

Consideraciones críticas sobre la articulación de la servidumbre por destino del padre de familia

Laura Irrera, Micaela Julian y Fernanda Vivas Verges¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes en el derecho romano. 3. Del concepto legal de servidumbre al de la servidumbre por destino del padre de familia. 4. Caracteres que identifican una servidumbre por destino del padre de familia. 5. Otros recaudos necesarios para que ocurra la constitución de una servidumbre por destino del padre de familia. 6. Compendio de los recaudos que determinan la existencia de una servidumbre por destino del padre de familia. 7. Comparación con la servidumbre que revive: diferencias y similitudes. 8. Jurisprudencia. 9. Análisis de un caso particular.

1. Introducción

Nos llevó a escribir este trabajo el haber encontrado evidencia sobre la utilización opinable de la servidumbre por destino del padre de familia en emprendimientos del tipo de los clubes de campo y barrios cerrados, lo que nos parece contrastar con las normas aplicables y provoca una distorsión que dificulta atribuir el derecho real de dominio sobre las parcelas que los componen. También pudimos establecer que se apeló a este tipo de servidumbre pretendiendo superar la restricción edilicia que estableció una determinada comuna de la provincia de Buenos Aires sin advertir que, además de conformársela sin tener en cuenta los recaudos elementales que posibilitan su existencia, generó la necesidad de apoyarse en su inconsistencia legal para encontrar una solución que se adecuara al derecho vigente sin transgredir aquella limitación constructiva.

Se impone repasar los antecedentes del derecho romano para luego hacer pie en la regulación dada por el Codificador.

1. Las autoras son graduadas en derecho y cursan la Maestría en derecho notarial y registral de la Universidad de Belgrano. En la producción de este trabajo participó también Nadine Mariel Díaz.

2. Antecedentes en el derecho romano

Allende cita un célebre texto del Digesto que hace referencia al tema en cuestión:

Juliano; Doctrina de Minicio. Libro I. Uno que tenía dos cabañas contiguas las legó a dos, una cada uno; se preguntó si, habiéndose edificado algo de la cabaña superior sobre la inferior, se comprendería la inferior para soportar la carga en el lugar de la cabaña superior. Respondió que se considerara impuesta la servidumbre, Juliano observa; veamos no sea esto así verdadero, si esta servidumbre fue impuesta expresamente, o si el legado fue dado de este modo: “doy y lego mi cabaña, como está ahora” (Digesto, 33, 3, 1).

Según Minicio y Bartolo se trataría de un caso de servidumbre por destino del padre de familia; mientras que para Juliano, para que se constituya dicho supuesto, sería necesaria una constitución expresa por parte del causante.

Otro texto que cita el Digesto (33, 2, 15, 1) expresa:

Uno que tenía dos fundos legó uno, y el usufructo del otro fundo se lo legó a otro; pregunto si, no teniendo el usufructuario camino para ir al fundo por otra parte más que por el fundo que fue legado, se le deberá la servidumbre al usufructuario. Respondió: así como si en la herencia hubiese un fundo por el cual se le pudiera dar camino al usufructuario, se considera que esto se le exige al heredero conforme a la voluntad del difunto, así también en este caso no se le ha de conceder al legatario que reivindique el fundo de otra suerte, sino antes le diese al usufructuario el derecho de pasar, para que en los campos se conserve la forma, que hubiese subsistido viviendo el testador, ora mientras dura el usufructo, ora mientras revirtiere a su propiedad.

Tanto en el primer texto como en el segundo existe constitución de servidumbre por destino de padre de familia. Conforme a la comparación realizada por Allende de estos textos, con nuestro artículo 2994, el autor destaca que en el derecho romano se exige algo menos: en efecto, la servidumbre de paso es discontinua pero no se exige que sea aparente. Sin embargo, continúa diciendo el jurista que el derecho romano exige, para que se configure su constitución, que la misma sea necesaria, imprescindible, tratándose de un caso de *paso necesario*.

3. Del concepto legal de servidumbre al de la servidumbre por destino del padre de familia

Procede recordar que la servidumbre es un derecho real sobre inmueble ajeno, que otorga a su titular las facultades de obtener de este cierta utilidad e impedir que el propietario del fundo sirviente ejerza algunos de sus derechos. Se afirma además que, ante la duda sobre la existencia de una servidumbre, la interpretación debe favorecer al propietario del fundo sirviente, atento que el dominio se presume pleno y perfecto mientras no se pruebe lo contrario.

Las servidumbres pueden ser establecidas por contrato, por disposición de última voluntad, por destino del padre de familia, por enajenación que las hace revivir, por la ley, y por prescripción.

El artículo 2978 del Código Civil dispone que “Se establecen también por disposición de última voluntad y por el destino del padre de familia. Se llama destino del padre de familia la disposición que el propietario de dos o más heredades ha hecho para su uso respectivo”.

Agrega el artículo 2994 que

Quando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto a la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga después una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares, y sin que el contrato tenga convención alguna respecto a la servidumbre, se juzgará a esta constituida como si fuese por título.

La situación que se contempla en esta última norma alude a un estado de hecho dado que, por aplicación del recordado principio *nemini res sua servit* (nadie puede tener una servidumbre sobre una cosa propia) sólo puede admitirse la constitución de una servidumbre de éste tipo en el caso de que los fundos pertenecieran a distintos propietarios. De ahí entonces que, en el supuesto que nos ocupa, la ley adjudica efectos jurídicos a ese estado de cosas preexistente basándose en la voluntad presunta de aquel que tomó disposición de *vincular* ambos fundos sin cambiar previamente aquel estado de los inmuebles.

Procede adelantar que, en el caso de que en el contrato que provoca la desmembración de los inmuebles existiera mención alguna respecto a la servidumbre, ya no sería constituida por

destino del padre de familia, sino por título. Asimismo, si dicho contrato tuviera alguna cláusula contraria a la existencia de la servidumbre, el artículo 2994 dejará de ser aplicable y no habrá servidumbre.

4. Caracteres que identifican una servidumbre por destino del padre de familia. El supuesto contemplado por el artículo 3073 del Código Civil

Para que pueda hablarse de servidumbre constituida por destino del padre de familia, deben concurrir dos caracteres: ser continua (son aquellas cuyo uso es o puede ser continuo sin un hecho actual del hombre, art. 2975, C. C.) y aparente (son aquellas que se anuncian por signos exteriores, art. 2976, C. C.). Por ejemplo, una servidumbre de acueducto que se manifieste por signos exteriores visibles.

Para Allende, el artículo 3073 contempla un supuesto especial de constitución de una servidumbre por destino del padre de familia, en el cual no es exigida la continuidad ni la apariencia cuando se trata de fundos *enclavados* o *encerrados*, es decir, destituidos de toda comunicación con el camino público por la interposición de otras heredades, o que tienen una salida insuficiente para su explotación (arts. 3068 y 3069) y tal situación ha derivado de un acto voluntario de los interesados.

Si ellos no adoptaron las medidas necesarias para evitar el encerramiento, debe entenderse que ha sido su voluntad la concesión de una servidumbre de paso sobre las otras fracciones resultantes de la división.

Con diferente sentido se pronuncia Árraga Penido para quien los caracteres de ambas permiten inferir que se trata de supuestos distintos por estos argumentos:

1) Las diferencias en cuanto a la causa fuente: el supuesto del 3073, que requiere una enajenación voluntaria, y el 2996 admite que sea forzosa; y

2) El carácter discontinuo que puede revestir y que se contempla la existencia de un inmueble.

En este orden de ideas agrega Allende que el supuesto del artículo 3073 implica una servidumbre permanente, pues, aunque cambie el estado de cosas o que posteriormente el fundo dominante tuviera otra salida al camino público, la servidumbre no se extinguiría. Así lo dispone el artículo 3076 *in fine*: “[...] Pero

si el encerramiento del predio es el resultado de una partición o enajenación parcial, las servidumbre de tránsito constituida por las disposiciones de éste capítulo, continuará subsistiendo a pesar de la cesación del encerramiento”.

5. Otros recaudos necesarios para que ocurra la constitución de una servidumbre por destino del padre de familia

Será necesario acreditar que la servidumbre continua y aparente existía en el momento que el propietario de las dos heredades efectuó la transmisión.

Desaparece como obstáculo la restricción implicada en el principio que ya mencionamos (nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa), cuando el propietario de ambos fundos enajena uno de ellos, derivándose de ello su tácito reconocimiento por las partes que intervienen en aquel acto de enajenación.

Highton razona con buen criterio en el sentido de que en la servidumbre por destino del padre de familia hay también título, pero es un título tácito que el legislador hace derivar del silencio guardado por las partes en el momento de la separación de ambas heredades. Frente al estado de los lugares creado, las partes debieron decir algo en algún sentido, sea para suprimirlo, sea para mantenerlo expresamente. Si no lo han hecho, la ley interpreta su silencio favorablemente a la constitución del derecho real. De ahí que el artículo 2994 dice que la servidumbre se considera establecida como si fuese por título, *tácito*, como se indicó, por contrario a *expreso*.

En línea con la dirección de este pensamiento postulaba Allende que la servidumbre creada por destino del padre de familia no nace de un acto jurídico, sino de una situación de hecho, a la cual la ley le imputa el efecto jurídico de hacer nacer la servidumbre.

Por otra parte, aunque no referidas a la constitución tácita, se incluye una presunción en el artículo 3009 según el cual: “Júzganse establecidas como perpetuas las servidumbres reales, si no hay convención que las limite a tiempo cierto” como consecuencia de lo cual, a falta de estipulaciones expresas en contrario, se entiende que han sido establecidas como perpetuas, dado que la perpetuidad, aunque no esencial, es una condición natural de las servidumbres.

Los casos que la doctrina admite aluden, en todos los supuestos de servidumbres por constitución del padre de familia, a servidumbres típicas reguladas por nuestro Código Civil; vale decir, a las llamadas *servidumbres en particular* contempladas en el Título 13 del Código Civil (arts. 3068 y ss.).

En esta descripción de las posturas doctrinarias corresponde mencionar la que sostiene Acquarone analizando y planteando sus objeciones a la aplicación del régimen de las servidumbres (prediales) para las urbanizaciones. La autora se expresa en estos términos:

También cabe la solución de la servidumbre, llamado por el Codificador de “padre de familia”, prevista en el artículo 2978 del Código Civil, que permite que las servidumbres que tienen determinadas características puedan ser constituidas por el mismo propietario, de donde surgiría que la característica de que se constituya sobre un fundo de propiedad ajena no es esencial a las mismas.

El criterio no nos resulta convincente, en lo esencial porque a la situación de hecho que protagoniza el propietario de ambos fundos se le atribuye un efecto extraño dentro de la estructura funcional de este tipo de servidumbres que conduce a constitución.

6. Compendio de los recaudos que determinan la existencia de una servidumbre por destino del padre de familia. La inscripción registral inmobiliaria y sus efectos

Seguidamente consignamos las circunstancias que deben estar reunidas a efectos de determinar la existencia de una servidumbre por destino del padre de familia:

- Un propietario de dos fundos que haya sujetado uno de ellos a servidumbre a favor del otro.
 - Que se trate de una servidumbre continua y aparente.
 - Que luego enajene uno de los fundos o los dos pero a personas distintas, es decir que deben ser distintos propietarios.
 - Que el título no haga referencia a la servidumbre, porque entonces tendría origen convencional.

- Que el título no diga nada en contra de la existencia de la servidumbre, porque de lo contrario deja de funcionar la presunción.

- Que los fundos sean vecinos sin necesidad de que estén unidos.

Es tiempo de aclarar que la registración inmobiliaria de una pretendida servidumbre por destino del padre de familia no otorga título alguno para tenerla por constituida. La aclaración se justifica porque se detectó que la registración ocurrió a pesar de no observarse prácticamente la totalidad de los recaudos que acabamos de mencionar; circunstancia que se justifica porque nuestro régimen registral inmobiliario es declarativo aunque luego de ello se deriven trastornos extrarregistrales que se pudieron evitar.

Efectivamente, el problema se plantea cuando se intenta transferir parcelas autónomas de un emprendimiento sometido a la regulación dispuesta por el Decreto Reglamentario 9404/86, en el que existen áreas recreativas o de esparcimiento, las que se le deben transferir a la entidad jurídica referida en el artículo 1º de este decreto, juntamente con las de circulación si correspondiere (v. art. 8).

Esta transferencia no solo condiciona la transmisibilidad de las parcelas con destino residencial (a través de la registración de una restricción especial en la matrícula correspondiente) sino que, además, constituye un factor decisivo para la constitución del “[...] derecho real de servidumbre de uso sobre las áreas de esparcimiento, el que deberá constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente”, simultáneamente con la transmisión del dominio de cada parcela perteneciente al área de viviendas (art. 1, inc. c, Decreto 9404/86).

Es desde esta perspectiva que advertimos hasta dónde resulta impropio apelar a la servidumbre por destino del padre de familia desde que, además de constituirse sobre un inmueble del mismo propietario –porque la identificación del sector o del área común de esparcimiento en el plano de subdivisión no produce efecto alguno hasta que se otorgue el acto jurídico que le transmita ese sector a la entidad jurídica, según vimos–, requiere que a ella se la extinga, a fin de poder llevar a cabo la referida transmisión con la finalidad de constituir la servidumbre de uso que mencionamos en el párrafo anterior.

7. Comparación con la *servidumbre que revive*: diferencias y similitudes

La aparente proximidad de estas servidumbres justifica el examen comparativo que proponemos. El artículo 2995 establece:

Si el propietario de dos heredades, entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre de la una a la otra, dispone de una de ellas, sin que el contrato contenga ninguna convención relativa a la servidumbre, esta continúa existiendo activa o pasivamente en favor del fundo enajenado, o sobre el fundo enajenado.

Por su parte, en el mismo sentido, el artículo 3057 dice:

Extinguida la servidumbre por confusión definitiva de las dos calidades de dominante y poseedor del inmueble sirviente, no revivirá por el hecho de dejar de pertenecer al mismo poseedor el inmueble dominante o el inmueble sirviente, a no ser que hubiese declaración expresa en el instrumento de enajenación de uno de esos inmuebles, o que sin haber declaración en sentido contrario, existiesen entre aquellos signos aparentes de servidumbre al tiempo de la enajenación.

En ambos casos la servidumbre existía derivada de un título, pero se extinguió por confusión al reunirse en cabeza de una misma persona la propiedad de ambos fundos (dominante y sirviente), ya que nadie puede tener una servidumbre sobre cosa propia. Si por cualquier motivo, los inmuebles vuelven a quedar en manos de diferentes propietarios, la servidumbre renace aunque el título de transmisión nada diga. Asimismo, debido a que el Registro de la Propiedad Inmueble no obra de oficio, debe ser rogada su inscripción.

Vemos que tanto la servidumbre por destino del padre de familia como la servidumbre que revive son formas de constitución de las mismas. Asimismo, encontramos que ambos institutos requieren el carácter de aparente para establecerlas. Tanto el artículo 2994 como el 2995 determinan que, para que tenga lugar lo establecido en ellos, es necesario que en el contrato no se diga nada en relación a las servidumbres. Sin embargo, es conveniente remarcar las diferencias que existen entre ambas servidumbres.

La primera tiene su razón de ser en la voluntad presunta del propietario; mientras que en la que revive, la confusión de las calidades de titular del fundo dominante y sirviente resulta

un impedimento para la existencia de este tipo de servidumbre, el que una vez removido hace surgir nuevamente el derecho real de que se trata.

En el caso de la servidumbre por destino del padre de familia, el actuar del propietario debe ser presuntamente voluntario porque, de existir entre ambos inmuebles alguna sujeción por él ignorada, ello no satisface el requisito exigido por la ley. En igual sentido, tampoco alcanza, para cumplir los requisitos de apariencia y continuidad, que la vinculación haya sido dispuesta por una persona ocupante (p. ej., el locatario o el usufructuario, a menos que lo dispuesto sea mantenido por el propietario). Esto surge de la nota al artículo 2994 donde se revela la idea de que no es necesario que la disposición la realice el último propietario del o de los inmuebles, porque la servidumbre puede nacer por causas antiguas que el último propietario ha dejado subsistir, lo que deberá ser oportunamente probado.

Insistimos en que las servidumbres por destino del padre de familia deben reunir para su constitución el carácter de aparente y el de continuo. En la servidumbre que revive, en cambio, basta que sea aparente, por ejemplo, una servidumbre de paso que se manifiesta por la existencia de un camino empedrado. En este caso, se exige menos requisito porque aquí hubo una servidumbre: no se trata de crearla, solo es necesario darle nuevamente vida. Por el contrario, en la de destino del padre de familia hay que *crearla* por completo.

El artículo 2994 tiene sus raíces en el derecho romano; mientras que el 2995 encuentra su origen en el derecho germánico. En el primer caso, cuando dos inmuebles quedaban a nombre de mismo propietario, la servidumbre se extinguía; en cambio en el segundo caso, las servidumbres no desaparecían, sino que revivían cuando los fundos volvían a pertenecer a distintos propietarios.

Por último, agregamos que en nuestro Código Civil, la servidumbre por destino del padre de familia se encuentra contemplada en los artículos 2994 y 3073; mientras que la servidumbre que revive lo hace en los artículos 2995 y 3057.

8. Jurisprudencia

Los fallos que citamos resultan demostrativos del criterio judicial que se aplicó en orden a la calificación o descalificación de

situaciones de hecho como servidumbres por destino del padre de familia.

“Gazzotti, Luisa H. c/ Merlo, Atilio R. y otra. Restricciones y límites al dominio”. Tribunal Supremo Corte de Justicia. Ac. 74.998.

El caso gira en torno a la naturaleza jurídica que se atribuya a las tres ventanas y un ventiluz que se encuentran sobre el muro medianero que separa a la unidad funcional n° 3 de la n° 2 y que dan a su patio. Las mismas, establecidas cuando el titular de las dos unidades en pugna era la misma persona, podrán revestir la calidad de “restricciones y límites al dominio” o la de servidumbres, naciendo en este caso por destino de padre de familia.

El fallo de primera instancia atribuyó razón a la actora, que reclamaba su derecho a levantar una pared que tapara las vistas que sobre su unidad funcional ejercía el accionado, titular de otra unidad funcional, a través de la misma.

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento de Mercedes, Sala II, revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda, confirmándola en cuanto rechazó la excepción de prescripción. Esta entendió que no se estaba en presencia de vistas (restricciones y límites al dominio), sino de servidumbres, que, por cumplir los requisitos que impone la normativa, había nacido por destino del padre de familia.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en sentencia unánime del 12 de diciembre de 2001, revocó el fallo de la segunda instancia. En primer lugar, la Corte sostuvo que la regulación de las restricciones y límites al dominio en nuestro Código Civil está totalmente separada de las servidumbres, haciendo hincapié en la nota del artículo 2611 que expresa: “En casi todos los códigos y libros de derecho esas restricciones se cuentan en el número de las servidumbres. Las restricciones y límites que en este título imponemos al dominio son recíprocamente impuestos a los propietarios vecinos por su interés respectivo y no suponen una heredad dominante ni una sirviente. 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”. Asimismo la Corte destacó las siguientes notas: “la restricción se relaciona con la fijación de compuertas o diques al ejercicio ordinario de dominio, es decir, consiste en una cualidad jurídica de todas las propiedades; las servidumbres, en cambio, constituyen una carga o gravamen real; la fuente jurídica de las restricciones es la ley, siendo que las servidumbres tienen como principal fuente la voluntad de los particulares; las servi-

dumbres, a contrario de las restricciones, suponen una heredad dominante y otra sirviente”.

Concluyó el alto tribunal expresando que el supuesto de servidumbre constituida por el destino del padre de familia previsto en el artículo 2978 del Código Civil no se configuró en autos; sino, por el contrario, el caso planteado constituyó una violación a la prohibición impuesta al vecino de abrir ventanas o troneras en ese muro sin consentimiento del condómino (art. 2654), deviniendo aplicable la pauta interpretativa del artículo 2656, cuando enuncia que esas luces no constituyen servidumbre.

Cámara Nacional Civil, Sala B, julio 19 de 2006. Autos: “Vilar, Jorge W. c/ Consorcio de Propietarios Superí 1860/63/64/66/68”.

Hechos. El actor demandó la demolición del muro colindante con el de su propiedad con sustento en que el demandado se habría alzado contra la servidumbre por destino del padre de familia que existiría a su favor al violar la prohibición de realizar ciertas construcciones. Asimismo invocó que había adquirido la servidumbre por prescripción veinteañal. El juez de primera instancia rechazó la demanda. Apelada la sentencia, la Cámara la confirmó.

La sentencia de primera instancia consideró que el actor no logró acreditar la servidumbre real de vista que invoca entre ambas propiedades, que como todo derecho real sobre inmuebles, debe constar en instrumento público (arts. 2979 y 2992, C. C.) y encontrarse inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La Cámara, por su parte, confirmó la sentencia del *a quo*, en base a los siguientes argumentos:

a) La doctrina interpreta que todos los supuestos de servidumbres por constitución del padre de familia aluden a servidumbres típicas reguladas por nuestro Código Civil; es decir, se trata de las llamadas “servidumbres en particular” contempladas en los artículos 3068 y siguientes. En cambio, lo que se invoca por actor es una atipicidad específica de servidumbre.

b) Considera que la que se postula, no es una servidumbre de vista, sino una servidumbre non faciendo, o sea, de aquellas clasificadas como negativas. Concluye, en base al artículo 3070 del Código Civil, que las servidumbres continuas no aparentes no pueden establecerse sino por título.

c) Por revestir la servidumbre invocada por el actor el carácter de *no aparente*, determina la imposibilidad de que una servidumbre tenga nacimiento de un modo fáctico o tácito, como en cambio sucede con la que surge por destino del padre de familia.

9. El examen de un caso en particular con las normas de aplicación

En la Introducción aludimos al caso en que se pretendió apelar a la servidumbre por destino del padre de familia para superar la restricción impuesta por un municipio. Desde la información que pudimos coleccionar y dejando a salvo alguna posible inexactitud, lo que patentizamos en condicional de nuestra redacción, consideramos útil analizarlo.

Al solicitarse la aprobación del plano de obra de un edificio que se construía en un partido de la provincia de Buenos Aires, compuesto de quince unidades funcionales y diez unidades complementarias destinadas a cocheras, la comuna rechazó el pedido de aprobación, indicando que el edificio debía contar con una cochera para cada unidad funcional.

Ante la imposibilidad del propietario del edificio de construir las cinco cocheras faltantes, la comuna sugirió que adquiriera cinco cocheras en algún edificio vecino al suyo, fijando un límite de distancia, y que constituyera una servidumbre vinculante. El propietario así lo hizo y realizó la inscripción registral definitiva. Las cocheras aparecían como fundos sirvientes y el lote de terreno como fundo dominante. Finalizada la construcción del edificio, corresponde someter al mismo al régimen de propiedad horizontal.

Para analizar los hechos precedentemente descriptos, debemos recurrir al concepto de servidumbre que nos brinda nuestro Código Civil, según el artículo 2970: "Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad". De ello resulta que dichos inmuebles deben pertenecer a propietarios distintos, pues nuestro derecho no admite la servidumbre sobre cosa propia (*nemini res sua servit*), o sea que siempre este derecho real debe recaer sobre cosa ajena. En el caso en análisis no se estaría cumpliendo con lo preceptuado en la norma legal, ya que ambos fundos pertenecerían a un mismo propietario.

Sin embargo, Vélez se encargó de incluir en la normativa civil una forma de constitución de servidumbre denominada *servidumbre por destino del padre de familia*, la cual tiene lugar cuando un mismo propietario, titular de dos fundos, haya sujetado uno respecto al otro con servidumbres continuas y apa-

rentes, y haga después una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares y sin que el contrato tenga convención alguna respecto a la servidumbre, juzgándose a esta constituida como si fuese por título (art. 2994). De ahí que, si se la constituye sobre un fundo de propiedad ajena, estaremos frente a un tipo diferente de servidumbre.

Desde el caso planteado, la primera objeción se le formula a la inobservancia del principio de que no se puede constituir una servidumbre sobre cosa propia. Luego le corresponde examinar si se cumple con los requisitos de *continuidad* y *apariencia*:

a) En cuanto al primero se podría argumentar que el titular del fundo dominante, el lote de terreno, puede hacer uso de las cocheras, lo que daría pie a sostener que este requisito es observado. Pero esto, que se parece más a la noción de discontinuidad, se aparta del principio que establece el artículo 3003 en el sentido que el acto constitutivo de la servidumbre debe procurar una utilidad real a la heredad, porque si fuera de mera comodidad para el individuo será reputada como que se constituyó a favor de una persona, alejándola conceptualmente de las que nos estamos ocupando. Por otra parte, si bien no es indispensable que los inmuebles se toquen (art. 3003, C. C.) en nuestro caso, la falta de proximidad torna dudosa la utilidad que se podría predicar.

b) No se cumple con el requisito de apariencia, por no existir signos exteriores que anuncien su existencia.

En el trance de someter el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal, proponemos la siguiente solución: en principio, sería necesario extinguir la servidumbre por *confusión*, es decir, por la identidad en la persona titular de ambos fundos. Luego, establecer el vínculo entre las unidades de vivienda y las cocheras que le pertenecerán en una suerte de indivisión forzosa, más allá de que no se pueda disponer de estas últimas sino a favor de algún propietario del edificio de viviendas².

2. Ver nota extendida en p. 238.

Nota extendida:

2. *Bibliografía consultada:* ACQUARONE DE RODRÍGUEZ, María T., *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido. Sus características, estructuras jurídicas y configuraciones documentales*, Buenos Aires, Ábaco, 1998; ALLENDE, Guillermo L., *Derechos reales: tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 y “Servidumbre por destino del padre de familia y servidumbre que revive”, *La Ley*, tomo 103, pp. 843 a 852; COLMAN LERNER, Horacio, “Nuevas formas de contratación: clubes de campo (*country clubs*)”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 801, mayo-junio 1985; DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Á. E., *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1982 (3ª ed.); HIGHTON DE NOLASCO, Elena L., “La prueba en los derechos reales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, pp. 131-209, n. n.14: Prueba II; LUVERÁ, Miguel Á., “Nota a fallo: Servidumbres. Servidumbres de vista. Servidumbre por destino del padre de familia. Artículos 2994 y 3073 del Código Civil. Falta de configuración. Atipicidad. Servidumbre de hecho. Servidumbres no aparentes. Las servidumbres continuas no aparentes no pueden establecerse sino por títulos”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 890, octubre-diciembre 2007; MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, A. N., “Temas de servidumbres” [referencia incompleta en el original], Buenos Aires, pp. 36 a 54; PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, C. M. y otros, *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 1995; REINA TARTIÈRE, Gabriel de, “Clubes de campo y servidumbre”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 882, octubre-diciembre 2005, pp. 25-40; SCOTTI, Edgardo O., “Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales”, *El Derecho*, 119-743; “Servidumbre: servidumbre por destino del padre de familia. Prohibición de realizar ciertas construcciones. Servidumbre negativa y no aparente. Título necesario para su constitución. Prescripción. Prescripción para adquirir. Usucapión. Improcedencia”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 887, enero-marzo 2007, pp. 207-213; URBANEJA, Marcelo E., “Constitución de servidumbre por destino del padre de familia”, *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 962, mayo-agosto 2009, pp. 631-640.