

TOMO XXXIII

Nº 1

**ACADEMIA NACIONAL DE
AGRONOMIA Y VETERINARIA**

BUENOS AIRES

REPUBLICA ARGENTINA

Servidumbres Rurales

COMUNICACION

DEL

ACADEMICO DE NUMERO ING. AGR. DIEGO I. IBARBIA



SESION ORDINARIA
dei 14 de Abril de 1979

ACADEMIA NACIONAL DE AGRONOMIA Y VETERINARIA

Fundada el 16 de Octubre de 1909

Arenales 1678 - Buenos Aires

MESA DIRECTIVA

<i>Presidente</i>	Dr. Antonio Pires
<i>Vicepresidente</i>	Ing. Agr. Gastón Bordelois
<i>Secretario General</i>	Dr. Enrique García Mata
<i>Secretario de Actas</i>	Dr. Alfredo Manzullo
<i>Tesorero</i>	Ing. Agr. Eduardo Pous Peña
<i>Protesorero</i>	Dr. Oscar M. Newton

ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Héctor G. Aramburu
Dr. Alejandro Baudou
Ing. Agr. Gastón Bordelois
Ing. Agr. Juan J. Burgos
Ing. Agr. Ewald A. Favret
Dr. Enrique García Mata
Dr. Mauricio B. Helman
Ing. Agr. Juan H. Hunziker
Ing. Agr. Diego J. Ibarbia
Ing. Agr. Walter F. Kugler
Dr. Alfredo Manzullo
Ing. Agr. Ichiro Mizuno
Dr. José J. Monteverde
Dr. Antonio Pires
Ing. Agr. Eduardo Pous Peña
Dr. José M. R. Quevedo
Ing. Agr. Arturo E. Ragonese
Dr. Norberto Ras
Ing. Agr. Manfredo A. L. Reichart
Ing. Agr. Alberto Soriano
Ing. Agr. Santos Soriano
Dr. Ezequiel C. Tagle

ACADEMICO EMERITO

Dr. Emilio Solanet

ACADEMICO HONORARIO

Ing. Agr. Dr. Norman Borlaug

ACADEMICOS ELECTO

Ing. Agr. Benno Schnack

ACADEMICOS CORRESPONDIENTES

Dr. Telésforo Bonadonna (Italia)
Dr. Felice Cinotti (Italia)
Ing. Agr. Guillermo Covas (Argentina)
Dr. Carlos Luis de Cuenca (España)
Ing. Agr. Armando T. Hunziker (Argentina)
Ing. Agr. Antonio Krapovickas (Argentina)
Ing. Agr. Jorge A. Luque (Argentina)
Ing. Agr. Ruy Barbosa P. (Chile)

SERVIDUMBRES RURALES

Distinguidos Señores Académicos:

Han querido las circunstancias que nuestra Corporación inicie un nuevo período de sus actividades bajo el alentador auspicio de hacer realidad el sueño de la casa propia. Si esto es estimulante para cualquier mortal, cuanto más importante será para una entidad que vive bajo el signo de la inmortalidad! Formulo votos para que así sea por lo menos mientras nosotros perduremos.

Bien quisiera que la minuta de comunicación con que se inicia este ciclo estuviera a la altura de tan importante acontecimiento.

He elegido para ello un tema de gran interés jurídico, frecuentemente origen de dificultades prácticas en el ámbito rural: el de las servidumbres en general y de las rústicas o rurales en especial. Específico ámbito de las dos disciplinas que esta Academia cobija.

GENERALIDADES

Es difícil formular una definición suficientemente comprensiva y exacta de esta figura jurídica. Es que las relaciones entre los hombres y las cosas y de los hombres entre sí, se desarrollan en infinitos planos de variables posibilidades que resultan difíciles —sino imposibles— de comprender en la síntesis de una definición.

Nuestro Código Civil lo ha intentado en su Art. 2970, diciendo: “*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*”.

Bien sabemos que el derecho de propiedad es aquel que permite a una persona disponer libremente de una cosa. Es el “jus utendi”, “abutendi” y “fruendi” del derecho romano, sin más limitaciones que las que reglamenten su ejercicio, en mérito a lo dispuesto en los Arts. 14 y 17 de nuestra Constitución Nacional.

Fraccionando conceptos conviene recordar que el “jus utendi” corresponde al derecho de usar una cosa; “jus abutendi” al de disponer de la misma cosa —no como maliciosamente se ha traducido alguna vez diciendo que era el derecho de abusar de una cosa— y el “jus fruendi” como el derecho de disponer de los frutos de una cosa.

El establecimiento de una servidumbre siempre implica una limitación de alguno de estos derechos en favor de un tercero. En favor de otra persona.

Con frecuencia se cae en el error de admitir que el derecho de servidumbre sobre una cosa se constituye a favor de otra cosa. En realidad, cualquier derecho se establece en favor de una persona; puede que a través de una cosa, pero nunca en beneficio de otra cosa. Las cosas no pueden ser sujetos de derecho ni recibir beneficios. Los derechos son sólo privilegio de las personas.

La servidumbre en algunos casos puede existir directamente, en favor de persona determinada. En otros, sea la persona que sea, a favor de cualquiera que sea dueño de una finca, por intermedio de una finca; pero no es ésta —no es la finca— la titular del derecho de servidumbre sino su propietario.

Las servidumbres siempre entrañan alguna restricción a la libertad de una persona, tanto si implican una limitación a los derechos personales, como cuando un propietario tiene que soportar el paso por su finca, de persona o personas extrañas; como a los derechos que integran el patrimonio, como cuando una persona debe abstenerse de construir por encima de determinada altura, con desvalorización de su dominio.

Normalmente, con relación a las demás personas, el derecho del propietario es excluyente; pero ya sea para un mejor ordenamiento social, —como la mejor explotación de un predio— o por decisión del mismo dueño —como en el caso del padre de familia que subdivide su dominio entre sus hijos— sus absolutas facultades de dueño quedan cercenadas, consintiendo él, algún aprovechamiento o derecho sobre las cosas que le pertenecen, limitando o estrechando sus facultades o sus derechos sobre alguna o algunas de ellas.

Estos aspectos de carga, gravamen o limitación con relación a un propietario y la facultad, derecho o beneficio para otra persona, debe reflejarse en una buena definición de la servidumbre.

Tomo de Guillermo A. Allende, “Tratado de las Servidumbres”, Pág. 26, la siguiente definición de servidumbres personales inspirada en el Art. 2972 del Código Civil que me parece suficientemente comprensiva, “es el derecho que la ley acuerda a una o varias personas para obtener un beneficio directo sobre una cosa ajena, con o sin dependencia de que sea poseedor de otro inmueble y con exclusión de los derechos reales de garantía”. Descarto la última frase: “con exclusión de los derechos reales de garantía” por no corresponder al tema que estamos tratando.

En cambio según el 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”.

Despréndese de lo dicho que la servidumbre, como toda relación jurídica, requiere elementos personales, reales y formales.

Son personales: cuando el propietario dueño de la cosa tiene limitado su dominio sobre ella (sujeto pasivo indeterminado, pues todo el que sea propietario de la cosa tendrá la misma limitación mientras la servidumbre exista); es real cuando esa limitación se constituye por intermedio de una finca cuya utilidad aumenta con la servidumbre establecida a su favor y disminuye para la finca que soporta la servidumbre y formales porque la ley determina los modos o formas de constitución o de su extinción, de las servidumbres.

El sujeto puede ser activo y determinado pues todo el que sea propietario

de esa cosa gozará de la facultad o beneficio de la servidumbre, sobre el fundo sirviente; o activo e indeterminado.

En el primer supuesto, cual si una persona tuviera permiso de pasar libremente por el predio de un terreno y en el segundo caso cuando una persona se ve obligada a soportar en su finca el paso de cualquiera hacia otra finca. En el primero disfruta de la servidumbre una persona con su nombre y apellido perfectamente individualizada, mientras que en el segundo es un inmueble cuyo titular, cualquiera que sea, tiene que permitir se pase por la suya a otra finca.

La cosa sobre la que recae la servidumbre y aquella cuya utilidad aumenta disponiendo de la servidumbre, deben ser de personas distintas; pues nadie puede ser al mismo tiempo sujeto activo y pasivo de la misma relación jurídica. Como nadie puede ser deudor y acreedor de sí mismo.

Este principio tiene consecuencias, como veremos más adelante al referirnos a distintos tipos de servidumbres.

Según Allende, pág. 10, para que una servidumbre exista debe haber:

“1) Un inmueble;

“2) Que el inmueble sea ajeno;

“3) Que se ejerza sobre él uno o algunos de los siguientes derechos: a) usar de él; b) ejercer ciertos derechos de disposición; c) impedir que el propietario los ejerza plenamente y d) limitar el ejercicio pleno del derecho del propietario sobre su propiedad.”

“La servidumbre constituye pues un derecho real: vincula al sujeto con una cosa y puede ser perpetuo o temporario.”

Perpetuo: cuando no tiene limitaciones en el tiempo como la obligación del propietario de tolerar el paso de las aguas que descienden de un fundo superior.

Temporario: cuando permite el tránsito por su finca a fin de permitir levantar una construcción en la vecina.

Las servidumbres pueden clasificarse de distintas maneras según el punto de vista del que sean consideradas. Pueden ser:

I – Activas y pasivas: la primera la ejerce el titular del predio dominante que tiene derecho a la servidumbre y la segunda el predio sirviente que tiene que soportarla.

II – Reales y Personales: servidumbre “es el derecho establecido por el poseedor de una heredad sobre una heredad ajena para utilidad de la primera” (art. 2971 C.C.), “personal es el derecho que la ley acuerda a una o varias personas para obtener un beneficio directo sobre una cosa ajena con o sin dependencia de que sea poseedor de otro inmueble,” (art. 2972 C.C.) cual si a una persona se le consiente que su ganado vaya a abrevar a la aguada del vecino. De donde deducimos que hay dos clases de servidumbres personales: servidumbre personal sin fundo dominante y servidumbre personal con fundo dominante.

Este punto plantea un complejo problema doctrinario relacionado con otras instituciones como el usufructo, el uso y la habitación que nuestro codificador ha zanjado reglamentándolos en un capítulo distinto de la servidumbre, no sin dejar de reconocer en algunos capítulos del Código que se trata de servidumbres personales.

En efecto. Usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia.

El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de una cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella, o de tomar de los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia.

Las diferencias esenciales entre las servidumbres personales y reales son las siguientes:

1) Las servidumbres personales existen a favor de una persona, sin depender de la posesión de fundo alguno. Las servidumbres reales, por el contrario, suponen siempre, como vimos, dos fundos, uno dominante y otro sirviente.

2) Las servidumbres personales, por lo mismo que son inherentes a la persona, se extinguen con ellas, si se trata de personas visibles, o al fin del plazo que la ley fija, si se trata de personas jurídicas, como lo establece el Art. 3004 en los siguientes términos: *“Cuando el derecho concedido no es más que una facultad personal al individuo; se extingue por la muerte de ese individuo; y solo dura veinte años si el titular fuere persona jurídica. Es prohibida toda estipulación en contrario.”* (En el mismo sentido además Arts. 2822, 2825, 2828 y 2829). Las servidumbres reales, por el contrario, subsisten después de la muerte del titular de ellas.

3) Las servidumbres personales pueden establecerse tanto sobre las cosas muebles como las inmuebles (Arts. 2807 y 2809 que reglamentan el usufructo y el uso y la habitación). Las servidumbres reales únicamente pueden constituirse sobre estas últimas (Art. 2970); es decir sobre inmuebles.

4) Las servidumbres personales pueden ser divisibles o indivisibles (Art. 3031); el usufructo es divisible; el uso y la habitación son indivisibles. Las servidumbres reales, por el contrario, consideradas en sí mismas, son siempre indivisibles. (Art. 1485)

III – Positivas y negativas: Son positivas, las de paso, equivalen a la ya mencionada clasificación de activas y pasivas pues sería positiva para aquel que disfruta de la servidumbre y negativa para aquel que la soporta.

IV – Continuas y discontinuas: Son continuas las que se ejercen permanentemente como una servidumbre de vista, en la que el propietario del fundo dominante se hubiera asegurado que en el fundo sirviente no se levantará una construcción que le impida ver el mar. Discontinua es la servidumbre cuando se ejerce en un momento determinado como cuando el que dispone de una servidumbre de paso la utiliza transitando por el predio sirviente o retirando agua de una fuente.

V – Pueden ser también aparentes y no aparentes: las primeras o aparentes cuando existe en el terreno huellas, tranqueras, terraplenes o empedrado que revelan el uso habitual del paso de un vecino y no aparentes cuando la existencia de la servidumbre no se exterioriza cual la servidumbre de vista a la que nos hemos referido anteriormente.

Dice el Art. 2976: “*Las servidumbres son visibles o aparentes, o no aparentes. Las aparentes son aquellas que se anuncian por signos exteriores, como una puerta, una ventana, las no aparentes son las que no se manifiestan por ningún signo, como la prohibición de elevar un edificio a una altura determinada*”.

VI – “Una última división que interesa a nuestros fines: Rústica y Urbana. Según una antigua concepción se tenía especialmente en cuenta la calidad de la finca dominante, de tal manera que si ésta era rústica la servidumbre se denominaba de igual manera; si se trataba de un edificio la servidumbre era urbana. Posteriormente se atendió no solo a la condición del fundo dominante sino también a la del fundo sirviente” (Allende, pág. 300)

Puede finalmente tomarse en cuenta exclusivamente si la servidumbre ha sido constituida a favor de un fundo rústico o de un fundo urbano. Dice el Digesto D. 8.222: Las servidumbres de los predios urbanos son éstas: levantar más alto y perjudicar las luces del vecino o no levantar más alto; también verter las aguas del tejado sobre el techo o suelo del vecino, suelo que puede ser rústico o urbano según sea su destino o no verterlas; como así mismo apoyar las vigas en paredes del vecino y finalmente hacer voladizo o cobertizo y otras semejantes”.

Según Ulpiano, D. 8. 3. 1. “las servidumbres de los predios rústicos son éstas: paso, conducción, camino y acueducto. Paso es el hecho de ir, de pasar un hombre, no de pasar con una caballería, con una tropa o con un vehículo. En cambio servidumbre de conducción es el derecho de transitar con una caballería, una tropa o un vehículo. Y así el que tiene paso no tiene conducción pero el que tiene conducción tiene también paso. De camino es el derecho de ir, de conducir y de pasar porque el camino contiene en sí, tanto paso como la conducción. Acueducto es el derecho de conducir agua por un predio ajeno”.

A modo de ejemplos, Allende, pág. 304, establece las siguientes combinaciones de servidumbres:

- “1º) Servidumbre continua y aparente: servidumbre de acueducto.
- “2º) Servidumbre continua y no aparente: altura no tolerada.
- “3º) Servidumbre discontinua y aparente: servidumbre de paso, cuyo camino se encuentra empedrado.
- “4º) Servidumbres discontinuas y no aparentes: la anterior pero cuya senda no se encuentra empedrada, ni tampoco existe otro signo exterior que revele su existencia.

5º) Positivas y negativas:

positivas: la de paso
negativas: la altura no tolerada.”

Tipicidad de las servidumbres: la enunciación de las leyes ¿es taxativa o simplemente enunciativa? El Código Civil dice: Art. 3000: “*Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor*”. Es decir las servidumbres no son utópicas.

SERVIDUMBRES DE TRANSITO

Hemos desarrollado los principios que rigen las servidumbres en general. Al terminar con las distintas formas en que se las clasifica, me referí a las servidumbres: 1) urbanas y 2) rústicas o rurales. Esta última categoría constituye el tema central de mi minuta de hoy y a ella me referiré a continuación:

La servidumbre de tránsito se establece por acuerdo de partes o por una sentencia judicial en favor de la persona que tiene su fundo encerrado, es decir, decapitado de toda comunicación con el exterior.

En efecto el Art. 3068 del Código Civil dice: “*El propietario, usufructuario, o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el campo público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a estas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarciendo todo otro perjuicio*”.

Interés Público. — Existe un interés general, social en que un fundo no se mantenga improductivo y la ley establece los medios para lograrlo.

Este derecho es imprescriptible por tratarse de un acto de pura facultad; en tal sentido el inc. 6º del art. 4019 establece: “*Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes (inc. 6) el derecho del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública*”.

Es una restricción a los derechos del propietario del fundo sirviente. En principio el propietario tiene el derecho de conceder o no una servidumbre, pero en este caso la ley se la impone.

No es la servidumbre en sí misma, sino el establecimiento de ella, lo que la ley autoriza: “*Es discontinua y no aparente cuando no hay algún signo exterior permanente de tránsito*”. Si existiera un signo exterior sería discontinua y aparente.

Caso del destino del padre de familia cuando se produce confusión y luego sobreviene una subdivisión.

Esta servidumbre no debe ser confundida con la obligación de dejar caminos o calles destinadas a la vialidad pública, dispuestas por los Códigos Rurales, Leyes Especiales o el Derecho Administrativo.

La autoridad que interviene en la aplicación de cada norma es distinta.

Quienes pueden reclamar la servidumbre de tránsito: Art. 3068: 1) el propietario; 2) el usufructuario y el usuario. No el locatario que tiene solo el derecho personal de requerir de su propietario que obtenga de otro fundo la servidumbre que necesita.

Condiciones para poder reclamar la servidumbre de tránsito:

- 1) Que la heredad que la reclama esté destituida de toda comunicación;
- 2) Que se satisfaga el valor del terreno necesario para la servidumbre;
- 3) Resarcimiento de todo otro perjuicio.

En este, como en casi todos los casos de servidumbre la prueba pericial tiene una gran importancia, de ahí, el interés que el punto tiene para los Ingenieros Agrónomos.

Atraigo la atención de que todos los autores le asignan decisiva importancia al informe pericial.

Dice el C. C. en su Art. 3069: “*Se consideran heredades cerradas por las heredades vecinas, no sólo las que están privadas de toda salida a la vía pública, sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación*”. Esta disposición pone bien en evidencia cual es el móvil del legislador.

La ley contempla dos situaciones:

- a) Cuando le falta toda salida a vía pública;
- b) Cuando la salida que existe sea insuficiente; como cuando la salida sólo permite el paso a pie o a caballo y la explotación del fundo dominante requiere el paso de carros.

Salvat dice: “*Pero el sólo hecho de que los medios de salir a la vía pública sean más o menos incómodos o requieran gastos o trabajos de relativa importancia, no basta para que la servidumbre de tránsito pueda ser reclamada, porque se trata de una servidumbre establecida por razones de necesidad, no de comodidad*”. Principio recogido por casi toda la jurisprudencia. (Salvat - Argañaraz, Derecho Civil Argentino. Derechos Reales. Tomo III, pág. 566, núm. 1946).

La Cám. Civil 2ª dijo: el 10 de Agosto de 1921, Gac. For., 33, pág. 363: en un caso en que la servidumbre se pedía para tener más fácil acceso a una estación del ferrocarril del Oeste, pero la heredad tenía salida a un camino público, y por consiguiente, fue negada; y la Suprema Corte, Buenos Aires, 23 de Octubre de 1912, VII, 6, pág. 261: el tribunal invoca el art. 3072, que como veremos en el número siguiente, se refiere al caso de ampliación del pasaje, en tanto que en el caso fallado la heredad que pretendía la servidumbre de tránsito por un costado, tenía por el otro negocio abierto a la vía pública: no era el caso de falta o insuficiencia de salida, sino de salidas más cómodas para la familia del dueño del negocio, y por consiguiente, correspondía no

hacer lugar al establecimiento de la servidumbre; el art. 3072 no era aplicable, pues faltaban las condiciones de los arts. 3068 y 3069.

Dice el Art. 3070: *“Una heredad no se considera cerrada por las heredades vecinas, cuando una parte no edificada de esta heredad, está separada de la vía pública por construcciones que hacen parte de ella”*.

La heredad es considerada un todo, de tal manera que cuando el propietario ha levantado un paredón que lo encierra, no puede invocar su propio encerramiento. Tampoco puede ser reclamada cuando por un hecho voluntario del dueño de la heredad que la reclama, ésta ha quedado sin salida a la calle.

Si por un cambio en las condiciones de explotación de la heredad, es necesario ampliar la servidumbre rige la siguiente limitación: Art. 3072: *“El propietario de un fundo de tierra no puede, levantando construcciones sobre el fundo, crearse un derecho de tránsito más extenso que el que le competía según la naturaleza originaria de su heredad”*. Cual si existiendo un pasaje para una explotación ganadera el propietario del fundo dominante levanta construcciones que requieran un paso mayor. Hay que armonizar esta disposición con la del Art. 3069, porque el principio es que se debe facilitar la actividad productiva.

No se pueden agravar las condiciones del ejercicio de la servidumbre; argumento Art. 3011: *“Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sea personal o real, sobre su extensión, o sobre el modo de ejercerla se interpreta a favor del propietario del fundo sirviente”*.

Fundos sujetos a la servidumbre de tránsito: Art. 3071: *“La servidumbre de tránsito es impuesta a todas las heredades contiguas al predio encerrado, sean habitaciones, parques, jardines, etc.”*

Impónese no sólo a los bienes particulares, sino así también a los públicos del estado no alterando su destino.

Si el pasaje puede ser tomado sobre varios fundos, rige el: Art. 3074: *“El tránsito debe ser tomado sobre los fundos contiguos que presenten el trayecto más corto a la vía pública. Los jueces pueden sin embargo 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 así lo exigen”*.

El juez puede apartarse del principio siempre que las circunstancias particulares así lo exijan. De ahí la importancia de la prueba pericial.

Hipótesis especial: Art. 3073: *“Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicado a cualquiera de los que lo poseían “proindiviso”, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino público, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna”*.

Si el encerramiento ha sobrevenido por un acto voluntario del dueño de la heredad encerrada:

1) No puede ser reclamada servidumbre de paso a las heredades contiguas a la antigua heredad. Debe ser reclamada a las heredades contiguas resultantes de la división.

- 2) Equivale a los casos de expropiación por causa de utilidad pública.
- 3) Sin indemnización alguna.

Efectos de la servidumbre de tránsito

Las reglas aplicables a todas las servidumbres, son las siguientes: para el dominante; exclusivamente para los fines que se constituyó y soportar los gastos de conservación. Debe el titular del fondo sirviente abstenerse de perturbar el paso pero podría cerrar su heredad respetando la servidumbre.

De aquí en adelante me atengo a las disposiciones del Código por ser suficientemente y hasta excesivamente reglamentarias.

Art. 3075: “El tránsito debe ser concedido al propietario del fundo encerrado, tanto para él y sus obreros, como para sus animales, carros, instrumentos de labranza, y para todo lo que es necesario para el uso y explotación de su heredad”.

Se extiende a los obreros, carros, instrumentos de labranza, dependientes, etcétera.

Art. 3079: “Si en la constitución de la servidumbre de tránsito no se expresa el modo de ejercerla, el derecho de tránsito comprende el de pasar de todos los modos necesarios, según la naturaleza y destino del inmueble al cual se dirige el paso. Si no se hubiere determinado el tiempo del ejercicio de la servidumbre, sólo se podrá pasar de día, si el lugar fuere cercado, y a cualquier hora, si no lo fuere. Cuando el derecho de tránsito tuviese determinado el modo de ejercerse, el dominante por ninguna causa o necesidad, puede ampliarlo ejerciéndolo de otra manera, o haciendo pasar personas o animales que no comprenda la servidumbre”.

Debe ante todo respetarse las cláusulas del acto constitutivo, aplicándose al Art. 3079, transcripto en el párrafo anterior.

Extensión de la servidumbre de tránsito

Por las causas generales: extinción o no uso o confusión.

1) Por cesación del encerramiento, Art. 3076: *“Si concedida la servidumbre de tránsito llega 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 le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse ésta se le hubiese pagado por el valor del terreno. Pero si el encerramiento del predio es el resultado de una partición o enajenación parcial, la servidumbre de tránsito constituida por las disposiciones de este capítulo, continuará subsistiendo a pesar de la cesación del cerramiento”.*

No se extingue por sí sola: debe pedirse la exoneración.

En caso de enajenación parcial o de un acto de partición no se extingue, por tener origen en una convención.

2) Por renuncia al derecho de tránsito expresa o tácita del dueño de la heredad dominante. Art. 3080 *“Habrá renuncia tácita del derecho de tránsito, si el dominante consiente en que el poseedor del inmueble sirviente cierre el lugar del paso, sin reservar de algún modo su derecho”*.

Dos condiciones:

a) Que el dueño de la heredad dominante no haya formulado reserva de su derecho.

b) Que haya tenido conocimiento de la clausura realizada del paso. No es necesario que la clausura perdure todo el tiempo necesario para que se opere la prescripción.

Servidumbre de tránsito sin encerramiento.

Puede ser establecido contractualmente exclusivamente por razones de comodidad.

Art. 3078: *“La servidumbre de tránsito que no sea constituida a favor de una heredad cerrada, se juzgará personal en caso de duda. Es discontinua y no aparente cuando no haya algún signo exterior permanente del tránsito”*.

Puede haber sido en el interés propio de la heredad o para conceder una ventaja personal. Véase: Art. 3003: *“Si el acto constitutivo de la servidumbre procura una utilidad real a la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real; pero al contrario, si la concesión del derecho no parece proporcionar sino un placer o comodidad personal al individuo, se considera como establecido en favor de la persona y sólo será real cuando haya una enunciación expresa de ser tal”*.

Art. 3081: *“La servidumbre de tránsito no se extingue aunque el paso llegue a no ser necesario para el inmueble al cual se dirige o aunque el dominante hubiese adquirido otro terreno continuo por donde pudiese pasar”*.
Derecho accidental de tránsito por heredades ajenas

Art. 3077: *“El que para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar su obreros por la del vecino, puede obligar a este a sufrirlo con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause”*.

Entraña una restricción del dominio sirviente al dispuesto ya por el Art. 2627: *“Si para cualquier obra fuese indispensable poner andamios, u otro servicio provisorio en el inmueble del vecino, el dueño de éste no tendrá derecho para impedirlo, siendo a cargo del que construyese la obra la indemnización del daño que causare.”*

En el caso de las abejas que huyen y son perseguidas por su dueño: si el dueño del fundo permite entrar, consiente en la constitución de mi derecho personal de tránsito del Art. 2546: *“Si el enjambre posare en terreno ajeno, cercado o cultivado, el dueño que lo persiguiese no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno”*.

OTRAS SERVIDUMBRES

Servidumbre de acueducto: Se construyen para llevar agua de un lugar a otro: bajo tierra o a cielo abierto.

Art. 3082: “*Esta servidumbre consiste en el derecho real de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por heredades ajenas*”.

Puede ser constituido por acuerdo voluntario o por disposición del Código Civil.

Dice el primer párrafo del Art. 3082: “*Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, o en favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización*”.

Es siempre continua y aparente.

I. – Casos de Servidumbre obligatoria de acueductos

1º) Cuando una heredad carece de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos.

2º) Cuando la conducción sea necesaria para el servicio doméstico de los habitantes de un pueblo.

3º) Cuando la conducción de las aguas sea necesaria para un establecimiento industrial.

II. – *Fundos sujetos a la servidumbre de acueducto*: En principio: toda heredad. Excepción: las casas, corrales, patios y jardines, y las huertas de menos de 10.000 m².

III. – *Condiciones requeridas para poder reclamar la servidumbre de acueducto*: Acreditar la necesidad del agua. Sujeto a la apreciación de los jueces. Indispensable una pericia.

IV. – *Necesario disponer de las aguas que se quieren llevar a través de una heredad ajena*:

Art. 3083: “*La servidumbre del acueducto, en caso de duda, se reputa constituida como servidumbre real. Es siempre continua y aparente, y se aplica a las aguas del uso público, como a las aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad competente; a las aguas traídas a la superficie del suelo por medios artificiales, como a las que naturalmente nacen; a las aguas de receptáculos o canales pertenecientes a particulares que hayan concedido el derecho de disponer de ellas*”.

Siempre mediante pago de una justa indemnización Art. 3082 in fine).

Art. 3085: “*El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada uno de los costados que no baje de un metro de*

anchura en toda la extensión de su curso. Este ancho podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias así lo exigieren. Se le abonará también un diez por ciento sobre la suma total del valor del terreno, el cual siempre pertenecerá al dueño del predio sirviente”.

V. — Efectos de la servidumbre de acueductos

Art. 3086: “El dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada de trabajadores para la limpieza y reparación del acueducto, como también la de un inspector o cuidador; pero sólo de tiempo en tiempo, o con la frecuencia que el juez determine, atendidas las circunstancias”.

Art. 3091: “El poseedor del inmueble sirviente puede usar de las aguas que corran por el acueducto descubierto, y llevarlas a su heredad, si con esto no causa perjuicio al predio dominante”.

Art. 3092: “No puede cubrir el acueducto abierto para utilizar el terreno, ni plantar árboles en los lados del acueducto sin asentimiento del dueño de la heredad dominante”.

VI. — Derechos y obligaciones del dueño de la heredad dominantes

Art. 3088: “Si el que tiene acueducto en heredad ajena, quisiere introducir mayor volumen de agua, podrá hacerlo indemnizando a la heredad sirviente de toda perjuicio que por esa causa le sobrevenga, y si para ello le fuese necesario obras nuevas, se observará lo dispuesto respecto a la construcción de acueductos”.

Art. 3089: “El dominante tendrá derecho para alzar o rebajar el terreno del inmueble sirviente a fin de hacer llegar a su destino las aguas del acueducto, y podrá también tomar la tierra o arena que le fuese necesaria”.

Art. 3090: “El dominante no podrá convertir el acueducto subterráneo en acueducto descubierto, ni el descubierto en subterráneo, privando al poseedor del inmueble sirviente el sacar agua o dar allí de beber a sus animales”.

VII — Casos de existir un acueducto en la heredad sirviente

Art. 3087: “El que tiene a beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo a las aguas de que otra persona quiera servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir un nuevo acueducto; y se le pagará el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto incluso el espacio lateral; y se le indemnizará de todo lo que valga la obra en la longitud que aproveche el interesado. Si le fuese necesario ensanchar el acueducto, lo hará a su costa pagando el valor del terreno, y el espacio lateral, pero sin el diez por ciento de recargo”.

De las servidumbres de recibir las aguas de los predios ajenos.

Art. 3093: “La servidumbre pasiva de recibir aguas de otro predio, se reputa servidumbre real, si no hubiese convención en contrario. Ella es siempre

...continua y aparente, si hubiese alguna señal exterior permanente de la salida de las aguas por el inmueble sirviente”.

Sobre aguas pluviales:

Art. 3094: “Cuando se hubiese constituido una servidumbre de recibir las aguas de los techos vecinos, el dueño del predio no podrá hacer salir o caer aguas de otro inmueble, aunque estas se reúnan a las del primero; u otras aguas que al tiempo de la constitución de la servidumbre salían o caían por otra parte, ni hacer salir o caer aguas servidas en vez de aguas pluviales”.

Art. 3095: “Si en el instrumento constitutivo de la servidumbre de recibir las aguas se hubiese omitido algún punto importante, se procederá al arbitramento judicial con el informe de peritos, pero bajo siguientes bases:

1º) Diciéndose en el instrumento que la servidumbre es de goteras o de recibir las aguas de los techos, sólo comprende las aguas pluviales y no las aguas servidas;

2º) Si se dice en el que es de las aguas de una casa, se comprenden todas las aguas servidas de esa casa incluso las de la cocina; pero no aguas inmundas o infestantes;

3º) Diciéndose que es de aguas de un cierto establecimiento industrial, sólo comprende las aguas empleadas en la elaboración de ese establecimiento y no otras aguas servidas;

4º) Si en general se dice en el instrumento que es de todas las aguas de una casa sin excepción, se comprenden las aguas servidas e infestantes”.

Art. 3096: “En la servidumbre pasiva de recibir las aguas de los techos, incumbe al poseedor del techo dominante conservar y limpiar los caños o tejados. Siendo dos o más los poseedores del techo dominante, o si los tejados o casas echaren aguas de dos o más casas, cada uno de ellos contribuirá a la conservación y limpieza de los caños o desagüe que arrojen las aguas”.

Sobre aguas artificiales:

No hay obligación de recibir las que salen al exterior por una obra de arte.

Art. 3097: “Los propietarios de los fundos inferiores están sujetos a recibir no sólo las aguas naturales sino también las aguas artificiales que corran de los terrenos superiores a los cuales hubiesen sido llevadas o sacadas de allí por las necesidades de riego o de establecimientos industriales, salvo la indemnización debida a los predios inferiores, teniendo en consideración los beneficios que pueda obtener de esas aguas”.

Art. 3098: “El propietario del terreno superior que haga descender aguas artificiales a los terrenos inferiores, está obligado a hacer los gastos necesarios en los fundos inferiores para disminuir en cuanto sea posible el daño que resulte de la corriente de las aguas”.

Art. 3099: “Los edificios, patios, jardines y las huertas en extensión de diez mil metros cuadrados, quedan libres de esta servidumbre”.

Sobre desagotamientos dice el Código Civil, Art. 3100: “Todo propietario que quiera desaguar su terreno de aguas que le perjudiquen, o para evitar que se inunde o que deje de ser bañado, o para la explotación agrícola, o para extraer piedras, arcillas o minerales, puede, previa una justa indemnización, conducir las aguas por canales subterráneos o descubiertos, por entre las propiedades que separan su fundo de una corriente de agua, o de toda otra vía pública”.

Art. 3101: “El paso de las aguas no puede ser reclamado sino a condición de proporcionarles una corriente suficiente para impedir que queden estancadas”.

Art. 3102: “Los edificios, patios, jardines, y los huertos en la extensión de diez mil metros cuadrados, están exceptuados de esta servidumbre”.

Art. 3103: “Los propietarios de los fundos que atraviesen las aguas, y los vecinos de estos fundos, tienen la facultad de servirse para la salida de las aguas de sus heredades, de los trabajos hechos, bajo las siguientes condiciones:

- 1) Restituir la indemnización que puedan haber recibido y contribuir a las que se hayan pagado a propietarios más remotos;
- 2º) Soportar una parte proporcional de los trabajos de que aprovechen;
- 3º) Satisfacer los gastos de las modificaciones que el ejercicio de esta facultad pueda hacer necesarias;
- 4º) Contribuir a la conservación de las obras que resulten comunes”.

De la servidumbre de sacar agua

Es el derecho de ir a tomarla de una fuente, aljibe o pozo existente en fundo ajeno. Al respecto establece el Código:

Art. 3104: “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”.

El dueño de la heredad dominante, tiene:

- 1º) Derecho de paso.
- 2º) Derecho de limpiar el aljibe, fuente o pozo.
- 3º) En la forma legislada sobre el tiempo y modo de ejercer la servidumbre.

Art.3107: “Si en el instrumento constitutivo de la servidumbre se hubiese omitido el tiempo y modo de ejercerla, se entenderá que el agua sólo puede ser sacada de día y no de noche. A no ser en circunstancias extraordinarias; y aún de día no puede ser sacada en horas inconvenientes”.

III. — Derechos del dueño de la heredad sirviente:

Art. 3106: “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”.

EL “LEADING CASE”

Los americanos del norte, en la misma medida que nosotros nos remitimos a la jurisprudencia no siempre coincidente y muchas veces discordantes de los distintos tribunales judiciales de la República; tienen el hábito de referirse a un “caso líder” un caso “piloto”, que equivale a nuestra jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación que fija la interpretación de las normas cuya dilucidación se pide en sus estrados. Dada la forma de organización constitucional y judicial de nuestro país, no todos los juicios pueden llegar a la Corte.

Por eso, en la materia que tratamos tenemos que remitirnos a la jurisprudencia, local, reciente, en este caso de la Provincia de Buenos Aires, pues, sólo en casos excepcionales contiendas de este carácter continúan en la Suprema Corte de la Nación.

Corresponde: exp. 26.663 “S. C. c/ I. H.”

EL HECHO DESENCADENANTE

Este diferendo nace cuando el Sr. J. C. S. C., propietario de “El Cardalito” (enmarcado en verde en el plano adjunto) procede a cortar el alambrado medianero con “Los Nogales” (en marrón en el plano) y a construir, sin autorización un cargador “a caballo” del medianero de manera que su playa de maniobras quedaba dentro de “Los Nogales”.

Como no podía ser de otra manera la respuesta de los propietarios de “Los Nogales” fue cancelarle el permiso de paso que, por tolerancia de los demandados, el actor utilizaba por las huellas: y después (plano 3) que pasando por el extremo NE de “Los Nogales”, continúa a través del campo vecino “San Isidro” (enmarcado en azul en los planos) —por permiso exclusivamente concedido a los demandados por sus propietarios, los Sres. R. L.— hasta el camino de General Madariaga a Mar de Ajó.

S. C. promueve la demanda para obtener una servidumbre de paso que le permita salir al camino de General Madariaga a Mar de Ajó, sosteniendo que “El Cardalito” es un fundo encerrado y “que la salida natural del campo “El Cardalito”, al camino público y ruta provincial N° 11, que une las ciudades

de General Madariaga con la localidad de Mar de Ajó partido de General Lavalle, —desde tiempo inmemorial ha sido a través del campo “Los Nogales” de los demandados y del campo “San Isidro” de los Sres. R. L. (líneas de puntos , +.+.+.+ y -.-.-.- en el plano) 3) (Fs. 52).

No accionó contra los Sres. R. L., propietarios de San Isidro.

EL PROBLEMA

Se trata de determinar cual es la salida que, legalmente, le corresponde a “El Cardalito”.

El primer dueño del campo fue Don G. J. de C., a quien le correspondió por decreto de fecha 5 de julio de 1819 de la Junta Provincial del Río de la Plata. El Sr. C. había denunciado el 3 de agosto de 1811 el campo conocido como “Los Medanitos”, hoy “Los Nogales”.

Al morir C. le suceden por testamento del 26 de enero de 1828. sus tres hijos, don M. T. —rama que nos interesa— M. e H. C., quienes parten la herencia por escritura pública el 17 de julio de 1831. En esa escritura la partición adjudica íntegramente el campo de “Los Nogales” a M. T. C.

El campo fue mensurado en 1855 por don J. B. Esta mensura, aprobada el 15 de febrero de 1856. dio una superficie de 12.000 hs. para todo el campo (Se expresa en leguas cuadradas).

Don M. T. C. muere intestado el 12 de febrero de 1878 y lo suceden por condominio por escritura pública pasada ante el Escribano Don T. M. de fecha 12 de noviembre de 1879. En ese acto se le adjudican los lotes 9 al Dr. J. C. y el 10 a la viuda. Estos números de los lotes corresponden a un plano confeccionado por el agrimensor C. Este último lote, N^o 10, se lo compra el Dr. J. C. a la viuda. (Váase la numeración de los lotes en el plano 3).

Estos dos lotes son los que hasta hoy conservan el nombre de “Los Nogales”.

Don J. C. muere en la revolución de 1890 —26 de julio de 1890— en la esquina de Talcahuano y Viamonte. Era del bando de los revolucionarios. Lo suceden sus diez hijos y su viuda.

Los herederos de Don J. C. venden las dos fracciones que forman “Los Nogales” a los Sres. A. y P., según escritura del 6 de mayo de 1904.

El 26 de abril de 1909, el Sr. P. le vende su parte en el condominio a B. A. quien, finalmente el 17 de mayo de 1930 vende a Don D. I. todo el campo. La superficie de los lotes 9 y 10 del plano de Cascallares es de 2.036 has. que es la superficie actual del campo.

De acuerdo a las disposiciones legales pertinentes y a toda la jurisprudencia, el “fundo cerrado” debe buscar su salida por la propiedad que le dio origen. vta., art. 3073 del Código Civil. No puede ser por “San Isidro” de los R. L., que nada tuvieron que ver con las 12.000 hs. vecinas de los Sres. C.; sino a través de las fracciones resultantes de la división que les dio origen; es decir el campo que fuera de Don M. T. C.

En resumen: En 1879 los sucesores de M. T. C. dividen el inmueble de 12.000 hs. en doce fracciones de 1.000 hs. cada una: once para sus hijos y una para su viuda. De esa división nacieron "Los Nogales" hoy con 2.000 hs. y "Los Guindos" originariamente de 1.000 hs. y que luego fuera subdividido en "Cardalito" y "Los Guindos" (Véanse planos 3).

De manera que "El Cardalito" debe tener su salida por las fracciones resultantes de la división de las 1.000 hs. que fueran de Don M. T. C.; inclusive por "Los Nogales", pero nunca por "San Isidro" de los Sres. R. L.

LA SOLUCION

Descartada la salida del NE por "San Isidro", le queda a "El Cardalito":
A) La posibilidad de salir por "Los Nogales" (línea de ---.-.-.-. y terraplenes 1 y 2 en el plano 3) empalmando en "San Martín" con la huella original plano 3), huella marcada ----- en el plano 3, que es por donde tiene su salida "Los Guindos" de Don P. M., a través justamente de "El Cardalito" (Véase carta topográfica del Instituto Geográfico Militar (fs. 63), planos de la Dirección de Vialidad (fs. 189), Pericia de (fs. 217 a 221) y su ampliación de fs. 235).

El propio actor lo admitió al contestar las preguntas tercera y cuarta de fs. 229 y a fs. 117 vta. al decir: "nunca el campo "El Cardalito" tuvo acceso más (se refiere al camino de "Los Guindos" a La Tablada) que a una isla de aproximadamente de 50 hs. pero ello le impide llegar al grueso de su explotación.....", lo constató el Tribunal de Trabajo en su Inspección Ocular (Véase acta de fs. 245), lo reconocieron los testigos (Véase respuesta del testigo G. a la undécima pregunta de fs. 231) y el propio sentenciante del primer "Guindos" que está detrás de "El Cardalito" debe aceptarse", agregando "pero no sabemos si lo hace habitualmente por otras salida", no obstante haberlo reconocido así su ocupante G. en el interrogatorio mencionado.

Además, por ese camino tienen salida los campos ubicados más al Norte: "Los Paraísos" y "El Mangrullo".

Huella que se está haciendo calle como tuvo ocasión de comprobarlo el Tribunal del Trabajo en su Inspección Ocular (fs. 84) e informe del Perito (fs. 217) y (Véase en el plano 3) la calle ya abierta entre "Los Nogales" y la propiedad de E. F. (La Margarita).

UN "CAÑADON" DIVIDE "EL CARDALITO"

Lo que ocurre es que, por ese rumbo, internamente, "El Cardalito" tiene un cañadón que lo divide y le impide al Sr. S. C. llegar en automóvil hasta el puesto que tiene ubicado en el extremo N. E. de su campo. El mismo cañadón que "Los Nogales" ha superado construyendo terraplenes (1 y 2 del plano 3).

Con rural simpleza, haciendo mérito de las tradicionales costumbres de la zona, lo definió el testigo G. a fs. 230 diciendo que a "El Cardalito" se llega "en automotor por "Los Nogales" y a caballo por donde quiera". Lo que pasa es que el Sr. S. C. quiere recorrer su campo en automóvil.

LAS NORMAS APLICABLES

El primer voto dijo: 'La tolerancia de paso, aún desde tiempo inmemorial, no es causa suficiente para imponer una restricción forzosa del dominio" (fs. 360 "in fine", punto a); "aunque el camino sea más largo y costoso" (fs. necesidad" (fs. 359). Lo que obstruye la circulación en automóvil *dentro* de "El Cardalito" es el cañadón que lo divide. Agregando: "o como en el caso de autos, cañadones, que pueden ser sorteados por la ejecución de obras cuya realización no sería confiscatoria o depredatoria de la propiedad, ni excesivamente onerosa" (fs. 359), como lo ha determinado la pericia de fs. 220 a ffs. 221.

32.484 — SC Buenos Aires, diciembre 5-1978. S. C. c/ I. —————
María T. y otros (L. 26.663).

La Plata, diciembre 5 de 1978. — ¿Es fundado el recurso de inaplicabilidad de ley?

El doctor *Colombo* dijo:

1º La sentencia de Cámara de fs. 355, confirma la de fs. 307 pronunciada por el tribunal del trabajo actuando en el fuero rural, en cuanto establece una servidumbre rural de paso a favor del inmueble del actor Juan C. S. C. — — — sobre el predio "Los Nogales", de M. M., M. T., F. E. y D. J. I. — — — — quedando el primero en calidad de predio dominante y el segundo como predio sirviente. Se especifica la extensión que tendrá la indicada servidumbre.

2º La parte demandada interpone recurso de inaplicabilidad de ley a fs. 376, donde expresa, en lo principal, que se han violado las normas de los arts. 3068 y 3073 del código civil porque el pronunciamiento judicial impugnado concede una servidumbre luego de reconocer que el predio no está destituido de toda comunicación con el camino público; no es, pues "fundo enclavado", Por otra parte, el fallo confunde el origen del campo "El Cardalito" que no nació de una subdivisión de "Los Nogales" y sí de una de las fracciones originales en que fue subdividido el fundo del General Campos. La consecuencia es que "...no existiendo subdivisión de la cual los demandados sean responsables, la salida de "El Cardalito" es la que invariablemente se usara desde la subdivisión de las tierras del General Campos, por el centro del loteo, o sea la salida Oeste de la fracción motivo de la *litis*".

Aducen asimismo los recurrentes que la aplicación del citado art. 3073 conduciría a una sentencia "lítica" porque ellos no tienen servidumbre sobre el campo San Isidro, sino únicamente un permiso precario. Por esa razón, al contestar la demanda que, en el supuesto de resultar vencidos "El Cardalito" tendría, de acuerdo a las claras disposiciones legales, conexión directa con camino público (ya que Los Nogales la tiene) a través de Los Nogales pero nunca por San Isidro". El ejercicio de la servidumbre dependería de la buena voluntad de los propietarios afectados; por consiguiente existiría "falta de acción" y sería procedente la excepción de defecto legal.

Siempre a juicio de las partes vencidas, la doctrina desarrollada por el juez de Cámara que votó en primer término (no obstante la conclusión adversa a que éste llega) le es totalmente favorable. Efectivamente, según la opinión del autor que se menciona a fs. 370 vta., el precepto del art. 3068 sólo es aplicable a los supuestos de encierro producido por caso fortuito o fuerza mayor, que aquí no se ha producido; o es desconocido el origen de tal encerramiento, lo que en este caso no acontece: el campo debe tener salida por alguno o algunos de los lotes en que se desmembró todo lo que fuera del General Campos, pero nunca por "San Isidro".

A fs. 381 se reitera que se ha incurrido en error al partir de la base de que tanto "El Cardalito" como "Los Guindos" fueron desmembrados de "Los Nogales" para, de ese modo, llegar a la conclusión de que aquella venta suponía e implicaba la voluntad tácita de las partes de constituir o establecer la servidumbre a favor de los nuevos fundos. Lo real es que, como se admite en la sentencia, a fs. 359, los demandados son titulares del dominio de dos de las doce fracciones de mil hectáreas cada una que originariamente integraron la propiedad del General Campos. "El Cardalito" y "Los Guindos" nacieron de la división de una tercera fracción, también de mil hectáreas, que no tiene relación alguna con "Los Nogales". Se ha incurrido, por lo dicho, en una contradicción por una falsa aplicación de la doctrina y en un grave error en la apreciación de la prueba. Es cierto que desde 1966 hasta 1971, uno de los condóminos de "Los Nogales", el doctor D. J. I. — — — — tuvo el dominio de "El Cardalito", pero ello no significa que dicho campo perdiera su individualidad.

En el recurso se puntualizan otros errores que se habrían producido como consecuencia de los anteriormente señalados; se imputa una alteración de lo manifestado por el perito a fs. 220: la inexactitud de la existencia de un "inmenso cañadón". Se rebate la referencia al "progreso" y a la "función social de la propiedad" en cuanto la aplicación de tales conceptos debió haber conducido a la solución opuesta a la establecida en el pronunciamiento judicial objetado.

De la pericia se infiere —estiman los recurrentes— que las condiciones de transitabilidad por "Los Nogales" son semejantes a las del camino Oeste, vale decir, por "San Martín" y "Las Margaritas"; el informe de Vialidad que obra a fs. 186, ha sido interpretado arbitrariamente, lo mismo que las cartas del Instituto Geográfico Militar.

Termina el escrito de recurso destacando otras inconsecuencias y equívocos del fallo.

3º Anticipo que, a mi modo de ver, la correcta solución de este pleito es la que contiene el voto del juez de Cámara que ha quedado en minoría. Como expresa con acierto, sobre la base del contenido de la relación procesal y prueba acumulada, los factores básicos de decisión son aquí los siguientes:

1. De conformidad con la norma del art. 3073 del cód. civil, invocado en la demanda, era condición que el "encerramiento" tuviera causa directa e inmediata en la venta realizada al actor por el codemandado D. J. I. del campo "El Cardalito", "... y tal presupuesto de hecho no aparece configurado en autos".

2. No se ha probado que los accionados dispongan de una servidumbre real y efectiva que les permita comunicarse con la vía pública: sólo cuentan con la “tolerancia” de otros vecinos, como el propietario del campo “San Isidro” que no ha sido parte en esta causa. En tal situación el fallo que reconociera la servidumbre pretendida en la demanda podría llegar a ser de cumplimiento imposible.

3. Como consecuencia de la venta no se ha producido enclavamiento alguno. La pericia afirma que existe un camino vecinal que permite el acceso al campo “El Cardalito”. Hay, pues, acceso a la vía pública.

4. Cuando un predio tiene salida por uno de sus extremos, como ocurre en este caso, esa situación no puede asimilarse al enclavamiento, aunque existan dificultades derivadas de la existencia de un “cañadón”: lo adquirido por la parte demandante ha sido todo el campo “El Cardalito”.

5. No ha existido caso fortuito o fuerza mayor que puedan tornar procedente la exigencia relativa a la servidumbre de tránsito.

6. Cualquier acuerdo sobre constitución de servidumbre debió ser expreso (art. 2977, cód. civil), pues no existe base para suponer un acuerdo tácito entre comprador y vendedor que tuviera por contenido facilitar el paso.

4º He reseñado las motivaciones a que acabo de hacer referencia, no sólo porque como ya lo he manifestado, coincido con ellas, sino también porque fijan los extremos de hecho que constituyen el sustrato de la decisión.

1. He tenido ocasión de expresar, antes de ahora, que para decidir el recurso de inaplicabilidad de ley no deben ser dejadas de lado las circunstancias especiales que la causa pueda revestir; si así no fuere, se correría el riesgo de que las meras abstracciones prevalecieran sobre una realidad que exige una adecuación de las normas aplicables, sin transgredirlas. Si bien la función de casación es primordialmente de control jurídico y no de reexamen de los hechos, no es menos cierto que no debe ignorarlos causa (Ac. 24.116, “Nardi”, noviembre 1-977; ED, 80-299).

2. Pues bien: aunque indirectamente y a través de la reseña que de las objeciones que contiene el recurso expuesto (suc. II) ya pueden inferirse cuáles son las motivaciones del voto de la mayoría, es pertinente volver a sintetizarlos: Son: 1) Es improcedente la denominada excepción de “defecto legal”; 2) Según el croquis de Fs. 216, “San Isidro” no es fundo desmembrado del que fuera único del General Campos; 3) El actor dirigió su demanda contra quien a su juicio, provocó su encerramiento y que precisamente, le vendió el fundo que posee “es decir, que se da la otra hipótesis de encerramiento que contempla el art. 3073. No existe, por tanto, imposición legal de demandar a “San Isidro”; 4) El caso debe resolverse por aplicación del art. 3073; 5) Tanto “El Cardalito” como “Los Guindos” fueron desmembrados de Los Nogales”. Por consiguiente “aquella venta suponía o implicaba la voluntad tácita de las partes de constituir o establecer la servidumbre a favor de los nuevos fundos para impedir su encerramiento...”; 6) Luego de un detenido análisis de las normas legales que resultarían aplicables o no, en el fallo, a fs. 361 vta./362,

se dice que aun demostrado que desde el punto de vista jurídico la razón está de parte del actor . . . tal afirmación puesta de manifiesto precedentemente caería en forma más que estrepitosa” si de las actuaciones no resultare (por la prueba que a él incumbía producir) que su fundo estaba “enclavado” sin salida al camino público (arts. 3068 y 3073, cód. civil).

3. Es justamente en este último aspecto donde el voto de la mayoría resulta, en mi concepto, altamente vulnerable.

De la pericia de fs. 217 resulta que: La servidumbre de paso que demanda el actor depende del paso por el campo “San Isidro”. En este aspecto, que es uno de los fundamentales, parecería que la pericia hubiera sido descalificada a fs. 362, simplemente porque el dictamen pericial no obliga al juez, sin dar otras razones y no obstante que a continuación se otorga valor al informe del experto en cuanto al tipo de terraplén que el demandante debería construir para poder recorrer todo su campo en automotor. Nada mejor que transcribir el párrafo definitorio de toda la situación que se plantea en el fallo, que obra a fs. 363. Se expresa: “Es decir, en síntesis, que el actor, por el lado oeste no puede ingresar a todo su campo hasta el puesto, sino tan solo en una superficie que represente el 10 % (ver croquis) y mucho menos, hacerlo en automóvil y así también se desprende del informe de fs. 179 y del dicho categórico del testigo Domingo Góngora: Que en automotor por “Los Nogales” y a caballo por donde quiera”.

Como la parte demandada sostuvo que lo que el actor pretende es una vía cómoda y no necesaria (arts. 3013, 3025) y concs., cód. civil), en el voto de la mayoría se replica que “compartir tal criterio equivale a significar que debe darse espaldas al progreso”. Para llegar a esa conclusión, a fs. 363 vta., en ríspido párrafo se sostiene que “Solamente una persona aferrada tenazmente a nuestras viejas costumbres tradicionalistas” puede pretender que recurra al caballo y no, a los automotores, como lo aconseja el “tecnicismo”.

4. Por mi parte, estimo que para decidir este pleito no es necesario tomar partido en esa singular controversia porque según resulta de la prueba y de lo que se tiene por probado por los jueces de Cámara, el esquema es bien simple: si el actor quiere utilizar equinos, no tiene problemas; si prefiere automotores, debe construir un terraplén. Frente a esa disyuntiva, pasa a gravitar otro factor al que antes aludí, es decir, la servidumbre que reclama el accionante depende del paso por el campo “San Isidro” y los de otros propietarios que no han tenido intervención en este proceso. Esta última circunstancia, que por sí sola sería decisiva, contribuye como lo he dicho— a resolver la indicada disyuntiva y, contrariamente a lo que se asevera a fs. 363, demuestra que lo que se pretende es una salida cómoda, mediante una sentencia de ejecución imposible.

A mi modo de ver es, asimismo, decisiva otra consideración también directamente vinculada a la subsunción de los hechos a la norma del art. 3068 del cód. civil. Según ésta, el propietario que tiene derecho a imponer la servidumbre de tránsito es el que tiene el dominio “de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades”.

Ahora bien, en la sentencia, luego de reconocer que no es fácil determinar si, en el caso, debe estimarse que el fundo del actor está encerrado o enclavado, puesto que limita con una calle pública, se llega a la conclusión de que sí, lo está porque no existiría razón para obligar a ejecutar una obra “que si bien no sería confiscatoria o depredatoria ni excesivamente onerosa”, de todas maneras significaría inconvenientes; si se concede la servidumbre, la explotación de “Los Nogales” no se vería afectada. Pero “lo que mueve e inclina fundamentalmente el voto” es que este pleito deriva de una situación personal planteada entre las partes.

Reconociendo a esa fundamentación el alto valor que indudablemente tiene y ateniéndome a la para mí clara voluntad de la ley expresada en el ya mencionado art. 3068, juzgo que el fundo de que se trata “no está destituido de toda comunicación con el camino público”, simplemente porque como en el mismo fallo se admite, “limita con una calle pública”. Y, entonces para que el razonamiento del pronunciamiento judicial, a que acabo de aludir, fuera válido, tendría que dejar de lado la diferencia que también ya he señalado entre acceso necesario y acceso cómodo. Y, como se ha visto, la salida suficiente para la explotación en la forma que más conveniente aprecie el actor, ni es imposible ni excesivamente onerosa.

5. La solución de la situación aquí planteada, así como la correlación de los preceptos de los arts. 3068 y 3069, resulta clara en la exposición de Salvat-Argañaraz, “Derecho Civil Argentino. Derechos Reales”, t. III, p. 566, núm. 1946, donde se expresa: “Tenemos, pues, dos casos de encerramiento en el sentido de la ley: 1) Cuando falta toda salida a la vía pública; 2) Cuando la salida que existe sea insuficiente, por ejemplo, en los siguientes casos: si existe un callejón angosto, que solo permite pasar a pie o a caballo y la explotación del fundo exige pasar con carros, camiones u otros medios análogos de transporte; si el fundo da sobre un río que es impracticable, es decir, que no puede ser pasado sin peligro; etc.” Luego de agregar que concurriendo esas circunstancias el derecho a la servidumbre existe cualquiera sea la clase de explotación del fundo, aclara: “Pero el solo hecho de que los medios de salir a la vía pública sean más o menos incómodos “o requieren gastos o trabajos de relativa importancia”, no basta para que la servidumbre de tránsito pueda ser reclamada, porque se trata de una servidumbre fundada en razones de necesidad, no en motivos de comodidad”. El tratadista mencionado cita en apoyo de su opinión una sentencia de esa Corte, del 23 de octubre de 1912, VII, t. 6, p. 261 (nota 217).

Comentando el art. 682 del cód. civil francés —fuente de nuestro art. 3068— Baudry-Lacantinerie y Chauveau destacaron que no debe ser considerado fundo “enclavado” aquél que puede tener salida mediante la realización de trabajos “que no sean desproporcionados con el resultado a obtener” y, precisando también ellos el sentido de la norma, señalaron que “el paso que la ley acuerda es un paso de necesidad y no un paso de utilidad; todavía menos, un paso de comodidad o de placer o esparcimiento” (“Traité”, 1905, t. VI, p. 782).

6. Juzgo pertinente formular la aclaración de que si bien al determinar que lo que se pretende es un paso “cómodo” sin que los trabajos que no se quieren realizar sean desproporcionados, tomo como punto de partida una cuestión de hecho, este presupuesto no importa desbordar la función de la casación justamente porque, según ya hemos visto, en la sentencia (voto de la mayoría) se afirma que la obra no es “excesivamente onerosa”.

7. Frente a la conclusión a que llego, resulta innecesario esclarecer si el campo del demandante tuvo origen en un desmembramiento o subdivisión directos del que perteneció al General Campos, o no, pues no mediando “enclavamiento” o “encerramiento” ni “separación del camino público”, la hipótesis del art. 3073 carece aquí de aplicación.

En consecuencia, decido que la sentencia recurrida debe ser casada, desestimándose la demanda; con costas del juicio al actor (art. 63, cód. procesal). Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

Los doctores *Ibarlucía (h.)*, *Renom*, *Gambier Ballesteros* y *Peña Guzmán*, por los mismos fundamentos, votaron también por la afirmativa.

— Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso interpuesto y se revoca la sentencia impugnada, desestimándose la demanda; con costas del juicio al actor (art. 68, cód. procesal). La regulación de honorarios profesionales que corresponda practicar a esta Corte se hará en su oportunidad. — *Caros A. Renom*. — *Carlos J. Colombo*. — *Armando Ibarlucía (h.)*. — *Alfredo Gambier Ballesteros*. — *Gerardo Peña Guzmán* (Sec.: José I. Brito Peret).

Resumen en “El Derecho” Tomo 85, págs. 630 y 631 Suprema Corte. La Plata, diciembre 5-978 - J. C. c/ I., M. T. y otros.

SERVIDUMBRE: Servidumbre de tránsito. Fundo no destituido de toda comunicación.

1. Para decidir el recurso de inaplicabilidad de ley no deben ser dejadas de lado las circunstancias especiales que la causa pueda revestir; si así no fuere, se correría el riesgo de que las meras abstracciones prevalecieran sobre una realidad que exige una adecuación de las normas aplicables, sin transgredirlas. Si bien la función de casación es primordialmente de control jurídico y no de reexamen de los hechos, no es menos cierto que no debe ignorarlos.

2. Sería de cumplimiento imposible la sentencia que recayera en un juicio en el que se reclama una servidumbre que depende del paso por campos de quienes no han tenido intervención en el proceso.

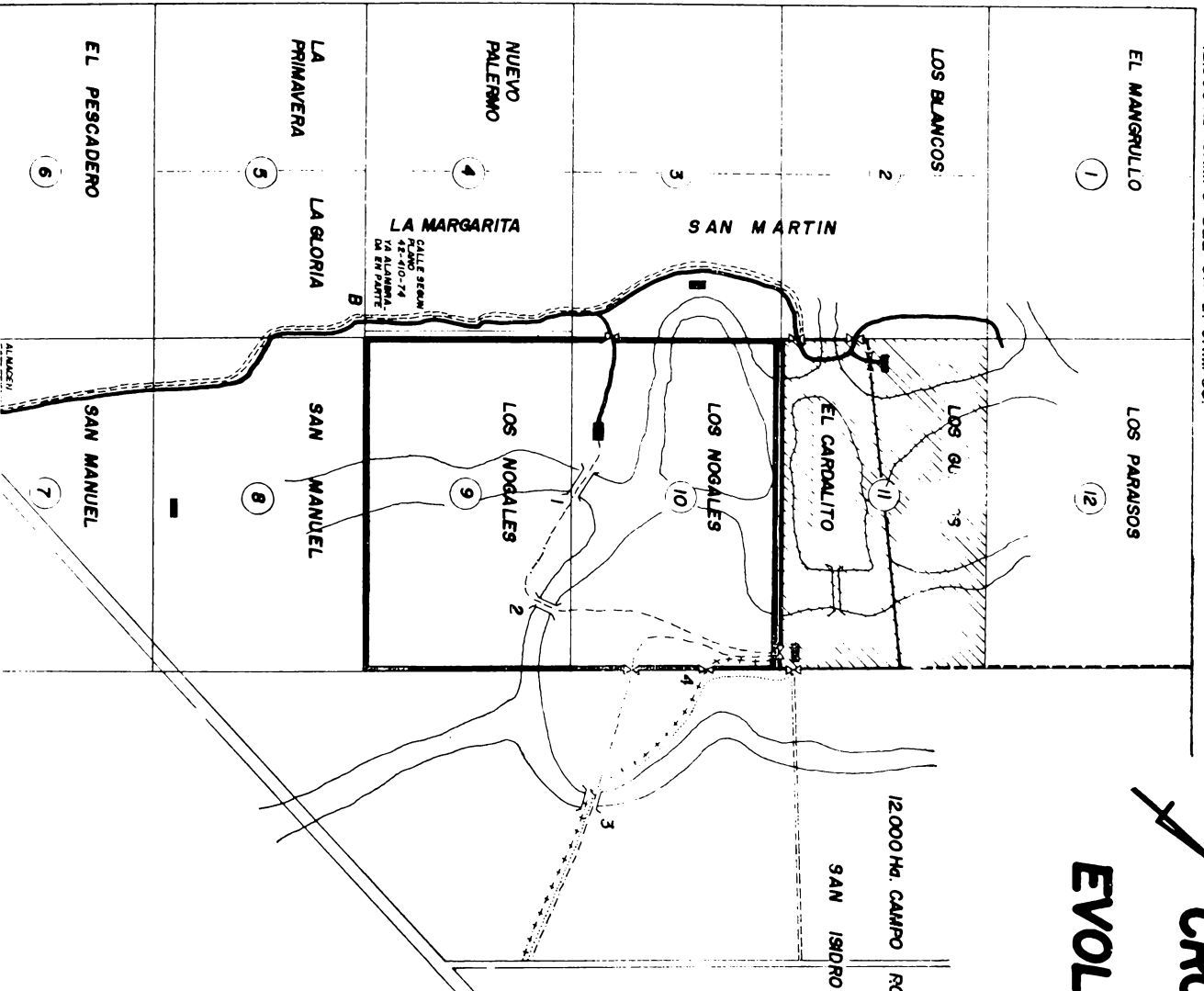
3. Corresponde desestimar la demanda tendiente a obtener una servidumbre de tránsito, si el fundo de que se trata no está destituido de toda comunicación con un camino público, y la salida para la explotación en la forma que más conveniente aprecie el actor, ni es imposible ni excesivamente onerosa;

ya que el paso que la ley otorga es el necesario y no el de una mera comodidad.

4. No importa desbordar la función de casación el determinar —tomando como punto de partida una cuestión de hecho— que en el caso se pretende un paso “cómodo”, sin que los trabajos que no se quieren realizar sean desproporcionados, si en la sentencia se afirma que la obra no es “excesivamente onerosa”.

5. No se da la hipótesis del art. 3073 del Código Civil, si no media enclavamiento, o encerramiento ni separación del camino público.

SUBDIVISION
12000 HA CAMPO DEL GRAL. CAMPOS.



**EVOLUCION DE UBICACION
Y
ACCESO DEL "EL CARDALITO"
(EN AUTOMOVIL)**

REFERENCIAS

- ACCESO USADO POR EL SR. LARRONDO PARA SALIR DE LOS FRUTOS
- FRACCIONAMIENTO ORIGINADO EN LA SUC DEL GRAL. MANUEL CAMPOS, REALIZADO POR EL MAR# DON JOAQUIN CASCALONES EN 1879
- ACCESO A LOS LOTES ORIGINADOS EN LA SUC DEL GRAL. CAMPOS
- ▨ FRACCION ORIGINAL DIVIDIDA ENTRE EL CARDALITO Y LOS QUIJIDOS
- ACCESO USADO PARA TRANSITAR EXCLUSIVAMENTE CON AUTOMOVIL POR EL SR. LARRONDO UNA VEZ CONTINUO EL PUENTE I
- ACCESO USADO PARA TRANSITAR EXCLUSIVAMENTE CON AUTOMOVIL POR EL SR. LARRONDO UNA VEZ CONSTRUIDO EL PUENTE 3 EN 1985 POR LOS SRES I CON AUTORIZACION DE LOS SRES RODRIGUEZ LORENDO DESPUES DE COLGADA LA TRANQUERA Y EN 1985
- ACCESO USADO ACTUALMENTE PARA TRANSITAR CON AUTOMOVIL POR EL SR. S TRANQUERA
- PUNTA
- PUNTE
- A-B CALLE ABERTIA ALABARRADA
- 8 AL NORTE CALLE ALABARRADA MARCIALMENTE