada, que resulta ser el propietario de las nuevas unidades vecinas, según el art. 1148 del Código Civil, siendo que el ofertante puede permanecer en ella durante todo el tiempo necesario que le demande al propietario de las nuevas unidades, estar en condiciones legales de aceptarla, ello según prescripto por el art. 1150 del Código Civil.

De esta forma el ofertante, propietario del edificio “a”, en la misma escritura que contiene el Reglamento de Copropiedad y Administración, formalizara la oferta de servidumbre de paso al dueño de las nuevas unidades del edificio lindero, en su condición de propietario de las unidades que integran el fondo sirviente en el derecho real a constituirse, según lo establece el art. 3001 del Código Civil.

El propietario de las nuevas unidades aceptará la oferta propuesta mediante contrato innominado como ya dijéramos, de la servidumbre de paso, luego de que en ese mismo instrumento se haya otorgado la modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración vigente en base al plano de subdivisión rectificado, mediante la escritura numero dos propuesta al inicio del presente capitulo.

La aceptación del propietario de las unidades que formaran parte del fundo dominante, debe ser cursada al proponente, ello así por el art. 1154 del Código Civil, para de esta forma convertir al acto en perfecto y evitar una tercera escritura con esta finalidad.

También se deberá tener presente que al momento de la inscripción de esta servidumbre de paso en las matriculas de los fundos dominante y sirviente, se tendrá que tener realizado el croquis que delimite la superficie que ocupara tal servidumbre.

La servidumbre así constituida, pasara a integrar el titulo de los adquirentes de las unidades involucradas y de esta forma será susceptible de ser transferidas a sus sucesores universales o singulares, pudiendo hacer uso pleno de la mayor cantidad de facultades que la ley le confiere a una persona sobre una cosa.

5. CONCLUSION

A estas alturas del presente, hemos recorrido aunque mas no sea brevemente algunos de los distintos factores que se encuentran involucrados en la posible

constitución de una servidumbre de paso entre dos fundos con las características que enunciáramos al principio de nuestro trabajo.

En primer término recordemos que nuestro sistema legal solo permite que se hable de servidumbres prediales cuando existen dos fundos comprometidos, recayendo la carga solo sobre el fundo sirviente, lo que no ocurre en materia de restricciones y límites, porque la situación jurídica de los dos inmuebles es idéntica.

En segundo término tenemos claro que serán fundos sirvientes todas las unidades que deberán soportar el paso de los propietarios de algunos o todos los de las unidades vecinas, siendo que estos últimos resultan ser los de los fundos dominantes.

La servidumbre de paso tiene que ser real, incluso cuando en la realidad solo proporcionara una comodidad personal a los titulares de las unidades que forman parte de los fundos dominantes, pero sin embargo constituir una servidumbre personal en el caso que nos ocupa perjudicaría a quienes sucedan en la titularidad de los derechos de los fundos dominantes por razones obvias.

La durabilidad en el tiempo de las servidumbres reales se establece en forma perpetua, y ello así debe ser, ya que se trata de un aprovechamiento que deberá permanecer vigente durante toda la vida útil de los fundos dominantes, dejando solo a resguardo la posibilidad latente de extinguir tal servidumbre por la vía de la renuncia voluntaria de todos los propietarios.

Este tipo de acuerdos, no se encuentra regulado en nuestro Código, por lo tanto se tratara de un contrato innominado aquella declaración de voluntad común de dos o más personas que de acuerdo pretenden constituir una servidumbre.-

Por lo tanto en el caso examinado, la constitución de tal servidumbre de paso compromete a unidades que se encuentran bajo la órbita de la ley 13512, siendo integrada por distintos edificios, estando condicionada a que en los documentos cartográficos por el que se los subdividió en sectores de aprovechamiento independiente estuviere configurada su salida a la vía pública.

Desde ya queda claro que el hecho de que se haya constituido una servidumbre de paso de ninguna manera se puede pensar que se genero un complejo habitacional, sin perjuicio de aquel comprador desprevenido que sin conocer los detalles del acuerdo o mejor aun la normativa legal vigente y a la vista de las unidades funcionales que

tienen un pasillo común y que a simple vista se puede ver por ejemplo que los medidores de gas y luz se encuentran en el frente del supuesto complejo habitacional, considere que el mismo es tal.

Finalmente cabe entonces considerar que se encuentra justificada la posibilidad de que la salida a la vía pública, a fin de mantener la autonomía funcional de los sectores privados, se pueda verificar mediante la constitución de una servidumbre de paso perpetúa a través de fundos contiguos.

Vale decir que será necesaria una revisión de la ley 13512, ya que la misma es de aplicación a edificios terminados desde la fecha de su sanción, y dado el tiempo que ha transcurrido desde su sanción y la importante utilidad que aporta su sistema con el objeto de su pronta actualización.

Bibliografía

Allende, G. (1963). *Tratado de las servidumbres*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Allende, G. (1967). *Panorama de los derechos reales*. Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas de Torres G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. S.L. Heliasta.

Gatti, E. (1980). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lasarte, C. (s.f.). *Principios de Derecho civil*. Tomo cuarto: *Propiedad y derechos reales de goce*. Madrid: Marcial Pons..

López Mesa, M. (2008). *Código Civil argentino y leyes complementarias*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Osorio, M. (1998). *Diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas*. Buenos Aires: Heliasta.

Papaño, R., Kiper, C. y otros. (2004). *Derecho reales*. Buenos Aires: Astrea.

