



SERQUES MARTA LIDIA C/ ELESGARAY FORNABAIO NAHUEL
ENRIQUE S/ ACCION CONFESORIA
17122

En la Ciudad de Quilmes, reunida en Acuerdo Ordinario la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, integrada con los jueces miembros de la Sala Primera, y con la presencia del Sr. Secretario Dr. Gustavo Balestriere, se trajo a despacho para dictar sentencia los autos **"SERQUES MARTA LIDIA C/ ELESGARAY Y FORNABAIO NAHUEL ENRIQUE S/ ACCION CONFESORIA "** (Expte. Nº 17.122).

Y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial se practicó el sorteo de ley que dio el siguiente orden de votación: Doctores Gabriel Pablo Zapa y Gerardo Crichigno

LA EXCELENTÍSIMA CÁMARA RESOLVIÓ VOTAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra) ¿ES JUSTA LA APELADA SENTENCIA?

2da) ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GABRIEL PABLO ZAPA DIJO:

1) Llegan los autos a este Tribunal de Alzada en virtud de los **recursos de apelación** interpuestos con fechas 5/5/2022 y 9/5/2022 por los **coactores CROSTA SILVIA, y MARTA LIDIA SERQUES junto a ROBERTO GERMAN VALADO** contra la sentencia dictada el 3/5/2022 por la Jueza de origen, quien en sustancia resolvió:

"...1) Rechazando la acción confesoria promovida por la actora reconvenida, Sra. Marta Lidia Serques, a la que adhirieran los



terceros citados comparecientes Sres. Lorenzo Mariani, Tomás Martín Rodríguez, Roberto Germán Valado y Jorge Luis Grandoli, Rubén Darío Bordin, Irma Graciela Di Franceso, Mónica Beatriz Di Francesco y Gabriela Di Francesco, Silvia Graciela Crosta; Susana Valeria Di Lella, Elizabet Gonzalez, contra Nahuel Enrique Elesgaray Fornabaio, con relación al inmueble ubicado en la calle Rivadavia N° 282, de la ciudad y Partido de Quilmes, inscripto su dominio en la Matrícula N° 71.853/Quilmes, designado catastralmente como Circunscripción I- Sección L- Manzana 48- Parcela 10a.

2) Rechazando la acción por prescripción adquisitiva de servidumbre de tránsito, promovida por la actora reconvenida, Sra. Marta Lidia Serques, y por los terceros citados comparecientes Sres. Lorenzo Mariani, Tomás Martín Rodríguez, Roberto Germán Valado y Jorge Luis Grandoli; Darío Bordin, Irma Graciela Di Franceso, Mónica Beatriz Di Francesco y Gabriela Di Francesco, Silvia Graciela Crosta; Susana Valeria Di Lella, Elizabet Gonzalez, contra Nahuel Enrique Elesgaray Fornabaio, con relación al inmueble ubicado en la calle Rivadavia N° 282, de la ciudad y Partido de Quilmes, inscripto su dominio en la Matrícula N° 71.853/Quilmes, designado catastralmente como Circunscripción I- Sección L- Manzana 48- Parcela 10a.

3) Admitiendo la acción negatoria deducida por el demandado reconviniendo Nahuel Enrique Elesgaray Fornabaio, estableciendo que sobre el inmueble ubicado en la calle Rivadavia N° 282, de la ciudad y Partido de Quilmes, inscripto su dominio en la Matrícula N°71.853/Quilmes, designado catastralmente como Circunscripción I- Sección L- Manzana 48- Parcela 10a., no pesa servidumbre de tránsito alguna a favor del inmueble con entrada por la calle Alvear N° 577 de la ciudad y Partido de Quilmes, inscripto su dominio en la Matrícula N° 33.412, designado catastralmente como



Circunscripción I- Sección L- Manzana 48- Parcela 5, determinando la inexistencia de restricción al dominio respecto del mismo.

4) Imponiendo las costas del proceso a la actora reconvenida y a los terceros citados comparecientes, por la acción confesoria y por la de prescripción adquisitiva desestimadas, así como por la acción negatoria admitida, eximiéndose de costas al tercero compareciente Cristian Maximiliano Garmendia...”

2) Radicadas las actuaciones ante la Sala y llamados que fueran a expresar agravios los apelantes, los mismos lo hicieron en legal tiempo y forma a través de las siguientes presentaciones:

Agravios de la coactora Silvia Graciela Crosta

2.1) Por medio de presentación electrónica de fecha 12/9/2022 manifiesta sus quejas la coactora Silvia Graciela Crosta, que fuera únicamente contestada por el codemandado reconviniere Nahuel E. Elesgaray y Fornabaio a través de su apoderado el Dr. Alejandro A. Parody mediante pieza de igual tenor de fecha 27/9/2022.

En el citado escrito se agravia la apelante solicitando se revoque la sentencia dictada adversa a sus pretensiones y en definitiva se haga lugar a la demanda de acción confesoria instaurada. De este modo expresa:

2.1.1) Que como primer agravio sostiene que “... *Deben aplicarse las normas del Código Civil y Comercial...*”

Tras referir a pasajes de la sentencia que ataca dice que: “... *Mi parte entiende que se trata de una interpretación parcial, ya que ... el citado art. 7 CCC, expresa que... desde su vigencia, las leyes se aplican a las relaciones y situaciones jurídicas existentes ... La situación jurídica que se plantea en este proceso, sigue vigente, es decir, ambas propiedades, siguen utilizando el derecho de paso, entre ambas galerías, si bien la relación contractual, que habilitó dicho paso, se originó en el año 1974, reitero, a la fecha, septiembre de 2022, los*



habitantes de la ciudad de Quilmes, utilizan dicho derecho de paso, aún no interrumpido, por ninguna decisión Judicial firme, ni Municipal... La señora Juez A-Quo sostiene que aplicará las normas del Código Civil, vigente al momento de acaecer los hechos. No lo indica, pero por lógica será la situación jurídica originada en el año 1974, es decir, al acuerdo instrumentado en escritura pública del 24 de septiembre de 1974... el derecho de paso, no sólo se originó por acuerdo de partes, en el año 1974, sino que, en septiembre de 2022, ese derecho de paso, se sigue ejercitando, tanto por las partes, como por el resto de los habitantes de Quilmes. Es decir, que, en este proceso, no hay un consumo jurídico, ya que, dicho derecho de paso, sigue vigente. Por lo tanto, la norma del art. 7 CCC, debe aplicarse plenamente, ya que, desde su vigencia, la ley debe aplicarse a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La decisión de la Jueza A- Quo ha sido grave, ya que, en su sentencia, ha afirmado que, conforme al Código Civil, no cabe hacer lugar a la prescripción adquisitiva del derecho real de servidumbre, pues dicho Código, ahora derogado, no la permitía. Cabe aquí citar textualmente, lo manifestado por la primera magistrada, me refiero a la Dra. Vivian Cintia Díaz, cuando nos dice... La acción en estudio fue promovida durante la vigencia del Código Civil y los efectos continúan hasta el presente lo cual amerita la cita de las nuevas normas al sesgo del diálogo de fuentes propiciado por el legislador, al amparo de los principios y valores jurídicos que permean nuestro sistema jurídico..."

Así concluye este agravio solicitando se determine "... que, en este proceso, cabe aplicar las normas del Código Civil y Comercial..."

2.1.2) *Que como segundo agravio puntualiza que "... La escritura del 24 de septiembre de 1974, instrumentó una servidumbre de paso... es importante considerar, que V E en la intervención*



anterior, consideró – al confirmar la cautelar otorgada – que, en el proceso, existió una servidumbre de paso... con relación al proceso: Serques Marta Lidia c / Elesgaray y Fornabaio Nahuel Enrique s / Medidas Cautelares... Mi parte entiende que, mediante la citada escritura, se perfeccionó una servidumbre de paso, pues se instrumentó mediante un instrumento público, y las manifestaciones allí vertidas, por las partes, demuestran acabadamente la constitución de un derecho real, en los términos de los arts. 1882 y 1887 CCC ...”

Continua así, luego de interrogarse acerca de cómo se constituiría una servidumbre de paso, respondiéndose que “... mediante un título, mediante el cual, el dueño del predio sirviente autoriza el paso. En consecuencia... no cabe duda alguna, examinando la citada escritura n° 278, del año 1974, que ambos titulares del dominio, han acordado una servidumbre de paso, en nuestro caso, a favor de ambos titulares, podríamos definirla como una servidumbre de paso bilateral. Es decir, en los términos del art. 2164 CCC se trata de una servidumbre positiva y negativa. La magistrada no ha valorado la intención de los titulares del dominio, expresada en la citada escritura pública, un principio tan importante como la buena fe, en los términos del art. 961 CCC, amerita interpretar dicha escritura, siguiendo el fin último del acuerdo mencionado, concretamente, permitir el paso entre ambas galerías. Y siguiendo la citada norma ,art. 961 CCC, las partes se obligan a lo que está expresado en el contrato. La decisión de la magistrada, afectará una situación de hecho – el libre paso – que tiene vigencia desde el año 1974 hasta el presente, o sea, han transcurrido nada menos que, ...48 años... ¿Por qué entonces, innovar? Si incluso, el aquí demandado NUNCA SE OPUSO AL DERECHO DE PASO ENTRE AMBAS GALERÍAS. Su inactividad durante tanto tiempo, ratifica la decisión de los antiguos titulares del dominio, realizada en el lejano año 1974. Observará V E que el plano



presentado en la Municipalidad de Quilmes, que informaba sobre dicho derecho de paso, fue aprobado, y hasta la fecha, luego de más de 48 años, nunca el ente Municipal, realizó ninguna observación, ni promovió ninguna acción al respecto...”

Que por otra parte se agravia en que “... la magistrada... “de grado “... sostiene que dicha escritura ... no es título suficiente, y por qué? Pues las partes debieron realizar OTRA ESCRITURA, ratificando lo ya acordado – servidumbre de paso – en la precedente ESCRITURA del año 1974, o sea, DOS ESCRITURAS CON EL MISMO OBJETO – dejar asentado la circulación de personas -, entre ambas galerías. ¿No es título suficiente, la primera escritura ?, se trata de un instrumento público, donde quedó asentada la voluntad de ambos titulares del dominio. Cabe mencionar aquí, el acertado testimonio de un testigo importantísimo, me refiero al CONSTRUCTOR de la galería, se trata del Maestro Mayor de Obra, SR. LORENZO MARIANI, quien nos dijo ...que ese convenio se celebró “ de por vida ”; considera que, sin la comunicación existente entre ambos predios, “ la galería se funde, los locales no valen nada ”. Ese fue el motivo, por el cual se celebró la citada escritura, del año 1974, ANTES DE CONSTRUIRSE LA GALERÍA... Es cierto ...” que “... nunca se inscribió...” y por ende “... no tiene efecto contra terceros, y ese es el fin de la inscripción. PERO SÍ TIENE EFECTO ENTRE LOS TITULARES DEL DOMINIO, Y ENTRE LAS PARTES DE ESTE PROCESO. Recordando V E. que durante casi medio siglo, existió y existe en la actualidad, y derecho de paso entre ambas galerías, y reitero, NUNCA EL DEMANDADO IMPUGNÓ DICHA ESCRITURA, NI LA SITUACIÓN DE HECHO, QUE PERDURA EN EL AÑO 2022. Lo que nos demuestra que aceptó el derecho de paso, motivo del proceso...”



De este modo concluye este agravio sosteniendo que *“...la escritura del 24 – 09 – 1974, fue un título suficiente para constituir el derecho real de servidumbre de paso...”*

2.1.3) Que introduce como tercer agravio que *“... El derecho real de servidumbre de paso puede adquirirse por prescripción... La Señora Juez A-Quo, manifestó que la servidumbre de paso, no puede adquirirse por prescripción adquisitiva, ya que es siempre discontinua. Todo ello, en los términos del art. 3017 del Código Civil, ahora derogado... mi opinión es que, como los efectos de la servidumbre de paso, todavía están vigentes, los habitantes de Quilmes, utilizan el corredor existente entre ambas galerías, todavía en el mes de septiembre de 2022, no tiene un sentido lógico, aplicar una excelente legislación, pero, elaborada en el año 1869 Sostengo V E que en este proceso, debió aplicarse el art. 2565 del Código Civil y Comercial, que expresamente nos dice que... ‘los derechos reales se adquieren por prescripción ...’ La magistrada que elaboró la primera sentencia en este proceso, manifestó... que... La comunicación entre ambos predios continua y subsistente desde larga data bajo el esquema normológico de la servidumbre, según la teoría de Roubier no puede considerarse un hecho agotado y cumplido ... Y además, nos manifestó...’ Así, es predicable al sub lite la regla del art. 2565 del Código Civil y Comercial de la Nación que habilita a tener por adquirido el derecho real de servidumbre por prescripción, sin que ello importe aplicación retroactiva de la ley ni vulneración de derechos amparados por garantías constitucionales’ De este modo concluye en que *“... Cabe considerar el derecho real de servidumbre de paso, adquirido por prescripción adquisitiva ...”**

Agravios de los coactores Marta Lidia Serques y Roberto German Valado



2.2) A su turno, por medio de presentación electrónica de fecha 20/9/2022 manifiestan sus quejas los coactores **Marta Lidia Serques y Roberto German Valado**, que fuera únicamente contestada, también, por el codemandado reconviniere Nahuel E. Elesgaray y Fornabaio a través de su apoderado el Dr. Alejandro A. Parody mediante pieza de fecha 10/10/2022.

En esta expresión de agravios los apelantes solicitan se haga lugar a la demanda y se rechace el planteo reconvencional con imposición de costas de ambas instancias, por los siguientes argumentos:

2.2.1) Que tras recordar que el objeto de la demanda gira en orden a que se respete la servidumbre oportunamente pactada mandando a inscribir la misma como restricción al dominio, y subsidiariamente se haga lugar al planteo de prescripción adquisitiva del derecho real de servidumbre, cita preceptos normativos que considera aplicable al caso y dice que *“... Tal como surge de la prueba pericial, ninguna de las partes intentó poner fin a una solía de cemento alisado en la zona del muro medianero con mosaicos graníticos de igual tipología a ambos lados, lo que hace que uno al circular no note que está pasando de un fundo al otro, sino que permite asumir una continuidad de galería comercial, aunque sean lotes contiguos de distinto dueño ... Todo ello implica un reconocimiento expreso del compromiso asumido por las partes...”*

Que afirma que *“...hay título suficiente. La sentencia en crisis, por el contrario, considera que la escritura del 24 de setiembre de 1974 no sería título suficiente para la constitución de la servidumbre pero nada dice sobre la obligación de hacer del artículo 1187 del Código derogado. Esta cuestión no fue tratada en la sentencia recurrida, por lo que la alzada deberá considerarla, para que -a todo*



evento- se celebre la escritura pertinente y se inscriba en el registro de la propiedad la restricción a ambos dominios...”

2.2.2) Que continúa argumentando como planteo subsidiario que *“... en el caso de autos estamos frente a una servidumbre atípica que se viene respetando en forma pública, visible, pacífica y continua entre dos galerías en el centro comercial de Quilmes desde hace casi cincuenta años... que el sublite tiene características especiales, por lo que difiere de los diversos supuestos que imaginó Velez en su código civil derogado. La abertura y solía de cemento alisado entre ambos fundos, estuvo siempre disponible, pudiendo utilizarse y verse en todo momento sin necesidad de un hecho actual del hombre, por lo que en principio sería una servidumbre continua. Según la nota al artículo 2975, el carácter de servidumbre continua, no consiste en el ejercicio continuo, en un hecho continuo de la servidumbre, sino en la posibilidad que hubiere para que la servidumbre se ejerza continuamente. Al mismo tiempo se asemeja a la servidumbre de vista de carácter continua, pues además existe una vidriera sobre el eje medianero... Es decir que la servidumbre de autos también es aparente ya que se exterioriza por signos inequívocos. Reiteramos que la abertura, solía y vidriera sobre el muro medianero tienen casi cincuenta años, visible por todos, aunque nadie circulara y es respetada públicamente por ambas partes. A título meramente informativo agregamos que las solías son utilizadas para la unificación de pisos, umbrales de puertas y ventanas. Son piezas de granito reconstituido que responden a los códigos de mosaico pulido y compacto...”*

Que *“...en la inspección ocular ... se describe que además de la abertura, comunicación y continuidad del mismo tipo de piso, existe: ‘...un cartel de madera el cual dice de un lado salida por Rivadavia y del otro lado salida por Alvear... no advirtiendo*



cerramiento alguno, ni evidencias de que se haya tratado de cerrar la comunicación de circulación de ambos pasillos'. Pero hoy, ya no puede utilizarse la misma terminología que hace más de cien años, a la cual se remite y se encierra la jueza en su sentencia. Por ello es que el nuevo Código Civil y Comercial suprimió dicha clasificación arcaica y estructurada. Los integrantes de la Comisión Redactora del anteproyecto han expuesto que: "SERVIDUMBRES: también en este caso al codificador el tema le insumió ciento treinta y ocho artículos que en el presente se reducen a veintiuno. No son conceptos innovadores sobre el Código, aunque ciertamente se simplifican y aclaran los derechos del titular dominante y del titular del fundo sirviente. "Pero, aún la normativa del código derogado, facultaba a los magistrados a tomar en consideración las circunstancias del caso, pues en su artículo 16 dice: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún así la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Por todo ello la sentencia debe ser revocada y hacerse lugar a la prescripción adquisitiva del derecho real de servidumbre por la posesión continua, pacífica, pública e ininterrumpida durante más de veinte años..."

2.2.3) Que tras hacer cita de abundante jurisprudencia y pasajes de la anulada sentencia afirma que *"... Si bien... esta Cámara anuló lo actuado por la Dra. Díaz, no podemos pasar por alto que previo al llamamiento de autos para sentencia en aquellas actuaciones, la magistrada ... había hecho saber a las partes que 'el presente caso será resuelto conforme a las pautas de aplicación de la ley en el tiempo estatuidas por el artículo 7 del C.C.C.' Dicha resolución había sido consentida por el demandado, por lo tanto no podría hoy cuestionar la aplicación de la nueva normativa, ya que sería ir contra*



sus propios actos. "De consuno con la doctrina de los actos propios cuadra desestimar las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, toda vez que la citada doctrina promueve el cumplimiento del deber de coherencia del comportamiento jurídicamente relevante. Porque a nadie debe permitírsele, en principio, hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando ella, interpretada objetivamente según la ley, los usos o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho cuando hacerlo contraría tales parámetros....Por lo expuesto debe hacerse lugar a la demanda por aplicación del artículo 2565 del nuevo código civil y comercial, revocándose la sentencia recurrida que niega su aplicación.

2.2.4) Que por último y haciendo cita de preceptos normativos y jurisprudenciales sostienen los recurrentes que *"... por un simple principio de coherencia, también debe revocarse la sentencia en cuanto hace lugar a la acción negatoria. Resulta absurdo pretender restablecer la libertad del demandado para ejercer con plenitud su derecho de dominio sobre el inmueble de la calle Rivadavia n° 282 de Quilmes, cuando desde el momento de la firma de la escritura N° 278 otorgada por el escribano Juan Carlos Melgarejo el 24 de setiembre de 1974, siempre existió una servidumbre de paso recíproca, gratuita y por tiempo indeterminado con relación al inmueble de la calle Alvear n° 577... En el caso de autos, la servidumbre ha sido convenida por los titulares de dominio mediante escritura pública y respetada por ellos y sus sucesores durante casi 50 años.*

Considerandos:

3) Abocado a la tarea revisora en base a los planteos traídos, luego de la detenida lectura y análisis de la presente causa y sus anexas, cabe



anticipar que los recursos traídos no pueden prosperar, por lo que la sentencia atacada debe ser confirmada por los argumentos que a continuación se detallan.

3.1) *Ab initio* estimo pertinente remarcar que en la zona céntrica de Quilmes se encuentran actualmente dos inmuebles identificados como Rivadavia n°282 y Alvear n°577 los cuales cuentan con edificaciones que se comunican por la planta baja a través de un pasillo de galerías comunes con locales comerciales que unen ambas heredades en forma de L, de modo tal que se puede acceder a ellas desde la vía pública indistintamente a través de la calle peatonal Rivadavia o Alvear.

Dicho ello y como aspecto relevante de la causa, esta acción confesoria, cuya finalidad tiene por objeto remover el obstáculo al ejercicio de una servidumbre o el cese de actos que importen violar los límites al dominio en razones de vecindad impuestos por el Código (*Kiper C. "Tratado de los Derechos Reales T° II" pag. 454 Ed. Rubinzal Culzoni 2016*), se ha iniciado con origen en una intimación cursada en el mes de septiembre de 2012 por el apoderado del heredero del inmueble sito en calle Rivadavia n°282, Sr. Nahuel Enrique Elesgaray y Fornabaio, por la cual se notificó a la coactora Sra. Marta Lidia Serques (titular de las unidades funcionales 11 y 12 del inmueble de Alvear n°577 afectado al Régimen de Propiedad Horizontal) del cierre del fondo de su local ubicado en la parte trasera del inmueble de la calle Alvear n°577. Se encomendó a su vez a la citada Sra. Serques, hacer extensiva tal circunstancia a los demás copropietarios. (ver documentación de fs. 6/29 de los autos caratulados "*Serques Marta L c/ Elesgaray y Fornabaio Nahuel E. s/ Diligencias preliminares*")

Tales características de circulación entre ambas galerías tuvieron origen en el incuestionado convenio privado cuya copia certificada obra a fs. 9/10 de los citados autos, en el cual los -en su entonces- titulares de dominio de ambos inmuebles: Sra. Magdalena Yolanda Fornabaio de Elesgaray y Juan Laureano Varela el 24/9/1974 celebraron un compromiso y



convenio de circulación de sus futuros locales para el libre acceso por las citadas ambas calles.

Así expresamente las referidas partes contratantes establecieron, en lo que interesa destacar, que “...*La Servidumbre de paso será en forma gratuita y por tiempo indeterminado elevándose a escritura pública para su anotación en el Registro de la Propiedad como modificación al derecho real de propiedad, dentro de los noventa días posteriores a la terminación de las galerías y confección del Reglamento de Copropiedad y Administración que registrá a cada una de ellas ...*”.

Ámbito temporal de normativa aplicable a la interpretación del convenio de circulación.

3.2) Ante todo, y dada la contienda y planteos a resolver traídos, cabe decir que la interpretación del alcance de tal convención ha de ser juzgada bajo las normas del Código Civil Velezano, por tratarse de una situación y relación jurídica consumada durante la vigencia del mismo (art. 3 del CC y 7 del CC y CN, *Iturbide, G. Pereira M. J* “Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios” Cita: TR LALEY AR/DOC/1423/2015 pag. 5)).

Inexistencia de servidumbre real que habilite la promoción de la acción real confesoria incoada

3.3.1) En forma general y partiendo de la concepción tradicional dualista de nuestro ordenamiento jurídico basada en el esquema clasificatorio de los derechos subjetivos entre derechos reales y personales; cabe recordar en que si bien ambos gozan de contenido patrimonial, desde el punto de vista de su oponibilidad los derechos reales resultan ser absolutos -oponibles *erga omnes*- en cambio los derechos personales resultan ser relativos -oponibles *inter partes*- (nota al Título IV del Libro III del CC)



A su vez, trayendo a colación algunas diferencias más entre estos derechos, puede afirmarse que los derechos personales, cuyo régimen legal es guiado preponderantemente por el principio de la autonomía de la voluntad, desde el punto de vista de su duración los mismos resultan ser temporales. A diferencia de ello, bajo el régimen legal de los derechos reales en los mismos inciden sustancialmente normas de orden público y su duración puede ser temporal o perpetua (Gatti E. Alterini J.H *“El Derecho Real. Elementos para una teoría general”* Ed Abeledo Perrot pag. 15 y sigs.)

Por su parte, contempla expresamente el art. 2502 del Código Velezano que *“Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”*

Ya en forma específica, sabido es que la servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y concede al titular del inmueble dominante determinadas utilidades, aun de mero recreo sobre el inmueble sirviente. Y, dentro de las clasificaciones legales más importantes que puede tener este derecho real es la diferencia entre aquellas que pueden ser reales o personales. La servidumbre real, según el art 2971 del CC. es aquella establecida al poseedor de una heredad sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera, es decir que constituye una carga sobre el inmueble sirviente siendo inherente a ambos fundos y presumiéndose por tales razones perpetuas. En cambio, la servidumbre personal (art. 2972 del CC) es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella, por ello se afirma que estas son esencialmente temporales y se presumen vitalicias, si es que no se ha pactado una duración menor (Alterini Jorge H *“Codigo Civil y Comercial Comentado ...”* T. X Ed. LL, pags. 321 y sigs.)

3.3.2) Desde este análisis trazado entiendo que este convenio de circulación bajo análisis no puede considerarse actualmente como válido a



los fines de la existencia de la alegada servidumbre de paso por parte de la primigenia actora Sra. Marta Lidia Serques -postura a la cual adhirieran los demás coactores presentados- (ver demanda de fs. 12/16, y adhesiones de fs. 321/322, 376, 400, 411/412, 432, 485, 519/520)

Las estipulaciones allí establecidas claramente hacen referencia a la constitución de tal derecho real entre ambos fundos condicionado a varias situaciones que no se verifican en la especie.

Ellas son por un lado: a) la culminación de ambas galerías, b) la afectación de ambos inmuebles en cuestión al Régimen de Propiedad Horizontal, c) la constitución del respectivo derecho real de servidumbre por escritura pública por ambas entidades consorciales, y por último, d) anotación de la constitución del mentado derecho real en el respectivo Registro de la Propiedad Inmueble.

Puede observarse en autos que varias de tales situaciones no se han dado. Tan solo la enunciada bajo a), mas no el resto.

Si bien desde el punto de vista físico ambas galerías se encuentran unidas desde larga data, tan solo uno de los inmuebles se ha afectado al derecho real de propiedad horizontal (el de calle Alvear nº 577, según copia certificada de fs. 13/20 de los autos caratulados "Serques Marta L c/ Elesgaray y Fornabaio Nahuel E. s/ Diligencias preliminares", pero no el de Rivadavia nº 282. Por ende, los demás recaudos apuntados tampoco pudieron ser llevados a cabo.

Por ello considero que, desde el punto de vista jurídico, el proyecto trazado originariamente por los titulares de ambos fundos de materializar la invocada servidumbre real de paso ha quedado trunca, pudiéndose solamente interpretar que la misma tan solo fue constituida como servidumbre personal (oponible solo entre las partes contratantes, por cierto intransmisible a las partes de este juicio) habiendo operado su extinción con el fallecimiento de la Sra. Elesgaray de Fornabaio y/o afectación del inmueble de Alvear nº 577 al derecho real de propiedad horizontal (ver fs. 63



de los autos anexos caratulados “ Elesgaray Magdalena Elena S/ Sucesión, art. 2972 del CC y su nota)

3.3.3) Concluyendo así este análisis, y retomando conceptos enunciados *ut-supra* bajo el pto 3.1), en tanto que la acción confesoria es la acción real que deriva de actos que de cualquier modo impidan la plenitud del ejercicio de las las servidumbres activas con el fin de que las mismas se restablezcan (art. 2795 del CC); resulta improcedente esta acción ya que no se ve configurada la constitución de derecho real de servidumbre alguno en cabeza de los coactores que habilite la promoción de esta acción real; y como contrapartida torna procedente el planteo reconvencional de acción negatoria instaurada por Nahuel Enrique Elesgaray y Fornabaio (ver específicamente fs. 57 vta./58 arts. 2756/7, 2795, 2880 ccdtes y sigs. del CC)

Ámbito temporal de normativa aplicable al planteo de prescripción adquisitiva del derecho real de servidumbre

3.4) Pasando ahora al abordaje del planteo de prescripción adquisitiva de la alegada servidumbre de paso, entiendo liminarmente que, en virtud de los planteos habidos, corresponde expedirse acerca del ámbito temporal de aplicación normativa.

3.4.1) Sostiene la coactora Marta Lidia Serques en la primigenia demanda presentada el 22/5/2013, en tan solo un párrafo “...*Subsidiariamente y a todo evento, planteo la adquisición del derecho real de servidumbre por la posesión continua, pacífica, ininterrumpida y desde más de veinte años, con el justo título que surge de la escritura pública n° 278 del año 1974...*” Para ello al fundar en derecho lo hace en normas del Código Civil Velezano (ver específicamente fs.14)

No caben dudas, en este contexto, que la interesada ha decidido servirse del instituto vigente al momento de entablar esta demanda por lo cual corresponde sea aquel que deba aplicarse, puesto que la adquisición



del derecho real alegado se habría consumado bajo tal legislación. Puntualmente funda en demanda su derecho en el art. 3017 del CC.

En otras palabras, dado que el inicio de la supuesta prescripción adquisitiva invocada habría nacido en el año 1974, los veinte años que se consideraron cumplidos a los fines de la adquisición por el transcurso del tiempo de la alegada servidumbre, se habrían consumado dentro de la vigencia del Código Civil Velezano, ello impone la aplicación del citado cuerpo normativo y no el Código Civil y Comercial de la Nación cuya entrada en vigencia fue a partir del 1/8/2015 (art. 3 del CC y 7 del CC y CN, art. 1 de la ley 27.077)

Improcedencia del planteo de prescripción adquisitiva del derecho real de servidumbre

3.4.2) Disipada tal circunstancia, el precepto normativo citado utilizado en el planteo de usucapión por la inicial actora, al cual adhirieran también los ahora apelantes, ello es el art. 3017 del CC., habilita a adquirir por la posesión de veinte años las servidumbres continuas y aparentes; siendo necesaria la concurrencia de ambas características.

3.4.2.1) Recordando conceptos clasificatorios de las servidumbres cabe referir que atendiendo al ejercicio de las mismas estas pueden ser *continuas* o discontinuas. Las primeras son aquellas cuyo ejercicio no consiste en un hecho actual del hombre y se ejercen por si mismas. En cambio, las *discontinuas* exigen para su ejercicio un hecho actual del hombre. Ese hecho es necesario, de modo tal que si el hombre no interviene en cada oportunidad, la servidumbre no se puede ejercer. Siguiendo así este pensamiento, Beatriz Arean, citando a Aubry Rau, menciona como ejemplo de *discontinua* a la *servidumbre de paso* la cual solo se ejerce cuando el titular pasa por el fundo sirviente y no dejara de ser discontinua, aunque se manifieste por signos aparentes, como ser cuando se anuncia por medio de una puerta (art. 2975 del CC y su comentario en *Bueres*



Highton Código Civil y normas complementarias... Tº 5C Ed. Hammurabi, 2da. ed. 2004, pag. 44 y sigs)

3.4.2.2) Compartiendo así el temperamento y argumentos seguidos por la jueza de grado última sentenciante, la servidumbre de paso invocada carece de las características necesarias para ser susceptible de ser prescriptible por ser discontinua, lo cual inhabilita el planteo traído y conlleva a la confirmación del rechazo dispuesto.

Tratamiento de demás agravios

3.4.3) Si bien lo expuesto hasta aquí alcanza para sellar la suerte adversa de los planteos traídos, entiendo que merece darse respuesta a particulares agravios expresados.

3.4.3.1) Bajo el pto. 2.1.1) la apelante Silvia Graciela Crosta ha postulado que bajo la actual legislación vigente correspondería hacerse lugar a la primigenia pretensión actoral de usucapión por haberse originado desde el año 1974 una servidumbre de paso y haber perdurado tal situación de hecho desde entonces hasta la fecha. Similar postura proponen los apelantes Marta L. Serques y Roberto German Valado bajo el pto. 2.2.3) quienes pretenden se haga lugar a la demanda de usucapión por los argumentos utilizados en la primera sentencia dictada -la cual fuera anulada por este Tribunal- de los cuales hacen expresa cita – ver fs. 209/223 y 248/251 y vta.-

Al respecto cabe decir que tales argumentos no solo no se hacen cargo de los términos en los cuales fue planteada subsidiariamente la pretensión de prescripción adquisitiva de servidumbre realizada; sino que, al no estar en presencia de un caso de servidumbre forzosa (art. 2166 del CC y CN), pasan por alto las expresas disposiciones de los artículos 1896 y 2169 del CC y CN que pretenden sea aplicado, los cuales establecen por regla que, por un lado, “...*el juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución...*”; y, por otro, “... *en ningún caso el juez puede*



constituir una servidumbre o imponer su constitución...” (doctrina de los arts. citados en Alterini Jorge y ots. “*Código Civil y Comercial Comentado... Tº IX y X*” Ed LL, pags. 136/7 y 389, respectivamente)

3.4.3.2) También y en referencia al argumento plasmado por el primer apelante bajo el pto. 2.2.1) en torno a que se siguen ejercitando el paso tanto por las partes como el resto de los habitantes de Quilmes desde larga data por las galerías en cuestión y ello no se ha meritado; cabe decir que el hecho que haya perdurado tal situación fáctica en el tiempo, a pesar de haberse extinguido aquel convenio de circulación y/o servidumbre personal, ello no da lugar a que tal situación amerite sea regularizada por el transcurso del tiempo sino que, por el contrario, ello nos pone en presencia de los denominados meros actos de tolerancia o buena vecindad (conf. args. art. 3017 del CC en su comentario en Bueres Highton, *Código Civil y normas complementarias... Tº 5C*, Ed Hammurabi, pags. 102 y sigs.)

3.4.3.3) No es ocioso tampoco destacar que al tratarse la pretensión actoral de una acción confesoria de reconocimiento de servidumbre de paso sobre una parte común del edificio afectado al Régimen de Propiedad Horizontal, resulta necesario para ello contar al menos con una mayoría calificada y/o con la anuencia de la totalidad de los copropietarios del inmueble de calle Alvear nº 577, situación que como bien ha apuntado la jueza de grado en la atacada sentencia bajo el pto. VI párrafo 13; no surge acreditada. Ello no solo porque se desconoce la voluntad de algunos copropietarios no presentados en la causa, sino que aquellos que si lo han hecho manifestaron su desinterés o indiferencia al respecto (ver fs. 363/366 y 526; arts. 7, 10 y ccdtes de la ley 13512; arts. 2051/ 2053 y 2057 del CC y CN, Clausula Novena del Reglamento de Copropiedad de fs. 13/20 de los autos caratulados “Serques M.L. c/ Elesgaray Fornabaio NE s/ diligencias preliminares”)

3.4.3.4) En el epílogo, no puedo soslayar que la solución que se propone, de concretarse el cierre del fondo del local conforme lo expresado



oportunamente por el Sr. Enrique Elesgaray y Fornabaio, incidiría en la situación de facto consolidada por casi medio siglo. Sin embargo, entiendo que lo decidido no afecta los derechos personales derivados del convenio originario, ni impide que, en lo sucesivo y por la vía legal pertinente, se reclame el resarcimiento por los eventuales perjuicios que pudiesen derivar del cierre del acceso a los locales ubicados en el inmueble de la calle Alvear desde una arteria -Peatonal Rivadavia- reconocida por la profusa circulación de público y su importancia comercial.

3.5) Consecuentemente y por todo lo hasta aquí desarrollado, corresponde rechazar los recursos interpuestos y confirmar la atacada sentencia de fecha 3/5/2022, con costas a los apelantes (arts. 3, 2756/72795,2970 y sigs. 3017, del Código Civil; 7, 1882 y sigs. del Código Civil y Comercial de la Nación; 36, 68, 166, 163 inc. 5, 242, 243, 266, 375, 384, del CPCC. y 7 y 10 de la ley 13.512)

Por ello, **VOTO POR LA AFIRMATIVA**

A la misma cuestión planteada el Dr. Gerardo Crichigno dijo, que por las mismas razones que el colega preopinante, **VOTA POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. GABRIEL PABLO ZAPA DIJO:

Atento el Acuerdo alcanzado, propongo rechazar, con costas, los recursos planteados y confirmar el pronunciamiento apelado de fecha 3/5/2022

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el Dr. Gerardo Crichigno dijo que **VOTA EN IGUAL SENTIDO QUE EL DR. ZAPA.**

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente **SENTENCIA:**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



Se rechazan los recursos planteados y confirmar el pronunciamiento apelado de fecha 3/5/2022, con costas a los recurrentes (art. 68 del CPCC)
REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

REFERENCIAS:

Domicilio Electrónico: 20085399919@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20082374311@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20175652699@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 20116835151@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 27290192078@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Funcionario Firmante: 21/03/2023 08:31:39 - CRICHIGNO Gerardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/03/2023 09:36:45 - ZAPA Gabriel Pablo - JUEZ

Funcionario Firmante: 21/03/2023 10:17:15 - BALESTRIERE Gustavo -
SECRETARIO DE CÁMARA



238900578018607161

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II -
QUILMES**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 21/03/2023 10:18:36 hs.
bajo el número RS-25-2023 por BALESTRIERE GUSTAVO.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

