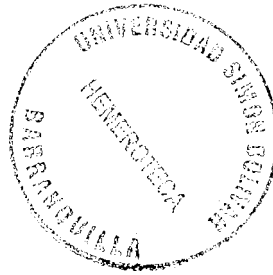


DR 0358



374

TEORIAS Y PRACTICAS DEL GRAVAMEN
DE LA SERVIDUMBRE

ANA MARIA PALACIO DE CARPINTERO

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

TEORIAS Y PRACTICAS DEL GRAVAMEN
DE LA SERVIDUMBRE

ANA MARIA PALACIO DE CARPINTERO

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

Barranquilla, Junio de 1991

Doctor

CARLOS DANIEL LLANOS S.
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
E. S. D.

Respetado Doctor y Decano:

Una vez realizado el desarrollo y las correcciones del trabajo de investigación jurídica denominado "TEORIAS Y PRÁCTICAS DEL GRAVAMEN DE LAS SERVIDUMBRES" presentado por la egresada señora ANA MARIA PALACIO DE CARPINTERO, por medio de la presente me permito dar concepto favorable pues en su elaboración la autoria llevo a cabo una minuciosa investigación con el objeto de obtener amplios conocimientos del tema, dominio del léxico utilizado y llegar a la meta trazada, llenando todas las exigencias que regulan esta materia.

No puedo desperdiciar la oportunidad para expresarle sinceramente mis agradecimientos por mi designación como asesor del mismo.

De usted con todo respeto,



AMADO GÓMEZ RANGEL
C.C.#523.156 de Medellín
T.P. No.29.604 de Minjusticia

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Julio

de 1991

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos :

A CARLOS DANIEL LLANOS S., Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar.

A AMADO GOMEZ RANGEL por su colaboración y asesoría

A LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

A Todas aquellas personas que en una u otra forma colabora-
ron en la realización del presente trabajo.

DEDICATORIA

A mi esposo e hijos por su perseveración y apoyo.

A mis hermanos por su constancia y seguridad en creer que iba a culminar con éxitos mi carrera.

ANA MARIA

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
0.2. OBJETIVOS	4
0.2.1. Objetivos Generales	4
0.2.2. Objetivos Específicos	5
0.3. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA DEL TRABAJO	5
0.4. DELIMITACION	5
0.4.1. Delimitación Espacial	5
0.4.2. Delimitación Temporal	6
0.5. MARCO TEORICO	6
0.6. METODOLOGIA	9
0.6.1. Tipo de Estudio	9
0.6.2. Técnicas	10
0.7. HIPOTESIS	10
0.7.1. Hipótesis General	10
0.7.2. Hipótesis Secundarias	10
1. GENERALIDADES	11
1.1. CARACTERISTICAS, CONTENIDO, EJERCICIO	11
1.2. SU CLASIFICACION Y CONSTITUCION	26

	Pág.
1.2.1. Servidumbres Positivas y Negativas	26
1.2.2. Servidumbres Continuas y Discontinuas	27
1.2.3. Servidumbres Aparentes e Inaparentes	29
1.2.4. Formas de Constitución	31
2. FORMACION MEDIANTE ACTO O NEGOCIO JURIDICO	32
2.1. CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES CONSTITUIDAS POR ACTOS O NEGOCIOS JURIDICOS	35
2.1.1. Servidumbre de Aguas	36
2.1.2. Servidumbre de Paso o Tránsito	37
2.1.3. Servidumbre de Pastos	38
2.1.4. Servidumbres Constitutivas en Extracciones	38
2.1.5. Servidumbres Aéreas	39
2.1.6. Limitaciones Mal Denominadas Servidumbres	39
3. FORMACION DE SERVIDUMBRES POR DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA	40
3.1. CONSTITUCION EN EL DERECHO ROMANO	40
3.2. REQUISITOS PARA CONVERTIRSE UNA SERVIDUMBRE DE HECHO EN JURIDICA	42
4. ADQUISICION DE SERVIDUMBRES POR USUCAPION	46
4.1. LA NORMA FUENTE DE SERVIDUMBRES	50
5. ANALISIS JURIDICO DE SERVIDUMBRES	51
5.1. SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO A LA VIA PUBLICA	53
5.1.1. Requisitos para su Establecimiento y Contenido	54
5.1.2. Indemnización para el Predio Sirviente y Pres - cripción de la misma	58
5.2. SERVIDUMBRE DE TRANSITO PARA TRANSPORTE DE AGUA Y ABREVADERO DE GANADO	60

	Pág.
5.3. SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO	61
6. ACCIONES DE PROTECCION Y EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES	66
7. CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFIA	71

INTRODUCCION

Surge nuestro deseo de realizar este trabajo de investigación cuando personalmente hemos tenido conocimiento que en nuestro medio socio-económico se utilizan mucho la figura-jurídica de las servidumbres, y en el ejercicio de las mismas no se dan cumplimiento a las normas que las regulan , algunas veces por desconocimiento de ellas, otras por anormal aplicación y con frecuencia buscando ventajas para alguna de las partes contratantes.

Todas estas normas se encuentran copiladas en nuestro código Civil, en su Libro Segundo, Título XI, del artículo 879 al 945, como el común de nuestras disposiciones jurídicas, su estudio no deja nada que desear pero no ocurre lo mismo con su aplicación en el campo material, el cual presenta muchas lagunas y por lo tanto errores que ocasionan graves perjuicios a la parte afectada.

Además hacemos un análisis crítico de las evoluciones que han sufrido estas normas tanto en su parte sustantiva como

procedimental para obtener conocimiento de las muchas o innumerables fallas o errores que cometemos en el campo de su aplicación o práctico.

0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nos establece el artículo 879 del Código Civil: "Servidumbre predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño"¹.

En Cas, 26 de Julio 1945, LIX, 391, se nos establece: "El derecho de servidumbre corresponde al predio dominante y es ejercido por los propietarios o poseedores de éste. Si el bien pertenece a una comunidad, todos los coparticipantes tienen derecho al ejercicio de la servidumbre; por consiguiente, una acción negatoria de ese derecho debe cobijar a todos los coparticipantes del predio dominante (Ley 120 de 1928 y 58 de 1941)"².

"El artículo 879 del C.C., no es disposición sustantiva, en el estricto sentido de que confiera derechos a las personas" (sent., 19 Noviembre 1951, 802)³.

¹ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Bogotá-Colombia; Editorial Temis Librería, 1980, p. 363.

² Ibid, p. 364

³ Ibid, p. 364

Del análisis de los anteriores párrafos que contienen varias determinaciones podemos concluir que el ejercicio del derecho real de servidumbre, aún cuando recae sobre bienes inmuebles, corresponde a los propietarios de los bienes o fondos.

En nuestro medio no el ejercicio del derecho de servidumbre se ejerce con algunas limitaciones impuestas por los propietarios o poseedores del predio sirviente; estos impedimentos o limitantes del ejercicio ocasionan graves perjuicios a los predios dominantes. Entonces para poder determinar si verdaderamente existen estas limitaciones y por ende los mencionados perjuicios nos hemos impuesto la elaboración de este trabajo de investigación jurídica.

0.2. OBJETIVOS

0.2.1. Objetivos Generales :

- Analizar críticamente las disposiciones que regulan el derecho real de servidumbre , y su aplicación en la Justicia Colombiana.
- Estudiar su aplicación en el campo procedimental.

0.2.2. Objetivos Específicos :

- Obtener un amplio conocimiento sobre su campo de aplicación.
- Estudiar sus clasificaciones según su origen y campo de acción.
- Investigar sobre las posibles irregularidades que surgen al ser aplicadas.

0.3. JUSTIFICACION TEORICO-PRACTICA DEL TRABAJO

Los Capítulos del I al IV del Título XI del Libro 2º del Código Civil, en una forma amplia y justificada nos hacen un análisis del contenido de las normas que regulan el Derecho Real de Servidumbre; existen otras disposiciones que introducen algunas modificaciones a estos artículos como son la Ley 120 de 1928 y 58 de 1941, pero con suma frecuencia en el campo práctico el sabio y noble espíritu del legislador tiene una anormal aplicación por parte de los propietarios o poseedores de los bienes afectados o beneficiados con este gravamen.

0.4. DELIMITACION

0.4.1. Delimitación Espacial. Nuestra investigación jurí -

dica la iniciamos analizando disposiciones, conceptos doctrinales y jurisprudenciales que, sirvan de fuentes a nuestras reglas, entre éstas citaremos algunas del Derecho Romano, Sueco, Alemán y Peruano y otras.

0.4.2. Delimitación Temporal. Los temas analizados comprenden reglas del Código Civil de 1887, disposiciones contenidas en las Leyes 120 de 1928, 58 de 1941 y otras más recientes.

0.5. MARCO TEORICO

Los tratadistas, doctrinantes y jurisconsultos utilizan sabios y justos conceptos para efectuar los análisis explicativos de esta institución jurídica y mencionaremos los siguientes :

"Art. 879. Servidumbre predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño"⁴.

- En derecho romano, las servidumbres se clasificaban en personales y prediales; en las primeras, una cosa producía

⁴ •ORTEGA TORRES, Op.cit. p.363.

utilidades para una persona distinta del propietario, como sucedía con los derechos de usufructo, uso o habitación; en las segundas, un predio producía utilidades para otro predio de diferente dueño. Más este concepto unitario de las servidumbres ha desaparecido en el derecho moderno, en el cual las servidumbres personales han tomado nombres específicos (usufructo, uso • habitación); por lo tanto, el nombre de servidumbre se reserva exclusivamente para las prediales.

- La servidumbre necesariamente recae sobre un predio o heredad; en ningún caso recae sobre cosas muebles. Las utilidades que se obtienen de un predio, han de ser en favor de otro predio. El predio del cual se obtienen ventajas o utilidades se denomina predio sirviente; el predio que goza de las utilidades sacadas del predio sirviente, se llama predio dominante. Con respecto a éste, la servidumbre se llama activa, y con relación al predio sirviente, se llama pasiva (C.C., art. 880). Elemento esencial de la servidumbre es, pues, la existencia de dos predios⁵.

"Art. 888. Las servidumbres, o son naturales, que provienen de la natural situación de los lugares, o legales, que son

⁵ VALENCIA SEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales, Octava Edición, Editorial Temis .S.A. Bogotá-Colombia, 1987, p. 353.

impuestas por la ley, o voluntarias, que son constituídas por un hecho del hombre"⁶.

Jurisprudencia. Servidumbre de aguas". El art. 891 del Código Civil se refiere a todas las aguas que descienden naturalmente del predio superior, o sea, aquéllas que se deslizan hacia la heredad inferior por obra de la misma naturaleza y sin que la mano del hombre contribuya a ello. Comprende las aguas lluvias, caídas en el predio superior o venidas a éste de otros terrenos, más altos, las aguas procedentes del deshielo, las aguas vertientes, arroyos y esteros que se forman en la heredad superior, y las aguas de los ríos que descienden por cauces naturales de los predios superiores a los predios inferiores. A la inversa, el art. 891 del Código Civil no comprende las aguas cuyo curso no sea obra de la misma naturaleza, sino resultado de la mano del hombre. Así, el propietario del predio inferior no está obligado a recibir las aguas que el dueño de la heredad superior obtenga de un depósito artificial o lleve por canales o acequias para el regadío de sus tierras o para cualquier otro uso"⁷.

"Las servidumbres reales no pueden separarse del fondo sobre el cual se constituyen; no pueden, por tanto, constituir por sí solos objeto de una convención, ni ser enajenadas, hipotecadas o arrendadas; siguen al fondo, cualquiera que sea su propietario (Aubry y Rau, Planiol y Ri -

⁶ Código Civil y Legislación Complementarias, Publicaciones Legis, Primera Edición, Julio 1988, Bogotá-Colombia. p. 321.

⁷ Ibid, p. 321.

pert, Demolombe, Baudry-Lacantinerie, Josserand)"⁸.

"La servidumbre es un derecho real susceptible de ser en sí mismo poseído (C.C., art. 665, 670 y 776) , pero que no confiere al dueño del predio dominante posesión alguna sobre la heredad sirviente: (Sent., 15 de Junio 1964, C VII, 275)"⁹

0.6. METODOLOGIA

Podemos designar como metodología al procedimiento, la ruta, la senda, o el camino que la conducta del investigador acoge para buscar y obtener la solución del problema objeto de la investigación.

En este trabajo de investigación científica hemos adoptado un método dialéctico, analizando jurídicamente las normas a través del desenvolvimiento de las exigencias sociales que han influido en las modificaciones de las disposiciones iniciales.

0.6.1. Tipo de Estudio. Por tratarse de un análisis científico hemos realizado un seguimiento de las normas primi-

⁸ORTEGA TORRES, Op.cit., p. 363.

⁹Ibid, p. 366.

activas y de aquellas posteriores que incidieron modificatoriamente en ellas, hasta llegar a las actuales.

0.6.2. Técnicas. Para lograr nuestra meta hemos recurrido al estudio jurídico de las disposiciones vigentes, lecturas de texto, análisis de conceptos, doctrinas, jurisprudencias y obviamente elaborado fichas.

0.7. HIPOTESIS

0.7.1. Hipótesis General. En la figura jurídica de las servidumbres no se aplican e interpreta su verdadero espíritu.

0.7.2. Hipótesis Secundarias:

- Su conocimiento es muy rudimentario.
- Su aplicación no es la verdadera.
- Sus resultados por lo tanto favorecen a alguna de las partes.
- Debe haber más conocimientos de las reglas aplicables a ellas.

1. GENERALIDADES

1.1. CARACTERISTICAS, CONTENIDO, EJERCICIO

Según el art. 879, "Servidumbre predial o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño.

En derecho romano, las servidumbres se clasificaban en personales y prediales; en las primeras, una cosa producía utilidades para una persona distinta del propietario, como sucedía con los derechos de usufructo, uso o habitación; en las segundas, un predio producía utilidades para otro predio de diferente dueño. Mas este concepto unitario de las servidumbres ha desaparecido en derecho moderno, en el cual las servidumbres personales han tomado nombres específicos (usufructo, uso o habitación); por lo tanto, el nombre de servidumbre se reserva exclusivamente para las prediales.

La servidumbre necesariamente recae sobre un predio o heredad; en ningún caso recae sobre cosas muebles. Las utili -

dades que se obtienen de un predio, han de ser en favor de otro predio. El predio del cual se obtienen ventajas o utilidades se denomina predio sirviente; el predio que goza de las utilidades sacadas del predio sirviente, se llaman predio dominante. Con respecto a este, la servidumbre se llama activa, y con relación al predio sirviente, se llama pasiva (C.C., art. 880). Elemento esencial de la servidumbre es, pues, la existencia de dos predios.

El derecho romano exigía, además, que los predios pertenecieran a distintos dueños (*nemini res sua servit*). El Código Civil sigue esta doctrina, como puede comprobarse con la lectura del art. 879, aunque debe advertirse que ha desaparecido de algunas legislaciones actuales, como la suiza, la alemana, la peruana, etc. Ningún inconveniente de orden lógico existe para que la servidumbre se establezca entre dos predios que pertenecen al mismo propietario (servidumbre de propietario), especialmente cuando los dos predios no pueden refundirse en razón de encontrarse separados por la vía pública, por una corriente de agua de uso público, o por otros predios de distinto dueño, etc. Todo se reduce a decir que en nuestro Código estas servidumbres solo existen como servidumbres de hecho, que pueden convertirse en servidumbres jurídicas cuando alguno de los predios es transmitido a otro propietario; es la denominada servidumbre por destinación del padre de familia que re

glamenta el art. 938 del Código.

La servidumbre representa un derecho real, por una parte, y un derecho parcial de disfrute, por otra. Es derecho real por cuanto el dueño del predio dominante hace valer su derecho frente al propietario del predio sirviente y sus sucesores; es derecho parcial de goce porque solo ventajas singulares pueden extraerse del predio sirviente, por ejemplo, el derecho de transitar por él, el derecho de sacar aguas del mismo, etc. El dueño del predio sirviente continúa siendo el poseedor con el gravamen de respetar las ventajas o utilidades que el dueño del predio esté autorizado a tomar. Esto diferencia la servidumbre del usufructo, pues este derecho supone que el propietario permite el goce total de la cosa a otra persona.

Las servidumbres deben su razón de ser al principio general de que los derechos son reconocidos por las normas jurídicas para que puedan ejercerse mediante una explotación económica; de donde se sigue, como consecuencia natural, que quien respecto a un inmueble es titular de la propiedad, debe disponer de los medios necesarios para explotarlo convenientemente. Además, debe tenerse en cuenta que, dada la naturaleza o situación de los inmuebles o predios, en ocasiones puede ocurrir que sea imposible su explotación, sin extraer utilidades o servicios de inmuebles veci-

nos. Así, cuando un predio está desprovisto de agua, su explotación es deficiente, pero si el predio vecino tiene agua en abundancia, la ley establece que el predio desprovisto de agua puede obtener la que necesite del que la tiene. En el mismo sentido, si un predio carece de salida a la vía pública, o la que tiene es insuficiente para su explotación, su dueño tiene derecho para imponer a los predios colindantes la servidumbre de tránsito. Con razón se ha dicho que la función económica de las servidumbres consiste en establecer "una comunicación de utilidades entre un predio y otro".

Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen. -El derecho real de servidumbre no puede existir en forma autónoma, ya que, por naturaleza, es un derecho accesorio de la propiedad que se tenga sobre un fundo (art. 883).

El propietario del predio dominante no puede enajenar, hipotecar o establecer derechos sobre la servidumbre, independientemente de la enajenación, hipoteca o constitución de un derecho sobre el predio dominante. Igualmente y por el mismo motivo, toda enajenación o hipoteca del predio dominante implica enajenación o hipoteca de la servidumbre. La misma regla se aplica a las servidumbres pasivas. Enseña también la regla del art. 883, que el dueño del predio-

dominante no puede trasladar la servidumbre a otro predio, y que el dueño del predio sirviente no puede afectar con el gravamen otro predio distinto.

Las servidumbres son indivisibles. -Establecida una servidumbre, continuará subsistiendo, aunque el predio dominante o el sirviente se dividan o aumenten.

Según el art. 890, "Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente". Esta disposición quiere indicar que cuando de la servidumbre primitiva han nacido varias (antes solo existía un predio dominante y ahora existen varios), entonces el gravamen no debe multiplicarse o aumentarse, a pesar de la multiplicación de los predios que tenían derecho a gozarlo.¹⁰

No obstante, si solo una parte del predio dominante gozaba de la servidumbre, la parte que se separe y que no gozaba de servidumbre, no tendrá derecho a ella. Así, si el derecho a tomar agua de la finca vecina se limitaba a las necesidades domésticas de una casa de campo, excluyendo las de la agricultura, es lógico que, dividido el predio domi-

¹⁰WOLFE-RAISER, Das Sachenrecht, II, I.

nante, solo continuará gozando de la servidumbre el dueño de la casa, y no podrá extenderse a la nueva casa que construya al adquiriente de una parte de la finca. Si en favor de la casa de una finca existe el derecho de leñar y el inmueble se divide de suerte que la casa quede en una parte y la otra parte sea tierra de cultivo, la servidumbre se extingue para esta última.¹¹

Según el párr.1º del art. 884. "dividido el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía". Con relación a este artículo, vale la doctrina que acabamos de exponer sobre el art.890, es decir, que si solo una parte del predio sirviente sufría la servidumbre, la parte que se separe y que no estaba afectada a servidumbre, no queda gravada.

Si el predio dominante se funde con otro que adquiere el propietario, todo el nuevo predio se convierte en dominante, pero no se Puede retirar del sirviente una cantidad de utilidades mayor de las que se venía extrayendo. Si el predio sirviente se funde con otro, todo el predio queda sometido a la servidumbre salvo que solo el primitivo predio

¹¹ El segundo ejemplo es de WOLFE-RAISER, Op.cit.108, II, I.

sufra el gravamen.

Toda servidumbre debe crear alguna utilidad para la mejor explotación de un predio. Este principio (praedio utilitas) fue enunciado por los juristas romanos y existe en derecho actual, como lo comprueban Los arts. 879, 880 y otros del Código Civil.

Todas las ventajas o servicios que puedan extraerse de un predio en favor de otro, constituyen servidumbre, y solo se requiere que se trate de una utilidad digna de protección jurídica. El derecho de extraer aguas, arenas, leña, pastos y cualquier otro fruto orgánico e inorgánico, el derecho de transitar, de conducir animales por un predio para que pasten y beban agua, el derecho de aprovecharse de la luz natural, de apoyar una construcción sobre las paredes del vecino, las prohibiciones de no edificar o edificar hasta cierta altura, de no hacer ruido, de no establecer determinadas industrias o empresas comerciales, son utilidades o ventajas que integran el contenido de una servidumbre, si tienen por finalidad el mejor goce o disfrute de un predio dominante.

1) Es necesario que entre los dos fondos exista una relación material que haga posible la comunicación de aquel servicio o utilidad, pero no se requiere que los predios sean colindantes o vecinos, pues se comprende que un pre-

dio puede obtener el derecho de sacar agua de un predio no vecino, sin necesidad de someter a servidumbre el predio intermedio o colindante.

2) Se exige, en general, que la obtención de ventajas se realice en forma reiterada y no por una sola vez, pues una transitoria utilización de un fondo no crea servidumbre. Así, el derecho de pastar en un fundo no es servidumbre, si se limita a un tiempo determinado o hasta el agotamiento de los pastos actualmente existentes. Este requisito era enunciado por los romanos como la causa perpetua servitus; pero esta expresión no debe entenderse en el sentido riguroso de que la servidumbre debe ser perpetua, sino en el sentido de que alcance a constituir un gravamen. Por lo tanto, la transitoria utilización de un fundo por el dueño de otro fundo, no alcanza a ser gravamen.

3) No constituyen servidumbre las utilidades extraídas de un fundo que no repercuten directamente en un mejor aprovechamiento de otro fundo. Si alguien me permite transitar por su finca, aunque sea en forma permanente, este derecho no es servidumbre, pues el tránsito aquí no repercute en utilidad de otro predio. Otra cosa sucede cuando el vecino me permite transitar por su predio, en mi carácter de dueño de un predio encerrado, para explotar el mío. Es-

te tránsito sí es servidumbre. Si el dueño de un campo de tenis me permite a perpetuidad ir a jugar a su campo, este derecho representa sin duda un gravamen, pero, por traducirse en un servicio personal y no en utilidad de otro predio, no es servidumbre. Este mismo servicio se convierte en servidumbre si el derecho se otorga en favor de un establecimiento educativo o en favor de una quinta de recreo¹². En este último caso, el servicio o utilidad repercute en favor de los dueños del establecimiento o de la quinta, y no solo de los dueños actuales, sino también de los sucesores, ya que se trata de una aplicación del contenido de la propiedad que se tiene sobre el establecimiento o sobre la quinta.

4) La doctrina exige que el gravamen del predio sirviente no sea superior a la real utilización o aprovechamiento del predio dominante¹³. Así el derecho de sacar agua del fundo vecino no puede ir más allá del aprovechamiento efectivo que se haga de ella en la finca dominante, y también el derecho de extraer leña del fundo vecino tiene un límite en las necesidades propias de la finca que necesita de ella. Asimismo, el derecho de pastar los animales -

¹² WOLFE-RAISER, Op. cit, p. 106, II, 3.

¹³ Cfr. 1019 del BGB., y WOLFE-RAISER. Op. cit p. 106, III, 2 BRODMAN-STRECKER (en Planck's Komm, zum BGB)

en la finca sirviente no puede comprender un número de animales superior al que realmente pueda sostener la finca que tiene ese derecho.

5) Los servicios que una finca necesita de otra, pueden variar. Así, la cantidad de agua, leña, de pastos, que puedan utilizarse de una finca sirviente, o el número de animales o personas que tienen derecho de transitar por ella, puede aumentar.

El general, se sostiene que en estos casos el gravamen aumenta, salvo que por la constitución de la servidumbre se hubiere limitad. WOLFE y RAISER enseñan que por el crecimiento de las necesidades "aumenta la extensión de la servidumbre, pero siempre a condición de que el carácter del predio dominante no varíe, pues si se altera y con ello aumentarán las necesidades, este aumento no afectaría a la servidumbre". Agrega este autor que, establecida una servidumbre de tránsito en beneficio de una apacible casa de campo, si esta se convierte después en una fábrica, no podrá entonces pretender utilizar el paso para centenares de obreros. Si, en cambio, el paso existe de antemano en pro de una fábrica, y con el tiempo crece la extensión del negocio, en forma que entren y salgan personas en mayor número que al principio, en la duda, el predio sirviente tiene que soportar ese aumento.

En general, los servicios o ventajas que se extraen del fundo sirviente, representan un valor económico; pero no es necesario que lo sea siempre, pues las simples ventajas de comodidad, de recreo, de estética, pueden formar el contenido de la servidumbre. Los arts. 879 y 880 tan solo exigen que el gravamen que sufra un predio, se traduzca en utilidad del predio dominante; y desde este punto de vista, la doctrina considera que utilidad es no solo lo que aumenta el valor económico de un predio, si no lo que facilita su goce. La doctrina sostiene que un simple interés estético, por ejemplo, la obligación de construir en determinado estilo, o simples ventajas de amenidad, pueden integrar el contenido de las servidumbres.

En forma expresa, el art. 1028 del Código italiano de este concepto de la utilidad que debe reportar el predio dominante, al decir : "La utilidad puede consistir también en la mayor comodidad o amenidad del fundo dominante...". Advierte BRANCA que el art. 1028 no hace otra cosa sino recoger una doctrina muy antigua, contemplada por los juristas romanos: la *amoenitas causa*. Así, la servidumbre de no edificar sino hasta cierta altura, regularmente solo produce la simple comodidad de conservar la belleza del panorama. También el derecho que tiene el propietario de pasear en un parque contiguo a su casa, solo le produce una ventaja de comodidad.

Empero, la amoenitas causa ha de tener un carácter objetivo y no simplemente subjetivo, es decir, que se han de tener en cuenta los intereses susceptibles de facilitar el goce de cualquier propietario, y no las simples aficiones de este o el otro propietario, como dicen WOLFE t RAISER.

Conservar la belleza del panorama, tener el derecho de bañarse en la piscina del predio vecino, conservar determinado estilo arquitectónico, son ventajas objetivas. En cambio, el derecho que obtenga un coleccionista de mariposas para capturarlas en una finca vecina, o la obligación que contraigan los vecinos de no arrendar sus quintas a ningún polaco, son ventajas simplemente subjetivas, que no constituyen servidumbre, pues no todos los propietarios son coleccionistas de mariposas, ni todos detestan a los polacos.

Finalmente, la utilidad debe beneficiar al predio dominante teniendo en cuenta sus cualidades naturales o la forma de explotación de él. Las servidumbres de aguas, de tránsito, de pastos, etc., benefician al predio según sus mismas partes constitutivas; la servidumbre de no edificar, o de no hacerlo sino hasta cierta altura, la de tránsito (en algunos casos), la de extraer la leña y otras, generalmente se establecen para el beneficio de una determinada industria o comercio instalado en el fundo dominante. Ambas-

clases de utilidades forman el contenido de las servidumbres.

La segunda proposición del art. 1028 del Código italiano advierte que la utilidad del predio dominante "puede ser inherente a la destinación industrial"¹⁴; en el mismo sentido se han manifestado la doctrina alemana y la suiza.

En esta forma, no solo los menesteres de la agricultura, de la ganadería y demás explotaciones naturales del predio dominante hacen útiles las servidumbres, sino también las industrias establecidas en forma permanente por el propietario en el fundo, por ejemplo, una fábrica de automóviles, un aeródromo, un hospital, un colegio, etc. No importa, en consecuencia que la utilidad no le aproveche al fundo en sí, sino a la explotación industrial.

Sin embargo, se requiere que la servidumbre se haya establecido en razón de la industria instalada en el fundo, pues ya se advirtió que si la utilidad se extrae para el predio, no puede posteriormente aumentarse el gravamen del predio sirviente para las nuevas industrias que establez-

¹⁴DE MARTINO (En Scialoja-Branca), Commentario del Codice Civile, De la Proprietà, Art.1028.

can en él. El derecho de extraer la leña del bosque vecino para las necesidades domésticas del predio dominante , no puede extraerse más tarde para combustible de los hornos de una industria; el derecho del predio y de su familia para bañarse en la piscina del predio sirviente, no puede extenderse a los alumnos del colegio que se establezca, ni el derecho de tránsito para trabajadores y animales, puede convertirse en derecho de tránsito de los obreros de la nueva fábrica que posteriormente se instale en el predio dominante.

El que goza de una servidumbre tiene derecho a los elementos necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente, situada en la heredad vecina, tiene facultad de transitar por ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.

También puede hacer las obras necesarias para ejercerla ; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario. Y aun cuando el dueño del predio sirviente no se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras.

"El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la-

servidumbre con que está gravado el suyo -agrega el art. 887- , si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas".

La primera parte del art. 887 establece la regla según la cual el contenido de la servidumbre prevalece sobre el goce que del predio sirviente puede hacer su propietario, ya que este solo puede gozar de su predio respetando el gravamen¹⁵ . La servidumbre de tránsito indica que el dueño del predio sirviente no puede cultivar la faja de terreno destinada al tránsito de los habitantes del predio dominante, y una servidumbre de pastos enseña que el dueño del predio sirviente puede aprovechar pastos para sus animales, sin perjudicar el derecho preferente del dueño de la servidumbre¹⁶.

La segunda parte del art. 887 es consecuencia de la regla romana que establecía que el dueño del predio dominante debía usar de su derecho de una manera correcta (suo iure civiliter uti), es decir, que a pesar de su derecho prefe -

¹⁵ WOLFE-RAISER, Op. cit. p. 107.

¹⁶ Ejemplo de WOLFE-RAISER, Op. cit. p. 107.

rente, debía gozarlo en forma que el dueño del predio sirviente pudiera, a su vez, explotar su predio. Por lo tanto, entre las diversas formas de obtener las utilidades de la finca sirviente, el dueño de la servidumbre debe escoger la que menos moleste al propietario. Además, el art. 887- autoriza para que, escogido un modo de ejercicio de la servidumbre, pueda variarse ese modo, si con ello no se perjudica el predio dominante. Así, el tránsito por determinado camino puede resultar perjudicial al predio sirviente, y también puede su propietario indicarle al dueño del predio dominante otro camino que no altere la obtención de las utilidades primitivas; en el mismo sentido puede variar el sitio donde deben tomarse aguas, pastos, leña, etc.

1.2. SU CLASIFICACION Y CONSTITUCION

1.2.1. Servidumbres positivas y negativas. Según el art. 882, servidumbre positiva es "la que solo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer"; y servidumbre negativa, "la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino hasta cierta altura".

Por lo general, en la servidumbre positiva existe una intromisión en el predio sirviente, como sucede con las ser-

vidumbres de tránsito, de aguas, de obtención de pastos , de leña, etc. El gravamen del predio sirviente consiste en tolerar (pati) la actividad del dueño del predio dominante en su predio, o, como decían los antiguos: *sirvitudes quae in patiundo consistunt*.

En la servidumbre negativa no existe intromisión en el predio dominante, como en el ejemplo del art. 882, pues son servidumbres que consisten simplemente en no hacer (*sirvitudes quae in non faciundo consistunt*). La doctrina , en armonía con la segunda parte del art. 882, sostiene que en ocasiones la servidumbre positiva puede consistir en un hacer algo, a cargo del dueño del predio sirviente. Debe tenerse en cuenta que la obligación de hacer algo, en forma autónoma, de ninguna manera sirve para integrar el contenido de una servidumbre, pues se trata de una simple obligación. Más puede estipularse un hacer algo como obligación accesoria a la servidumbre, por ejemplo, cuando el dueño del predio sirviente se obliga a mantener aseadas las fuentes de agua, limpiar los caminos de tránsito, etc.

1.2.2. Servidumbres Continuas y Discontinuas. "Servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre discontinua , la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo y

supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito" (art.881).

1º) La calidad de continuas en las servidumbres, exige como requisito que el gravamen exista permanentemente sin necesidad de una actividad humana. En el ejemplo del art.881 el canal artificial que atraviesa el predio sirviente siempre existe aunque actualmente no corra el agua.

La discontinuidad indica, ante todo, que la servidumbre se ejerce mediante hechos del hombre, como en la servidumbre de tránsito, en la de sacar leña, en la de pastar, etc. . Mientras el dueño del predio dominante no está transitando, sacando leña, haciendo pastar sus animales, el predio sirviente se encuentra libre del gravamen.

Puede observarse que la continuidad o discontinuidad se encuentra en la misma naturaleza del gravamen, pues si este existe permanentemente, la servidumbre es continua, pero - si existe de modo intermitente, la servidumbre es discontinua¹⁷.

¹⁷ En las sentencias de cesación civil de agosto de 1961 - ("G.J.", t. XXV, pág. 425) y 30 de noviembre de 1936 ("G. G.", t. XLIV, pág. 520), se encuentran importantes anotaciones sobre el carácter de la continuidad y la discontinuidad de las servidumbres.

2º) El hecho actual del hombre que sirve para determinar - si una servidumbre es discontinua, se refiere al ejercicio o goce de la servidumbre, no a las obras que pudieron ser necesarias para su establecimiento.

Así, la servidumbre de acueducto exigió un hecho del hombre para constituirla, pero es continua por ejercerse por sí misma.

1.2.3. Servidumbres Aparentes e Inaparentes. "Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta destinada a él; e inaparente, la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas" (art. 882, párr.3º).

El carácter de aparente o inaparente no está en la naturaleza misma de la servidumbre, como sucede con las continuas y discontinuas, sino que depende del hecho de que se hagan visibles por signos exteriores, o que no sean susceptibles de ser reconocidas. La servidumbre de acueducto por un canal artificial, es ejemplo de servidumbre aparente; la servidumbre de no edificar sino hasta cierta altura (*altius non tollendi*), es inaparente.

Observación general sobre estas clasificaciones. Estas clasificaciones tienen importancia dentro del Código Civil, tanto respecto a su constitución y a las acciones con que se protegen, como en cuanto a la prescripción.

1º) Las servidumbres que reúnan las condiciones de ser aparentes y continuas a la vez, se encuentran plenamente protegidas por la ley. En primer término, solo las servidumbres continuas y aparentes pueden ganarse por prescripción de diez años (art. 9º de la ley 95 de 1980), y en segundo lugar, solo esta clase de servidumbre puede ser protegida mediante las acciones posesorias (C.C., art. 973).

2º) Las servidumbres discontinuas o las inaparentes y las que a la vez sean discontinuas e inaparentes, solo pueden constituirse mediante negocio jurídico dispositivo; y solamente cuando se han constituido en esta forma, quedan protegidas con las acciones posesorias.

3º) El Código Civil parte de la base de que solo las servidumbres aparentes y continuas son susceptibles de ejercerse mediante actos posesorios visibles. En efecto, una servidumbre negativa, inaparente y continua, no supone ninguna clase de posesión, sino simple limitación de la propiedad, como sucede con la servidumbre de no edificar sino hasta cierta altura. Ahora bien, las limitaciones de la pro

piedad en el sentido indicado, es decir, sin gravamen posesorio, no pueden constituirse por el transcurso del tiempo, sino por declaración expresa de voluntad.

1.2.4. Formas de Constitución. Las servidumbres tienen cuatro fuentes :

- a) El negocio jurídico dispositivo por acto entre vivos o mortis causa;
- b) La destinación del padre de familia;
- c) La prescripción adquisitiva;
- d) La ley.

2. FORMACION MEDIANTE ACTO O NEGOCIO JURIDICO

La constitución de las servidumbres mediante negocio jurídico inter vivos, se denomina tradición (art. 760), palabra que da la idea de la transmisión de un derecho, y que aplicada a las servidumbres, indica la transmisión de las ventajas o utilidades que suministra el predio sirviente al predio dominante, y más concretamente, la transmisión de la facultad de tomar en forma continua o discontinua esas ventajas. Con frecuencia, el Código emplea más bien la palabra "constitución" (arts. 888, 939, 949, etc). Lo mismo cabe decir para las servidumbres constituídas por testamento.

Los particulares tienen libertad para sujetar sus predios a las servidumbres que quieran y adquirirlas sobre los predios vecinos, "con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas el orden público, ni se contravenga a las leyes" (art. 937). El orden público exige que los fundos o predios sean explotados de acuerdo con su destinación económica; y son contrarias al orden público todas las servidumbres que impliquen una limitación de tal naturaleza,

que hagan imposible la explotación de un predio. Asimismo, la servidumbre de no edificar en un solar urbano, debe estimarse contraria al orden público, pues los predios urbanos están destinados a que en ellos se construyan edificios; pero no sucede lo mismo con las servidumbres de no edificar sino hasta cierta altura, especialmente en beneficio de los aeropuertos. La prohibición absoluta de realizar determinados cultivos en una finca rural, puede constituir una servidumbre contraria al orden público, su fin es el de establecer un monopolio en favor del predio dominante. En el mismo sentido, todas las cláusulas que entorpezcan la libre disponibilidad o explotación de fincas, crean servidumbres lesivas del orden público.

Algunas servidumbres solo pueden constituirse por negocio jurídico dispositivo, como sucede con las discontinuas, las inaparentes, las continuas inaparentes y las discontinuas e inaparentes (art. 9° de la ley 95 de 1989). La expresión de la ley según la cual estas servidumbres solo pueden adquirirse por título, hace referencia a un negocio jurídico inter vivos o mortis causa.

Por tratarse de gravámenes impuestos a la propiedad inmueble, la constitución de servidumbre mediante negocio jurídico es solemne, esto es, requiere escritura pública debidamente inscrita en el registro. El art. 760 del Código Ci -

vil advierte que la tradición o constitución de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública, debidamente registrada, en que el constituyente o tradente exprese constituirlo, y el adquiriente aceptarlo; podrá esta escritura ser la misma del contrato principal a que acceda el de la constitución de la servidumbre. En armonía con el art. 760 del Código, se encuentra el art. 2° del decreto 1250 de 1970, según el cual están sujetos a registro los títulos constitutivos de derechos reales en inmuebles.

Por consiguiente, no hay duda de que la constitución de servidumbre en el derecho colombiano es solemne, y que sin escritura pública o testamento no existe usufructo sobre inmuebles. Los arts. 760 del C.C. y 2° y 3° del decreto 1250 de 1970 son claros al respecto.

Empero, sobre este particular se presenta una grave dificultad, que consiste en que el art. 940 del Código dice que el título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Este art. 940 es traducción de la doctrina del art. 695 del Código de Napoleón.

Si la constitución de una servidumbre puede establecer por el reconocimiento (confesión) del dueño del predio sirviente, ello indica que no se trata de una constitución solem-

ne. Al respecto debe advertirse que el Código de Napoleón
 la constitución de servidumbres no es solemne, y que con-
 esta concepción general guarda armonía con el citado art.

695. No es así en derecho colombiano, en donde la consti-
 tución de servidumbres por negocio jurídico (contratos o -
 testamentos) es solemne, pues la constitución solo se rea-
 liza por la inscripción en el registro de la escritura o
 del testamento, según lo mandan el art. 760 del Código Ci-
 vil y el decreto 1250 de 1970. Por lo tanto, la doctrina -
 del art. 940 debe mirarse como inexistente.

La doctrina de los arts. 760 del Código Civil y 2° y 7° -
 del decreto 1250 de 1970 se encuentra en armonía con los-
 731 y 732 del Código suizo, con el 873 del Código Alemán¹⁸
 y con los arts. 1350 y 2643 del nuevo Código italiano¹⁹ etc.

2.1. CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES CONSTITUIDAS POR - ACTOS • NEGOCIOS JURIDICOS

No es posible hacer una clasificación de las servidumbres-
 por su contenido, ni menos describirlas circunstanciada -
 mente; pero sí conviene recordar las principales servidum-

¹⁸ Cfr. WOLFE-RAISER, Op.cit.p.108.

¹⁹ Cfr. BRANCA (Scialoja-Branca), art.1058.

bres que suelen establecer los particulares para el beneficio de sus predios.

2.1.1. Servidumbres de Aguas. Todas estas servidumbres tienen por fin el suministro de aguas a los predios que carecen de ellas; pero las aguas han de tomarse de los predios que las tengan en abundancia.

a) La servidumbre de acueducto es una servidumbre de aguas consistente en derivarlas del predio sirviente, para el uso del predio dominante, por canal artificial. Esta servidumbre no implica la facultad de transitar por el predio sirviente; pero cuando el dueño del predio sirviente no conviene en establecerla, puede imponérsele coactivamente.

b) Servidumbre de usar y tomar las aguas de otro predio para alguna necesidad doméstica o explotación de otro predio. Estas servidumbres reciben distintos nombres según la forma como se utilicen, siendo característica esencial de ellas el que no se tomen mediante un acueducto. 1) Cuando la servidumbre implica facultad de transitar por el predio sirviente y conducir las aguas al predio dominante, recibe el nombre de "servidumbre de toma o saca de aguas" ; 2) Cuando implica la facultad de conducir animales del predio dominante al sirviente para que en él beban agua, tenemos la "servidumbre de abrevadero" ; 3) Cuando consiste en la facultad

que tiene el dueño de una construcción de verter las aguas lluvias sobre el predio colindante, tenemos la "servidumbre de aguas lluvias" (art. 936); 4) Si la facultad consiste en dar salida a las aguas sobrantes, en desecar pantanos sirviéndose del predio o predios colindantes, tenemos la servidumbre de "desague" y de "drenaje".

2.1.2. Servidumbre de Paso o Tránsito. Es la facultad que tiene el propietario de un predio de transitar por otro u otros predios. Esta servidumbre puede revestir distintas formas :

a) El derecho de transitar a pie, o caballo o en carro por el predio sirviente; es la misma servidumbre romana del iter;

b) El derecho de pasar animales, o sea, el actus del derecho romano;

c) El derecho de transportar, o servidumbre de via, de los romanos.

La más restringida es la primera (el iter), y puede establecerse en favor de una quinta de campo o de heredades pequeñas; pero lo frecuente es que la servidumbre se establezca para un uso pleno del predio dominante, es decir, que el paso comprenda no solo el iter, sino también el ac-

tus y la via²⁰.

Hoy tiene mayor interés saber si la servidumbre de paso es principal o accesoria: si es accesoria a una servidumbre de aguas, su contenido resulta establecido por el fin de la servidumbre principal, pero si es principal, el contenido debe determinarse por el contrato.

Igual interés tiene establecer si la servidumbre de tránsito tiene por fin dar salida a la vía pública a un predio encerrado, o si la servidumbre persigue el dar fácil comunicación a predios no clindantes. En el primer caso la servidumbre puede establecerse coactivamente, no así en el segundo caso.

2.1.3. Servidumbre de Pastos. Consiste en la facultad para el dueño del predio dominante, de llevar sus ganados a pastar en el predio sirviente.

2.1.4. Servidumbres Constitutivas en Extracciones. Servidumbres consistentes en extraer partes integrantes o accesorias de la finca sirviente para utilizar en la finca do-

²⁰ Sobre el alcance de estas servidumbres en derecho romano. Cfr. Dicc. de derecho privado, s.v. Servidumbre de paso, y WOLFE-RAISER, Op. cit. p. 110.

minante. Pueden consistir;

a) En la facultad de cortar o separar pastos para alimentar el ganado del predio dominante; esta servidumbre implica como accesoria la de tránsito;

b) En el derecho de cortar o extraer madera del bosque vecino para las necesidades del predio dominante;

c) En el derecho de extraer abono, arena, piedras, y en general, partes integrantes o accesorias.

2.1.5. Servidumbres Aéreas. En general, todo aeropuerto crea una servidumbre negativa para los dueños de predios colindantes, consiste en no edificar sino hasta cierta altura, como también en no realizar ningún acto que perturbe o embarace el libre vuelo de las naves aéreas.

2.1.6. Limitaciones Mal Denominadas Servidumbres. Existen algunas limitaciones a la propiedad inmueble que incorrectamente se llaman servidumbres, pero que no lo son, porque solo existe el predio sirviente y no el dominante. Tal es el caso de la denominada servidumbre de paso de corriente-eléctrica. Sería forzado considerar los cables eléctricos, o los postes, o las instalaciones principales, como el predio dominante. Es suficiente advertir que la propiedad privada está espuesta a sufrir limitaciones, entre las cuales se encuentran las servidumbres; mas no toda limitación en servidumbre.

3. FORMACION DE SERVIDUMBRES POR DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA

El art. 938 se refiere a la denominada servidumbre de "destinación del padre de familia" , y que bien puede llamarse "servidumbre de propietario" , según las aclaraciones que expondremos en seguida. Dice el artículo citado: " Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente en favor de otro predio que también le pertenece , y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios, a menos que el título constitutivo de la enajenación o de la partición se haya establecido expresamente otra cosa".

3.1. CONSTITUCION EN EL DERECHO ROMANO

Los juristas romanos establecieron el derecho de servidumbre siguiendo la regla antes enunciada de que una servidumbre supone necesariamente dos predios de distinto dueño, y de que los servicios que un propietario sacara de

una parte de su predio en favor de la otra parte, no constituían servidumbre, pues nadie podía gravar su propiedad en su favor (*nemini res sua servit*). En general, esta regla tuvo vigencia para los casos en que un propietario fuera titular de dos predios cuando uno de ellos prestaba utilidades o servicios al otro, y, en consecuencia, cuando el dueño del predio sirviente adquiriría la propiedad del predio dominante o viceversa, la servidumbre se extinguía por confusión, causal contemplada por el num. 3º del art. 942.

La rigurosa vigencia de esta regla presenta graves dificultades, especialmente cuando, dada la situación o naturaleza de distintos predios, uno de ellos necesita de los servicios o utilidades del otro, como cuando uno carece de aguas que tiene en abundancia otro; además, puede suceder que los predios conserven su autonomía, dada su situación, es decir, que no sea posible refundirlos en uno solo, como cuando se encuentran separados por un camino público, por otro u otros predios, por una corriente de agua de uso público, o cuando pertenecen a distintos municipios, o sus explotaciones económicas son diferentes.

Es natural que si en estas hipótesis se supone que no existe la servidumbre por no pertenecer los predios a distintos dueños, si más tarde uno de los predios se enajena y se da el caso de predios pertenecientes a distintos dueños

ños, el art. 938 presume que se constituye jurídicamente -
servidumbre que ya existía de hecho.

3.2. REQUISITOS PARA CONVERTIRSE UNA SERVIDUMBRE DE HECHO - EN JURIDICA

Las condiciones esenciales para que una servidumbre de hecho se convierta en servidumbre, son las siguientes:

1) Que se trate de una servidumbre continua y aparente, o sea de las que pueden ganarse por prescripción. El art. 938 en armonía con la tradición francesa, habla de "un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece". Mas esta regla tan solo indica que la presunción de servidumbre sin necesidad de título expreso, se aplica a los servicios continuos y aparentes, en tanto que las demás servidumbres pueden constituirse en la misma forma, pero requieren un título expreso.

2) Debe tratarse de dos predios separados que pertenecieron antes a un mismo propietario y entre los cuales existió una servidumbre de hecho. La separación de los predios debe ser jurídica, vale decir, que la propiedad de uno de ellos se separe del propietario anterior y se transmita a otro, sin que importe la forma de separación: venta, partición, constitución de usufructo sobre uno de ellos, ect.

La servidumbre de hecho (o servicio continuo y aparente) debe existir en el momento de la separación y haber sido establecida antes por el propietario común, pues si se establece en el momento de la enajenación, no existe destinación anterior, y tampoco si existía antes, pero no existe actualmente.

La servidumbre de hecho debe estar suficientemente caracterizada, de manera que lo único que impida que se la deminúe servidumbre jurídica, consista en que los predios pertenezcan a un mismo propietario. La doctrina francesa advierte que la destinación del padre de familia se da también cuando se trata de un solo predio, si una de sus porciones presta un servicio continuo y aparente en favor de otra porción.

Un grupo de legislaciones actuales resuelve en forma lógica y correcta los problemas que surgen a este respecto, saliendo de la denominada "servidumbre táctica de destinación del padre de familia". Ninguna necesidad práctica ni racional existe en defender el viejo principio de los romanos de que los predios entre los cuales se establece una servidumbre, han de pertenecer a distintos propietarios, ya que la servidumbre puede existir entre dos predios, aunque pertenezcan al mismo propietario; cuando se da este caso, tenemos la "servidumbre de propietario".

1) El 733 del Código Civil suizo dice que "el propietario de dos predios tiene derecho a gravar uno de ellos con servidumbre a favor del otro". Cada cual puede ejercer su derecho de propiedad en la forma que estime conveniente, y dentro de este ejercicio se encuentra la facultad de ser titular de varios predios o dividir el que se tiene, de establecer entre ellos mutuamente los servicios que se estimen oportunos para su correcta explotación.

Ningún inconveniente de orden lógico existe en que haya esta clase de servidumbre, pues si los predios tienen su propia fisonomía todo se reduce a decir que la propiedad del fundo sirviente se limita por la propiedad del fundo dominante. Por otra parte, si el propietario de un fundo adquiere la propiedad del fundo sirviente, continúa la servidumbre sin realizarse la confusión, lo cual tiene importancia cuando el fundo se compra para revenderlo, o precisamente en razón de las utilidades que de ese fundo se extraen.

2) El ejemplo del legislador suizo fue seguido por el Código Civil del Perú, cuyo art.977 expresa que "el propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbres a favor del otro.

3) El Código Civil alemán, influido por la regla romana de

que los predios entre los cuales se establece la servidumbre debe pertenecer a distintos propietarios, no instituyó la servidumbre de propietarios; empero, sus intérpretes hablan de la necesidad de esta clase de servidumbre. En el caso de que el propietario de varios predios necesite hipotecar uno de ellos, y de que el prestamista exija ciertos servicios en favor del que se grava hipotecariamente, la práctica alemana, dice WOLFE, recurre al expediente de enajenar a un amigo la finca, y de establecer la servidumbre y adquirir de nuevo la finca, pues conforme al art. 889 las servidumbres inscritas en el registro no se extinguen por confusión.

4. ADQUISICION DE SERVIDUMBRES POR USUCAPION

Según el art. 9° de la ley 95 de 1890, que subragó el art. 939 del Código Civil, solo las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse por prescripción de diez años.

Las servidumbres discontinuas y las inaparentes no pueden constituirse por prescripción, y "ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las", advierte el citado art. 9° de la ley 95. En armonía con esta regla, el art. 973 dice que sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas no puede haber acción posesoria.

Como lo dice claramente el primer texto legal citado, estas servidumbres solo pueden constiturse mediante título, es decir, mediante un negocio jurídico inter vivos o mortis causa; lo cual significa que servidumbre discontinuas o inaparentes, no constituídas mediante negocio jurídico, no son servidumbres jurídicas, sino simples servidumbres

de hecho. Formulada esta aclaración, bien puede verse que el art. 973 solamente pretende indicar que en relación con gravámenes que existen de hecho, no puede existir acción posesoria. En concordancia con los artículos citados, el art. 2520 del Código denomina a las servidumbres de hecho, o sea a los gravámenes discontinuos e inaperantes no constituidos mediante negocio jurídico, con el nombre de "actos de mera tolerancia".

JOSSERAND, al comentar los arts. 690 y 691 del Código francés, que consagra el mismo criterio de que hablamos, pregunta por qué unas servidumbres son prescriptibles y otras no, y responde que este sistema restrictivo obedece a un precedente histórico, ya que al redactarse el Código sus autores se encontraron en presencia de dos sistemas; el de la costumbre de París, que descartaba la prescripción para toda clase de servidumbres, y el de otras costumbres, que la admitían en forma general, y se adoptó entonces un término medio.

Estudiando más a fondo la cuestión, debe tenerse en cuenta que unas servidumbres son susceptibles de actos posesorios sobre el fundo sirviente, y otras no lo son. Así, las servidumbres de no edificar, o edificar hasta cierta altura, no implican posesión alguna del fundo dominante sobre el fundo sirviente. Normalmente, las servidumbres que implican actos posesorios sobre el fundo sirviente, son aparen-

tes, y la posesión les da el sello de la publicidad; en cambio las servidumbres que no implican posesión alguna, son inaparentes. Una servidumbre inaparente jamás puede adquirirse por prescripción, pues un acto negativo (no edificar) no puede generar derecho alguno para el predio vecino, según el claro ejemplo del art. 2520.

Por otra cosa sucede con ciertas servidumbres discontinuas, como la de tránsito, la de pastar, la de sacar agua del fundo sirviente, etc. Estas servidumbres son aparentes e implican, por definición, un hecho actual del que la ejerce, vale decir, actos posesorios. Aquí no existe razón para prohibir la prescripción.

El art. 1061 del Código Italiano de 1942 perfeccionó el sistema francés al declarar que las servidumbres son prescriptibles, con excepción de las no aparentes ²¹. La jurisprudencia francesa ha ampliado el sistema del Código, cuando afirma que la posesión parcial del fundo vecino, si bien no genera servidumbre, implica adquisición de la plena propiedad del terreno poseído. Así, la servidumbre de tránsito, que es servidumbre discontinua, puede implicar la ad -

²² Cfr. BRANCA (en SCIALOJA-BRANCA) , art. 1061.

quisición de la propiedad de la zona de terreno permanentemente utilizada.

Existen servidumbres que por su naturaleza son continuas o discontinuas; en cambio, hay otras que, según las condiciones de su establecimiento, son aparentes o inaparentes. Con arreglo a lo establecido por la jurisprudencia nacional, la servidumbre de aguas lluvias es continua y generalmente aparente, y puede adquirirse por prescripción²², la servidumbre de desagüe es continua, y si tiene el carácter de aparente, es prescriptible²³, la servidumbre de acueducto, es continua, y aparente si se realiza un canal artificial, caso en el cual es prescriptible.²⁴

La servidumbre de abrevadero es, por naturaleza, discontinua, ya que supone un hecho actual del hombre para su ejercicio, y además, la servidumbre accesorio de tránsito; excepcionalmente podría ser discontinua, en el caso de que no exigiese la accesorio de tránsito ni requiriese el hecho actual del hombre, como cuando los ganados de un predio beben espontáneamente de un agua que, perteneciendo al

²² Cas. civ., Julio 27 de 1907, "G.J.", t. XVIII, pág. 121

²³ Cas. civ., Sept. 15 de 1909, "G.J.", t. XIX, pág. 182

²⁴ Cas. civ., Nov. 15 de 1897, "G.J.", t. pág. 156.

predio sirviente, corre o se halla en este y en el linde con el dominante. Si además de esta circunstancia, es aparente, puede ganarse por prescripción²⁵.

4.1. LA NORMA FUENTE DE SERVIDUMBRES

De la misma manera que el derecho de propiedad puede ser objeto de expropiación por causa de utilidad pública, así también pueden expropiarse determinados servicios o utilidades de los predios. Las servidumbres establecidas mediante expropiación, es decir, contra la voluntad de los dueños de predios, se denominan legales. El Código Civil distingue dos clases de servidumbres legales: las relativas al uso público y las relativas a las utilidades de los predios particulares (art.879).

²⁵ Cas.civ., Nov.26 de 1937, "G.J.", t.XIV, pág. 855.

5. ANALISIS JURIDICO DE SERVIDUMBRES

Las denominadas por el Código Civil servidumbres legales - de uso público, no son servidumbres en estricto sentido , sino limitaciones de la propiedad, pues, a la verdad, solo existe un predio sirviente, pero no un predio dominante.

1. El tránsito que establece un municipio para sus habitantes a través de una o varias heredades, constituye una limitación de dichas heredades, pero no es servidumbre por no establecerse el servicio en favor de un predio dominante.

2. La obligación de los dueños de heredades de permitir la fijación de postes para conducción de energía eléctrica, u otras energías o servicios, y para la instalación de hilos telegráficos, etc., constituye limitación de la propiedad, más no servidumbres por la misma razón acabada de anotar.

3. La obligación de los dueños de las riberas de dejar libre de edificaciones y cultivos el espacio necesario para la navegación, la administración del respectivo curso o -

lago, o la pesca o actividades similares, constituye una limitación a la propiedad que linda con riberas de aguas de uso público (C.C., arts. 897 y 898; decreto 2811 de 1974, art. 118).

4. Conforme al art. 891 del Código Civil, el predio inferior está obligado a recibir las aguas que descienden de un predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello.

5. Al art. 112 del decreto 2811 de 1974 denomina servidumbre de presa y estribo al derecho que una persona tiene para apoyar las obras necesarias sobre los predios adyacentes al cauce de una corriente o depósito de aguas para alguna presa o derivación. Este derecho de estribo se otorga ante todo a favor de una mina, empresa, ciudad o poblado, que necesite almacenar aguas (decreto 2811 de 1974, art. 113). Puede apreciarse que no se trata de servidumbre sino de una limitación a las propiedades riberas.

Conforme al Código Civil y al decreto 2811 de 1974, solo responden al concepto de servidumbres legales:

- 1) La de tránsito a la vía pública;
- 2) La de tránsito para el agua y abreviar ganado;

3) La de acueducto.

Las servidumbres acabadas de mencionar tienen su fuente en la ley, esto es, que si no pueden establecerse mediante acuerdo, la ley permite establecerlas coactivamente, o sea contra la voluntad del dueño del predio de donde pueden extraerse utilidades o servicios en favor del predio que necesite de ellas.

5.1. SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO A LA VIA PUBLICA

El art. 905 del Código dice: "Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros las servidumbre de tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio".

En este caso, el título de la servidumbre es directamente la ley. Sin duda, cuando a un predio aislado de la vía pública no le conceden los dueños de los predios que lo aíslan, una salida de ella, se requerirá la intervención de los jueces, quienes determinarán el asiento de la servidumbre, la indemnización que debe pagar el dueño del predio aislado, las condiciones de su ejercicio, etc. Más la-

fuente directa es la ley y no la sentencia judicial, pues esta no hace otra cosa que aplicar el art. 905 del Código.

De aquí se deduce que si la servidumbre se ejerce antes del convenio, o de la sentencia judicial, no está cometiendo ilícito alguno; igualmente, el derecho a establecerla es irrenunciable e imprescriptible.

5.1.1. Requisitos para su Establecimiento y Contenido. Estos requisitos se refieren :

1º) A las personas que tienen derecho a la servidumbre;

2º) A Los predios que tienen derecho a beneficiarse con la servidumbre.

Tiene derecho a la servidumbre de tránsito que establece el art. 905, todo propietario de una heredad aislada de la vía pública. Asimismo pueden demandarla los usufructuarios, usuarios, habitantes, y titulares de un simple derecho personal sobre la heredad, como el arrendatario, el acreedor anticrético, etc.

En cuanto al hecho de que los titulares de derechos reales sobre el predio pueden imponer la servidumbre, no puede presentarse discusión, ya que el fin de la servidumbre es triba en hacer posible la explotación del fundo, y, en con

secuencia, tiene derecho a ella quien actualmente lo explota. El poseedor es titular de un derecho real provisional y tiene, por lo tanto, legítimo derecho a implantarla. La doctrina francesa niega personería para demandar esta servidumbre, a los titulares de derechos personales; y, de esta suerte, el arrendatario no podría imponerla; pero no se comprende el motivo de esta limitación, pues la servidumbre está instituída para facilitar la explotación del fundo, y por esto, quien actualmente tenga derecho a esa explotación, debe tener derecho a los medios necesarios, entre los cuales se encuentra la salida a un camino público.

Según el art. 905, para demandar la servidumbre el predio debe estar "destituído de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios", frase que es traducción literal de la que empleaba el primitivo art. 682 del Código de Napoleón, al decir "que no tenga ninguna salida".

1º) Antes de 1881, los intérpretes franceses se separaron del tenor literal de esta frase, y así AUBRY y RAU, entre otros, afirmaron que debía mirarse como esclavos (esclavés) no solo los predios que no tuvieran alguna salida, sino también aquellos que tuvieran alguna salida pero que esta fuera insuficiente para su normal explotación. Un fundo separado de la vía pública por una corriente de agua sobre

la cual no existe puente, debe mirarse como esclavado. En el mismo sentido se pronunció la jurisprudencia francesa. Predio encerrado es aquel que no puede explotarse por carecer de una salida adecuada a la vía pública.

La ley francesa del 20 de agosto de 1881 cambió la primitiva redacción del art. 682, y acogiendo la doctrina de AUBRY y RAU, estableció: "El propietario cuyo fundo se encuentra aislado por carecer de salida a la vía pública, o que tiene una salida insuficiente para su explotación agrícola o industrial, puede reclamar tránsito por los predios de sus vecinos...". Posteriormente, por la ley 67-1253 de 1967 se amplió aún más la redacción del art. 682.

2º) En Colombia, ANTONIO JOSE URIBE advirtió que, aunque de los términos del art. 905 se deduce que el predio debe carecer de toda salida pública, no parece aventurado sostener que también puede demandarse la servidumbre "para los fundos que solo tienen una difícil, casi imposible salida al camino público, o cuando la que existe es del todo insuficiente para explotar el fundo"²⁶

²⁶ Doctrina citada por la Corte Suprema en "G.J.", t. XLIV, pág. 135.

3º) La Corte Suprema, mediante la sentencia de casación del 2 de septiembre de 1936, confirmó esta última interpretación al decir que "la servidumbre legal de tránsito existe no solo en favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública, sino también de los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos".²⁷

4º) En el mismo sentido, el art. 974 del Código Civil del Perú prescribe que "la servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos". Este artículo se interpreta en la doctrina con criterio amplio, "en el sentido de que es aplicable también para los que no tienen salida suficiente para su explotación".

- Contenido de la servidumbre. Según el art. 905, el tránsito sobre el predio sirviente se establecerá "en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio" del predio dominante. En consecuencia, esta servidumbre no solo comprende el tránsito de personas, sino también de animales, máquinas, etc. Igualmente, los términos "uso y beneficio", en virtud de los cuales se establece el tránsito, abarcan-

²⁷ "G.J.", t. XLIV, pág. 135.

toda clase de explotación, ya sea agrícola, industrial o minera, pues la ley no señala límites al modo de beneficiar los predios; así que el tránsito debe servir para todo futuro desarrollo de la explotación de la heredad dominante.

Si a consecuencia de un nuevo modo de explotación, la salida existente resulta insuficiente, el dueño del predio aislado de la vía pública tiene derecho a pedir la ampliación de la servidumbre o su cambio por otra, y en este caso se otorgará el dueño del predio sirviente una indemnización complementaria.

Finalmente, el art. 907 establece que si una vez concedida la servidumbre de tránsito, esta llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le den un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse esta se le hubiere pagado por el valor del terreno.

5.1.2. Indemnización para el Predio Sirviente y Prescripción de la misma. La servidumbre legal de tránsito para predios aislados de los caminos públicos, constituye una expropiación por causa de interés privado, y esta apropia

ción exige una indemnización para el dueño del predio sirviente en razón del gravamen (art. 905).

1. Si las partes no convienen en el valor de la zona de terreno que se destine para el tránsito del terreno encerrado, se determinará entonces por peritos (art.906); pero como es natural, este avalúo presupone un proceso judicial, en la que se determinará no solo el avalúo de la servidumbre, sino también el asiento de ella, la forma de su ejercicio, etc., si es que los interesados no se han puesto de acuerdo sobre esos puntos.

El valor de la zona de terreno se determinará teniendo en cuenta el menor valor que va a sufrir el predio sirviente, y no según el mayor valor que adquiere con la servidumbre el predio dominante; será la diferencia que resulte del valor comercial actual del predio, con el valor que tenga una vez gravado, y no simplemente el valor de la zona considerada en forma aislada, pues fácilmente se comprende que una servidumbre de tránsito suele desvalorizar un predio en un valor superior al valor intrínseco de la superficie ocupada.

2. El establecimiento de una servidumbre de tránsito a la vía pública no implica indemnización en el caso del art. 908, que dice: "Si se vende o permuta alguna parte de un

predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que poseían pro indiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna".

El derecho a demandar una servidumbre legal de tránsito a la vía pública no prescribe; cuestión diferente sucede con la indemnización que debe pagarse una vez constituida la servidumbre. Al respecto se aplican las reglas generales (C.C., arts. 2535 y ss).

5.2. SERVIDUMBRE DE TRANSITO PARA TRANSPORTE DE AGUA Y ABREVADERO DE GANADO

La única servidumbre de tránsito contemplada por el Código Civil era la destinada a dar salida a la vía pública y que se acaba de exponer. Los arts. 115 y 117 del C. Nal. de Rec. Nat. Renov. (decreto 2811 de 1974) complementaron el Código Civil al establecer una nueva servidumbre legal de tránsito, y es la destinada para el transporte de agua y abrevar ganado.

La de tránsito para el transporte de agua consiste en el derecho que el dueño de un predio tiene para transitar por un predio ajeno a fin de extraer una corriente de agua de

uso público, la que necesite para las ordinarias necesidades domésticas. El agua en este caso debe llevarse en vasijas (decreto 2811 de 1974, art. 115).

El dueño de una heredad que carezca de las aguas necesarias gozará de la servidumbre de tránsito para abrevaderos, que consiste en llevar los animales a través de uno o más predios rurales ajenos para que beban en corrientes o depósitos de agua de dominio público (decreto 2811 de 1974, art. 116).

En ambos casos se debe indemnizar al dueño de los predios sirvientes por las molestias o perjuicios que sufran. El dueño del predio sirviente podrá hacer cesar la servidumbre cuando acredite que es innecesaria (decreto 2811 de 1974, art. 117).

5.3. SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO

La servidumbre legal de acueducto constituye una variedad de las servidumbres de aguas, y la establece coactivamente el art. 919 del Código Civil que dice: "Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones, o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los

habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas. Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado; y está sujeta a las reglas que van a expresarse".

El art. 919 se complementa con el art. 928, según el cual "las reglas establecidas para la servidumbre de acueducto se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjaz y canales de desagüe". Existe, pues, servidumbre de acueducto para introducir aguas, y servidumbre de acueducto para sacar aguas.

Servidumbre de acueducto para introducir aguas. Como el nombre lo indica, esta servidumbre consiste en conducir aguas del predio sirviente a otro predio, por un canal artificial.

1. Se requiere que el predio en favor del cual se establece la servidumbre carezca totalmente de aguas o que las que tenga sean insuficientes para su explotación. En cuanto al predio de donde han de sacarse las aguas, se requiere que las tenga en abundancia, pues esta servidumbre no puede establecerse sobre un predio cuyas aguas apenas sean

suficientes para su explotación. El predio sirviente puede no ser colindante, y en este caso la servidumbre se establece sobre los predios que se interpongan entre el dominante y el sirviente.

2. Tienen personería para establecerla las mismas personas que pueden demandar la servidumbre de tránsito a la vía pública.

Contenido de la servidumbre de acueducto. La servidumbre comprende toda el agua que sea necesaria para la explotación del predio dominante, y puede tratarse de la satisfacción de necesidades domésticas, de explotaciones agrícolas, industriales, etc.

El acueducto y rumbo que debe tomar. Los arts. 920 a 922 del Código dan ciertas reglas respecto a las condiciones del acueducto y el rumbo que debe tomar en la heredad sirviente. Dichas reglas pueden resumirse así :

a) El acueducto debe ser de tal naturaleza, que no permita derrames, que no deje estancar el agua, ni acumular basuras, y que tenga de trecho en trecho los puentes necesarios para la cómoda administración y cultivo de las heredades sirvientes;

b) El acueducto debe llevarse por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas y que por la naturaleza del suelo no haga excesivamente dispendiosa la obra. El acueducto no puede conducirse por las casas y corrales, patios, huertas y jardines de la heredad sirviente.

Derechos del dueño del predio dominante. El dueño del predio dominante tiene facultad de entrar a la heredad o heredades sirvientes, para limpiar y reparar el acueducto (art. 924); puede tener dentro de la heredad sirviente un inspector o cuidadero para que vigile el acueducto, abra las llaves necesarias, aunque solo de tiempo en tiempo y según lo aconsejaren las circunstancias (art. 924); puede también impedir toda plantación nueva en el espacio lateral, espacio que no será superior a un metro de lado y lado (art. 925). Podrá asimismo oponerse a que se construya otro acueducto en la heredad sirviente, en las condiciones que expresa el art. 926 del Código; y, por último, puede ampliar el acueducto o introducir más aguas, indemnizando al dueño del predio sirviente (art. 927).

Indemnizaciones. El dueño del predio dominante deberá indemnizar al propietario del predio sirviente por el gravamen que para su propiedad representa un acueducto, y ello según las reglas del art. 923, que dice: "El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague el pre -

dio de todo el terreno que fuere ocupado por el acueducto; el de un espacio a cada uno de los costados, que no bajará de un metro de anchura en toda la extensión de su curso, y podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias lo exigieren ; y un diez por ciento más sobre la suma total. Tendrá, además, derecho para que se le indemnice de todo perjuicio ocasionado por la construcción del acueducto y por sus filtraciones que puedan imputarse a defectos de construcción."

Servidumbre de acueducto para sacar aguas. Esta servidumbre, que reglamenta el art. 928, se divide en dos: servidumbre de desagüe y servidumbre de drenaje.

La de desagüe es para dar salida a las aguas sobrantes, es decir, las empleadas en riegos, cultivos, usos domésticos o industriales, etc., y no comprende las aguas lluvias, ni las que descienden naturalmente del predio superior (arts. 891 y 936). La de drenaje se encamina a facilitar la desecación de pantanos o infiltraciones naturales, con el fin de evitar epidemias y devolver a la agricultura terrenos inundados por aguas estancadas.

6. ACCIONES DE PROTECCION Y EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres, como derechos reales que son, se encuentran protegidas con las acciones posesorias y con la acción de reivindicación o acción confesoria.

Todas las servidumbres continuas y aparentes están protegidas con las acciones posesorias, sin distinguir el modo o fuente. Este es el sentido del art, 973 del Código Civil, según hemos dicho.

Las servidumbres que no sean continuas y las inaparentes, no pueden ganarse por prescripción adquisitiva, y, de esta suerte, cuando no se establecen mediante un negocio jurídico, no se encuentran protegidas por las acciones posesorias. El sentido de esta regla se explica si se tiene en cuenta que dichas servidumbres solo existen como servidumbres de hecho, pues las constituyen los actos de mera tolerancia o simple facultad de que habla el art. 2520 del Código. Distinto es el caso de las servidumbres discontinuas o inaparentes que se establecen mediante negocio jurídico, pues entonces existen como servidumbres jurídicas-

y se hallan tuteladas con las acciones posesorias.

El titular de la servidumbre puede ejercer tanto las acciones comunes de conservación o recuperación de la posesión de las servidumbres, como la acción posesoria especial a que se refiere el art. 984 del Código Civil.

En caso de que al titular de la servidumbre se le hubiere despojado de su ejercicio y hubiere transcurrido más de un año, puede ejercer la acción reivindicatoria o acción confesoria, en las mismas condiciones en que el propietario la puede ejercer para recuperar la posesión perdida.

Las causales de extinción de las servidumbres son las siguientes :

1a) La desaparición de la causa que las motivó; así por ejemplo, si brota una fuente de agua en el predio dominante, se extingue la servidumbre de acueducto o la de sacaraguas, y también si desaparecen las aguas del predio sirviente.

2a) La llegada del día o el cumplimiento de la condición si se han constituido sometidas a modalidades (art. 942, num. 2º).

3a) La resolución del derecho del que las ha constituido (art.942, num. 1º), como cuando el constituyente era usufructuario y se extingue el usufructo.

4a) La confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño (art. 942,num. 3º). Debe recordarse que cuando los predios no son colindantes, la servidumbre seguirá existiendo de hecho; pero si posteriormente vuelven a pasar a propietarios diferentes los predios, revive la servidumbre(destinación del padre de familia: art.938). La confusión en estos casos es discutible en la doctrina actual, pues se trata más bien de una servidumbre de propietario.

5a) Por la renuncia del dueño del predio dominante(art.942, num.4º). El art. 929 del Código establece que cuando se renuncia a la servidumbre de acueducto, esta se extingue, pero el dueño del predio sirviente será obligado a restituir lo que se le pagó por el valor del suelo. En este caso, como en los demás, será necesario deducir el valor del uso de la servidumbre.

6a) Por haberse dejado de gozar durante veinte años(art. 942, num.5º). Respecto a las servidumbres, la prescripción juega excepcionalmente un doble papel: 1º) es modo adquisitivo de las servidumbres continuas y aparentes ;

2º) es modo extintivo, a semejanza de lo que sucede con los derechos personales. El tiempo para adquirir la servidumbre es de diez años, y el necesario para perderla es de veinte. Esta diferencia de tiempo no se explica. Según el art. 945, se puede adquirir o perder por prescripción un modo especial de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma.

7a) Una servidumbre puede interrumpirse sin extinguirse, y esto ocurre cuando es imposible su ejercicio, como cuando la heredad sirviente se inunda y es imposible el tránsito por ella; pero revivirá desde que deje de existir la imposibilidad, con tal que esto suceda antes de haber transcurrido veinte años (art. 944).

7. CONCLUSIONES

Una vez realizado este trabajo de investigación jurídica - hemos llegado a las conclusiones de que en el campo práctico de la constitución y utilización del gravamen de las servidumbres, que siempre recae sobre inmuebles y perdonen esta insistencia, no se cumplen las normas civiles que regían su nacimiento y la vida de las mismas por eso con su ma frecuencia encontramos grandes tropiezos en el ejercicio de ellas.

Es aquí donde nace nuestra inquietud de recomendar la aplicación de los conocimientos sobre su constitución y clasificación, de los requisitos para su establecimiento y el contenido de los mismos, de las acciones que la ley nos concede para defensa de las servidumbres y la extinción de ellas. En realidad si damos cumplimiento a estas normas de carácter sustrantivo la parte práctica o procedimental en este campo del Derecho Civil es de fácil realización.

BIBLIOGRAFIA

BARRAGAN, Alfonso. Derechos Reales, Editorial Temis, Bogotá - Colombia.

CARREJO, Simón. Derechos Reales, Bogotá-Colombia, 1962.

COLIN, Capitán y MORANDIERE, Julliot. t.I, Núms, 721 y ss.

DE MARTINO (en Scialoja-Branca), Comentario del Codice Civile, de la Propiedad, arts. 810 y ss.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil, Bogotá-Colombia, Ed. Temis, 1983.

----- . Código de Procedimiento Civil Bogotá-Colombia , Editorial Temis, 1985.

Publicaciones Legis Editores S.A., Código Civil y Legislación Complementaria, Bogotá-Colombia, 1986.

VILLEGAS R, Rojina. Derechos Reales y Posesión, México , 1954, 2 Vols.

VALENCIA SEA, Arturo. Derecho Civil, t.II, Derechos Reales, Octava Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia, 1987.