

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

Director: LUIS TORO ESCOBAR.

Administrador: JORGE RESTREPO H.

Servidumbres

Como modestísima contribución al estudio de esta materia —en la cual han ahondado sabiamente Fernando Vélez, Antonio José Uribe, Libardo López, Valerio Botero Isaza y Alfonso Uribe Misas— publicamos los párrafos siguientes, sin coordinación alguna, tomados de alegatos nuestros, escritos a vuela pluma en la diaria brega:

1.—Algunos Municipios creen que son dueños y poseedores de las aguas que corren por su territorio. Y esto es un error. Los particulares son propietarios de las aguas que nacen y mueren dentro de sus heredades, y tienen el uso de las que, no siendo de su dominio privado, sino de la Nación, corren naturalmente por sus predios. Con éstas pueden abastecer sus habitaciones, dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, abreviar sus animales.

El único derecho que a este respecto tienen los Municipios, como entidades *políticas*, es el de expropiar, previa indemnización, el uso, no la propiedad, de las aguas necesarias para los menesteres domésticos de un pueblo.

El dominio de las aguas que corren naturalmente por una heredad, o por entre dos heredades, corresponde a la Nación; el uso, a los particulares. Los Municipios, como personas *civiles*, pueden tener derecho al uso de las aguas cuando lo hayan adquirido con justo título, como la donación, la venta voluntaria o la forzosa, la prescripción etc. etc..

2.—Las aguas que corren por un cauce artificial, construido a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales, haya construido el cauce. (Art. 895 del C. C.).

«Con los requisitos legales», dice la ley.

Considera el Dr. Antonio José Uribe, en su «Estudio sobre las Servidumbres», página 120, número 180, que los «requisitos legales» exigidos por el artículo 895 del Código Civil, para que aguas, aunque derivadas de una cosa de goce público, lleguen a ser verdaderas propiedades, que se rijan en todo y por todo por las reglas del dominio, son los derechos adquiridos por particulares, de acuerdo con la legislación anterior al Código Civil vigente, como lo prescribe el artículo 684 de esta obra.

El Dr. Fernando Vélez, en su «Estudio sobre el Derecho Ci-

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
MEDALLIN
BIBLIOTECA
DIRECCIÓN

vil Colombiano», tomo 3º., página 365, número 515, estima que un particular se hace dueño de la cantidad de agua de una corriente de uso público que conduzca por un cauce construido a sus expensas, en uno de estos dos casos, que para dicho autor vienen a constituir los «requisitos legales» exigidos por el artículo 895 del Código Civil: cuando se trata de la subsistencia de derechos adquiridos, de acuerdo con la legislación anterior al Código (Art. 684 del C. C.); y cuando se trata de mercedes de aguas concedidas por autoridad competente (Art. 918 del C. C.).

3.—Es verdad que el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella se limita, entre otros casos, cuando tales aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino (Art. 893, inciso 3º., del C. C.); pero no es menos cierto que a ello ha de preceder la indemnización de todo perjuicio inmediato, y que si la indemnización no se ajusta de común acuerdo con las heredades por donde corra el agua, puede el pueblo pedir la expropiación del uso de ellas en la parte que corresponda.

4.—El Dr. Fernando Vélez admite que un distrito que ha adquirido las aguas con los requisitos legales puede enajenarlas a particulares.

Nosotros nos atrevemos a separarnos de tan autorizada opinión, por varias razones:

Porque la adquisición del uso, única cosa que el distrito puede expropiar, no conlleva la del dominio; porque el derecho adquirido al uso de las aguas no quita a éstas su condición de inenajenables, cuando son de las que pertenecen a la Nación; y porque no consulta la filosofía de la expropiación, ejercicio del dominio eminente del Estado, el hecho de que la entidad que expropia a particulares enajene luego a otros particulares la materia de la expropiación.

5.—Las aguas de la Nación, de uso público, no están en el comercio, y hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio (Art. 1.521 del C. C.).

No es enajenable una cosa que no pueda apropiarse el hombre o que no sea susceptible de propiedad individual.

Vigorizan esta tesis las siguientes observaciones:

El artículo 1866 del C. C. dice:

«Art. 1866. Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por ley».

El artículo 1.523 del C. C. preceptúa:

«Art. 1523. Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes».

El Art. 1.504 del C. C., en su inciso último, establece:

«Art. 1.504.... Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos».

Y el Art. 208 del Código Político y Municipal, igual en substancia al 250 de la Ley 149 de 1888, trae esta prohibición:

«Art. 208. Las vías, puentes y *acueductos públicos* no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso.....»

El Art. 250 de la Ley 149, más explícito todavía, manda:

«Art. 250. Las vías, puentes y acueductos públicos, como *bienes de uso común*, no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso....»

Como puede observarse, aun prescindiendo del principio general de derecho, que prohíbe la enajenación de cosas que están fuera del comercio, estaríamos en frente de una prohibición especialísima, que reza sólo con los acueductos públicos.

Aun cuando, estrictamente, por acueducto no ha de entenderse sino el canal que conduce el agua, y aun cuando las leyes prohibitivas son de restringida interpretación, nos parecería absurdo que un distrito pudiese enajenar las aguas públicas, y que, en cambio, le estuviese vedado enajenar los tubos de barro o de metal que tiene a su servicio.

Es tan notoria la inenajenabilidad de los bienes de la Nación de uso público, que aun para los actos dispositivos de bienes fiscales del Estado, distintos de los muebles, se requiere autorización dada en ley especial (Art. 12 del C. F.).

Si alguno dijese que esas enajenaciones valen como venta de cosa ajena (Art. 1871 del C. C.), nosotros le contestaríamos: que cuando el tradente no es el verdadero dueño de la cosa, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada (Art. 752 del C. C.); y que el principio de que la venta de cosa ajena vale no es aplicable cuando la venta adolece de nulidad absoluta.

No creemos tampoco que los particulares puedan adquirir esas aguas por prescripción. Nos fundamos para ello en estas razones:

a). En que los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso (Art. 2519 del C. C.);

b). En que sólo es dado a las heredades inferiores el adquirir por prescripción el derecho de servirse de las aguas que atraviesan varios predios (Art. 893, ordinal 1º., del C. C.);

c). En que la nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso que no pase de treinta años (Art. 15, Ley 95 de 1.890); y

ch). En que la misma prescripción extraordinaria es ineficaz para adquirir cuando se trata de cosas que no están en el comercio humano (Art. 2531, inc. 1º. del C. C.).

6.—El Dr. Antonio José Uribe, en las páginas 74, 75, 76 y 78 de su citada obra, establece estos principios: que el dueño del fundo sirviente no puede quejarse de los cambios introducidos en la servidumbre por el dueño del predio dominante, sino cuando esos cambios le causan un perjuicio real y sensible; que el propietario de la heredad dominante puede ejercer su derecho en toda la extensión que comporten, según el uso de la respectiva localidad, las servidumbres del mismo género que en provecho de tal heredad se hayan constituido; que si las servidumbres se han establecido de una manera general, sin limitación a tal o cual uso, pueden ejercerse para todas las necesidades del fundo dominante, aunque ellas se hayan aumentado por cambios que se efectúen en el fundo; y que cuando las servidumbres se han establecido por título, los derechos del propietario del fundo dominante se regulan por las prescripciones mismas de tal título, y

en caso de duda se determinan según las reglas generales sobre interpretación de las convenciones.

7.—El uso en Antioquia, como lo demuestra la existencia del Código Minero, se ha pronunciado siempre por la amplitud y extensión de las servidumbres de acueducto, porque se ha partido, con sobrada razón, de la base de que el agua es elemento indispensable para el desarrollo de las distintas industrias y para la prosperidad del Departamento.

8.—Cuando las servidumbres se han establecido de una manera general, sin limitación a tal o cual uso, pueden ejercerse, dice el Dr. Uribe, página 76, «para todas las necesidades del fundo dominante, aunque ellas se haya aumentado por cambios que se efectúen en el fundo, como cuando se adquiere un derecho de tránsito cuyo ejercicio no se restringe a los usos que exigen la naturaleza y el destino del fundo sirviente en la época del establecimiento de la servidumbre, pues en tal caso puede usarse para el servicio de un nuevo modo de explotación de dicho fundo, y aun para el de edificios que ulteriormente se hayan construido en él».

9.—«Comprobadas (Uribe, página 78) las circunstancias en que tal destinación se ha efectuado y el evidente propósito del que la ha establecido o conservado, ello servirá para señalar, de un modo más o menos preciso, la forma, el tiempo y el modo de las servidumbres así constituidas» (Art. 938 y 940 del C. C.).

10.—Citando a Mourlon, tomo I, número 1821, dice el Dr. Uribe en la página 56: «No es necesario, aunque sí muy conveniente, para el establecimiento de las servidumbres, que ellas se describan de un modo completo en el título; basta que en él se designen con la denominación general que les convenga: a las partes, a los peritos o al juez, en su caso, toca, según las circunstancias, aclarar los puntos dudosos. Así, el que constituye una servidumbre debe conceder lo que es necesario para usar de ella».

Por eso dice el Art. 885 de nuestro Código Civil, que el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla.

11.—Dueña una persona de una servidumbre de acueducto para conducir el agua que ha de mover su establecimiento industrial, es evidente que tiene derecho a ejecutar todas las obras encaminadas a hacer útil ese servicio, tales como variar la colocación del tanque, aumentar la presión del agua etc. etc..

El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla (Art. 886 del C. C.).

De acuerdo el Dr. Fernando Vélez (página 455, Tomo III) con el otro autor citado, dice que el origen de la servidumbre es lo que determina la manera como debe regirse, o sea, los términos en que queda constituida y los derechos y obligaciones consiguientes a ella. De aquí que la servidumbre voluntaria esté sometida principalmente «a la voluntad expresa o tácita de los interesados».

Habiéndose constituido la servidumbre por título o por destinación, tenemos, como consecuencia de lo dicho, que los derechos del dueño del predio dominante y las obligaciones del due-

ño del predio sirviente, depender particularmente de lo que se haya pactado o de lo que haya querido disponer el dueño de las dos fincas, cuando destinó la una al servicio de la otra.

12.—No hay necesidad de reducir a escritura pública el arreglo sobre indemnización de perjuicios causados por una servidumbre, aun cuando el pacto envuelva variaciones en el ejercicio de ella.

Es verdad que, por excepción, la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesiones hereditarias no se reputa perfecta ante la ley mientras no haya sido otorgada por escritura pública (Art. 1.857 del C. C.). Siendo la compraventa, de suyo, un contrato consensual, este principio debe interpretarse restrictivamente.

Las servidumbres son derechos reales e incorpóreos, cualidades activas o pasivas del fundo dominante y del fundo sirviente (Arts. 665, 841, 883, 884, 890, 1.178, 1.183, 1.394 del C. C.).

Las servidumbres son indivisibles, simples, inseparables de los predios. El ejercicio puede ampliarse, modificarse, restringirse, sin necesidad de escritura pública, porque esas ampliaciones, esas modificaciones y esas restricciones no significan la venta de una nueva servidumbre.

Siendo las servidumbres inseparables de los predios, es natural que afecten todos las partes del fundo sirviente y que beneficien todas las del dominante. Tratándose, por ejemplo, de una servidumbre de acueducto, todas las moléculas que forman la heredad sirviente, y no determinada zona, quedan gravadas en favor del fundo dominante, por lo cual las convenciones que se celebren posteriormente, sobre indemnización por el cambio de sitio de un tanque, por la prolongación de una tubería etc. etc., no deben sujetarse a la solemnidad de la escritura pública, porque no implican el nacimiento de una nueva servidumbre, sino, concediendo mucho, ciertos cambios en el ejercicio de la servidumbre preconstituida.

No debemos olvidar que el modo, es decir, la manera como las servidumbres se ejercen, puede ser en cuanto al lugar, en cuanto al tiempo y en cuanto a la cantidad.

Según el artículo 927 del Código Civil, si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiera introducir mayor volumen de agua en él, podrá hacerlo, indemnizando de todo perjuicio a la heredad sirviente. Y si para ello fueren necesarias nuevas obras, se observará respecto a éstas lo dispuesto en el artículo 923.

Repárese en que el artículo 927 confirma plenamente la tesis que hemos venido sosteniendo: constituida la servidumbre de acueducto, por cualquier medio jurídico, puede el dueño del predio dominante, sin necesidad de nueva escritura pública registrada y aun sin documento escrito de ningún linaje, introducir mayor volumen de agua y ejecutar nuevas obras para lograrlo, sin más requisitos que los de indemnizar de todo perjuicio a la heredad sirviente y ajustarse en las construcciones materiales al artículo 923.

13.—Véase el artículo 940 del Código Civil, para que se comprenda cómo no es carácter esencial de la constitución de las servidumbres, el de actos sinalagmáticos, voluntarios y solemnes.

No dice nuestro Código cómo deba hacerse ese reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Los expositores franceses consideran que puede obtenerse por confesión de parte, por juramento decisorio y por testigos. La jurisprudencia francesa dice que aun por algún principio de prueba por escrito, cuando militan testigos y presunciones.

El Dr. Fernando Vélez (Tomo III, página 457) estima que el reconocimiento puede ser unilateral y no solemne. Y agrega: «En el caso de reconocimiento puede ocurrir que la servidumbre no conste en la Oficina de Registro».

14.—Borsari dice: «La firmeza del propósito, la verdadera y propia destinación, se comprenderán por la calidad de la obra, se comprenderán por sus efectos. El propietario no declara por escrito cuál es la intención que tiene; dispone tanto para el presente como para el futuro; cambia el orden de las cosas; verifica la constitución sobre ciertas bases durables; deja subsistentes, ordinariamente al menos, signos claros y exteriormente reconocibles del propósito que lo ha animado».

15.—Porque las aguas son factor indispensable del bienestar y del progreso, la ley permite conducir las a través de los fundos que se interponen entre el lugar de donde aquéllas se toman, y el predio, pueblo o establecimiento industrial que con las mismas quiere favorecerse. Este es el por qué de la servidumbre legal de acueducto. Importa observar que, al contrario de lo que el Código dispone en cuanto a la servidumbre de tránsito, que no permite imponerla sino en favor de predios «destituídos de toda comunicación con el camino público», la de acueducto se establece «en favor de toda heredad que carezca de las aguas necesarias para los fines que la ley expresa; de modo (observa algún tratadista) que aun cuando un fundo tenga agua, puede sin embargo obtenerse en su provecho una servidumbre de acueducto a fin de dotarlo con toda la más que necesite para el desarrollo de las industrias en él existentes.

MIGUEL MORENO J.

El Estatuto personal de los extranjeros en Colombia

UN CASO DE SEPARACION DE BIENES

Vamos a estudiar el siguiente caso:

Si dos cónyuges extranjeros, domiciliados en Colombia, se separan de bienes voluntariamente, por medio de apoderado, en el país de que son súbditos, producirá efectos jurídicos en Colombia la separación efectuada conforme a las leyes de ese país?

Para contestar a esta pregunta, es preciso resolver previamente esta cuestión:

Autorizan las leyes colombianas la separación voluntaria de bienes entre cónyuges?

Esta segunda pregunta encierra un punto de derecho civil co-

lombiano. Y la primera debe estudiarse a la luz de nuestra legislación y de los principios de derecho internacional privado.

I

Las leyes colombianas prohíben la separación voluntaria de bienes entre cónyuges. El Art. 197 del C. C. dice: «Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial, o por disposición de la ley». Y el Art. 200 del mismo Código reza así: «El Juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido.»

«Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, podrá oponerse a la separación, prestando fianzas o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer».

La Ley 8ª de 1922 dispuso en su Art. 2º: «Son también causales de separación de bienes las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, y la disipación y el juego habitual de que trata el artículo 534 del mismo Código».

El Art. 212 del C. C. reza así: «Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes, se aplicarán a esta separación parcial las reglas del artículo precedente». Y el artículo precedente—el 211—establece la separación de bienes respecto de las cosas que la mujer recibe a título de donación, herencia o legado, con la precisa condición de que su marido no tenga la administración de ellas.

El Art. 1776 del C. C. autoriza terminantemente la separación de bienes por medio de las capitulaciones matrimoniales.

Según estos textos legales, las únicas causas separación de bienes entre cónyuges, son las siguientes:

Primera.—Separación pactada en capitulaciones matrimoniales, antes del matrimonio. En este caso, la separación no abarca los bienes que se adquieran durante el matrimonio;

Segunda.—Insolvencia del marido;

Tercera.—Administración fraudulenta del marido;

Cuarta.—La disipación y el juego habitual, de parte del marido;

Quinta.—Las mismas causales que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido.

Estos casos de separación no pueden ventilarse sino en un juicio, en el cual sólo la mujer puede representar el papel de actor, pues el marido no puede demandar la separación, ya que ésta es un beneficio establecido a favor de la mujer y en contra del marido.

La Ley 8ª de 1922 aclaró el Código Civil, al disponer en su artículo 1º: «La mujer casada tendrá siempre la administración y el uso libre de los siguientes bienes:

1º Los determinados en capitulaciones matrimoniales; y

2º Los de su exclusivo uso personal, como son sus vestidos, ajuars, joyas e instrumentos de su profesión u oficio».