

SOBRE SERVIDUMBRES APARENTES

INTERPRETACION DEL ART. 2995 DEL CODIGO CIVIL

Bell Ville, Febrero 28 de 1916 — Y Vistos: los autos seguidos por el señor Francisco Espinosa Asmespil contra Don Numa Perrin sobre negación de servidumbre, de lo que resulta: Que con fecha 19 de Julio del año ppdo. se presentó el Dr. Gustavo Gavier asumiendo la representación del primero y exponiendo: que su instituyente es propietario de un inmueble ubicado en el Departamento Tercero Abajo Pedanía Villa María, lugar denominado Las Pichanas de esta Provincia, compuesto de una superficie total de 124 hectáreas más o menos y que linda por el Norte con caminos públicos, sucesión de Francisco Sallago y las fracciones N° 2 y 3; al Este con Domingo del Frabo, Aboira y otros; al Sud con herederos de Moya y Tissera, y al Oeste con camino público; que su mandante adquirió este inmueble por compra en remate público al concurso civil de acreedores de don Carlos D. Gigena, con fecha 12 de Julio de 1915, lo que consta en el instrumento público que acompaña. Que el señor Numa Perrin domiciliado en el mismo lugar denominado "Pichanas" adquirió con fecha 20 de Octubre de 1914 del mismo concurso Gigena, las fracciones 2 y 3 del mismo plano de división levantado por el Agrimensor Domingo Vilchez, lo que unido forma el lote C del croquis que presenta limitando por el Norte con terrenos del señor Espinosa. Que como los lotes A. B. y C. formaban una sola propie-

dad del señor Gigena, éste construyó una calle dentro de ella para su uso personal y el de los empleados del establecimiento, que es la que se designa con las letras D E en el croquis mencionado. Dividida en lotes la propiedad del señor Gigena y adquirida esta por distintas personas, el señor Perrin sin tener derecho de servidumbre sobre el fundo del señor Espinosa, antes delimitado, pretende continuar usando de la calle D E que nace y muere dentro de él, ocasionándole con ello serios perjuicios en razón de que divide en dos su terreno desvalorizándolo y obligándole a hacer una administración costosa y complicada, lo que importa un ataque a la propiedad que por su naturaleza es un derecho absoluto, exclusivo e inviolable.

Que el uso que Perrin hace de la mencionada calle significa el establecimiento de una servidumbre sin causa legítima en razón de que su propiedad limita con caminos públicos generales, que impide el ejercicio de derechos reales de Espinosa con plenitud y libertad, estando por consiguiente en condiciones de ejercitar la acción negatoria prescripta por los arts. 2800, 2801 y siguientes del C. Civil contra el señor Perrin que se arroga sin derecho esa servidumbre en el inmueble de su propiedad.

Fundado en los hechos expuestos y disposiciones legales citadas, entabla demanda contra el señor Numa Perrin pidiendo al Juzgado que a su tiempo declare clausurada la calle referida y condene a aquel, a abstenerse de todo ulterior ejercicio de un derecho real dentro de la propiedad de su instituyente, la reparación de los daños y perjuicios causados y costas del juicio. Corrido el traslado de la demanda, el señor Perrin por intermedio de su apoderado don José Malen la contesta diciendo: que en efecto adquirió con fecha 20 de octubre de 1914 el inmueble a que se refiere el actor, en remate judicial aprobado el 12 de diciembre del mismo año; que en la fecha de la subasta el terreno por él adquirido estaba en comunicación con Villa María por medio del camino que la demanda designa con las letras D E del croquis que acompaña, el cual tenía como diez años de existencia y de uso

continuado sin interrupción. Que la existencia de tal servidumbre de tránsito fué tomada muy en cuenta al interesarse por el inmueble subastado desde que le facilitaba la salida más cómoda sobre la importante población de Villa María. Que habiendo el señor Antonio Maggi pretendido obstaculizar el tránsito de esa vía de comunicación a fin de restringirle el uso de esa servidumbre, el señor Juez en lo Civil de la 4ª. Nominación de la ciudad de Córdoba le ordenó la mantención del "stato quo" y la reparación de los obstáculos en el camino de referencia. Que de esta manera el señor Espinosa Amespil que adquirió con posterioridad a esa fecha las ciento veinte y cuatro hectáreas más o menos, que constituyen su propiedad, compró ese inmueble sujeto a una servidumbre conocida, cuyo hecho de por sí le obligaba a respetar esa limitación de su dominio que era impuesta legalmente por el propietario de la heredad dominante. Que este principio fluye del tecnicismo de los arts. 2104 y 2091 de nuestra ley sustantiva; Que si es verdad que el dominio es amplio y exclusivo, hay también restricciones que la ley ampara y sanciona; Que además como su título de adquisición no hace ninguna reserva expresa de la servidumbre que el actor quiere negarle y como ella ha sido aparente y manifiesta, debe continuar a favor del fundo enajenado por el señor Carlos D. Gigena al señor Numa Perrín y los fundos sirvientes, (ahora del Sr. Espinosa) han de soportarla como claramente lo consigna la ley civil en su art. 2995. Que de todo esto resulta que el Sr. Perrín para fundar su título a dicha servidumbre no necesita más que demostrar como lo hace: que la servidumbre es aparente, es decir, que está anunciada por signos exteriores; que fué constituída por el propietario enajenante y que el contrato de trasmisión de la propiedad, no contiene ninguna convención expresa relativa a esa servidumbre. Que la causa que ha motivado la separación de los fundos no es un obstáculo para la adquisición de aquella atento a lo dispuesto por el art. 2996 del Código citado. Concluye pidiendo al Juzgado el rechazo de la demanda con especial condenación en costas. Abierta la causa a

prueba, se produce la que obra en los cuadernos respectivos. Presentados luego por las partes sus respectivos alegatos, se dicta con fecha 5 del corriente la providencia de autos para definitiva.

Y Considerando: Que las partes están en un todo contestes en cuanto a los hechos que han motivado la demanda, radicando sus disidencias únicamente en lo que se refiere a la aplicación e interpretación de las disposiciones legales que rigen el caso.

Que como se ha visto, el demandado hace emanar su derecho al ejercicio de la servidumbre discutida, del texto del art. 2995 del C. Civil, según el cual "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, ésta continúa existiendo activa o pasivamente en favor del fundo enajenado o sobre el fundo enajenado". Sostiene que en el sub-judice concurren todos esos requisitos y afirma por ello que su derecho es perfecto e incuestionable. El actor arguye que la disposición del artículo citado se refiere al caso de una servidumbre establecida por título y extinguida por confusión, que revive al separarse de nuevo las propiedades; y que tales circunstancias no obran en esta oportunidad por lo que el demandado no puede prevalerse de esa disposición.

Que dados los términos en que ha quedado planteada la "litis-contestatio", la misión del Juzgado se concreta a resolver una cuestión de derecho fijando la interpretación y alcance de aquel artículo.

Que procede reconocer desde luego, las dificultades que entrafía esta solución a cuyo respecto se encuentra dividida la opinión de los tratadistas. Cinco sistemas, (expuestos por Aubry y Rau, Droit Civil tomo 2º. pág. 558) se han propuesto en derecho francés para conciliar las disposiciones de ese Código enteramente análogas a las de los arts. 2994 y 2995 del nuestro; y los comentaristas argentinos siguiendo una u otra de las varias tesis sustentadas han diferido igualmente en sus conclusiones. Que

conviene al estudiar el punto relativo al establecimiento de las servidumbres tener presente la advertencia contenida en la nota del codificador al art. 2975, sobre la necesidad que hay en esta materia de que la definición sea muy precisa y exactamente entendida, pues que las servidumbres se constituyen o pueden constituirse de muy distinta manera, según que ellas sean continuas y aparentes, o que les falte uno u otro de estos caracteres. Así el art. 2994 establece que “cuando 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 contenga disposición alguna respecto a la servidumbre debe considerarse a ésta constituida como si fuese por título”, y completando el pensamiento los artículos 2997 y 3017 agregan, que las servidumbres discontinuas, aún cuando sean aparentes no pueden establecerse por el destino que hubiera dado a los inmuebles el propietario de ellos, sino que deben serlo únicamente por título, no bastando para constituir las, la posesión aunque sea inmemorial.

Es, pues, frente a estas disposiciones que corresponde analizar el concepto del art. 2995 transcrito al principio, procurando encontrar una interpretación armónica con aquella, ya que su redacción parece denotar cierta oposición con las mismas. El demandado adopta la opinión del Dr. Segovia, sostenida a la vez por Aubry y Rau y Demolombe, que consiste en considerar las prescripciones de los arts. 2994 y 2995, como rigiendo situaciones análogas, pero que cuando la servidumbre es solo aparente se requiere la presentación del título de adquisición de la heredad para demostrar que no contiene disposición contraria a la servidumbre. Este sistema ha sido refutado oponiéndosele la consideración de que va sea que el título se presente o no, es este un hecho posterior que no debe poder influir en la creación de la servidumbre la que es contemporánea de la separación de los fundos. Por otra parte no concuerda bien con las disposiciones ya



citadas de los arts. 2997 y 3017 que según se ha dicho prescriben que las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por título; y se consideran constituidas de ese modo, dice el Dr. Machado, cuando ha sido el resultado de un contrato hecho en escritura pública, o de un testamento por un acto de reconocimiento del propietario del fundo sirviente, o cuando hubiese pleito y la sentencia ejetutoriada lo reconociera todo de acuerdo a los arts. 2992 y 2993.

No es, pues, bastante que el instrumento de enajenación de uno de esos fundos guarde silencio con respecto a la servidumbre discontinua, aunque aparente, que no ha sido constituida por título, sino que es preciso que esta emane de él mismo.

Que sin entrar al examen de los sistemas enunciados, por no estimarlo pertinente en esta oportunidad, considera el proveyente que el más razonable de todos ellos es el del tribuno Albisson, sostenido entre otros por Planiol y entre nosotros por los Drs. Ibarguren y Machado.

Según este sistema, el art. 2994 se refiere al caso de creación de una servidumbre por separación de los dos fundos, y el art. 2995 al de una servidumbre que existía entre dos fundos pertenecientes a distintos propietarios, que se extinguió por confusión al pasar ambos a una sola persona y que revive al enajenarse uno de los fundos; siempre que la servidumbre fuese aparente y que no se dijese nada en el título. Las palabras empleadas en el art. 2995 corroboran esta solución. En efecto, ese artículo dice— como el art. 694 francés—que la servidumbre continúa existiendo. Si se refiriese a la “constitución” de una servidumbre nueva por destino del padre de familia, no emplearía indudablemente esa expresión.

La explicación de Planiol encuentra en su apoyo en nuestro código, además del empleo de la misma expresión “continúa existiendo”, el art. 3057 que establece que extinguida la servidumbre por confusión definitiva de las dos calidades de dominante y poseedor del inmueble sirviente no servirá 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 es decir, el caso del art. 2995 se refiere al restablecimiento de una servidumbre extinguida, por confusión, tenemos que el Dr. Vélez en la nota de ese artículo dice que por el Derecho Romano y de las Partidas la confusión o reunión de dos predios en una misma persona, extinguía de tal modo la servidumbre que, enajenándose después uno de ellos, no revivía a menos de pactarse especialmente". El mismo Dr. Segovia reconoce en su comentario aunque no acepta la conclusión, que esa nota arguye el restablecimiento de la servidumbre cuando la confusión deja de existir.

Que así resuelta esta cuestión, y aplicado dicho criterio al caso que se debate, resulta evidente la falta de derecho del señor Perrin a la servidumbre de tránsito que nos ocupa, puesto que no ha desconocido y al contrario ha declarado expresamente, que el camino diseñado en el croquis de fs. 5 con las letras D E fué construido, para su propio beneficio por su causante el señor Gigena. No se trata entonces de una servidumbre constituida por título y extinguida por confusión que renace con la división de los fundos.

Que por lo demás si con esta solución la propiedad del señor Perrin viniera a quedar destituida de toda comunicación con el camino público por la interposición de las heredades que la colindan, tiene el derecho que le acuerda el art. 3068 del Código Civil para imponer a ella la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno y resarciendo los perjuicios que causare. Pero aparte de que los límites que el señor Perrin asigna a su propiedad le dan por el norte el camino público, es este un punto que debe resolverse por trámites y oportunidades distintas de la presente, y no puede constituir un óbice para arribar a la conclusión expuesta.

Por las consideraciones que preceden, más ampliamente tratadas en el alegato de fs. 70, fallo: haciendo lugar a la demanda y en consecuencia declarando clausurada la calle D E del plano de fs. 5 de la que ulteriormente no podrá usar el demandado; sin costas por no encontrar mérito para imponerlas.—Firmado: *Alejandro Moyano.*

FALLO DE LA CÁMARA FEDERAL

Córdoba, agosto 16 de 1917

Y Vistos: estos autos venidos por apelación deducida por don José Maleu en representación de don Numa Perrín contra la sentencia del señor Juez Federal de Bell Ville recaída en el juicio que contra el expresado Perrín sigue don Francisco Espinosa Almespil sobre negación de servidumbre, de fecha 28 de Febrero del presente año, corriente de fs. 101 a 108 vta. y en la que resuelve: hacer lugar a la demanda y en consecuencia declarar clausurada la calle D E del plano de fs. 75, de la que ulteriormente no podrá usar el demandado, sin costas por no encontrar mérito para imponerlas; y

Considerando: Que como lo establece el Juez *a quo*, en el fallo apelado, la solución de este juicio depende únicamente de la manera como se interprete el art. 2995 del C. Civil, que ambas partes invocan en favor de sus opuestas pretensiones, pues en lo que respecta a los hechos están conformes en reconocer que la acción negatoria interpuesta tiene por antecedente práctico, la existencia del camino que el actor pretende que se mande clausurar, no solo en el momento que se dedujo la demanda, sino también en las épocas en que el actor y demandado adquirieron sus respectivas propiedades.

Que al estudiar la disposición del art. 2995 citado, la opinión de los comentaristas se ha dividido, siguiendo alguno de los varios sistemas ideados por los tratadistas franceses para explicar el art. 694 del Código de Napoleón del cual aquél ha sido tomado a la letra, pero es lógico pensar que en nuestro derecho la cuestión fué seguramente resuelta por el Codificador, ya sea en virtud de otras disposiciones del mismo Código o de las notas con que las ha ilustrado, porque teniendo a la vista la gran controversia suscitada entre los publicistas franceses y conociendo ampliamente todo lo que se había escrito al respecto, como lo demuestran, sin lugar a duda alguna, las notas puestas al pie de los arts. 2994, 2996, y al 2995 que estudiamos, no cabe suponer siquiera que la dejara sin solución.

Que en consecuencia al tratar de establecer el verdadero sentido y alcance de este precepto legal, hay que investigar, no precisamente cual debió ser la intención del legislador francés al sancionar la misma disposición, sino cual ha sido la del Codificador Argentino que habiendo estatuido con perfecto conocimiento de las dificultades que su interpretación suscitara en el derecho francés, no ha podido, sin duda alguna, hacerlo de manera que diese lugar a que la cuestión se renovara del mismo modo entre nosotros.

Que en efecto, a estar a los términos de la nota puesta por el Dr. Velez Sarsfield al pie del art. 2995 del C. C. que estudiamos, donde afirma expresa y categóricamente que en la memoria de F. Sacaze publicada en la Revista de Legislación de Wolowski —que allí cita y que califica de “notable”—“*se encuentran expuestos los fundamentos*” de los artículos en que dicho código legisla sobre “establecimiento tácito de las servidumbres”, no cabe duda alguna de que aquel trabajo debe ofrecernos en lo esencial por lo menos, base para una interpretación auténtica de esos artículos, o en otros términos: que ante manifestación tan categórica que refiere a la doctrina de un autor el fundamento de la ley, no podría ésta interpretarse, sin contrariar abiertamente el

criterio y la intención del legislador, en sentido contrario a aquella doctrina siendo de advertir en apoyo de esta conclusión, que en el presente caso el Dr. Vélez Sarsfield, al citar el trabajo de Sacaze no lo hizo como en la mayoría de sus notas, para constatar una simple concordancia con las disposiciones del Código o a título únicamente ilustrativo, sino con el objeto *expresamente declarado* de fijar su interpretación y alcance, propósito que en el caso se justifica plenamente desde que el art. 694 del Código de Napoleón del cual el Codificador tomó a la letra nuestro art. 2995, había dado lugar como se ha dicho ya, a una grande y complicada controversia entre los expositores del derecho francés.

Que partiendo, pues, de la base que nuestro Código Civil al legislar sobre constitución tácita de las servidumbres tiene por fundamento a lo menos en lo esencial las doctrinas expuestas por Sacaze en la memoria ya citada—único medio por otra parte de poner a salvo la ciencia, previsión y seriedad del Codificador al estatuir sobre esa materia—la cuestión en debate quedaría resuelta, pues aquél autor ha estudiado con detención los sistemas escogitados para interpretar el art. 694 del C. Francés, llegando a conclusiones precisas a su respecto y formulando netamente su opinión sobre el punto, la que, en lo pertinente, puede resumirse así: El Código de Napoleón, tomó del antiguo derecho francés el modo tácito de establecer servidumbres que se denominan “destino del padre de familia” y que las leyes romanas no admitían, atribuyéndole el valor de un título, pero tan solo respecto a las servidumbres continuas y aparentes. Tal es lo dispuesto en sus arts. 692 y 693. ¿Pero qué ha establecido en la hipótesis de la separación de dos fundos, uno de los cuales debía una servidumbre al otro antes de que estos se confundieran en una sola mano? El Tribuno Albison exponiendo los motivos del art. 694 dijo que éste tenía por objeto establecer que en tal hipótesis, la servidumbre “continuaría existiendo”, si nada se establecía en el acto de la enajenación porque la cosa hablando por sí misma, haría innecesaria la reserva, lo que demuestra que los autores del

Código crearon un *otro modo tácito y virtual* de establecer o más bien de restaurar una servidumbre extinguida, disponiendo que el signo aparente equivalía a la cláusula "nominatim", que las leyes romanas exigían, siempre que la separación de las heredades se opere exclusivamente *por enajenación contractual*, como resulta de los propios términos de la disposición. Hay, pues, una diferencia tan marcada entre el art. 694 y los dos que le preceden, que ya no es dable sostener con Toullier, Delvincourt y otros, que tal precepto está subordinado al art. 692 y no es aplicable a las servidumbres discontinuas; pero no con ello ha concluido la discusión a su respecto y aún quedan frente a frente dos sistemas serios sobre su interpretación: el propuesto por Troplong y otros autores que enseñan que el artículo preceptúa tan solo para el único caso, que el legislador tuvo en vista, de una servidumbre extinguida por confusión que revive si al separarse las heredades nada se estipula a su respecto, y el de la Corte de Casación que dispensa al que invoca la servidumbre de probar su origen y exige tan solo la prueba de la existencia del signo aparente, al momento de la separación de los fundos, lo que equivale a una cláusula y la suple en el contrato. Contra el sistema de la Corte se ha objetado que dejaría sin un sentido propio al art. 692 por que no habría caso en que éste sea aplicable y que no encuadre también en el 694. M. Dalloz replica que ese caso existe y es aquél en que los herederos del padre de familia que ha creado el servicio, procedan a la partición de los fundos. De aquí se seguiría que el art. 692 es aplicable a los actos de *partición* y el 694 a los de *enajenación contractual*, doctrina que devuelve al destino del padre de familia su antigua y propia significación y se ajusta fielmente al sentido gramatical de los textos y "*in re dubia, melior est edicti servire*".

El sistema de Troplong se presta a más graves objeciones. Es verdad que los redactores del Código tuvieron en vista al proyectar el art. 694, la hipótesis de una servidumbre antigua extinguida por confusión, pero esto no justifica que se limite a so-

lo ella el alcance del precepto porque la idea que lo informa es la asimilación hecha por la ley, de un signo material, a la estipulación constitutiva de la servidumbre. Ese signo, testigo mudo pero irrecusable de la voluntad de las partes, es lo que da ser y vida a la servidumbre y le asigna su verdadera data; no el hecho de haber existido anteriormente que ninguna influencia puede tener sobre su restablecimiento jurídico. Otro inconveniente de este sistema es que carga al que invoca la servidumbre con la prueba para él frecuentemente imposible y que la ley no exige, del título por el cual fué primitivamente constituida. “Entre los dos sistemas concluye Sacaze, confieso que daría la preferencia al de la Corte de Casación. Quizás él acusa en el legislador falta de reflexión sobre el alcance de las innovaciones que aceptaba; pero el sistema contrario, aún cuando parte de una base exacta—el motivo del legislador—exagera la influencia de ese motivo y lo hace desempeñar en la interpretación del art. 694 tal papel, que esta interpretación restringe la disposición al punto de alterarla, y recordaré a este respecto para terminar, lo que decía D’Aguessseau: Es necesario ser muy escrupuloso para alterar la ley por la sola razón de que su motivo no parece realizarse en ciertos casos. La ley tiene siempre un motivo, pero cuando está hecha no ha de atenderse a su motivo, sino cuando haya duda sobre sus términos. Fuera de esto, cuando *es expresa y general* se la debe seguir en todos los casos”.

Que del precedente resumen de la doctrina de Sacaze, al que se ha dado exprofeso la extensión necesaria para abarcarla en sus líneas fundamentales, resulta con toda evidencia que ella es diametralmente opuesta al sistema de Troplong, aceptado por el inferior para interpretar el art. 2995 de nuestro Código Civil, idéntico al 694 francés y que debe ser desechado aún cuando pudiera sostenerse en vista de otras disposiciones y notas del primero, que en realidad el Codificador Argentino no ha seguido la doctrina de Sacaze en todas sus partes y sí más bien la de la Corte de Casación que éste cita y comenta declarándola preferible a

la de Troplong, porque tanto la una como la otra son igualmente opuestas a esta última. En efecto: Sacaze entiende con la Corte de Casación que el art. 694 del C. Francés, comprende todos los casos en que el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre, enajene una de ellas, sin que en el título de enajenación se exprese nada sobre el gravamen ya sea que éste se haya establecido por el mismo propietario o que deba su existencia a un propietario anterior; Troplong sostiene que la disposición solo es aplicable en este último y único caso. Para Sacaze y la Corte de Casación el art. 694 instituye un modo tácito de constituir las servidumbres, que tiene por fundamento la voluntad presunta de las partes de no cambiar el estado de los lugares cuando al efectuarse la separación de los fundos, nada se ha dicho sobre el punto en el título respectivo; para Troplong, la prescripción legal se refiere simplemente a una servidumbre antigua, no constituida por el propietario actual, que después de haberse extinguido por confusión, *renace* con la separación de las heredades y cuya rehabilitación no reconoce por causa *la intención* de los contratantes, sino el hecho de la preexistencia del gravamen. Sacaze de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Casación y ateniéndose a los términos expresos del art. 694, sostiene que éste solo exige al que pretende que la servidumbre se ha constituido, que demuestre la existencia del signo material que la revela en el acto de la separación de los fundos; Troplong, pretende que está obligado además a probar otro extremo que la ley no menciona: la constitución de la servidumbre en una época anterior a la confusión de las heredades en una sola mano.

Que entrando ahora a estudiar directamente nuestro Código en materia de constitución tácita de servidumbres, se nota desde luego que su art. 2995, igual como se ha dicho al 694 del C. Francés, está redactado en términos que excluyen la interpretación restrictiva que le da la sentencia apelada. El artículo dispone en efecto, que “si el propietario de dos heredades entre las

cuales existe *un signo aparente de servidumbre* dispone de una de ellas, sin que el contrato contenga ninguna disposición relativa a la *servidumbre*, esta continúa existiendo activa o pasivamente en favor del fundo enajenado o sobre el fundo enajenado". La fórmula de la ley es general como se ve y de ninguno de sus términos puede inducirse que el Codificador haya querido limitar su alcance al solo caso de una servidumbre extinguida por confusión, porque la frase "esta continúa existiendo" allí usada y que ha servido de principal argumento a los sostenedores de esa doctrina, no tiene ni gramatical ni jurídicamente el significado que se le quiere asignar. *Continúa existiendo* lo que tiene una existencia actual, no lo que *antes existió* y se ha extinguido, de modo que una servidumbre fenecida por confusión, puede *renacer o revivir*, pero no continuar una existencia que ha perdido ya, y es evidente que el Codificador debió tener cabal concepto de esta diferencia de significado entre los términos "continuar" y "revivir", porque empleó este último correctísimamente en la nota al artículo que estudiamos, al afirmar que por derecho romano, la servidumbre extinguida por confusión, "no revivía" a menos de pactarse expresamente. La frase, "ésta continúa existiendo" empleada en la disposición, no se refiere, pues, ni puede referirse a una servidumbre extinguida; sin embargo se refiere evidentemente a la palabra "servidumbre" que le precede, pero como en el estado de confusión de dos heredades en la misma mano, no puede una de ellas deber a la otra verdaderas servidumbres y solo es dable al propietario establecer o mantener servicios de un fundo al otro, hay que concluir que el Legislador no ha pretendido dar a esa palabra su estricta acepción jurídica porque ello importaría una flagrante contradicción con el principio consignado expresamente por el art. 3055 del Código y que por lo tanto, o ha querido decir que el momento de la separación de los fundos marca en realidad el nacimiento de una servidumbre o que, como lo sostiene la mayoría de los comentaristas franceses, ha usado a sabiendas con impropiedad el término "servidumbre", "por co-

modidad de lenguaje y para ser más breve, pues que la rectificación se hace por sí mismo en el espíritu". ¿Que importa entonces pregunta Baudry Lacantiniere, que la relación de que resulta la servidumbre haya sido creada o solamente mantenida por el propietario de los fundos?

Que comparado al art. 2995 con su concordante 3057, se confirma una vez más que debe ser interpretado en la forma amplia que indica la generalidad de sus términos, si es que esa concordancia ha de mantenerse.

Esta disposición figura en el Capítulo IV. título XII. Libro III del Código que trata de la extinción de las servidumbres y fué objeto de una corrección o más bien dicha adición, por la ley número 1196 de 9 de Setiembre de 1882, con el fin de hacer desaparecer la aparente contradicción en que se encontraba con el art. 2995. Antes de ser corregido, el art. 3057 disponía que "extinguida la servidumbre por confusión no revivirá por el solo hecho de dejar de pertenecer al mismo poseedor el inmueble dominante o el inmueble sirviente a no ser que hubiera declaración expresa en el instrumento de enajenación de uno de los inmuebles" a lo que la ley de corrección citada añadió: "o que sin haber declaración en sentido contrario, existiesen entre aquellos, signos aparentes de servidumbre al tiempo de la enajenación". He aquí previsto y legislado *in terminis* el caso de renacimiento de una servidumbre aparente extinguida por confusión, que según la interpretación aceptada por el fallo del Inferior prevé y legisla también el art. 2995. Si así fuera, resultaría evidente que ese artículo estaría de más y podría borrarse del Código sin que éste experimente en su doctrina cambio alguno y mejorando por el contrario su forma, ya que se suprimiría una disposición inútil que ha dado lugar en el derecho francés a serias discusiones y se daría al precepto que ella entraña su apropiada colocación en el capítulo "de la extinción de las servidumbres", una vez que se trata de establecer una excepción a la regla allí consignada, por el art. 3057 de que la servidumbre extinguida por confusión, no re-

vive por el hecho de que deje de pertenecer al mismo poseedor el inmueble dominante o el sirviente, sino por cláusula expresa consignada en el instrumento de enajenación respectivo; pero como estas conclusiones, lógicas en sí mismas son inaceptables porque contrarían principios elementales de la hermenéutica jurídica, resulta demostrado *ad absurdum* que el concepto en que se basa o sea la interpretación del art. 2995 que el fallo apelado sostiene, no es verdadero.

Que examinado el sistema de Troplong a la luz de los principios generales del derecho, es aún más inaceptable, porque como observan todos sus impugnadores no habría razón alguna para que la ley encuentre justificado que la existencia de un signo aparente de servidumbre en el momento de separación de los fundos tenga como dice Sacaze “el valor y el poder de un título” para restablecer una servidumbre extinguida por confusión, y no lo tenga para crearla o constituir la por primera vez cuando es el mismo propietario quien ha establecido ese signo. Jurídicamente no puede señalarse diferencia alguna entre el acto de crear de nuevo una servidumbre fenecida o el de crearla sin que antes haya existido, ni cabe sujetar estos dos hechos absolutamente idénticos, a distintas reglas legales—*eadem ratio idem jus*.— “Cuando el art. 694”, dice Demolombe, “dispone que es necesario que el propietario de las heredades reunidas pruebe que es él quien ha puesto las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre, quiere decir solamente que es menester que ese estado sea anterior a la división de los fundos y que haya existido en el momento mismo de esta división. Tal era la doctrina de Pothier... Y la verdad es, que si el propietario reuniendo los dos fundos en su poder ha dejado subsistir la dependencia que entre ellos existía antes de su reunión, ha hecho suyo este arreglo y debe reputarse efectuado por él mismo, porque lo que interesa averiguar, como muy bien dice Ducaurroy, es menos su hecho que su intención y no se podría razonablemente encontrar diferencia entre los dos casos”. (Demolombe, tom. 12, n°. 814). Así, pues, concluye

Sacaze—después de haber sostenido como se ha visto, que ninguna influencia tiene la anterioridad de una servidumbre extinguida sobre su restablecimiento jurídico—: “que la dependencia (de los fundos) fuese antigua o reciente; que haya sido una innovación del propietario de las dos heredades; que tuviera un origen anterior a su reunión en su mano, no hay que distinguir”. (F. Sacaze. Establecimiento tácito de las servidumbres).

Que del estudio que acaba de hacerse del art. 2995 desde los diferentes puntos de vista de sus precedentes, de sus propios términos y los de la importantísima nota con que el Dr. Velez Sarsfield creyó conveniente acompañarlo para fijar con claridad su sentido; de su comparación con otras disposiciones del Código y finalmente de la razón o principio jurídico que ha debido inspirarlo, se desprende no solamente la inadmisibilidad de la doctrina aceptada por el Inferior para explicar el alcance del precepto, sino también cual haya de ser su legítima inteligencia.

Como se ha demostrado ya en los primeros considerandos de este fallo, el antecedente principal que puede llevarnos a una auténtica explicación del artículo no es propiamente que haya sido tomado a la letra del art. 694 del C. de Napoleón que había llegado a entenderse de siete maneras distintas por los civilistas franceses, (A. Carpentier, Repertoire de Droit Francaise, tom. 34 n°. 1077) sino el hecho de que nuestro Codificador ha adoptado una de esas opiniones como lo comprueba con toda evidencia su nota en que remite a la “excelente memoria” de Sacaze sobre establecimiento tácito de las servidumbres, el *fundamento* de la disposición. Y bien, según la doctrina de Sacaze como se ha visto ya, el art. 694 del C. Francés o sea el 2995 del Argentino, no solo no admite la interpretación de Troplong, sino que debe *entenderse*, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Casación, *tal como está redactado, en el sentido literal de sus términos*, comprendiendo *todos los casos* en que existiendo entre dos heredades pertenecientes al mismo dueño signos aparentes de servidumbre, éste enajene una de ellas sin que en el título se ha-

ga mención alguna de ese signo por medio del cual la cosa "hablando por si misma", hace innecesaria la cláusula expresa que según el principio romano, era indispensable para constituir servidumbres porque manifiesta la intención tácita de las partes de mantener y dar fuerza jurídica al estado de cosas a cuya vista contrataron.

No puede ponerse en duda que esta doctrina en la que coincide la Corte de Casación, fué la adoptada por el Dr. Vélez Sarsfield dados los términos tan concluyentes de la nota al artículo que estudiamos, ni cabe argumentar en contra, con la primera parte de esa misma nota, simple referencia a las legislaciones romana y española que sin duda alguna el Codificador no ha querido seguir, referencia que no puede dar base para atribuirle por simple conjetura, una teoría que contradice abiertamente a la que en la segunda parte y a renglón seguido, adopta en forma expresa y categórica.

Esta interpretación que fluye de los términos generales en que está concebido el art. 2995 del C. C. que se han analizado ya y de su comparación con el 3057, es también la más científica y la más justa porque comprende en la misma prescripción legal, todos los casos en que se presenta la misma situación jurídica. El eje de esta cuestión está en saber en virtud de qué principio resolvió el legislador hacer una excepción al estricto precepto del antiguo derecho que exigía que toda servidumbre fuera constituida por una cláusula expresa, e instituyó para ciertos casos la forma tácita de establecerlas. En realidad, como enseñan Sacaze y Demolombe, no se trata aquí "sino de una cuestión de interpretación de voluntad". El legislador ha previsto la siguiente hipótesis: Una persona es propietaria de dos heredades entre las cuales existe un servicio o dependencia de la una a la otra de tal naturaleza que si ellas pertenecieran a distintos dueños, constituiría una servidumbre y en estas condiciones enajena una de los fondos sin que en el contrato se haya establecido convención alguna referente a ese servicio o dependencia. ¿Debe él continuar

con el carácter de servidumbre, o es necesaria para ello la convención expresa exigida por las leyes romanas? El art. 2995 del C. C. dispone que en tal caso ese signo aparente se convierte en una servidumbre legalmente establecida. ¿Porqué? Porque el silencio del contrato ante esa situación de hecho que las partes han debido necesariamente contemplar, presume su voluntad de mantenerla y constituir para en adelante una verdadera servidumbre, presunción que suple satisfactoriamente la formalidad de la cláusula "nominatin" exigida por el rígido precepto romano. Ningún otro motivo que no sea esa voluntad tácita de los contratantes demostrada por la existencia del signo aparente y el silencio guardado por ellos en el contrato, puede invocarse seriamente para justificar esta innovación que en el fondo no quiebra el principio, sino que lo hace más flexible consagrando simplemente una fórmula menos estricta de la expresión de voluntad que el legislador ha conceptuado suficiente en la hipótesis prevista. El hecho de que exista una apariencia de servidumbre al tiempo de la separación de los fundos, no es por si solo motivo para justificar la creación del gravamen ni tiene significado ni efecto alguno sino cuando se le añade el elemento inseparable de todo derecho: la voluntad de mantener esa situación de hecho y darle vida jurídica que la ley induce del silencio de las partes en el contrato que dió lugar a la separación de las heredades. Y bien, si es la voluntad presunta de los contratantes la causa eficiente de la constitución de la servidumbre y si como ya se ha demostrado, esa voluntad se induce de la existencia del signo aparente *en el preciso momento de la separación de las heredades*, porque de otro modo no podría decirse que las partes lo tuvieron en cuenta al contratar y aceptaron tácitamente que continuara como servidumbre establecida en forma legal, claro está que la ley al reglar esta situación jurídica para ser lógica y justa, ha debido comprender en un mismo precepto *todos los casos en que ella se produzia* ya sea que se trate de un servicio establecido entre los inmuebles por el mismo propietario o del signo de una antigua servidumbre que éste hubiere

conservado sin que a ello obste el argumento ensayado sin éxito de que en el último supuesto, la intención probable de las partes es más cierta que en el primero y que hay en realidad gran diferencia entre el estado de cosas *creado* por el propietario, que tiene el carácter de un arreglo transitorio destinado a desaparecer después de la separación de los fundos, y el estado de cosas *mantenido* por el mismo después de haber servido al ejercicio de una servidumbre anterior, pues si en el rigor de los términos puede distinguirse entre *crear* y *mantener* un servicio o dependencia entre dos heredades, la distinción no puede hacerse en cuanto al servicio mismo y a sus consecuencias jurídicas, mucho menos ante la ley que ha sido previsora estableciendo que ese estado de cosas ha de ser tal que si los fundos pertenecieran a diversos propietarios, constituiría una servidumbre; por eso habla el art. 2995 de "*signo aparente de servidumbre*", no de un arreglo precario y transitorio. Si el signo ha de ser *de servidumbre* y su existencia depende de la voluntad del propietario, no se concibe y nadie ha atinado a explicarlo, porque habría de ser más cierto y más eficaz para fundar la intención tácita de las partes en el momento de la separación de las heredades, un estado de hecho antiguo proveniente de una servidumbre extinguida, *que el mismo estado de hecho menos antiguo creado por el dueño de esos inmuebles.* (Demolombe, tom. 12 nos. 804 y 821; F. Sacaze, Memoria citada; Aubry y Rau, tom. 3, N° 252 nota 9; B. Lacantinerie, "Des biens", n° 1122 y 1123; Demante, tom. 2, n° 549 bis; Carpentier, obra y tomo citados n° 1090 y jurisprudencia por él invocada desde el n° 1091 al 1098).

Que el Tribunal conceptúa que basta a los efectos de este fallo, establecer como acaba de hacerse, que la interpretación correspondiente al artículo que se analiza, ha de amoldarse a sus términos generales sin que sea necesario estudiar si su precepto debe aplicarse tan solo cuando la separación de las heredades tenga lugar por "enagenación contractual" como pretende Sacaze, o si también rige cuando ésta se ha efectuado por "partición" como

sostiene Demolombe, porque tratándose en el sub-judice de un caso en que las heredades se han separado en virtud de un contrato de compra-venta, ambos sistemas, el de Sacaze y Demolombe, coinciden en considerarlo comprendido en la disposición.

La diferencia entre las dos teorías consiste en la forma de conciliar los arts. 692 y 693 del C. Francés (equivalentes al 2994 argentino) con el 694 (nuestro art. 2995) punto que no está en discusión y que la Cámara no debe resolver teóricamente, limitándose a hacer constar que en cualquier forma que se lo resolviera, no contrariaría la conclusión a que se ha llegado anteriormente, es decir, que siempre deberá interpretarse a la letra el art. 2995 del C. C., con mayor o menor amplitud, según comprendan o no en sus términos los casos en que la separación de los fundos se opere por partición.

Que esta doctrina según la cual el art. 2995 de nuestro Código Civil y su modelo el 694 francés deben ser interpretados en su sentido literal, como comprensivo de todos los casos en que exista un signo aparente de servidumbre en el momento de la separación de los fundos, sin tener en cuenta su origen ni exigir al que invoca la constitución tácita de la servidumbre otras pruebas que las de la existencia del signo en aquel preciso momento y la ausencia de una cláusula que a él se refiera en el contrato de enagenación por el cual se separaron las heredades, ha sido adoptada por la gran mayoría de los comentaristas del C. de Napoleón, consagrada definitivamente por la jurisprudencia francesa, defendida entre nosotros por los doctores Segovia y Llerena y adoptada en un notable fallo del Dr. Rafael García, confirmado por sus fundamentos por la Suprema Corte, en el cual el sabio jurisconsulto adhirió plenamente a la opinión de Demolombe (Baudry Lacantinerie, op. cit. 1123 y jurisprudencia allí citada—Dr. Segovia, notas al art. 2995 C. C.—Dr. Llerena a los art. 2994 y 2995 C. C.—Fallos S. Corte, tomo 27 pág. 461).

Que contra esa interpretación del art. 2995 del C. C. que tan y tan altas autoridades puede invocar en su apoyo, no cabe opo-

ner los principios consagrados por los arts. 2997 y 3017, que de ningún modo la contradicen.

En efecto, el art. 2997 establece que “las servidumbres discontinuas aunque sean aparentes, no pueden establecerse por el solo destino que hubiere dado a los inmuebles el propietario de ellos” y el art. 2995 dispone que para la constitución de una servidumbre discontinua en el caso que él legisla, es necesario, además de la existencia en el momento de la separación de las heredades de un signo aparente de servidumbre establecido o conservado por el propietario, *otro requisito esencial*, y es que las partes hayan consentido tácitamente en su continuación guardando silencio a su respecto en el contrato que motiva dicha separación. ¿No es esto conformarse al precepto del art. 2997 y aplicarlo en toda su estrictez?

Precisamente la interpretación que este fallo da al art. 2995, es que no legisla un caso de servidumbre constituida por el solo destino dado por el propietario a los inmuebles y así lo entienden los tratadistas Demolombe, Aubry y Rau, Baudry Lacantinerie y demás autores citados.

Además el art. 2997 ha sido tomado de la primera parte de un párrafo de Aubry y Rau que basta transcribir para que la objeción fundada en este precepto quede desvanecida y dice así: “Las servidumbres discontinuas aún cuando sean aparentes, no pueden adquirirse por el solo destino del padre de familia”. Pero cuando a consecuencia de un acto de enajenación de disposición o de partición llegan a separarse dos heredades que pertenecen al mismo propietario y en el momento de la separación, existe entre ellas un signo aparente de servidumbre, la carga manifestada por este signo reviste en lo sucesivo el carácter de servidumbre, *con tal que el acto de enajenación, disposición o partición, no contenga convención especial alguna que disponga lo contrario*. Art. 694”. He aquí las disposiciones de nuestros arts. 2997 y 2995 puestas la una a continuación de la otra, sin que los distin-

guidos expositores del Cód. Francés hayan imaginado siquiera que pudiese haber entre ellas oposición o discordancia alguna.

En cuanto al art. 3017, según el cual las servidumbres continuas y aparentes pueden establecerse por título y por prescripción y las demás solo por título, hay que notar desde luego que el Codificador ha usado la palabra "título", como opuesta a "prescripción" y que si hubiera de entenderse que al hablar de "título" ha querido estatuir también de acuerdo al antiguo derecho, que él ha de contener cláusula expresa *nominatin* sobre la servidumbre, no cabe duda alguna de que este precepto general no comprendería la constitución tácita de servidumbre ya legislada en los arts. 2994 y 2995 los que en nuestra hipótesis, vendría a consagrar excepciones a la regla por otra parte plenamente justificadas, como se ha visto ya.

Además, como el art. 3017 habla solo de "título" y no de "título que contenga *cláusula expresa* respecto a la servidumbre, ha de tomarse el término título en su acepción común, como acto por el cual la voluntad de las partes crea un derecho ya sea que esa voluntad se manifieste expresa o tácitamente, formas ambas del consentimiento que según el conocido aforismo, tienen el mismo valor jurídico cuando la ley nada dispone en contrario: "*Eadem vis taciti atque expressi*".

Las servidumbres constituídas tácitamente de acuerdo al art. 2995 del C. C., no carecen de título desde que el legislador presume que el silencio de las partes en el acto por el cual se verifica la separación de los fundos, implica su voluntad de que el signo aparente de servidumbre se convierta en un gravamen legalmente establecido y en consecuencia ese artículo no se opone al 3017, siendo por el contrario una aplicación del principio general en este contenido (Demolombe, tomo 12, n°. 805. Merlin, Repertoire, ver "titre").

Que finalmente no pueden presentarse como argumento decisivo contra la interpretación literal del art. 2995, las palabras pronunciadas por el Dr. Benjamín Paz, en el Senado Nacional

al sancionarse en 1897 el agregado al art. 3057 de que ya se ha hecho mención, porque de ellas puede decirse como con más poderoso motivo lo que se dijo de las del Tribuno Albison citadas también, que es una opinión personal de un senador, que no era el autor de la adición ni estaba encargado de explicarla y que por lo tanto, no puede prevalecer contra los términos claros y precisos de la ley, debiendo agregarse a mayor abundamiento, que esa opinión no fué aceptada por la Comisión de Legislación del Senado que en realidad, era la que había proyectado aquella y que por boca de su miembro informante el doctor Gerónimo Cortés, dió al art. 2995 una interpretación absolutamente distinta, concordante con la de Demolombe, que el distinguido jurista no retractó, limitándose a rectificar tan solamente, después de las palabras del Dr. Paz, el *número del artículo*, que había citado mal por evidente error de hecho, al decir que era el 2994. El Dr. Cortés dijo refiriéndose al art. 3057 y a la enmienda propuesta por la Comisión: “era necesario..... restringir éste principio para armonizarlo con la disposición que encontramos en el artículo ya mencionado (el 2994), de modo que cuando existen entre dos fincas *signos aparentes de servidumbre*, si el dueño de esas fincas enajena alguna de ellas sin prevenir expresamente que no concede la servidumbre, se debe considerar que se ha constituido porque el que recibió la finca viendo los signos aparentes y manifiestos de servidumbre, debía entender que se la concedía, “palabras que como se ve se refieren claramente al art. 2995 y no al 2994 que no habla de “*signos aparentes de servidumbres*” y que legisla sobre servidumbres *continuas*. Al decir el Dr. Cortés, después de la breve exposición del Dr. Paz que terminó con la lectura del art. 2995, “es exacto”, no hizo pues sino rectificar el error de hecho en que había incurrido, ya que no cabe suponer siquiera que se retractase tan fácilmente sin explicación alguna que disculpara su actitud, la doctrina jurídica que tan clara y precisamente había expuesto y que responde a un sistema que como se ha visto, tiene de su la-

do la gran mayoría de los tratadistas y la uniforme jurisprudencia de los tribunales franceses.

Que dilucidada la importante cuestión jurídica de saber cual sea la interpretación que deba darse al art. 2995 del C. Civil, corresponde aplicar ésta al caso sub-judice:

En el presente juicio, como se ha dicho ya, no se discute por ambas partes la existencia del camino que lo motiva; y que ese camino "es un signo aparente de servidumbre" es decir, un servicio, una subordinación de la propiedad del demandante a la finca del demandado que reúne todos los caracteres externos de servidumbre, no puede dudarse tampoco porque no establece una simple comunicación de aspecto transitorio entre ambos inmuebles, sino que sirve para comunicar al primero con un camino público habiéndose elegido su emplazamiento en el punto donde esa comunicación le era más útil y menos perjudicial al segundo, por su escaso recorrido.

La única dificultad que puede suscitarse a este respecto, es que no está plenamente demostrado que las actuales propiedades de los señores Espinosa y Perrín hayan constituido cuando pertenecían al Sr. Carlos Gigena o a su concurso, *dos fundos* perfectamente distintos e individualizados.

De autos aparece que los inmuebles fueron dados en hipoteca por separado y respectivamente, a los señores Espinosa y Perrín, lo que hace presumir esa individualización; pero aunque así no fuera, es indudable que cuando el art. 2995 del C. C. habla de *dos heredades* no quiere decir precisamente que por razón del título adquisitivo, de accidentes topográficos u otras causas deban constituir fundos distintos antes de la enajenación de uno de ellos por el propietario, sino que ha de mirarse tan solamente al momento en que ésta se efectúe, al momento "de la separación de las heredades" como dice textualmente la disposición y por lo tanto, es aplicable lo mismo cuando las fincas que se separan por la enajenación estaban individualizadas con anterioridad, o cuando

se individualizan en el mismo acto de la separación, por fraccionamiento de un solo inmueble.

Demolombe, Baudry, Lacantinerie y Chauveau, enseñan que a pesar de la redacción restrictiva en apariencia de la cláusula “dos heredades” usada por la ley, se admite en doctrina y en jurisprudencia que la constitución tácita de servidumbres puede tener lugar también en el caso de división en partes de un solo fundo, entre las que el dueño haya establecido un servicio del uno al otro, porque el legislador ha tenido en cuenta solamente el momento de la separación de los fundos que es cuando la servidumbre nace, de modo que las palabras “dos heredades” se refieren a los dos inmuebles que se individualizan en aquel momento y Carpentier en la obra anteriormente citada, con la autoridad de Aubry y Rau, Laurent, Toullier y el mismo Troplong, y numerosos fallos de las Cortes Francesas, enseñan que “aun cuando el art. 694 habla de “dos heredades”, se aplica también al caso de división de un mismo cuerpo de propiedad en dos o varios lotes, sea por venta o partición, sea por enajenación de solo una parte de un fundo; así las servidumbres aparentes pueden crearse entre los diversos lotes o porciones del fundo, sin que sea necesario que esos lotes hayan formado en su origen, explotaciones distintas”. (Demolombe, tomo 12, n.º. 826—Aubry y Rau, tomo 3, n.º. 252—Baudry Lacantinerie, Des biens, n.º. 1116).

Por estos fundamentos se revoca la sentencia apelada, no haciéndose lugar a la acción negatoria propuesta, sin especial condenación en costas. Hágase saber, transcribáse y repuestos los sellos, devuélvanse.

En disidencia: *A. G. Posse—Nemesio Gonzáles—A. Berduc.*

DISIDENCIA

Y Considerando: Que las partes están de acuerdo en que la presente litis versa sobre la existencia de una servidumbre de tránsito aparente y discontinua por su naturaleza, que el demandado

señor Perrín pretende establecida *por destino del padre de familia* a favor de un lote de campo comprado en remate judicial al concurso civil de don Carlos Gigena, sobre otra fracción del mismo campo adquirida en igual forma con posterioridad por el actor, don Francisco Espinosa Amespil, quien desconoce la legitimidad de tal gravamen.

Que el demandado funda su derecho en la disposición del art. 2995 del Código Civil, sosteniendo que cuando compró al concurso la fracción de campo a que se ha hecho referencia, existía ya a favor de ella y sobre la adquirida por Espinosa Amespil, un signo aparente de servidumbre de paso, lo cual bastaba para que se tuviera por legalmente constituida ésta, con arreglo al citado artículo, y por cuanto el contrato respectivo no contenía convención alguna en contrario a su respecto.

Que de los antecedentes que ofrecen los autos, no resulta bien demostrado que Gigena o su concurso hubiesen dividido la propiedad de que se trata en fracciones distintas e independientes y comunicándolas entre sí de tal manera que indujere su voluntad de crear entre ellas una relación destinada a convertirse en servidumbre al pasar los lotes a terceras personas: de autos aparece más bien que la propiedad de Gigena consistía en una sola estancia y que las calles de comunicación interior o de acceso a los caminos públicos existentes en ella, no eran otra cosa que vías abiertas por el propietario para su comodidad personal o para la mejor administración del establecimiento.

Que en la hipótesis sin embargo de que el camino en cuestión hubiera sido trazado a perpetuidad por Gigena o su concurso para que prestara los servicios de una verdadera servidumbre de paso a favor de la fracción adquirida por el demandado, es indudable que tal gravamen no habría podido constituirse por virtud solo de su apariencia y del silencio del título de Perrín, porque, según lo prescribe expresamente el art. 2997 del Código Civil las servidumbres discontinuas, aunque sean aparentes, no pueden estable-

cerse por el solo destino que hubiera dado a los inmuebles el propietario de ellos, requiriendo por el contrario título. Art. 3017 id.

Que el art. 2995, invocado por el demandado, legisla indudablemente, como el 2994, la constitución de servidumbres *por destino del padre de familia*, pero no ya los casos en que éstas tienen por único origen la voluntad del propietario, como el de que se trata, regidos por el segundo de dichos artículos, sino, como lo establece la sentencia de acuerdo con la opinión de reputados tratadistas, aquellos en que la servidumbre aparente, continua o discontinua, ha sido constituida en virtud de título, pero que, extinguida por confusión en una sola persona de las dos heredades, continúa después cuando el propietario dispone de una de ellas sin hacer convención alguna en el contrato, relativa a la servidumbre.

Que así lo indica claramente la nota puesta por el Codificador al art. 2995 para expresar que en él se aparta de las antiguas legislaciones romanas y de partidas, que no permitían la restauración de las servidumbres extinguidas por la reunión en una sola mano de los predios dominante y sirviente, y lo corrobora igualmente la propia redacción del artículo, pues las palabras *continúa existiendo* empleadas, no tendrían sentido aplicadas a las servidumbres que no reconocen otra causa legal que la voluntad del propietario, las cuales no continúan existiendo sino que *empiezan a existir* cuando la separación de los fundos se produce.

Que esta misma interpretación fué dada al citado artículo por el Dr. Benjamín Paz, con motivo del proyecto de reformas al Código Civil sancionado por el Congreso en 1882. Al discutirse en el Senado el agregado propuesto al art. 3057 para ponerlo en armonía con el 2995, el Dr. Paz, con el asentimiento expreso del Dr. Gerónimo Cortés, senador en esa época, tuvo oportunidad de abrir juicio sobre la inteligencia del art. 2995, expresando que este artículo legisla para el caso de que la servidumbre extinguida por confusión revive cuando existen signos aparentes que la demuestran y el propietario dispone de uno de los inmuebles sin que el contrato contenga convención alguna sobre ella.

Que por otra parte, el art. 2995 entendido como quiere el demandado, estaría en pugna con el 2997 y 3017, que sientan, en forma indubitable, el principio de que las servidumbres discontinuas, *aunque sean aparentes*, no pueden establecerse por el solo destino que hubiera dado el propietario a los inmuebles, sino por título.

No pudiendo sostenerse tampoco que dicho artículo contenga una excepción a tal principio, consagrando, como forma especialísima de constitución de servidumbres discontinuas y aparentes, la convención tácita presumida por la ley en razón del signo aparente cuando el propietario disponga de uno de los inmuebles sin hacer salvedad alguna en el contrato, porque para ello sería necesario admitir que el art. 2997, se refiere a servidumbres aparentes sin un signo visible que las exteriorice, lo que no puede suponerse siquiera dado que por definición es eso precisamente lo que caracteriza a las servidumbres aparentes. Art. 2976.

Que si a todo lo dicho se agrega que el destino dado por el propietario a los inmuebles no equivale al título sino en el caso regido por el art. 2994 de servidumbres aparentes y continuas, que no es por cierto el *sub-judice*, debe concluirse que las pretensiones del demandado carecen de fundamento legal y han sido bien desestimadas por el inferior.

Por estas consideraciones y las de la sentencia apelada, se la confirma con costas. Hágase saber, transcribáse y repuestos los sellos, devuélvase.

A. G. POSSE
