El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia – 2ª Instancia – 23 de octubre de 2018

Expediente: 66001-31-03-004-2015-01259-01

Demandante: José Fernando Hernández V.

Demandado: Rafael Antonio Colorado Henao

Proceso: Servidumbre

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**TEMAS: SERVIDUMBRE / CARACTERÍSTICAS / VIGENCIA PERPETUA O HASTA EXTINCIÓN LEGAL / APLICA FRENTE A SALIDAS INSUFICIENTES / VALORACIÓN PROBATORIA.**

Para el alto Tribunal Constitucional, la servidumbre de tránsito se caracteriza por ser perpetua y rebasa el ámbito personal del propietario porque se adhiere al predio y se impone sin importar quién es el dueño.

Además, aclara que si bien el artículo 905 del Código Civil en su tenor literal permite la servidumbre de tránsito sólo en beneficio de un predio que está desprovisto de toda comunicación con el camino público, también lo es para aquellos fundos que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

**AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DE REPAROS Y FALLO**

**Fecha: Jueves 11 de octubre de 2018 - 2:00 p.m.**

Se da apertura a la audiencia, en la que escucharemos la sustentación de los reparos, dentro del trámite de la apelación formulada por el apoderado judicial del demandado, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira el 11 de octubre de 2017, en el proceso ya anunciado. Surtido este trámite se decidirá la alzada.

**SENTENCIA**

Se reanuda la audiencia, con la asistencia de las personas que inicialmente registraron su presencia.

La decisión que se tomará, está precedida de las siguientes

**CONSIDERACIONES**

1. No hay duda que se encuentran reunidos los presupuestos procesales, y no existe vicio alguno en la tramitación que invalide lo actuado, tampoco aparece reproche en cuanto a la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva.

2. El asunto gira en torno a una demanda impetrada por **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, para que se declare que el demandado **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO** “está en la obligación legal de permitir el acceso a su apartamento, por cuanto la servidumbre de tránsito constituida mediante escritura pública No. 3.706 de 1993, registrada al folio de MI 290-99559 se encuentra activa y no se ha extinguido por ninguno de los medios previstos en la ley.”

3. Para poner en contexto el asunto, ha de señalarse lo siguiente:

3.1. Mediante escritura pública número 3.706, otorgada el 4 de noviembre de 1993 en la Notaría Quinta de Pereira, se sometió al régimen de propiedad horizontal el inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria número 290-11605, para la época de propiedad de **CIRO ARMANDO VALBUENA JIMÉNEZ y RAÚL VALBUENA SARMIENTO**, ubicado en la carrera 7ª números 17-50 y 17-54 de Pereira. Se le denominó **EDIFICIO** **UNIDOS DEL CENTRO**, constante de 19 unidades privadas, 4 locales, 14 oficinas y un altillo, distribuidos en cinco pisos. Dicho edificio colinda por el occidente con propiedad que fue de **HERMANEY ANTONIO VALENCIA ARIAS** y **MARÍA LUCY LONDOÑO RESTREPO.** Así se puede comprobar con la copia auténtica de dicho instrumento público que obra a folios 58 al 87 del cuaderno principal y del certificado de tradición que reposa a folios 11 y 12 del mismo cuaderno.

3.2. Según la misma escritura, los propietarios del predio con folio de matrícula inmobiliaria Nº 290-0011600, señores **HERMANEY ANTONIO VALENCIA AIRAS** y **MARÍA LUCY LONDOÑO RESTREPO,** constituyeron servidumbre de tránsito en favor varias unidades privadas del **EDIFICIO UNIDOS DEL CENTRO**, a través del número de entrada 17-60 de la carrera 7ª, incluido “**EL ALTILLO**”, ubicado en el piso 5, este último a través del número de entrada 17-56 de la carrera 7ª. Quedó previsto en dicho instrumento público que los sucesores a título universal o particular del predio sirviente estarían obligados a respetar dicha servidumbre, así como los propietarios del predio dominante, o sus sucesores a título universal o particular, deberían contribuir por partes proporcionales al uso, mantenimiento y reparación de las escaleras y del ascensor que permiten el acceso a las dependencias relacionadas.

Hasta la fecha, la servidumbre se encuentra vigente; no ha sido legalmente extinguida.

3.3. El predio “**EL ALTILLO**”, ubicado en el piso 5 del **EDIFICIO UNIDOS DEL CENTRO**, fue adquirido, años después por el señor **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, mediante escritura pública número 4425, otorgada en la Notaría Cuarta de Pereira, el 7 de septiembre de 2012, como se puede apreciar de la copia auténtica de la misma que obra a folios 15 al 19 del cuaderno principal y del folio de matrícula inmobiliaria número 290-99559 obrante a folios 12 al 14 del mismo cuaderno.

3.4. Por otra parte, mediante la escritura pública número 3456 del 15 de septiembre de 2006, otorgada en la Notaría Tercera de Pereira, el señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO**, adquirió el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria Nº 290-0011600, ubicado en la carrera 7ª números 17-56 y 17-60, en la época de propiedad de **MARÍA LUCY LONDOÑO RESTREPO**. Se dijo que dentro del área comprada se encuentra un ascensor y las escaleras del edificio. La copia auténtica de dicho instrumento público obra a folios 149 a 152 del cuaderno principal. En ese predio funciona un hotel, conocido como Mediterranee, de propiedad del señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO,** tal como se acredita con el certificado de la Cámara de Comercio de Pereira que obra a folio 56 del cuaderno principal.

3.5. El señor **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, demandó a **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO**, para que se declareque está en la obligación legal de permitir el acceso a su apartamento.

4. El Juzgado accedió a las pretensiones, toda vez que encontró probado que se trata de una servidumbre de tránsito constituida a favor del predio del demandante, mediante la escritura pública número 3.706 del 4 de noviembre de 1993, la cual está debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria 290-99559 y se encuentra activa; el gravamen lo sufre el predio del demandado, que identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 290-11605, sin que se advierta haya sido cancelada. Además, señaló que es evidente que al actor no se le permite el ingreso por el edificio donde funciona el hotel Mediterrané.

Del peritaje, dijo la a quo, resulta ser cierto que al apartamento del actor solo puede ingresarse por el bien de propiedad del demandado, con nomenclatura número 17-60 de la carrera 7ª, situación que fue verificada por el despacho judicial en la inspección judicial.

Declaró no prósperas las excepciones de “falta de legitimación por pasiva”, teniendo en cuenta que el demandado es el propietario del predio sirviente y la de “imposibilidad de acceder a las pretensiones”, ya que dicha servidumbre no ha sido extinguida.

Condenó al demandado a pagar por indemnización de perjuicios la suma de $47.000.000.

5. Los reparos al fallo, expuestos por el vocero judicial del demandado, se irán despachando en el orden que los propuso. Empero, antes de emprender esta labor, la Sala considera útil referirse a algunos conceptos expresados por la Corte Constitucional en la sentencia C-544 de 2007, proferida con ocasión de una demanda de inexequibildad parcial contra el artículo 906 del C.C., relativo al tema objeto de este litigio. Dijo la Corte:

“El artículo 793 del Código Civil se refiere a las servidumbres como una limitación válida del derecho de dominio y el artículo 879 de esa misma codificación las define como el “gravamen impuesto sobre un predio, en beneficio de otro de distinto dueño o de una entidad sea de derecho público o privado”, de ahí que éstas constituyen limitaciones al derecho de dominio que generan derechos reales accesorios porque siempre se ejercen sobre bienes inmuebles y se imponen a los predios y no a los propietarios de los mismos. Es, entonces, la servidumbre una carga que la ley o la naturaleza imponen a un predio que, por sus condiciones naturales, debe servirle a otro inmueble que pertenece a otro propietario. Como lo advertía Josserand, las servidumbres generan “relaciones jurídicas entre dos feudos”

(…)

Dentro de las denominadas servidumbres legales, la de tránsito fue concebida como un instrumento jurídico para autorizar el ingreso a un predio de propiedad privada para que otra persona diferente al dueño pueda ejercer los derechos derivados del dominio y la libertad de empresa sobre otro predio. Como su nombre lo indica, la servidumbre de tránsito consiste en imponer el deber jurídico al predio sirviente de permitir el acceso de personas, animales o maquinaria en beneficio del predio dominante para comunicarlo con la vía pública. Este privilegio para el predio dominante conlleva, adicionalmente, el derecho de construir obras y adecuar la franja de terreno a utilizar para el eficiente tránsito que se requiere.”

Para el alto Tribunal Constitucional, la servidumbre de tránsito se caracteriza por ser perpetua y rebasa el ámbito personal del propietario porque se adhiere al predio y se impone sin importar quién es el dueño.

Además, aclara que si bien el artículo 905 del Código Civil en su tenor literal permite la servidumbre de tránsito sólo en beneficio de un predio que está desprovisto de **toda** comunicación con el camino público, también lo es para aquellos fundos que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos, como así lo ha considerado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 2 de septiembre de 1936, que se puede consultar en la Gaceta Judicial Tomo XLIV, número 273, página 1005.

6. De vuelta a los reparos, se tienen los siguientes:

6.1. **PRIMER REPARO**. No es cierto que el demandante solo tenga acceso a su inmueble por el bien del demandado.

No prospera. Se corroboró en la inspección judicial practicada a los inmuebles que el acceso al apartamento del actor no es posible por el mismo **EDIFICIO UNIDOS DEL CENTRO**, donde está ubicado en el piso quinto, porque por allí sólo se accede hasta el segundo piso; el acceso a los pisos tercero y cuarto se hace por el edificio contiguo, Pasaje Comercial La Séptima de la Carrera 7ª números 17-42/44. Que comprobó el despacho judicial, en la misma inspección, que al apartamento del señor demandante, sólo puede ingresarse por el bien de propiedad del demandado, con nomenclatura 17-60 de la carrera 7ª.

De la revisión del material probatorio, no encuentra esta Magistratura pruebas que sustenten la afirmación lanzada por el apelante.

Ahora, si tuviese el demandante un mejor acceso por otro inmueble, como aduce el recurrente, le correspondía al demandado solicitar judicialmente la exoneración del gravamen, así demostrándolo, en los términos del artículo 907 del Código Civil, sin embargo de tal manera no ha procedido.

6.2. **SEGUNDO REPARO**. No es cierto que el demandante pueda tener fácil acceso por la propiedad del demandado, pues para darle acceso se sacrificaría la seguridad del hotel Mediterranee, ya que el señor **RAFAEL** se vería obligado a darle llaves o a dejar la reja que separa el hotel del centro comercial a un tercero desconocido, como es el demandante. Cuando el actor adquirió el inmueble lo hizo a sabiendas que el ingreso era por otra nomenclatura, así reza en la escritura número 4425 del 7 de septiembre de 2012.

Tampoco prospera. La señora **MARÍA LUCY LONDOÑO RESTREPO** vendió el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 290-11600, gravado con la servidumbre de tránsito, al señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO,** y dijo que lo hacía con todas sus mejoras, anexidades, dependencias, usos, costumbres, servidumbres activas y pasivas. Cuando ello ocurrió, el 15 de septiembre de 2006, el predio ya se encontraba gravado con una servidumbre de tránsito en favor del inmueble denominado “**ALTILLO**”, ubicado en el piso quinto de la edificación colindante. Dicha servidumbre se encuentra vigente, con independencia de que el acceso del demandante a su predio, por el del demandado, sea o no fácil. En criterio de esta Sala, el que no sea fácil, como lo alega el señor **RAFAEL ANTONIO**, no es motivo para que lo prive de hecho impidiéndole el acceso por su propiedad. Tampoco que se ponga en riesgo la seguridad del hotel de su propiedad, porque dicha afirmación no cuenta con sustento probatorio. Si ello fuese así, corresponde, de todas maneras, a las partes en contienda tomar las precauciones del caso para que ello no ocurra. Y si llegare a ocurrir, el ordenamiento colombiano contempla la posibilidad de reclamar la indemnización de los perjuicios causados por los daños ocasionados a la propiedad.

Y con respecto a que cuando el demandante adquirió el predio dominante, lo hizo a sabiendas que el ingreso a su propiedad era por otra nomenclatura, pues así reza en la escritura pública de compraventa número 4425 de 7 de septiembre de 2012, ha de decirse que, en dicho instrumento público se dejó consignado que al predio se accede por la puerta de entrada número 17-56 de la carrera 7ª, que es la misma que corresponde a la servidumbre de tránsito con que se gravó el predio del demandado. No corresponde a otra nomenclatura, como lo aduce el apelante.

6.3. **TERCER REPARO**.- La escritura pública de constitución de servidumbre fue pactada y sometida a plazo y ese plazo acaeció. Solo era exigible hasta los herederos del señor **HERMANEY ANTONIO VALENCIA AIRAS** y **MARÍA LUCY LONDOÑO RESTREPO**.

No prospera. Ya se dijo que en la servidumbre de que se trata, constituida mediante escritura pública número 3.706, otorgada el 4 de noviembre de 1993 en la Notaría Quinta de Pereira, por los señores **HERMANEY ANTONIO VALENCIA AIRAS** y **MARÍA LUCY LONDOÑO RESTREPO,** dejaron previsto en dicho instrumento público que los sucesores a título universal o particular del predio sirviente estarían obligados a respetar, así como los propietarios del predio dominante, o sus sucesores a título universal o particular, deberán contribuir por partes proporcionales al uso, mantenimiento y reparación de las escaleras y del ascensor que permiten el acceso a las dependencias relacionadas.

Ante tal claridad, por ningún lado se advierte que se hubiese limitado únicamente a los sucesores a título universal.

5.4. **CUARTO REPARO**.- Todo el tiempo que el actor ha sido propietario del inmueble, ha dispuesto del derecho exclusivo de propiedad del Edificio Mediterranee, solo se enteró que el propietario del altillo era el actor, con ocasión de una audiencia de conciliación, pues dicho inmueble siempre estuvo desocupado. Si el actor le hubiese comunicado al demandado que adquirió el bien y que lo necesitaba, es decir, que hubiere actuado de buena fe demostrando que era propietario, se le hubiese solicitado el pago al derecho sobre la servidumbre, cuota de administración y se hubiera estudiado la posibilidad de comprarle su inmueble, por la grave limitación a los derechos fundamentales a la intimidad y la propiedad privada del demandado y los usuarios del hotel Mediterranee.

Como se puede apreciar, el reparo está cimentado en meras suposiciones, conjeturas, que ninguna fuerza tienen para derruir el fallo apelado, por lo cual ningún éxito puede tener. No prospera.

5.5. **QUINTO REPARO**.- Además de reiterar el reparo anterior, sostiene el apelante que, si se hubiese resuelto con garantía fundamental de defensa, es apenas obvio que las pretensiones no hubieran prosperado porque son imposibles, basta leer la primera, el bien con matrícula inmobiliaria 290-99559 a que se refiere el actor como objeto del reclamo: **NO ES DE PROPIEDAD DEL DEMANDADO**, hecho que extrañamente el Juez siempre ha ignorado, el juez no puede modificar o fallar distinto a lo pedido, la sentencia fue incongruente y sorpresiva para el señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO**, quien se defendió de una pretensión que le fue acomodada en el camino por la funcionaria falladora, cuando se trata de derechos reales sobre inmuebles, esos reclamos deben hacerse citando la matrícula inmobiliaria que soporta el supuesto gravamen, hecho básico que no se cumplió y que motivó que su prohijado no ejerciera actualmente su derecho de defensa.

Tampoco prospera, porque aquí basta decir que el demandante nunca ha afirmado que el inmueble con matricula inmobiliaria número 290-99559 sea del demandado, ni en la pretensión principal ni en los hechos de la demanda. La pretensión a que hacer referencia el apelante, es clara al respecto y la leo, como aparece a folio 6 del cuaderno principal: “se declare que el señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO** está en la obligación legal de permitir el ingreso al apartamento de propiedad del señor **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, por cuanto la servidumbre de tránsito constituida mediante escritura pública No. 3.706 de 1993, registrada al folio de MI 290-99559 se encuentra activa y no se ha extinguido por ninguno de los medios previstos en la ley.”

De otro lado, en el hecho primero del libelo, claramente se expresa: “El señor **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, adquirió mediante escritura pública No. 4425 del 212, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, el inmueble que relaciona como un apartamento altillo, localizado en el quinto piso del edificio **EDIFICIO UNIDOS DEL CENTRO**, identificado con la matrícula inmobiliaria número 290-99559, que luego determina por sus linderos.

Tampoco la funcionaria judicial de primer grado así lo ha expresado. Es más, cuando resolvió la excepción de falta de legitimación por pasiva, expresó: “Este medio exceptivo no está llamado a prosperar, toda vez que es evidente que el señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO** es el actual propietario del predio sobre el cual está inscrita la servidumbre pasiva, dicha situación surge del certificado de tradición visible a folio 138 y que corresponde al inmueble con matrícula inmobiliaria número 290-11600 y tal gravamen recae sobre su propiedad y no ha sido extinguida.”

Siendo las cosas así de claras, mal podría sustentar el apelante que la jueza de primera instancia, extrañamente ha ignorado que dicho apartamento no es del señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO**.

De lo anterior se concluye que de ninguna manera, la sentencia venida en apelación fue incongruente y sorpresiva.

5.6. **SEXTO REPARO**.- Consta de cuatro partes.

Primera parte.- En vulneración del principio de confianza legítima, la juez presume que el señor Rafael debía saber que el demandanteera propietario del inmueble llamado el altillo, solo porque la administradora del hotel Mediteranee expuso que hacia el sector del altillo no se permitía el ingreso a nadie, pero esta no es más que una conclusión sin fundamento probatorio; jamás el actor ejecutó acción alguna para probar que como propietario del altillo era ejercitar algún derecho.

No prospera. Si se escucha con atención el audio de la sentencia, en ninguna parte de la providencia hace referencia la señora juez, a que presume que el señor Rafael debía saber que el demandante era propietario del inmueble llamado el altillo, por el motivo alegado que refiere el abogado del demandado. Es más, ni siquiera hace alusión a la administradora del hotel Mediterranee, para sustentar su fallo.

Segunda parte. Insiste en que el predio dominante con MI 290-99559 no es del señor **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO**. Es cierto. Tiene razón, el predio dominante es de propiedad del demandante **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, y así lo prueba el certificado de tradición y la escritura pública por medio de la cual lo adquirió, documentos a los que bastante ya hemos referido. Pero no por darle la razón al recurrente, en este preciso tema, se debe revocar la decisión apelada.

Tercera parte. La señora juez jamás hizo una ponderación de derechos; simplemente sacrificó el derecho del demandado, sin hacer un análisis de los graves perjuicios que la sentencia le ocasiona al demandado.

Al señor asesor judicial de la parte demandada no le asiste la razón. La funcionaria judicial de primer nivel constató la existencia de la servidumbre de tránsito de que se trata, estableció que se encuentra vigente; el inmueble de propiedad del demandado tiene la calidad de predio sirviente y el del demandante de predio dominante, por lo cual el señor **RAFAEL ANTONIO** tiene la obligación de permitir el ingreso del señor **JOSÉ FERNANDO** a su propiedad, utilizando dicho gravamen constituido a favor de su inmueble y así lo decidió.

No era necesaria la ponderación de los derechos a que alude el recurrente, pues el análisis que adelantó la señora jueza para definir el litigio, en criterio de esta Colegiatura fue el adecuado.

Cuarta parte. Finalmente, aduce que si bien no se registró la cancelación de la servidumbre, esta se extinguió por el cumplimiento de la condición, el actor no es sucesor de quien la constituyó.

Con respecto a este reclamo, simplemente diré que este tema ya se analizó y se llegó a la conclusión de que la servidumbre no fue sometida ni a plazo ni condición.

6. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y no siendo otros los reparos a la sentencia apelada, ha de confirmarse.

Se condenará en costas a parte demandada, por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación (art. 365-1 C.G.P.). Se liquidarán en primera instancia, previa fijación de las agencias en derecho que corresponden a esta sede en Sala de Decisión Unitaria (art. 366 del C.G.P.).

**VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Civil Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, el 11 de octubre de 2017, en el proceso de servidumbre adelantado por **JOSÉ FERNANDO HERNÁNDEZ VELÁSQUEZ**, contra **RAFAEL ANTONIO COLORADO HENAO**.

**SEGUNDO**: **SE CONDENA EN COSTAS** a la parte demandada por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación (art. 365-1 C.G.P.). Se liquidarán en primera instancia, previa fijación de las agencias en derecho que corresponden a esta sede en Sala de Decisión Unitaria (art. 366 del C.G.P.).

Esta decisión queda notificada en estrados.

No siendo otro el motivo de la audiencia se da por terminada y se autoriza a los asistentes el retiro del recinto. Gracias.

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**