

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha 30 de noviembre de 1935, revoca la del juez de primera instancia y en su lugar resuelve absolver al demandado de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de Ibagué.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO.—PREDIOS QUE GOZAN DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO.—DOCTRINA CONTEMPORANEA SOBRE EL TITULO LEGAL DE DICHA SERVIDUMBRE.—MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—PRUEBA DE HECHOS NEGATIVOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

A n t e c e d e n t e s

La señora Rosaura García demandó el 20 de mayo de 1925, ante el Juez del Circuito de Cali, a Encarnación Aparicio v. de Barberena, Antonio, Carlos y Juan Barberena, Francisca Barberena de O'Byrne, mujer legítima de Federico O'Byrne, María Barberena de Sinisterra, mujer legítima de Tomás Sinisterra, todos mayores y vecinos de Cali, con excepción de Antonio, que es vecino de Buga, y a Margarita Concepción y Antonio Barberena, menores de edad bajo patria potestad de su madre Encarnación Aparicio de Barberena, para que por sentencia definitiva se declarara que el predio de la actora denominado "Ciégana", ubicado en el Municipio de Cali, no estaba gravado con servidumbre de tránsito en favor del predio de "Elisondo" o "El Retiro", perteneciente a los demandados, situado en el mismo Municipio de Cali y colindante con el de la demandante, y para que, en consecuencia, se declarara también que los propietarios de "Elisondo" o "El Retiro" debían abstenerse de transitar por el predio de "Ciénaga" y debían pagar a la demandante el valor de los perjuicios ocasionados con la servidumbre de tránsito, como también las costas del juicio.

Admitida la demanda, los demandados propusieron demanda de reconversión para que se declarara que el predio de "Ciénaga" está obligado a soportar una servidumbre aparente y discontinua de tránsito, dirigida tanto a la explotación agrícola como al laboreo industrial del predio "Elisondo", por estar éste destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición del predio perteneciente a la señora Rosaura García. Esta demanda de reconversión no llegó a ser admitida porque se estimó que no había acreditado su personería como apoderado el doctor Francisco Daza, quien formuló la referida demanda en representación de Encarnación Aparicio v. de Barberena y demás dueños del predio Elisondo.

La parte actora adujo como pruebas: a) Copias de varias piezas tomadas de las diligencias promovidas por Encarnación Aparicio v. de Barberena y Carlos Barberena sobre ejecución de una sentencia de policía proferida en una querrela que adelantaron contra Rosaura García sobre servidumbre de tránsito; b) Las declaraciones de Justino Villegas, Alejandro Vivas, Floresmiro Chacón, Heliodoro Girón, Jonás Cruz, Jesús Ramos, y Samuel Martínez, quienes afirman que conocían el predio denominado "Elisondo", lo mismo que el predio denominado la "Ciénaga", que los dueños del primero "se conducían antes, desde su predio hasta esta ciudad (la de Cali), por la quebrada El Chocho y por el predio de "Los Limones", hasta salir a las márgenes del río Aguacatal y al camino nacional que de esta ciudad parte hacia Buenaventura", y que posteriormente han transitado por el predio de la

"Ciénaga" para conducirse a la carretera departamental que de Cali parte hacia Yumbo, y que la servidumbre de tránsito por el predio de la "Ciégana" y los demás actos de perturbación de los demandados se llevaron a cabo desde el año de 1922, en que principiaron a transitar por el predio de Rosaura García y a perturbar a ésta en el dominio de su predio en una forma continua;

c) Una inspección ocular, practicada el 17 de noviembre de 19.., en la cual, después de haberse dado lectura a las piezas pertinentes del expediente, los peritos procedieron a identificar los linderos de los predios mencionados e hicieron la mensura del camino o servidumbre por donde pasan los señores Barberena y que queda dentro del predio de la señora García. En la diligencia, el señor Juan Barberena hizo constar que el socavón de la mina de carbón de propiedad de los demandados, que existe dentro del predio de la actora, fue abierto por el señor Vitalino Arenas, yerno de ésta, en el año de 1918, en virtud de un contrato que celebró dicha señora con la Compañía Hullera Valle-Caucana, contrato que duró hasta el año de 1921, en el cual nuevamente la demandante celebró contrato con Luis Chedé, el que duró hasta 1924, después de lo cual entró Carlos Barberena en compañía de Gregorio Arenas, yerno de la García, a explotar la mina, con permiso de ella, hasta 1926, en que la demandante celebró un contrato con Clímaco Becerra, que duró hasta 1928, año desde el cual ha venido explotando la mina el señor José Fajardo. El Juez dejó constancia de que a primera vista se observa que dentro del predio de la señora García existen en varias partes cantidades abundantes de cisco de carbón de piedra, y que conforme a los linderos se observa también que el camino o servidumbre está trazado sobre el predio de la "Ciénaga", lo mismo que la boca o entrada de la mina.

El juez de primera instancia absolvió a los demandados fundándose en el art. 177 del Código de Minas, según el cual toda mina goza de servidumbre de tránsito, disposición que el juez consineró aplicable a virtud de lo prescrito por el art. 889 del Código Civil.

Apelado ese fallo, el Tribunal de Cali lo revocó y resolvió que el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito en favor del predio de "Elisondo", y que por consiguiente los demandados deben abstenerse por sí o por medio de sus arrendatarios, usufructuarios, usuarios, agentes y dependientes de transitar por el predio de la

"Ciénaga". El Tribunal condenó además a los demandados a pagar a la demandante, como perjuicios provenientes o causados por el uso indebido del tránsito por el predio de ésta, la suma que se liquidara en dinero de conformidad con el art. 553 del Código Judicial.

Los únicos razonamientos que hizo el Tribunal para llegar a esta conclusión fueron los siguientes: "De acuerdo con el art. 202 de la Constitución Nacional en relación con los artículos 108 a 114 del Código Fiscal, los yacimientos, depósitos o minas de carbón que existan en terrenos de propiedad particular o privada no constituyen reservas del Estado ni son denunciabiles conforme al Código de Minas y quedan sujetos al derecho común como pertenecientes al dueño del terreno y explotables por este mismo o por la persona o personas autorizadas por él o a quienes les haya hecho enajenación de su derecho. Tratándose de minas, son reservas nacionales de propiedad del Estado, las de cobre, y las de metales preciosos, como oro, plata, platino, minas que son denunciabiles y explotables por personas naturales o jurídicas, en los términos y dentro de los límites señalados por el Código de Minas y las leyes que lo adicionan y reforman. También son reservas del Estado, las minas de piedras preciosas, las de petróleo y las distintas de las mencionadas, como las de carbón, hierro, azufre, asfalto y los depósitos de huano y otros abonos situados en terrenos baldíos o de la nación, las cuales están sujetas, en cuanto a su administración y explotación, a legislación especial y a las disposiciones del Código Fiscal, por medio de contratos autorizados o aprobados por el Congreso, o por el Gobierno, según los casos. En lo tocante al caso que se contempla en el presente juicio, por tratarse de minas de carbón, situadas en terrenos de propiedad particular, no están sometidas en cuanto a su explotación y servidumbres a las disposiciones del Código de Minas sino a las del derecho común o Código Civil. Y como el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito constituida por escritura pública, en favor del predio de "Elisondo"; y como la servidumbre de tránsito, por ser discontinua e inaparente sólo puede constituirse por escritura pública según los artículos 881 y 882 del C. C., y 9º de la ley 95 de 1890, debe concluirse que la acción negatoria prospera en este caso. Igualmente debe prosperar la acción de perjuicios provenientes o causados por el tránsito establecido sobre el predio de la demandante por

los demandados o sus agentes, como dueños del predio de "Elisondo", perjuicios que deben estimarse y liquidarse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial".

II

R e c u r s o

Contra la citada sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación Encarnación Aparicio de Barberena y los otros demandados. Su apoderado formuló los siguientes cargos:

a) Violación de los artículos 889 del C. C. y 8º de la ley 57 de 1887. Según el primero de esos textos las disposiciones del Título XI del Libro II del Código Civil se entienden sin perjuicio de lo establecido sobre servidumbres en el Código de Policía o en otras leyes, de tal manera que, en sentir del recurrente, el Tribunal ha debido aplicar al caso los artículos pertinentes del Código de Minas, como especiales que son, en lugar de los del Código Civil, donde no se contemplan ni remotamente los problemas que se pueden presentar con ocasión de la explotación de las minas. Al tenor del otro texto que el recurrente considera violado, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Por lo cual el fallador ha debido llenar la laguna o vacío del Código Civil relativa a las servidumbres mineras por medio de la analogía, es decir, aplicando el art. 177 del Código de Minas;

b) Errónea interpretación del art. 9º de la ley 95 de 1890, pues en la sentencia se dijo que la servidumbre de tránsito, por ser discontinua, sólo puede constituirse por escritura pública, lo que equivale a sostener que el título a que dicho texto se refiere debe ser necesariamente una escritura pública cuando "precisamente esa palabra se refiere a la causa de la servidumbre";

c) Violación del art. 905 del Código Civil, según el cual cuando 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 la 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 resarcido todo otro perjuicio.

III

Examen de los cargos formulados

"Nuestro Código Civil —dice el doctor Antonio José Uribe en su 'Estudio sobre las servidumbres', refiriéndose al artículo 905— es bastante explícito en la determinación de los predios que pueden obtener una servidumbre legal de tránsito, pues dice expresamente que sólo se concede a los que se encuentran 'destituidos de toda comunicación con el camino público'. Parece que, según los términos del artículo 905, la comunicación debe ser absoluta, y que si existe alguna salida, por difícil, costosa e insuficiente que ella sea, no hay lugar a imponer la servidumbre forzosa de tránsito. El Código Napoleón (artículo 682) emplea la expresión "que no tenga ninguna salida"; y sin embargo, tanto la jurisprudencia como los expositores franceses (Aubry y Rau, Huc), han sostenido la doctrina de que deben considerarse como encerrados no sólo los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública, sino también los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos; doctrina tan generalmente sustentada fue ésta, que se consagró como principio legal por la ley de 20 de agosto de 1881, que modificó el texto de los cuatro artículos (682 a 685) que en aquel Código reglamentan la servidumbre de tránsito. En consecuencia, no parece aventurado sostener que entre nosotros puede demandarse la servidumbre legal de aquella especie para los fundos que sólo tienen una difícil, casi imposible, salida al camino público, o cuando la que existe es del todo insuficiente para explotar el fundo. Sostener esto no es violar la ley, sino no extremar el rigor de sus términos con perjuicio del interés general. Como el Código mismo ordena que al predio gravado se indemnice de todo perjuicio, no hay por qué obligar al dueño del fundo total o relativamente encerrado a que se abstenga de explotar con todo el desarrollo posible su predio. Así se concilian los intereses de ambas partes, y se consulta también el interés social... La servidumbre legal de tránsito sólo se concede en cuanto sea indispensable para el uso y beneficio del predio encerrado. Los comentaristas del Código francés que dice que la servidumbre tiene por objeto facilitar "la explotación" de dicho fundo, sostienen muchas y muy diversas opiniones acerca de lo que le es permitido hacer al propietario dominante. Los términos del nuestro son la-

tos, pues con la palabra uso comprende el tránsito necesario para las personas: propietarios, obreros, trabajadores, etc., que a la heredad deban entrar; y en el término beneficio se incluye todo género de explotaciones del fundo, sean agrícolas o de otra clase. Y no señala límite al modo de beneficiar los predios: la servidumbre debe servir para todo futuro desarrollo en la explotación industrial de la heredad dominante. Pero la ley misma dice que esas facultades sólo se conceden en lo indispensable, es decir, que el abuso, el gravamen inoficioso o el muy poco útil al titular y demasiado perjudicial al predio sirviente, debe evitarse”.

En el mismo sentido, el señor Vélez —después de explicar que la doctrina francesa, desde antes que el art. 682 del Código de Napoleón se reformase por la ley de 1881, sostuvo que debían considerarse como fondos incomunicados, además de los que lo están de una manera absoluta, aquellos que tienen una salida que les basta para las necesidades de su explotación— dice lo siguiente: “Esta doctrina, que considera generalmente como incomunicados los fondos separados de la vía pública por ríos sin puente y que no sean vadeables en todo tiempo y los que no pueden tener sino una salida peligrosa o que cueste una suma excesiva, puede tal vez fundarse en que si la servidumbre, según el art. 905, debe otorgarse en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de un predio, deben considerarse como que tienen derecho a ella los fondos que no tengan una suficiente para esos objetos. De otra manera: si la ley permite establecer la servidumbre es para lograr la explotación de los predios. Y si la de uno, bien sea industrial o agrícola, no puede llevarse a cabo por la comunicación que tenga el predio con el camino, a causa de sus peligros o insuficiencia, por qué la ley en este caso autoriza que una finca se quede improductiva no permitiendo el establecimiento forzado de la servidumbre? Sería conveniente que en nuestro Código, siguiendo el ejemplo del legislador francés, se aclarase el art. 905 en el sentido en que se aclaró el 682 del Código francés. Mientras se realiza esta aclaración, juzgamos que el criterio del juez debe apreciar los casos que se le presenten, teniendo en cuenta entre otras cosas el objeto de la servidumbre legal de tránsito...”

En efecto, como lo advierten los expositores citados, con mucha razón, la ley francesa de 20 de agosto de 1881 —que modificó los artículos 682 a 685 del Código Civil,

en el sentido de que la servidumbre de tránsito puede imponerse no sólo cuando el predio carece en absoluto de salida a la vía pública sino también cuando la salida es insuficiente para la explotación agrícola e industrial— sólo vino a consagrar o respaldar una jurisprudencia y una doctrina que ya se habían pronunciado en este sentido no obstante la circunstancia de que la redacción original del artículo 682 del Código francés era la siguiente: “El propietario cuyo fundo esté encerrado y que no tenga ninguna salida sobre la vía pública puede reclamar una servidumbre de tránsito sobre el fundo de sus vecinos para la explotación de su heredad, con cargo de pagar una indemnización proporcional al perjuicio que pueda ocasionar”.

“Hasta los más intransigentes exégetas llegaron a admitir que dicho artículo 682 del Código francés, en su redacción primitiva, tenía que ser aplicado en ese sentido amplio según el cual debían gozar de la servidumbre legal de tránsito no sólo los predios que no tuvieran ninguna salida sobre la vía pública sino también aquellos que la tuvieran insuficiente para la explotación agrícola o industrial.

La doctrina contemporánea se inclina, como es natural, a darles a las referidas disposiciones del Código francés un sentido cada día más amplio y más social, concordante con la finalidad de los referidos textos, que es la de facilitar la explotación de los predios. En esa explotación encuentra la servidumbre legal de tránsito su fundamento y al propio tiempo sus límites.

Dentro de ese orden de ideas, esa doctrina considera que la salida del predio es insuficiente, y hay lugar por lo tanto al establecimiento de la servidumbre, cuando aquella ofrece graves dificultades que no podrían evitarse sino mediante trabajos excesivos cuyo valor no guarde proporción con el de la propiedad. “Esto es lo que acontece —dicen Planiol et Ripert, Tomo III, número 926— en el caso de un fundo separado de la vía pública por un talud cuya pendiente hace naturalmente imposible el tránsito de caballos y ganados destinados a su explotación, o por un camino muy estrecho e inaccesible a las carretas. Eso es lo que acontece también en el caso de un terreno que no tenga salida sino del lado de un río cuyo paso por barca o buque o por medio de un puente presenta peligros o graves inconvenientes o exige gastos excesivos”.

No vacila la expresada doctrina en admitir que para los efectos de la servidumbre

de tránsito, lo mismo da que se trate de explotación industrial o que se trate de explotación agrícola. "El propietario puede, pues,—explican los autores citados, N° 928, después de advertir que ya la jurisprudencia anterior a la ley de 1881 había consagrado estas soluciones— reclamar el tránsito lo mismo para la explotación de una cantera o para la explotación de una turbera o de un glaciar o de un establecimiento industrial que para el cultivo de terrenos. Hay que ir más lejos: el propietario de un fundo encerrado tiene libertad de explotarlo como le parezca y de introducir las innovaciones que juzge útiles, aumentando por ejemplo el establecimiento industrial que posee para reclamar en consecuencia un nuevo tránsito si el primitivo ha llegado a ser insuficiente. Puede hasta cambiar completamente el modo de explotación de su predio abriendo, por ejemplo, una cantera en un terreno de cultivo o elevando una construcción o un establecimiento industrial. Tendrá entonces el derecho, para satisfacer las necesidades de la nueva explotación, de reclamar el tránsito que sea indispensable... Todo propietario tiene libertad para edificar sobre su terreno, para levantar un establecimiento industrial; la servidumbre debe modificarse con las necesidades del fundo y adaptarse a esas necesidades, pues sería contrario a la intención del legislador el condenar a la inmovilidad los predios encerrados".

Respecto de la organización de la servidumbre legal de tránsito, se advierte sin dificultad que ella existe de pleno derecho, es decir, que es la ley la que la establece directamente y que si bien es cierto que en caso de desacuerdo entre las partes el juez debe intervenir para determinar la indemnización que se deba así como la vía que haya de seguir, lo cierto es que la servidumbre en sí misma es preexistente a la determinación judicial (obra citada, N° 930).

De acuerdo con eso se ha decidido que el propietario de un fundo encerrado que transita por el otro antes de que la servidumbre haya sido organizada y fijada la indemnización, no puede ser castigado en virtud de la disposición penal que sanciona el tránsito por el terreno de otro, y se ha decidido igualmente, por la jurisprudencia francesa, que cuando el propietario del predio enclavado haya transitado durante más de un año por el predio sirviente, sin previa intervención judicial, puede intentar la querrela posesoria contra el propietario de ese fundo sirviente si éste trata de turbar a aquél en la posesión de la servidumbre.

Recientemente la corte de casación francesa, en sentencia de 6 de marzo de 1934, consideró expresamente el hecho mismo del encerramiento del predio (l'enclave) como un "título legal suficiente para permitirle al titular del derecho de tránsito la utilización de las acciones posesorias para hacer cesar la perturbación de su posesión". Y en una nueva sentencia, de 3 de julio del mismo año, volvió la expresada corte sobre el mismo asunto para sostener esa jurisprudencia. Comentando los fallos aludidos, se expresa de esta suerte Henri Solus en su "Crónica trimestral sobre la jurisprudencia concerniente a los derechos reales (Rev. trim. de Dr. Civ año de 1934, páginas 645 y 863)"; Frecuentemente hemos tenido ocasión de relatar decisiones concernientes a la protección posesoria del derecho de transitar por el fundo de otro. Recordemos que como el ejercicio de la acción posesoria supone una posesión capaz de conducir a la propiedad por usucapión no habrá lugar a protección posesoria sino en cuanto la servidumbre de tránsito resulte, sea de un título convencional, sea de un título legal (y especialmente la existencia de un "enclave"). En los demás casos no hay lugar a la protección posesoria puesto que, por una parte, la servidumbre de tránsito es una servidumbre discontinua que no puede adquirirse por prescripción, y por otra parte, el tránsito es generalmente considerado como una simple facultad o tolerancia que no puede servir de base a la prescripción...". Aunque la servidumbre de tránsito sea discontinua y como tal no susceptible de adquirirse por prescripción, la jurisprudencia considera muy justamente que el encerramiento (enclave) constituye un título legal de adquisición".

Es claro que en la generalidad de los casos el dueño del predio que necesita el tránsito tendrá que promover, a falta de acuerdo amigable, el correspondiente juicio para poder llegar a ejercer la servidumbre, pues nadie puede hacerse justicia por sí mismo, y si intenta gozar de ésta sin la previa intervención judicial el dueño del predio sirviente acudirá a las autoridades de policía para hacer conservar el statu quo. Pero cuando no se trata de hacer modificar una determinada situación de hecho; cuando, por uno u otro motivo, el tránsito se está practicando, cuando, como en este caso, han fracasado las acciones de policía intentadas por el dueño del predio sirviente con el objeto de impedir el ejercicio de la servidumbre; cuando se está gozando de la servidumbre que la misma ley impuso y cuyo título es el

hecho mismo de la incomunicación del predio; cuando, en una palabra, se está en posesión del derecho, es claro que desaparece la necesidad de acudir a la justicia, porque en este caso, como en tantos otros, la necesidad o no necesidad de la intervención judicial depende de la disconformidad o conformidad de la situación de hecho con el derecho que se alegue. Cuando el titular del derecho no necesita cambiar los hechos existentes, puede permanecer inactivo desde el punto de vista judicial, como lo explica muy bien Esmein (Tratado de Planiol et Ripert, T. VI, números 282 y 297) a propósito de las nulidades: "Para todas las nulidades—dice él—el que invoca la nulidad tendrá o no que obtener una sentencia judicial según que esté o no esté en posesión de la cosa litigiosa, y más generalmente, según que haya de tener o no la situación de demandante en el litigio eventual. Esta es una consecuencia del principio que prohíbe hacerse justicia por sí mismo. A falta de acuerdo amigable, el que quiere hacer cesar el estado de hecho resultante de la ejecución del acto nulo, tiene que obtener una sentencia." (véase en el mismo sentido Colin et Capitant, T. I. número 297).

Y todo ello se explica fácilmente desde el punto de vista procesal. Ya los romanos habían definido la acción: "jus persecuendi iudicio quod sibi debetur", lo que vale tanto como definirla en la forma en que lo hizo Pothier: "el derecho de cada uno de perseguir judicialmente lo que le pertenece o lo que se le debe". Por eso el derecho de acción supone la existencia de tres elementos: a) un derecho; b) la calidad para actuar; c) un interés nacido y actual. Dentro de ese orden de ideas se ha sostenido en la doctrina francesa que el derecho a la acción está limitado a los casos en que se le pide al juez una condenación, sin que haya lugar a las acciones tendientes simplemente a constatar el derecho sin la súplica de la sanción correspondiente. Pero aún los autores que sostienen lo contrario (como Pierre Lepaulle en el estudio que sobre el artículo publicó en Rev. Trim. de Dr. Civ., año de 1934, pág. 773), reconocen que no hay derecho a la acción por falta de interés cuando el derecho no ha sido desconocido o perturbado en su ejercicio. Así, según el autor citado, no se puede admitir que un propietario demande a otra persona para hacer reconocer su derecho de propiedad oponible erga omnes cuando nada en la actitud del demandado deja suponer que pretenda desconocerlo o impedirlo.

Como en el caso que se estudia, según lo dicho, la servidumbre existe de pleno derecho porque la ley la establece directamente y porque, como lo explica Selus, el título es el derecho mismo de la incomunicación del predio, si los hechos corresponden a ese derecho, desaparece para el titular del derecho la necesidad de tomar la iniciativa judicial. Es el dueño del fundo sirviente quien se ve obligado a tomar tal iniciativa cuando considera que, en razón de las circunstancias que alega, no existe en realidad el derecho que se está ejerciendo por el dueño del fundo dominante. Tomada la iniciativa por aquél, su acción prosperará o no según que pruebe o no que el fundo dominante tiene salida suficiente a la vía pública.

A lo expuesto es procedente agregar: a) que los términos del artículo 905 de nuestro C. C. son muy amplios porque dentro de la noción de "beneficio" queda comprendido todo género de explotaciones del fundo, sean agrícolas o de otra clase; b) que las palabras empleadas por el legislador colombiano: "si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público", no pueden ser obstáculo, como no lo fueron las empleadas en la redacción del artículo 682 del código francés, para llegar a la conclusión de que deben considerarse como encerrados no sólo los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos; c) que de conformidad con el artículo 808 del código colombiano las servidumbres que se constituyen por un hecho del hombre son las voluntarias, pues las naturales provienen de la natural situación de los lugares, sin que haya necesidad de constituir las, y las legales son impuestas por la ley y preexistentes por lo tanto en sí mismas a toda intervención judicial; y d) que el artículo 9º de la ley 95 de 1890, al establecer que las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes no pueden constituirse sino por título, sólo se refiere a las servidumbres que tengan el carácter de voluntarias, y de ninguna manera a las legales, que no son susceptibles propiamente de constitución porque son el resultado de una imposición legal hasta el punto de que muchos autores no las consideran como servidumbres sino como restricciones impuestas por la ley a los derechos y a la libertad de los propietarios, en provecho de los fundos vecinos.

De lo dicho pueden sacarse las siguientes deducciones:

1ª Que la servidumbre legal de tránsito existe no sólo 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;

2ª Que en la conveniencia social de la explotación del predio dominante encuentra dicha servidumbre su fundamento y al propio tiempo sus límites, sin que haya que hacer distinción alguna entre explotación agrícola o explotación industrial o explotación minera;

3ª Que dicha servidumbre legal no se constituye por título distinto del hecho mismo de la incomunicación, sino que existe de pleno derecho, porque es la ley la que directamente la establece, y es en consecuencia preexistente a toda determinación judicial, hasta el punto de que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ella sólo depende de la situación de hecho existente: si el titular del derecho no necesita modificar los hechos existentes para conformarlos a su derecho, carece de interés la intervención de los jueces que, con su decisión, nada le agregan ni le quitan a ese derecho, sino que simplemente determinan, cuando es el caso, un cambio en la situación de hecho preexistente;

4ª Que, en consecuencia, la servidumbre de tránsito, cuando se trata de una servidumbre legal impuesta por la ley, existe independientemente de todo título (a menos que se entienda por tal, como lo entiende la Corte de Casación francesa, el hecho mismo del encerramiento), porque la norma jurídica que lo exige para las servidumbres discontinuas de todas clases y para las continuas inaparentes sólo se refiere a las servidumbres voluntarias.

Examinada la sentencia del tribunal a la luz de estas conclusiones, resulta claro que hay que infirmarla.

El tribunal, como ya se vio por las transcripciones hechas, para condenar a los demandados se fundó en la doble consideración de que a las minas de carbón pertenecientes al dueño del terreno no les son aplicables las disposiciones del Código de Minas sobre servidumbres y de que la servidumbre de tránsito, por ser discontinua, sólo puede constituirse por escritura pública. "Y como el predio de la "Ciénega"—concluye el tribunal— no soporta servidumbre de tránsito constituida por escritura pública en favor del predio de "Elisondo"... debe concluirse que la acción negatoria prospera en este caso".

Es decir, que para el tribunal, eliminada la posibilidad de aplicación del artículo 177 del Código de Minas, la cuestión quedaba reducida a saber si había o no título de constitución de la servidumbre de tránsito a cargo del predio de la demandante. No habiendo tal título no podía reconocerse la existencia de la servidumbre. Y para el tribunal, ni la ley ni el enclavamiento son títulos.

Al argumentar así, el tribunal dejó de aplicar, como es obvio, el artículo 905 del C. C., que impone la servidumbre legal de tránsito en favor de los predios destituídos de comunicación con el camino público, sin necesidad de que medie título constitutivo de la servidumbre distinto de la ley y del hecho mismo de la incomunicación, e interpretó erróneamente el artículo 9º de la ley 95 de 1890.

Es por consiguiente el caso de infirmar el fallo recurrido puesto que él aparece acusado como violatorio, por errónea interpretación, del artículo 9º de la ley 95 de 1890 y como violatorio del artículo 905 del Código Civil.

No puede decirse que la acusación por este último concepto implique "un medio nuevo" en casación, como lo sugiere el opositor, pues si bien es cierto que el tribunal no mencionó ese artículo y que las partes no lo habían invocado, no es menos cierto que el razonamiento antes aludido del tribunal contiene implícita pero necesariamente la consideración de que el mencionado artículo 905 no es aplicable al caso, cuando en realidad sí lo es.

Se llama medio nuevo en casación según Faye, "La Corte de Casación, tratado sobre sus atribuciones, su competencia y el procedimiento observado en materia civil", N.º 123— el que no ha sido expresa o implícitamente sometido por la parte que lo invoca al tribunal cuya decisión se ataca, o que no ha sido apreciado por ese tribunal". "Hay casos, dice el mismo autor, en que el juez ha creído de su deber examinar de oficio un medio que no había sido presentado. Este medio no puede ser considerado como nuevo, puesto que su admisión o su refutación han servido de base a la sentencia atacada que puede encontrarse viciada. Se ha decidido inclusive que el demandante en casación puede, en ese caso, producir en respuesta un medio nuevo sin que se le pueda reprochar el no haberlo presentado ante el juez de hecho..."

Por otra parte, aquí se trata de un medio de puro derecho que no puede por lo tanto ser considerado como nuevo; se refiere a la violación de un texto legal que el

juez tenía que examinar, dado el tenor de la demanda y los hechos sobre los cuales ella se fundó. "El juez que conoce de un asunto —dice una sentencia de 20 de febrero de 1854 de la Corte de Casación francesa— no puede juzgarlo sino conforme a las leyes que rigen la materia aun cuando la aplicación de estas leyes no haya sido formalmente invocada por las partes". Y otra sentencia de la misma corte, de fecha 26 de junio de 1876, establece que "los jueces que conocen de una demanda tienen obligación de examinar todos los argumentos y medios de derecho que por su naturaleza pueden ser conducentes a la apreciación del fundamento de la demanda, de tal suerte que esos medios, aunque no hayan sido propuestos ante los jueces de apelación, pueden ser suscitados ante la Corte de Casación y no constituyen medios nuevos".

El tribunal —al argüir, para fallar como falló, que "el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito constituida por escritura pública en favor del predio de "Elisondo" y que "la servidumbre de tránsito por ser discontinua e inaparente sólo puede constituirse por escritura pública"— dejó de aplicar el artículo 905, que tenía que aplicar aun cuando las partes no le hubieran invocado, porque el fallador estaba obligado a juzgar según las reglas que rigen la materia, cualquiera que hubiera sido al efecto la negligencia de las partes. Y de esa suerte violó ese texto, aunque no lo hubiera citado, por el hecho de concluir que el predio de la "Ciénaga" no soporta servidumbre de tránsito por no haberse ésta constituido por escritura pública.

IV

SENTENCIA DE INSTANCIA

Afirmó el demandante en el libelo que los condueños de "Elisondo" hasta hace algún tiempo "se conducían desde su predio hasta esta ciudad (Cali), por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones, hasta salir a las márgenes del río Aguacatal y al camino nacional que de esta ciudad parte hacia Buenaventura", pero que desde unos tres años antes de la iniciación del presente juicio establecieron, para comunicarse con Cali, tránsito por el predio de la "Ciénaga", de doña Rosaura García.

Acudió entonces ésta a las autoridades de policía para hacer cesar el referido tránsito por su predio y como tales gestiones no tuvieron para ella éxito favorable intentó la acción negatoria de servidumbre que ahora se estudia.

Como ésta se propuso en términos generalísimos, que comprenden tanto la servidumbre voluntaria de tránsito como la legal, sería necesario, para que prosperara, que en lo que a esta última atañe hubiera comprobado la actora una de estas tres cosas: a) o que el predio sí tiene salida suficiente y actual a la vía pública b) o que— dada la topografía y demás condiciones de la zona o teniendo en cuenta el origen mismo de la incomunicación— es algún otro predio colindante el que debe soportar el tránsito; c) o que la incomunicación se debe a hecho voluntario de los dueños de "Elisondo".

Ninguna de estas tres cosas comprobó la demandante y era indispensable que comprobara alguna de las tres para poder hacer las declaraciones solicitadas, que se refieren tanto a la no existencia de servidumbre voluntaria como a la no existencia de servidumbre legal.

La demandante afirmó y llegó a probar que los condueños de "Elisondo" y sus locatarios, arrendatarios, etc., "se conducían antes, desde su predio hasta esta ciudad, por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones hasta salir a las márgenes del río Aguacatal y al camino nacional que de esta ciudad (Cali) parte hacia Buenaventura", pero no afirmó ni probó que el predio de "Elisondo" tuviera, en el momento de la presentación de la demanda, una salida suficiente a la vía pública distinta del tránsito por el predio de la "Ciénaga", que es lo que ha debido afirmar y probar para que su acción negatoria de servidumbre prosperara.

El hecho de que en una época más o menos remota los condueños de "Elisondo" se comunicaran con el camino nacional "por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones, hasta salir a las márgenes del río Aguacatal", no implica necesariamente el que esa salida fuera todavía posible en el momento de la presentación de la demanda, ni mucho menos el que tal salida fuera suficiente para la explotación del predio denominado "Elisondo".

Por el contrario: si se tienen en consideración, de un lado, la alinderación que la misma demandante le asigna al predio de "Elisondo", y, de otro lado, la circunstancia de que ella misma se encargó de explicar que los condueños de dicho predio, para salir al camino nacional, antes de hacerlo por el predio de la "Ciénaga", tenían que conducirse "por la quebrada de El Chocho y por el predio de Los Limones, hasta salir a las márgenes del río Aguacatal", se llega a la conclusión de que no se afirmó siquiera y

no se probó tampoco el hecho que habría podido ser verdaderamente determinante de una declaratoria como la que hizo el tribunal sobre no existencia de servidumbre legal de tránsito, a saber: el hecho de no estar destituido el predio de "Elisondo" de comunicación con el camino público, o sea, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia ya indicadas, el hecho de tener dicho predio salida suficiente para las necesidades de su explotación.

No puede argüirse contra lo expuesto que tratándose de una acción negatoria de servidumbre, fundada, como lo dice el nombre mismo de la acción, en hechos negativos, no le incumbía a la actora la carga de la prueba porque todo predio debe presumirse libre y es a quien alega el gravamen a quien le corresponde demostrarlo.

La doctrina moderna ha rectificado en forma definitiva y terminante la tesis que —por una errónea interpretación de los conocidos adagios latinos sobre el particular— formularon los antiguos glosadores en el sentido de que al que niega no le toca comprobar la negativa.

"El que alega, aunque sea un hecho negativo en apoyo de una demanda —dicen Planiol et Ripert, Tomo VII, N° 1419— debe probarlo. Esto no ofrece ninguna dificultad si el hecho negativo es de tal naturaleza que pueda ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario. Lo propio acontece si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar. La imposibilidad, aunque sea absoluta, en que se encuentre el demandante de justificar los hechos negativos, no puede ser motivo para descargarlo de la prueba e imponérsela al demandado. . . . Solamente la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible, porque una proposición indefinida, sea afirmativa o negativa, no es susceptible de prueba completa. Pero tales proposiciones no podrán ser objeto de controversias judiciales".

Por lo demás, es obvio que en el caso presente no se trataba ni de negaciones indefinidas ni siquiera de negaciones difíciles de probar. En lo que a la servidumbre legal de tránsito se refiere, los hechos básicos que, de haber sido probados, habrían dado lugar a las declaraciones solicitadas, eran de aquellos que los autores citados consideran como posibles de ser establecidos mediante la justificación de hechos afirmativos contrarios. En efecto: como ya se explicó, la demandante habría triunfado en su empeño si hubiera comprobado uno si-

quiera de los tres hechos a que arriba se aludió.

No ha perdido de vista la Sala, para llegar a estas conclusiones, la circunstancia bien conocida por ella de que muchos autores respetables (véase, por ejemplo, Esmein, Curso de Derecho Civil, primer año, dictado en la Facultad de París, 1934-35, pág. 853), afirman que quien promueve la acción negatoria de servidumbre puede limitarse a probar su derecho de propiedad sobre el fundo porque le corresponde a su adversario probar la existencia del derecho de servidumbre que alega, debido a que los predios deben presumirse libres por ser la libertad el estado normal de la propiedad. Pero esta tesis, expuesta por lo demás a propósito de las servidumbres voluntarias, no tiene cabida y justificación sino con respecto a éstas y en manera alguna en lo que se refiere a las servidumbres legales que implican limitaciones o restricciones normales a la propiedad. Si se tienen en cuenta los fundamentos que se aducen para relevar de la carga de la prueba a quienes intentan la acción negatoria, es incuestionable que esa opinión no podría extenderse a las servidumbres legales sin caer dentro de una concepción absolutista de la propiedad que pudo ser de recibo en otras épocas pero que resulta inadmisiblemente intolerable en el derecho moderno, y sin volver a la interpretación simplista que los glosadores hicieron de las reglas romanas sobre prueba de las negaciones.

Tampoco podría argüirse contra lo que arriba se expuso sobre la imposibilidad de que prospere la acción intentada, la circunstancia de que no haya mediado sentencia que, a petición de los dueños de "Elisondo" y de conformidad con lo previsto por los artículos 872 y siguientes del C. J., declare la existencia de la servidumbre legal de tránsito, porque, como ya se explicó, ésta "existe de pleno derecho", de plano, en forma tal que, como se ha visto, en Francia se reconoce unánimemente que quien de hecho ha ejercitado el tránsito por más de un año tiene en su favor la acción posesoria, para impedir los actos de perturbación por parte del dueño del predio sirviente, no obstante que se trata de una servidumbre discontinua. La jurisprudencia y la doctrina francesas —precisamente porque parten de la base de que la servidumbre legal de tránsito preexiste a toda decisión judicial y a toda reglamentación sobre su ubicación y sobre la indemnización a que haya lugar— reconocen sin discusión que el dueño del predio dominante puede hacerse mantener, por medio de la acción respectiva, en posesión de

su servidumbre legal de tránsito porque aun cuando los actos de uso de una servidumbre no aparente no constituyen una verdadera posesión, en este caso de la servidumbre legal de tránsito, como lo dicen Colin et Capitant, Tomo I, N° 955 in fine, "el poseedor invoca un título en apoyo de su posesión: ese título es la ley".

Y ese título —como se desprende del hecho mismo de que sirva de fundamento a una acción posesoria en el caso de una servidumbre que es discontinua— no es un título mediato, remoto, que necesite ser complementado, concretado, adicionado, perfeccionado o atribuido mediante una decisión judicial, porque las sentencias que se dictan en materia de servidumbre nunca son atributivas del derecho, ni le agregan a éste nada, ni lo perfeccionan, sino que simplemente se limitan a constatar la existencia o no existencia de él. —Comentando el artículo 880 del código chileno— según el cual las servidumbres pueden también adquirirse por sentencia del juez en los casos previstos por las leyes— dice el señor Claro Solar (Tomo IX, N° 1615): "No hay sin embargo ley alguna que provea los casos en que los jueces puedan constituir servidumbre y dar a los particulares el derecho de adquirirlas. . . . Las sentencias judiciales no pueden ser jamás sino declarativas de servidumbres preexistentes porque los poderes del juez se limitan a pronunciarse sobre la existencia de una servidumbre que se discute. . . . Se ha incurrido, pues, en un error al decir que las servidumbres de esta especie (las voluntarias), pueden también adquirirse por sentencia del juez en los casos previstos por las leyes. Las leyes no preven tales casos, y las sentencias judiciales no son atributivas de propiedad sino simplemente declarativas de los derechos controvertidos y cuya existencia se justifica debidamente".

Algunos antiguos y por cierto no muy prestigiosos exégetas del Código de Napoleón (véase Mourlen, Tomo I, N° 1805), sostuvieron que el enclavamiento no engendra de pleno derecho la servidumbre de tránsito y que tan sólo hace nacer el derecho de adquirirla por una expropiación que el propietario del fundo enclavado impone a los propietarios de los fundos que lo separan de la vía pública. "Si, en efecto— argüían ellos con razonamientos muy propios de la época— el derecho de tránsito existiera en provecho del fundo enclavado y por el hecho mismo de la incomunicación, el propietario de aquél no tendría necesidad de reclamarlo a sus vecinos: él lo tomaría y lo ejercería por propia autoridad. Pero, la

ley es formal; ella quiere que el propietario reclame el tránsito, es decir, que se lo haga atribuir ofreciendo una indemnización a los propietarios de los fundos sobre los cuales el tránsito debe ser establecido. Por lo demás, mientras no se haya entendido con ellos, o, en caso de discusión, mientras no se haya dictado una sentencia, el derecho de tránsito no se ha adquirido".

Pero esa tesis no solamente ha sido rechazada por todos los autores contemporáneos, como Josserand (Tomo I, N: 1982), Esmein (Curso de Derecho Civil ya citado, páginas 770 a 853), Ripert (Curso de primer año de Derecho Civil, dictado en la Facultad de París en 1931-32, páginas 1336 y 1338), Planiol, Ripert y Picard (N° 930), Colin et Capitant (Tomo I, N° 955, in fine), sino que también fue combatida y victoriosamente refutada hasta por los más intransigentes exégetas, como Laurent y Huc.

Este último no vacila en declarar que el propietario enclavado "est, a ce titre, directement investi par la loi elle meme du droit de passer sur le fonds voisin", y en seguida agrega: "Sin duda pueden suscitarse a este respecto las dificultades y controversias de que acabamos de hablar. Pero esas dificultades sólo pueden dar lugar a una acción civil de parte del propietario del fundo sobre el cual el tránsito ha sido ejercido. De ninguna contravención podría hacerse responsable al propietario enclavado, puesto que la ley civil creó en su provecho, frente a la ley penal, una excusa sacada de la necesidad. Es, pues, fácil comprender que de hecho el propietario enclavado transite y siga transitando durante mucho tiempo sin haber hecho determinar por convención o de otro modo el trayecto que debe seguir y la manera como deba practicar el tránsito, a pie, con carreta, etc. En este caso, conforme al artículo 685, "la ubicación y el modo de la servidumbre de tránsito por causa de enclavamiento son determinados por treinta años de uso continuo. La acción de indemnización en el caso previsto por el artículo 682 es prescriptible, y el tránsito debe continuarse, aunque la acción de indemnización no sea ya admisible. No se trata del establecimiento por prescripción de una servidumbre, que, siendo discontinua, no puede establecerse sino por título. El título de la servidumbre en caso de enclavamiento es la ley misma. Se trata únicamente de su ejercicio. . . . Mientras la prescripción se cumple, el propietario enclavado, si llega a ser turbado en el goce de su derecho de tránsito, tal como lo ejerce, puede recurrir a la acción posesoria justificando una posesión anual de la ser-

vidumbre. Regularmente la fijación y el pago de la indemnización deberían ser previos al ejercicio del derecho de tránsito. Pero frecuentemente, en el hecho, acontece otra cosa. En este caso la prescripción de treinta años del derecho de tránsito acarrea la extinción de la acción de indemnización. La prescripción comenzará, pues, a correr desde el día en que la acción de indemnización nazca, es decir, desde el día en que el tránsito ha sido ejercido. . . . Teniendo la servidumbre de tránsito, en caso de enclavamiento, su título en la ley misma, sigue siendo después de su constitución distinta de la servidumbre de tránsito establecida por el hecho del hombre y no puede tener otra consistencia que la que le es dada por la misma ley. . . .”

Laurent (Tomo VIII, N° 106), a pesar de su apego al texto de la ley y no obstante la severidad con que a cada paso exige que las soluciones jurídicas se ajusten estrictamente a la letra de los artículos del código, combate decididamente la opinión según la cual el enclavamiento no engendra de pleno derecho la servidumbre de tránsito sino que apenas hace nacer el derecho de adquirirla por una expropiación que el propietario del fundo enclavado impone a los propietarios de los fundos que lo separan de la vía pública, y sostiene que aun cuando el artículo 682 del código francés hable de que el propietario del predio enclavado “puede reclamar el tránsito sobre los fundos de sus vecinos”, hay que reconocer que la servidumbre existe de pleno derecho, desde el día mismo y por el solo hecho del enclavamiento, pues si bien es cierto —explica— que la letra del artículo 682 parece indicar que el dueño del fundo enclavado tiene que reclamar o hacerse atribuir la servidumbre mediante indemnización, hay que convenir en que el propietario enclavado está investido de su derecho real de servidumbre por la ley misma que viene a servirle de título. Dentro de ese orden de ideas él admite, como los demás expositores citados, que el dueño del predio enclavado, aun cuando se trata de una servidumbre discontinua, tiene acción posesoria para hacerse mantener en posesión de la servidumbre, por ser la ley el título de ésta.

No hay duda, por lo demás, de que la doctrina francesa a que acaba de aludirse y a que se aludió también más arriba, es también aplicable dentro de nuestro derecho positivo.

Sostener que de acuerdo con nuestro código no existe la servidumbre de pleno derecho; que el enclavamiento no engendra por sí mismo la servidumbre de tránsito;

que la incomunicación solamente hace nacer el derecho de adquirir el tránsito por una expropiación que el propietario del fundo enclavado impone a los propietarios de los fundos que lo separan de la vía pública y afirmar que mientras el dueño de un predio enclavado no se entienda con sus vecinos o mientras no se pronuncie una sentencia el derecho de tránsito no se ha adquirido, porque el artículo 905 habla de que el propietario enclavado “tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito”, sería volver a la concepción que Mourlen expuso sobre el particular en el año de 1846.

Desde un punto de vista puramente gramatical podrían ser muchas y muy interesantes las diferencias dignas de anotarse entre el artículo 682 del código francés y el 905 del nuestro, pero en lo que atañe al aspecto que se viene estudiando de la institución jurídica que uno y otro consagran, es incuestionable que es uno mismo el sentido y uno mismo el alcance de esos dos textos, por más que en el uno se emplee un gerundio que en el otro no aparece y por más que la redacción francesa hable de reclamar a tiempo, que en la castellana se usa el verbo “imponer”. La referida doctrina francesa no es el resultado de una exégesis más o menos laboriosa de los correspondientes artículos sino una consecuencia ineludible de la naturaleza misma de la institución y de elementales nociones de derecho procesal, tales como la ya recordada con una cita de Claro Solar sobre el carácter de las sentencias que en esta materia se dictan, que no son nunca atributivas del derecho real, como que simplemente constatan su existencia.

No habiendo sentencias atributivas del derecho real de servidumbre de tránsito; siendo esas sentencias declarativas; limitándose en tales casos los jueces a constatar que existen las circunstancias o condiciones previstas por el legislador y a reglamentar el modo de ejercicio y la indemnización; que son puntos accesorios; no pudiéndole agregar en ningún caso la sentencia nada al derecho consagrado por la ley; y, finalmente, existiendo precisamente en esta materia dos acciones opuestas: la confesoria, en favor del dueño del predio enclavado que, teniendo derecho al tránsito, no lo está ejerciendo, y la negatoria, en favor del dueño del predio que, no teniendo por qué soportar la carga, está sin embargo sufriendo el tránsito, es claro que de acuerdo con las circunstancias de hecho se promoverá aquélla o se promoverá ésta, según que se esté o no practicando el trán-

sito, y que, propuesta una u otra, la decisión judicial se pronunciara de conformidad con lo que resulte probado sobre existencia o inexistencia del enclavamiento y demás requisitos, sin que en el caso de la acción negatoria pueda ésta prosperar por la sola falta de una sentencia anterior en favor del predio enclavado, pues tal sentencia nada le habría agregado o quitado al derecho mismo de servidumbre legal. Lo contrario conduciría al absurdo de que las decisiones judiciales sobre servidumbres legales serían fallos atributivos del derecho.

“Las otras (las servidumbres legales) — dice Mr. Ripert enfocando este problema en su Curso de Derecho Civil, primer año, 1931-32— son dadas por la ley y basta constatar que se está en las condiciones en que el código concede la servidumbre. Esto no quiere decir que a veces la servidumbre legal no sea discutida y que no haya que llevar ante los tribunales las reclamaciones relativas a la existencia de estas servidumbres. Pero los tribunales se limitan entonces a constatar que la servidumbre existe. De otro lado, la intervención de la justicia es a veces necesaria porque hay dos puntos por determinar, que la ley no determina (l'assiette y la indemnización). Pero estos son puntos accesorios: la servidumbre resulta en realidad de la ley....”

La acción confesoria de servidumbre tiene que intentarla el dueño del predio dominante para hacer reconocer su derecho si encuentra resistencia, pero es obvio que cuando, inclusive con el amparo de la policía, está gozando plenamente de su derecho, no solamente no necesita intentar esa acción sino que, según las circunstancias, puede estar hasta impedido para ejercitarla por falta de interés jurídico. En ese caso es el dueño del predio sirviente el que tiene que intentar la acción negatoria, si cree que no tiene por qué sufrir el gravamen, y si la intenta, tiene que probar los hechos básicos de su demanda, en lo que a la inexistencia de servidumbres legales se refiere, pues con respecto a las voluntarias puede limitarse a probar su derecho de dominio sobre el predio, que se presume libre, pero libre de servidumbres voluntarias, y no libre de las restricciones o limitaciones normales dentro de la concepción moderna del derecho de propiedad.

No está por demás, para concluir esta cuestión concerniente a la insuficiencia de la prueba producida por la demandante, que no podía limitarse a hacer constatar la falta de una sentencia anterior sobre la servidumbre legal de tránsito ejercida por los demandados, hacer notar que la obra de Au-

bry et Rau —que en esta materia, como en tantas otras, sigue siendo considerada como la más perfecta manifestación de la doctrina jurídica francesa— contiene, sobre el asunto de que se viene ocupando la Sala, opiniones que coinciden exactamente con las que se dejan expuestas: “Aún en los casos, dicen tales autores, en que el tránsito no puede ser reclamado sino mediante indemnización, el ejercicio de la servidumbre anterior a la reglamentación de su ubicación y al señalamiento de la indemnización debida, no constituye la contravención prevista por los numerales 9º y 10º del artículo 475 del Código Penal y no puede dar lugar sino a una acción de perjuicios o a una acción posesoria. (En nota: “Se ha decidido igualmente que el hecho de que el propietario del fundo enclavado haya ejercido el tránsito sin ofrecer previamente una indemnización no hace inadmisibles las acciones que intente para reclamar en justicia el señalamiento de la ubicación del tránsito”). Pero hay más aún: si, en las circunstancias que acaban de ser recordadas, el propietario del fundo enclavado ha ejercido el tránsito durante un año por lo menos, será él quien pueda intentar la acción posesoria contra el propietario del fundo sirviente que lo perturbe en la cuasi-posesión de la servidumbre.... Habiendo sido establecida por la ley misma la servidumbre de tránsito, no puede ser adquirida por prescripción la servidumbre en sí misma. Pero a falta de reglamentación convencional o judicial sobre la ubicación y el modo de ejercicio del tránsito, la posesión de treinta años produce como efecto el determinar de una manera irrevocable esa ubicación y ese modo de ejercicio....”

Si, por los motivos que se dejan expresados, no pueden hacerse las declaraciones solicitadas por la demandante en lo concerniente a la inexistencia de la servidumbre de tránsito a que se refiere la demanda, es claro que, en cambio, sí debe hacerse la condenación a que se refiere la petición cuarta sobre pago de perjuicios.

Es incuestionable que en el caso de una servidumbre legal de tránsito el dueño del predio dominante debe resarcir todos los perjuicios que el tránsito cause al propietario del fundo sirviente, y como la actora pidió que se condenara a los demandados a pagar los perjuicios sufridos por la demandante a causa del tránsito establecido por los condueños de “Elisondo” sobre el predio de la “Ciénaga”, no hay duda de que

la condenación, solicitada al respecto debe decretarse.

La demandante, como es obvio, dados los términos de su demanda, se ha limitado a pedir el valor de los perjuicios causados en el tránsito en el período comprendido entre la iniciación de éste y la fecha de la ejecución de la sentencia. Por ese motivo la declaración que al respecto se haga en la parte resolutive de este fallo tiene que quedar necesariamente limitada a los perjuicios sufridos en ese lapso, pero esto no quiere decir que la demandante no tenga acción para obtener en juicio distinto, de los demandados, las demás prestaciones a que da lugar el establecimiento de la servidumbre legal de tránsito de conformidad con los artículos 905 y 906 del C. C. Como quedó superabundantemente explicado más arriba, el hecho mismo del ejercicio, por parte del titular del derecho respectivo, de la servidumbre legal de tránsito, hace nacer, en favor del dueño del predio sirviente, la acción de indemnización correspondiente.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cali, el 16 de noviembre de 1935, revoca la del juez de primera instancia y en su lugar resuelve:

1º Se condena a los demandados a pagar a la demandante el valor de los perjuicios sufridos por ésta a causa del tránsito establecido por aquéllos sobre el predio de la demandante denominado la "Ciénaga".

2º El monto de tales perjuicios será fijado durante la ejecución de la presente sentencia mediante el procedimiento establecido por los artículos 480 y 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta que los perjuicios cuyo valor debe estimarse son los causados en el lapso comprendido entre la iniciación del tránsito por el predio de la "Ciénaga" y la ejecución del presente fallo.

3º Se absuelve a los demandados de todos los otros cargos de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Cali.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—
Emilio Prieto Hernández, Srio. interino.

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado Moreno Jaramillo

SERVIDUMBRE LEGAL DE TRANSITO

En algunos casos el legislador impone directamente las servidumbres. En otros, crea en abstracto el gravamen, lo autoriza o declara, y otorga el derecho de imponerlo en concreto. Tal ocurre con la servidumbre legal de tránsito, salvo excepciones. Esta servidumbre existe desde el momento en que se otorga el paso, pues antes sólo existía una obligación de vecindad. Su título mediato es la ley. El gravamen no nace en concreto sino por convenio entre las partes o por sentencia judicial, y pago de la servidumbre. Requiere un título y un modo. De suyo, el solo enclavamiento del predio no significa nada ni prueba nada. Paralelo entre la ley colombiana y la francesa, sobre servidumbre legal de tránsito. Opiniones de Vélez, Uribe, Rodríguez Piñeres, Anzola, Claro Solar y Alessandri Rodríguez.

— I —

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, o como decía Bartolo expresándose en forma activa, la servidumbre es cierto derecho inherente a un fundo y útil al mismo, que disminuye la libertad de otro fundo.

Esa carga y esa potencia son inseparables del terreno a que pertenecen.

La servidumbre implica enajenación, por ser ella para el dueño de la heredad sirviente un desmembramiento de su dominio, que añade cierto carácter a la heredad dominante. Mejora la una a costa de la otra. No se limita a restringir. El gravamen sobre la primera debe aprovechar a la segunda. Este aprovechamiento constituye una condición esencial de la servidumbre.

Me ajusto al lenguaje de nuestra ley, parecido al de los romanos, pues habla de ser-

vidumbres prediales, *jura praediorum*, como si la tierra misma fuese sujeto activo de derechos. No olvido, sin embargo, las imágenes usadas por los antiguos jurisconsultos para sus construcciones doctrinales, como lo anota Jhering.

— III —

Las servidumbres, o son naturales, que provienen de la natural situación de los lugares; o voluntarias, que son constituidas por un hecho del hombre; o legales, que son impuestas por la ley.

Trataré apenas de las servidumbres legales, y entre éstas me referiré sólo a la de tránsito.

Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares. Ejemplo de aquella especie, el uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote (art. 897 del C. C.). Ejemplos de esta especie, el tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de un predio enclavado (art. 892 del C. C.).

Vuelvo a decir que me acomodo a la tecnología legal, si bien comprendo que la ley califica de servidumbres muchas limitaciones del dominio y aun obligaciones que exactamente no significan un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño. Ciertos deberes de buen vecino son elevados por el legislador a la categoría de servidumbre, con falta de técnica excusable por razones de orden superior o de interés de los particulares.

En algunos casos el legislador impone directamente la servidumbre, v. gr., obligando a dejar libre el espacio necesario para el flote a la sirga, o estableciendo el beneficio de la luz en provecho de un espacio cualquiera, cerrado y techado (arts. 898 y 931 del C. C.), o gravando con paso las fincas que se interpongan entre una mina y la vía pública (art. 177 del C. de M.).

En otros casos, el legislador crea en abstracto las servidumbres, las autoriza, como dice Vélez, o las declara y enumera, como dice Uribe, y otorga el derecho de imponerlas o establecerlas en concreto. Tal ocurre con la servidumbre legal de tránsito según el código civil, salvo un caso a que aludiré luégo, contemplado por el artículo 908.

El dueño de un predio destituido de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, "tendrá derecho para imponer a los otros la 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". Así lo autoriza el artículo 905 del código civil. Si tan claro texto necesitara de confirmación en busca de su verdadero espíritu, yo lo comprobaría con una sentencia de Duranton, según la cual el derecho de servidumbre para el predio enclavado existe desde el momento en que se otorga el paso, pues antes sólo existía una simple obligación de vecindad: conceder ese paso.

El origen de la servidumbre de tránsito, su causa inicial y remota, pudiera decir su título mediato, se hallan en la ley (art. 905 del C. C.), y una vez establecida, después de comprobar la falta de comunicación con el camino público y algunas otras circunstancias de que pienso hablar, todo mediante el juicio breve cuya tramitación señala el código judicial, esta servidumbre presenta, como lo dice Claro Solar, "todos los caracteres y produce, por lo mismo, todos los efectos de una servidumbre ordinaria de tránsito que hubiera sido establecida por un hecho del hombre".

El derecho a imponer la servidumbre de tránsito y la obligación correlativa de concederla, no nacen inmediatamente del código mismo, que apenas crea el título de donde resultan aquel derecho y esta obligación en abstracto. La servidumbre en concreto no nace sino desde el momento en que se producen las condiciones determinadas por la ley: convenio entre las partes o sentencia judicial, y pago de la servidumbre. El código es título suficiente y único de la limitación en general. Pero el contrato entre los dueños, o la sentencia del juez, y el pago del terreno necesario para el gravamen en particular, son condiciones para adquirir la servidumbre. Una de esas condiciones, el contrato o la sentencia, es título suficiente y único de la limitación en concreto.

Al crear la servidumbre legal de tránsito, el código subordina su establecimiento a la realización de ciertos hechos.

Requíérense un título y un modo, o sea, una ley y unas condiciones cuyo real concurso impone la carga, así como en otro campo del derecho civil, la conjunción de la justa causa y de la adecuada actividad hace brotar el derecho adquirido. No dijo el código que si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, tiene sobre éstos derecho de tránsito para su uso y beneficio. De haberse expresado así el legislador, sería forzoso concluir que la ser-

vidumbre legal de paso fue impuesta por la ley misma. Pero no. La ley apenas autorizó o declaró ese gravamen. En vez de afirmar, en el lenguaje realista de los romanos, que los predios interpuestos están gravados con paso en utilidad del predio enclavado, como lo dice el artículo 177 del código de minas, se valió de palabras propias del tratado de las obligaciones, para decir que "el dueño", no "la heredad", tendrá derecho para "imponer" el tránsito. Derecho que, si bien no renunciabile, puede ejercerse o no ejercerse y puede dilatarse su ejercicio indefinidamente. Y esto en cuanto "fuere indispensable" para el uso y beneficio del predio embotellado.

Antes que el dueño de la finca enclavada ejerza el derecho que la ley le otorga para imponer a las fincas interpuestas la servidumbre de tránsito, mediante un juicio especial si no hay acuerdo, y mediante el pago del terreno, falta una relación definida e invariable entre el predio o los predios que soportan el gravamen, y el lugar aislado en cuya utilidad se impone la carga. Si los fundos no están relacionados entre sí, se carece de algo esencial para la existencia de la servidumbre.

No conviniéndose las partes, se reglará por peritos tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre. Así lo prescribe el artículo 906 del código civil.

El código judicial, en sus artículos 872, 873, 874, 875 y 976, relacionados con los números 863, 865 y 866 de la misma obra, señala el procedimiento que debe seguirse para la imposición de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla. La sentencia en estos juicios puede revisarse por la vía ordinaria.

Aunque breves, estos juicios especiales de servidumbres, aplicados a la imposición y ejercicio de la legal de tránsito, resultan complejos.

El juez debe apreciar el hecho de la destitución, relacionándolo con la naturaleza del predio y con sus necesidades. Averiguará cuál o cuáles de los fundos vecinos deben ser afectados por la servidumbre. Señalará en cada uno de los escogidos la zona por donde debe hacerse el tránsito. Evitará, en cuanto sea posible, que se trajine por casas, corrales, patios, huertos y jardines, lugares que no están exceptuados de la carga. Como ésta no puede imponerse sino en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de la finca, dirá si el servicio es continuo o periódico, y fijará el ancho de la

vía, la calidad de las cercas, su sostenimiento y demás pormenores previsibles. Para todo esto, así como para la valuación del terreno necesario y para el resarcimiento de perjuicios, oirá el dictamen de expertos. Obrará con equidad, teniendo en cuenta tanto los intereses del fundo enclavado como los intereses de los fundos serviles, y tratará de conciliarlos.

Sobre cuál de los predios vecinos y sobre qué zona del afectado se impondrá la servidumbre? Por el que se interpone en el trayecto más corto? Por el que ofrezca mayor facilidad de ejercicio, aunque el tránsito sea más largo?

Dice Vélez que en su concepto, "el dueño de un predio incomunicado debe demandar a los dueños de todos los fundos por donde pueda establecerse la salida al camino público, con el fin de que el juez pueda establecer, en vista de todas las circunstancias, la dirección que deba seguir el tránsito, y por lo mismo, los predios que quedan gravados con la servidumbre".

Y Claro Solar:

"Los redactores del código vieron, sin duda, que ésta era una cuestión de buena fe y de equidad, que en caso de controversia tenía que ser resuelta por el juez, según las circunstancias de cada caso; y prefirieron suprimir esa disposición incompleta (la del proyecto de 1853, semejante a la del código de Napoleón), y dejar al juez la resolución del conflicto, sentando únicamente la regla fundamental de que el propietario del predio destituido de toda comunicación con el camino público, tiene derecho para imponer a los otros predios interpuestos la servidumbre de tránsito".

Cumplidas las condiciones, entre las cuales se halla como básica el aislamiento del predio, la servidumbre queda constituida conforme a la ley, que es su título remoto o fuente originaria. La sentencia es declarativa del derecho en concreto.

Con fundamento en la ley, que autoriza o declara en abstracto, se fija el gravamen por decreto judicial como título próximo, si las partes no contratan su ejercicio. Interviéndolo la voluntad de éstas, su convenio es, dice Uribe, "el acto constitutivo (subrayo) de la servidumbre".

Rodríguez Piñeres reconoce importancia al gerundio "pagando", empleado por el artículo 905 del código civil.

Acomodo al artículo 905, por su gerundio "pagando", las observaciones que mis antecesores Silva, Pardo y Castro V. hicieron el 22 de noviembre de 1906, en salvamento

de voto, al gerundio "reembolsando", usado por el artículo 1939 del código civil sobre pacto de retroventa.

El dueño del predio enclavado tiene una facultad, pero no pura y simple: no puede hacer uso de ella cuando le plazca, de suerte que el fundo sirviente quede sometido al capricho de quien pretenda haberle impuesto la servidumbre de tránsito. El dueño del dominante la adquiere para su predio, no arbitraria y caprichosamente, sino en las circunstancias legales, tanto sustantivas como adjetivas, y pagando el valor del terreno necesario. Mientras se abstenga de pagar, no opera en su favor el título legal de la servidumbre. Si no hay pago no hay gravamen.

La forma adverbial usada por el artículo 905 demuestra claramente el concepto que expresa. Se sabe que el tiempo indicado por el gerundio coexiste con el verbo a que se refiere o denota inmediata anterioridad. El código le da al dueño del predio dominante la facultad de imponer la servidumbre dentro de ciertas normas de hecho y pagando el valor del terreno. El pago debe ser inmediatamente anterior a la constitución del gravamen o coexistir con ella. Nada más claro.

El señor Bello, redactor del artículo 905, enseña que el gerundio modifica al verbo, como lo hacen los adverbios y complementos, significando una causa, una circunstancia, una condición y un modo.

Comprendo que el pago no transmite la propiedad de la faja al dueño del predio dominante, aunque los artículos 905 y 907 hablen de pagar y de restituir "el valor del terreno", pues las servidumbres son apenas limitaciones al dominio.

Torno a decir que el enclavamiento no es el título de la servidumbre legal de tránsito, sino que ésta tiene como causa remota la ley y como causa próxima la sentencia del juez o el acuerdo de las partes. Insisto en que el enclavamiento es sólo una condición, y agregó que aún admitido el hecho de que un predio carezca de toda salida al camino público, habría que estudiar el por qué de hallarse sin ese acceso, para saber si la condición se ha cumplido. En efecto, el dueño del predio aislado no tendría derecho para imponer a los otros el paso, si su aislamiento obedece a un acto voluntario suyo, como la construcción de obras que le privaran del camino o la destrucción de obras que facilitarían su acceso a la vía pública. Tampoco lo tendría en los casos de venta, permuta o división, sobre predios dis-

tintos del vendido o permutado o de las parcelas que integraban el inmueble total. Todas estas circunstancias deben ponerse en claro dentro del juicio breve sobre imposición del gravamen. De suyo, el solo enclavamiento no significa nada ni prueba nada.

Si concedida la servidumbre de tránsito, en conformidad a los artículos 905 y 906, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan 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 ésta se le hubiere pagado por el valor del terreno. Así dice el artículo 907. Véase cómo es el dueño del predio sirviente en arreglo voluntario, o el juez por sentencia si no hay arreglo, quien concede en concreto la servidumbre de paso, y cómo el gravamen no queda en concreto establecido, es decir, impuesto sobre determinado predio, como lo exige la definición de servidumbre (art. 879), sino merced al cumplimiento de los modos y condiciones ya dichos, entre los cuales figura el pago del terreno. Por algo dice el legislador "restituyendo lo que al establecerse ésta se le hubiere pagado..." Todo el artículo 907 demuestra la necesidad de una concesión y la necesidad de un establecimiento que coincida con el pago.

Sólo hay un caso de concesión automática de la servidumbre civil de tránsito: el contemplado especialmente por el artículo 908 del código, en que la voluntad presunta de las partes desempeña decisivo papel. Según este precepto se entiende concedida la servidumbre sin indemnización alguna, sobre los lotes desprendidos del que llegó a quedar enclavado por partición, venta o permuta.

Sobre la necesidad de un juicio cuando en el tránsito no consiente el dueño del presunto fundo servil, óigase lo que observa Vélez:

"Siendo la servidumbre de tránsito discontinua (art. 881), no puede ganarse por prescripción (art. 9, L. 95 de 1890). Por consiguiente, si no se consigue voluntariamente (arts. 937, etc.), para establecerla no hay otro medio que ejercer el derecho que confiere el artículo 905, el ejercicio del cual puede requerir hasta de juicio ordinario en que se discuta, como cosa previa, si es el caso de aplicar aquel artículo porque se trate de un fundo destituido de toda comunicación con un camino público. Más claro: a

quien se le quiera gravar un predio con la servidumbre legal de tránsito, tiene derecho de negar, entre otras cosas, que sea el caso en que la ley permite establecerla. Fuera de este punto, pueden discutirse otros en el juicio, como pasamos a verlo al estudiar qué predios tienen derecho a la servidumbre; cuáles pueden gravarse con ellas; con qué condiciones, y cuándo puede extinguirse”.

Concluyo este capítulo copiando un párrafo de Uribe, en donde se advierte la diferencia entre servidumbre legal posible y servidumbre legal ya impuesta:

“Sostienen Demolombe y Laurent que en los contratos de venta la cláusula libre de toda servidumbre debe entenderse, que se refiere sólo a las establecidas por el hecho del hombre. Creemos que también comprende las legales ya impuestas; pero no las posibles (subrayo) ni las naturales de todas clases”.

— III —

Dice Anzola que el código colombiano, en su artículo 905, sigue estrictamente la doctrina del artículo 682 del código francés, y agrega que la ley impone la servidumbre de tránsito.

Disiento de este parecer: ni el artículo 905 de los colombianos equivale estrictamente al 682 de los franceses; ni nuestro código impone esa servidumbre, que apenas la autoriza o declara.

Voy a permitirme hacer un breve paralelo entre la ley colombiana y la francesa, confrontando sus disposiciones a doble columna:

| código colombiano | código francés |
|--|--|
| <p>Art. 905.—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 la 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.</p> | <p>Art. 682.—El propietario cuyos fundos están enclavados y no tienen sobre la vía pública ninguna salida, o apenas una salida insuficiente para la explotación, sea agrícola, sea industrial, de su propiedad, puede reclamar un paso sobre los fundos de sus vecinos, a cargo de una indemnización proporcionada al daño que él puede ocasionar.</p> |

He copiado el artículo francés tal como quedó después de la reforma hecha por ley de 20 de agosto de 1881. De una vez hago igual observación respecto de los artículos 683, 684 y 685, que con el 682 forman la sección V, título IV, libro III del código de Napoleón.

Observo:

a).—Mientras el código colombiano exige que el enclavamiento proceda de la interposición de otros predios, el francés no condiciona la servidumbre al hecho de la interposición. Quizá pudiera admitirse que según el último procede el gravamen aunque la causa de haber perdido el predio su acceso a la vía sea distinta de la interposición misma, como una obra nueva o destruída en el fundo separado del camino.

b).—Mientras el código colombiano habla de falta de toda comunicación, el francés admite que la salida pueda ser apenas insuficiente.

c).—Mientras el código colombiano limita el tránsito a “cuando fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio”, el francés otorga derecho a una salida para la explotación, sea agrícola, sea industrial, sin limitarla a lo indispensable.

ch).—Mientras el código colombiano obliga al dueño del predio enclavado a pagar el valor del terreno necesario para la servidumbre y a resarcir todo otro perjuicio, el francés exige sólo una indemnización proporcionada al daño que se pueda ocasionar.

d).—Mientras el código colombiano, con la forma adverbial “pagando”, exige que el valor del terreno sea satisfecho al mismo tiempo que se concede la servidumbre o con inmediata anterioridad a la concesión, el código francés ni siquiera manda que el valor del terreno sea pagado por el dueño del fundo dominante.

| código colombiano | código francés |
|--|---|
| <p>Art. 906.—Si las partes no se convienen, se reglará por peritos tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre.</p> | <p>Art. 683. — El paso debe regularmente ser tomado del lado en donde el trayecto es más corto del fundo enclavado a la vía pública. Sin embargo, debe ser fijado en el lugar menos perjudicial a aquel sobre el fundo del cual se concede.</p> |

Observo:

e).—Mientras el código colombiano exige un juicio pericial sobre el importe de la indemnización y sobre el ejercicio de la servidumbre, juicio cuya tramitación está señalada por los artículos 872 a 876 del código judicial, el francés guarda silencio para el caso de desacuerdo entre las partes. No sé si en Francia existirá, como en Colombia, un procedimiento judicial para la imposición de la servidumbre.

f).—Mientras el código colombiano no da normas ningunas sobre ubicación de la servidumbre, el francés dispone que ordinariamente se prefiera el trayecto más corto, pero que sin embargo debe ser fijada en el lugar menos perjudicial para el fundo sirviente.

| código colombiano | código francés |
|--|-----------------|
| Art. 907.—Si concedida la servidumbre de tránsito, en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan 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 ésta se le hubiere pagado por el valor del terreno. | Art.— |

Observo:

g).—Mientras el código colombiano trae las nociones de concesión y de establecimiento de la servidumbre legal de tránsito, como fenómenos que ofrecen los caracteres de título declarativo en concreto, diferente del título remoto, o sea la ley, el francés no se refiere al significado del convenio entre las partes o de la sentencia judicial, como medios de concretar el gravamen autorizado o declarado en abstracto por el legislador.

h).—Mientras el código colombiano ordena la restitución de lo que al establecerse la servidumbre de tránsito se le hubiere pagado al dueño del predio sirviente por el va-

lor del terreno, el código francés nada dice sobre tal punto porque no se puede restituír lo que no se ha recibido, y este código no exige que el dueño del predio dominante pague el valor del terreno necesario para la servidumbre.

| código colombiano | código francés |
|---|---|
| Art. 908.—Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, 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. | Art.—684.—Si el enclavamiento resulta de la división de un fundo por consecuencia de una venta, de una permuta, de una división o de todo otro contrato, el paso no puede ser demandado sino sobre los terrenos que han sido objeto de esos actos. Sin embargo, en el caso de que un paso suficiente no pudiera ser establecido sobre los fundos divididos, el artículo 682 sería aplicable. |

Observo:

i).—Mientras el código colombiano enumera la venta, la permuta y la partición, el francés enumera esos mismos fenómenos y agrega “todo otro contrato”.

j).—Mientras el código colombiano establece en este caso de excepción una servidumbre de tránsito que “se entenderá concedida”, el francés dice que el paso puede “ser demandado”.

k).—Mientras el código colombiano estatuye que en el establecimiento automático no se paga indemnización alguna, el francés se abstiene de librar del pago de los perjuicios.

l).—Mientras el código colombiano entien- de concedida la servidumbre sobre los terrenos que fueron objeto de la venta, de la permuta o de la división, pues parece razonable entenderlo así, el francés añade que si un paso suficiente no puede ser establecido sobre los fundos divididos, se aplica el artículo 682 sobre enclavamiento, que no excluye ningún predio interpuesto.

modo de ejercitarlo. La disposición que se dice violada (art. 905) no ha sido materia de controversia..."

— V —

La corte pasó por alto los trámites sobre imposición de servidumbres, establecidos en el código judicial; estimó violado el artículo 905, del código civil; vio en el enclavamiento un título, no una condición; reconoció importancia al ejercicio del tránsito en el hecho, y fue hasta afirmar que en este juicio negatorio de servidumbre era a la demandante a quien correspondía el peso de la prueba.

Por temor de alargarme demasiado no cito una verdadera muchedumbre de autores que demuestran cómo debe invertirse la carga de la prueba en la acción negatoria de servidumbre.

Los dueños de "Elisondo", fracasada su contrademanda, han debido probar, para oponerse a la acción negatoria, que su fundo, por convenio entre las partes o por sentencia judicial, gozaba en concreto del tránsito autorizado por el artículo 905, y que habían ellos pagado el precio de la servidum-

bre ya definida. Hechos fáciles de establecer. También era sencillo demostrar que el enclavamiento reunía todas las condiciones materiales y jurídicas a que está condicionada la imposición de la servidumbre.

Dice Alessandri Rodríguez:

"Son condiciones (subrayo) necesarias para que tenga lugar la servidumbre de tránsito, las tres siguientes: 1ª).—Que el predio dominante se halle privado de toda comunicación con el camino público, porque si tiene una comunicación con él, por larga, costosa e incómoda que sea, no puede imponerse esta servidumbre con el carácter de legal; 2ª).—Que el uso de la servidumbre sea necesario para la explotación del predio; y 3ª).—Que se indemnice previamente (subrayo) al propietario del predio sirviente".

Así excuso mi voto negativo a la sentencia de hoy.

Bogotá, septiembre 2 de 1936.

Miguel Moreno J.