

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., febrero veintiocho de dos mil veinticuatro.

Magistrado Ponente	: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación	: 25899-31-03-001-2015-00146-03
Aprobado	: Sala 6 del 22 de febrero de 2024.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2023 por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá.

ANTECEDENTES

1. El Condominio Hato Grande Reservado P.H., formuló demanda en contra de la sociedad Camacho Valderrama y Cía. S.C.A., pretendiendo se declare la extinción de la servidumbre por prescripción del derecho del demandado de conformidad con lo señalado en el numeral 5 del artículo 942 del Código Civil y que consecuentemente se disponga la cancelación en el registro de matrícula inmobiliaria del predio sirviente de número 176-93350 y en los de todos y cada uno de los copropietarios/demandantes, las inscripciones y anotaciones de las escrituras públicas 6812 del 5 de noviembre de 2003 y 8306 del 23 de diciembre de 2003 otorgadas en la notaría veinte del círculo de Bogotá, contentivas del gravamen.

En subsidio reclama que se declare la extinción de la servidumbre a) Por el incumplimiento de la condición en el uso de aquella. (art. 942 n.2 del C.C.). b) Por la imposibilidad de usarla de acuerdo con lo pactado. c) Porque el predio dominante tiene acceso a vía pública por lugar distinto a aquel que se estableció en las escrituras que la constituyeron. (art. 907 C.C.), con los pronunciamientos consecuenciales de cancelación de registro.

2. Relata que en la relacionada escritura pública Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo Parque Residencial Hato Grande suscribió como constituyente en el predio sirviente de folio de matrícula inmobiliaria 76-93350 y a favor de la sociedad Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. como beneficiaria titular del predio en ella dominante denominado La Granja de folio de matrícula inmobiliaria No. 176-94007, una servidumbre de paso o tránsito.

El acuerdo tenía por finalidad desarrollar conjuntamente entre las partes el futuro proyecto urbanístico Parque Residencial Entreríos de Hatogrande, en donde el patrimonio autónomo Alianza Fiduciaria como titular del dominio del predio sirviente desarrollaría en él la Etapa I y la sociedad Camacho y Cía. S.C.A., propietaria del predio dominante La Granja, desarrollaría en él la Etapa II, ello generó la creación de la servidumbre de tránsito en la escritura pública 6812 del 5 de noviembre de 2003, exclusivamente para el uso residencial de los futuros y eventuales propietarios de la Etapa II del proyecto urbanístico que se levantaría en el predio dominante.

Con escritura pública 8306 del 23 de diciembre de 2003 de la notaría 20 de Bogotá se aclaró la escritura de constitución incluyendo un nuevo párrafo en su Clausula Quinta indicó que

las obligaciones relacionadas con la servidumbre de tránsito o de paso en el predio sirviente eran de los beneficiarios del patrimonio autónomo y no de la fiduciaria que solo actuó para constituirla por ser propietaria del inmueble.

Precisa que los predios dominante y sirviente están separados por el río Teusacá y no entonces colindantes como se desprende de los planos arquitectónicos aportados y por eso, para el uso de la servidumbre de tránsito constituida era necesaria, indispensable y obligatoria la construcción de un puente que pase por encima del río y conecte los predios.

Que el predio La Granja dominante en la servidumbre no tiene acceso a la vía pública por el predio sirviente, que tiene el acceso por otra vía sin necesidad de usar o recurrir al predio sirviente y que por lo tanto no requiere de la servidumbre para obtener acceso.

El 30 de noviembre de 2005 Alianza Fiduciaria solicitó licencia de urbanismo ante la Alcaldía Municipal de Sopó, quien le concedió mediante Resolución No. 007 del 14 de enero de 2006, antes de su vencimiento solicitó prórroga que fue concedida mediante Resolución No. 017 del 13 de febrero de 2008, y en vigencia de esa prórroga con escritura 4066 del 29 de octubre de 2008 Alianza Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo Parque Residencial Hatogrande vendió el predio sirviente a Fénix Construcciones S.A.

Para dicha fecha la demandada Camacho y Cía. S.C.A., conforme puede establecerse de los diferentes considerandos de las resoluciones por medio de las cuales se otorgó la licencia para desarrollar el proyecto descrito, no tramitó las licencias de manera conjunta con Alianza Fiduciaria S.A., incumpliendo la obligación que se pactó en la escritura de constitución del gravamen de tramitar conjuntamente con la constituyente la modificación de la licencia de urbanismo del proyecto Parque Residencial Hatogrande incluyendo al predio dominante como la Etapa II del mencionado proyecto.

Fénix Construcciones S.A. tramitó solicitudes de modificación a las Resoluciones No. 017 de 2008 y 046 de 2006, para variar la forma como se ejecutarían las etapas dentro del área que compró a Alianza Fiduciaria S.A., y con Resolución No. 2018 de 2008 se le aprobó la ejecución de la Etapa I, lo que muestra que Camacho y Cía. S.C.A. nunca se incluyó dentro de las licencias del proyecto para el cual estaba previsto en las escrituras con Alianza Fiduciaria S.A., ni en el proyecto urbanístico ejecutado por Fénix Construcciones S.A.

El 22 de diciembre de 2008 Fénix Construcciones radicó solicitud de licencia para la Etapa II que le fue concedida para 25 lotes por Resolución No. 229 del 31 de diciembre de 2008, el 13 de diciembre de 2010 radicó solicitud de licencia para 60 unidades de vivienda de las Etapas II y III otorgada mediante Resolución No. 270 del 28 de diciembre de 2010 y con Resolución No. 239 del 16 de diciembre de 2011 se concedió licencia para obras de urbanismo de las Etapas III y IV que se prorrogó con Resolución No. 216 del 26 de diciembre de 2012 y con Resolución No. 44 del 1 de marzo de 2013, se corrió el cuadro de áreas de la Etapa III de la Resolución No. 239.

Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. no se incluyó materialmente en la Etapa II del proyecto ni intervino en la solicitud de las citadas licencias pues las etapas I, II, III y IV hacen parte del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-93350 o predio sirviente.

La sociedad Fénix Construcciones S.A. adquirió el derecho de dominio del inmueble pero no el proyecto de construcción de Alianza Fiduciaria S.A., y no adquirió las obligaciones que

tenía Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo respecto del proyecto urbanístico Parque Residencial Hatogrande, que se iba allí a desarrollar.

La servidumbre que se pide extinguir estaba condicionada al desarrollo del proyecto urbanístico Parque Residencial Hatogrande pues se constituyó con el fin de permitir el acceso de los residentes de la Etapa II que ejecutaría la sociedad Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. y ese proyecto hasta la presentación de la demanda no se desarrolló.

En el predio sirviente se desarrolló otro proyecto urbanístico denominado Condominio Hato Grande Reservado-P.H., de propiedad exclusiva de La sociedad Fénix Construcciones S.A. que fue en un 100% vendido y en Escritura Pública 10230 del 18 de noviembre de 2011 de la notaría 38 de Bogotá, se constituyó reglamento de propiedad horizontal de 15 unidades, adicionado para integrar su Etapa II con Escritura Pública 347 del 31 de enero de 2011, y con Escritura 4076 del 14 de mayo de 2013 se integró la Etapa III y en Escritura 9384 del 16 de octubre de 2013 se adicionó para integrar la Etapa IV.

Fénix Construcciones S.A. loteó y transfirió el derecho de dominio y ya no es propietario del predio sirviente, inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-93350, pero como la servidumbre se constituyó el 5 de noviembre de 2003 y al presentarse la demanda han pasado once años y cinco meses sin que Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. la haya usado, se configura la prescripción del derecho.

Por Resolución No. 124 del 5 de septiembre de 2012 se ordenó el registro de Condominio Hato Grande Reservado-P.H., administrado por la empresa Invermetros Sociedad Por Acciones Simplificada Invermetros S.A.S. y reunión del 29 de octubre de 2014 la Asamblea de Copropietarios de la Propiedad Horizontal, otorgó poder y facultad al representante legal del mencionado condominio para que en nombre de la copropiedad inicie acciones legales prejudiciales, judiciales y extrajudiciales para obtener la extinción y cancelación de la servidumbre de tránsito constituida mediante escritura pública No. 6812 del 5 de noviembre de 2003.

3. Trámite.

La demanda se presentó el 23 de abril de 2015 y previa inadmisión, decisión que fue revocada al resolverse el recurso de reposición, fue admitida el 17 de noviembre de 2015¹, la demandante reformó la demanda² modificando sus pretensiones para ahora reclamar:

1°. Que se declare que el predio dominante LA GRANJA no se beneficia con la servidumbre de tránsito, constituida sobre el predio denominado Condominio Hato Grande Reservado-P.H., porque la servidumbre no otorga un paso vehicular directo, porque el paso entre el predio dominante y el sirviente se encuentra interrumpido por el río Teusacá.

2°. Que se declare que el predio dominante LA GRANJA tiene su ingreso vehicular y peatonal por otras carreteras veredales distintas a la servidumbre cuya extinción se reclama.

3°. Que se declare la extinción porque se perdió la razón de ser de la servidumbre, porque no hay objeto y finalidad, al no haberse construido la Etapa II del Parque Residencial Hatogrande.

¹ Folio 010 Carpeta Digital 001 Cuaderno Principal Parte 1 C-1

² Folio 035 Carpeta 001 Cuaderno Principal Parte1 C-1

4°. Que se declare la inexistencia de beneficiarios de la servidumbre conforme al párrafo de la cláusula primera de la escritura de constitución, pues ya no existe el proyecto Parque Residencial Entreríos de Hatogrande y tampoco se construyó la Etapa II, pues la servidumbre se constituyó con el fin de permitir el acceso de los residentes de la Etapa II.

5°. Se declare la pérdida de la causa para la que se constituyó la servidumbre, pues lo fue para beneficiar exclusivamente a los esperados residentes de la Etapa II del proyecto y el mismo ya no existe ni se construyó la Etapa II, pues pasaron 13 años desde la constitución ya no se espera que aquellos residentes beneficiarios existan y el uso del suelo del predio dominante en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Sopo no se contempla que sea residencial.

6°. Que se declare la prescripción del derecho de servidumbre.

Insistió relatando que la servidumbre se constituyó para garantizar a los residentes de la Etapa II del Parque Residencial Entreríos de Hatogrande el acceso a la etapa I, pero no se construyó el Parque Residencial Entreríos de Hatogrande, no hay etapa I ni etapa II, ni beneficiarios de la servidumbre, y que en el predio La Granja no se puede construir ninguna urbanización porque la normativa urbanística de Sopo lo prohíbe, sólo permite el desarrollo de actividades agrícolas, vivienda campesina y no existe ninguna obra de infraestructura que permita el libre tránsito del predio dominante al sirviente para hacer uso de la servidumbre, debiéndose realizar obras de conexión sobre el Río Teusacá que requieren de permisos que deben ser concedidos por las entidades locales y nacionales y se autorizarían conforme al PBOT solo como vía peatonal, que tendría que hacerse parte a la propiedad horizontal como propietaria del predio sirviente.

Al constituirse la servidumbre las partes adquirieron obligaciones personales, esto es, pedir los permisos de urbanismo, realizar reglamentos de propiedad horizontal pero a pesar de haberse previsto un término de 24 meses para cumplirlas, han transcurrido 13 años sin que el proyecto se haya levantado.

El predio dominante tiene dos vías de acceso no es aislado y el paso del tiempo ha desdibujado el objeto y finalidad de la servidumbre cuyo mantenimiento comporta una limitación del derecho al disfrute del por sus propietarios constituyéndose en un aprovechamiento indebido.

Fue constituida la servidumbre única y exclusivamente para el uso y goce de los residentes de la etapa II, pero se desistió de hacer parte de la Urbanización Parque residencial Entreríos al predio dominante La Granja porque sobre el predio sirviente no se construyó la Etapa I del Parque Residencial Entreríos, y no se ha hecho uso de la servidumbre por más de 10 años, en virtud de que este proyecto no ha sido construido y por tanto no existen residentes.

El extremo demandado Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. ha realizado actos arbitrarios para ejercer su derecho a la servidumbre, como modificar el área de la servidumbre sin notificar a los titulares del derecho real de la propiedad, generando inconvenientes en la convivencia y alterando la tranquilidad de los residentes”.

La reformada fue admitida mediante proveído del 9 de noviembre de 2016³, auto que, habiendo sido objeto de recurso de reposición por el extremo demandado, fue confirmado

³ Folio 052 Admite Reforma Demanda

mediante proveído del 23 de febrero de 2017⁴. En oportunidad, la parte demandada formuló excepciones previas, contestó la demanda y propuso excepciones de mérito así:

A. Falta de legitimación en la causa. Porque sólo tiene facultad para demandar el titular de los derechos reales y serían los propietarios de cada uno de los 75 predios en que se dividió el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-93350, y la actora copropiedad a Condominio Hato Grande Reservado-P.H., carece de legitimación en la causa por no ser titular de derechos reales.

B. Falta de causa para pedir la extinción de la servidumbre. Pues es la ley la que establece las causales de extinción de servidumbre y solamente tres de ellas serían aplicables a servidumbres de tránsito activas discontinuas por parte del propietario sirviente, y de ellas no aplica condición o plazo, porque el objeto del contrato inicial se cambió, no se configurado una confusión y se ha obstaculizado el ejercicio de su derecho al uso a la servidumbre por la parte demandantes y por Fénix Construcciones S.A.

C. Inexistencia de prescripción. Pues la ley 95 de 1980 determina que las servidumbres discontinuas e inaparentes no pueden adquirirse ni perderse por prescripción ni acción posesoria, no pudiéndose invocarse la prescripción de la servidumbre de tránsito activa discontinua, que adquirió el demandado en un acto voluntario con los requisitos de ley⁵.

La demandante descurre el traslado solicitando se desestimen la falta de legitimación en la causa porque los derechos reales recaen sobre el bien sin importar su titular y los copropietarios inician el proceso de cancelación de servidumbre, es decir, que no existe voluntad de los propietarios del predio sirviente de continuar soportando el gravamen y la limitación.

Discute la excepcionada falta de causa para pedir la extinción aduciendo que la causa está en que siendo una servidumbre voluntaria debe investigarse si hay voluntad o no de continuar con ella y los propietarios del predio sirviente no quieren continuar con la servidumbre, como lo autoriza el artículo 907 del código civil cuando ella no es indispensable para el predio dominante.

Pues el camino de servidumbre que grava al demandante no conduce al predio dominante, se constituyó con la condición de la construcción de la etapa II del proyecto urbanístico y han transcurrido 13 años y la etapa II del proyecto urbanístico ni existe ni se espera que exista, al no estar contemplado en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Sopó que pueda levantarse en el predio dominante una construcción residencial.⁶

El 9 de agosto de 2018 se abrió la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, pero ante la inasistencia de todos los propietarios de las unidades de vivienda que conforman la propiedad horizontal Condominio Hato Grande Reservado, se aplazó mientras se surtía la respectiva vinculación ordenada en auto del 16 de abril de 2018 por el Tribunal al desatar recurso de apelación contra del auto del 21 de junio de 2017 que resolvió las excepciones previas, y en auto del 25 de agosto de 2022 se tuvo por integrado el contradictorio.

Surtidas las fases de la audiencia del artículo 101 del C.P.C. y adecuado el asunto al trámite verbal del C.G.P., En audiencias del 6 de septiembre y 15 de septiembre de 2022, se hizo

⁴ FL 064 Carpeta 001 CuadernoPrincipalParte1 C-1

⁵ FL 065 Carpeta 001 CuadernoPrincipalParte1C-1

⁶ FL 070 Carpeta 001 CuadernoPrincipalParte1C-1

saneamiento de la actuación, se fijó el litigio, se decretaron pruebas y practicada la inspección judicial el 27 de septiembre de 2022 en la que se recepcionaron algunos testimonios, en sesión del 31 de enero de 2023 se oyeron alegaciones de conclusión y se profirió la sentencia.

3. La sentencia apelada.

El juez consideró presentes los presupuestos procesales, integrado el contradictorio y descartó la configuración de nulidades. Leyó la definición legal de servidumbre y expuso que el conflicto se resolvía conforme a la regulación del artículo 905 del C.C., servidumbre legal de tránsito en la vía pública cuyo título era la ley.

Precisó el debate así: La demanda informa que de mutuo acuerdo se constituyó la servidumbre, escritura pública 6812 del 5 de noviembre 2003 aclarada con la escritura 8306 del 23 de diciembre de 2003, siendo predio sirviente el inmueble de la demandante propiedad horizontal y dominante La Granja del demandado, el gravamen fue establecido únicamente para el uso residencial de los futuros propietarios de la etapa II del proyecto urbanístico parque Residencial Entreríos de Hato Grande que pasados diez años no se construyó y que en el predio dominante ya no se permite la construcción pues el uso del suelo es agrícola, que el predio dominante tiene dos salidas distintas a la vía pública y que como perturbaba el predio dominante con el uso arbitrario de la servidumbre a la copropiedad, los propietarios en asamblea decidieron demandar para terminar la servidumbre pidiendo su extinción.

Mientras el demandado negaba que no se beneficiara de la servidumbre, aducía que se había pactado otro trazado para el gravamen en el mismo predio de no desarrollarse el proyecto de construcción, que era la vía aldeaña a la colindancia con el Club de golf militar en una ancho de 7 metros, que la servidumbre de tránsito era imprescriptible, que la copropiedad carecía de derecho alguno en el predio y que no había perturbado a la copropiedad y excepcionó de mérito falta de legitimación en la causa, falta de causa para pedir la extinción de la servidumbre e inexistencia de la prescripción.

Señaló como problemas jurídicos a resolver el determinar si tenía legitimación en causa el extremo demandante y si se acreditaban los requisitos legales para el reclamo de extinción servidumbre elevado, en lo que consideraría las demás excepciones de mérito planteadas.

Descartó la falta de legitimación en causa activa atendiendo que el Tribunal ordenó integrar el contradictorio con citación de todos los propietarios de la copropiedad en que se había transformado el predio sirviente.

Afirmó que la servidumbre que se pedía extinguir era voluntaria, originada en el mutuo consenso de las partes que debieron tener un motivo para pactarla, que las pruebas documentales y periciales establecían su existencia, escrituras públicas de constitución y aclaración, tenía como predio sirviente al del extremo actor y dominante La Granja del demandado y constituida únicamente en beneficio de los residentes de la etapa II del proyecto de construcción.

Derivó de la pericia aportada al demandar, no controvertida por el demandado, que no había una comunicación terrestre vehicular o peatonal entre la servidumbre y el predio dominante, pues debía levantarse un puente sobre el río Teusacá que permita el paso de automotores y peatones, obstáculo natural que impedía la continuidad de la servidumbre y el acceso al predio La Granja, que el camino de servidumbre en el predio sirviente no había sido objeto de tránsito pues presenta un pastizal alto, que el uso de la servidumbre era inexistente, y que

el predio dominante tenía otras tres vías de acceso, dictamen que resaltó fue rendido por dos ingenieros catastrales y geodestas.

Que se hizo inspección judicial con intervención de perito oficiosamente decretado y la auxiliar coincidió en que el predio dominante tenía otras tres vías de acceso y concluyó que la viabilidad de la servidumbre estaba ligada a que se concediera el permiso para levantar el puente y la licencia ambiental para ejecutar la obra, y sin ellos la servidumbre se hacía innecesaria porque el predio dominante tenía otras vías de acceso.

Apoyándose en esa experticia afirmó que obtenidos los permisos se vería la viabilidad de la servidumbre, pero al presentarse la demanda habían transcurrido más de diez años sin que se hubiera hecho uso de una servidumbre cuyo propósito era su utilización por la segunda etapa del proyecto urbanístico que se adelantaría en el predio dominante, cuya primera etapa sería el predio sirviente hoy día conformado por la copropiedad demandante.

Del clausulado de la escritura de constitución resaltó que en el parágrafo del artículo 1° las partes acordaron que su constituía única y exclusivamente para el uso residencial de los futuros propietarios de la etapa II del proyecto urbanístico Parque Residencial Entreríos de Hatogrande.

Su artículo tercero preveía la delimitación de la servidumbre, que en el plano de modificación del proyecto aprobado atravesaría en sentido noroccidental por la vía diseñada todo el predio sirviente desde el ingreso al proyecto hasta llegar al río Teusacá, límite natural que separa los predios, dominante y sirviente.

Y seguidamente, sin darle efecto alguno en el debate, leyó el juez la cláusula 7ª del contrato de servidumbre que prevé lo que pasaría si pasados 24 meses de la firma de la escritura de constitución no se hubiere adelantado por el constituyente en el predio sirviente la etapa I del proyecto urbanístico Parque Residencial Entreríos de Hatogrande.

Señaló que las declaraciones de algunos de los copropietarios y la inspección judicial le permitían concluir que la servidumbre se constituyó con el propósito que el predio La Granja se integrara como una segunda etapa de la copropiedad demandante, pero como contrariamente se generaron inconvenientes con el propietario del predio dominante que afectó los intereses de los copropietarios y la P.H. en asamblea decidió demandar su extinción.

Que la inspección judicial realizada le dejó ver que desde su constitución hasta el día de la inspección judicial o al de la presentación de la demanda no se había hecho uso de ella, ni adelantado obras, ni obtenido licencias que viabilicen su uso, pues requeriría de licencias ambientales al ser interrumpida por la quebrada Teusacá que la hacía intransitable.

Dio por establecido que el predio dominante tenía otras tres vías de acceso y concluyó que la existencia o no de la servidumbre objeto del reclamo no afectaba el acceso al predio dominante, que no había hecho uso de ella para su acceso.

Razonamientos de los que dijo concluir la improcedencia de las excepciones de falta de causa para pedir la extinción de la servidumbre e inexistencia de la prescripción, lo innecesario de la existencia de la servidumbre que generaba conflictos con los copropietarios demandantes que veían perturbada su convivencia con un predio dominante que niquiera se servía de ella y la necesidad de extinguir un gravamen, que sólo excepcionalmente podía imponerse cuando

en realidad las condiciones físicas lo demanden y que ello no ocurría en el caso porque de la inspección judicial y las pruebas periciales y documentales se observaba que al predio se pudo llegar por otras vías. Sentenció declarar infundadas las excepciones de mérito, extinguida la servidumbre de tránsito y la cancelación de su inscripción o registro.

4. La apelación.

El extremo demandando apela aduciendo haber cumplido todas las exigencias legales, que el alegato del actor de que se disponga la extinción de la servidumbre porque hay un río de por medio y no se ha levantado un puente sobre el mismo, hacen inviable el decreto de extinción de la servidumbre porque la escritura de constitución fue modificada y las cláusulas de que se constituía para que fuera en favor de la segunda etapa de la etapa del proyecto desaparecieron quedaron sin vigencia y quedó una servidumbre distinta para acceder al predio dominante.

Que la servidumbre objeto del reclamo no es legal sino voluntaria y conforme al Código Civil las servidumbres se dividen en legales, voluntarias y naturales y el acuerdo era que se atravesaba la etapa uno pero en el 2005 construcciones Fénix hace el reglamento de propiedad horizontal para el otro predio excluye al predio dominante y se dice allí que será para beneficio del predio dominante y demás usuarios.

Que conforme al artículo 887 del Código Civil el dueño del predio sirviente sólo puede pedir la variación de la servidumbre y no su extinción y que las causales de extinción son las cinco establecidas en su artículo 942 y no las acá demandadas que no están en ella incluidas.

Que no estaba la servidumbre estaba sujeta a una condición ni a un término o plazo dentro del cual se debería construir el puente, la obra se podría acometer en cualquier tiempo futuro, pues estando constituida la servidumbre por escritura pública registrada, solo faltaba esa construcción para el goce total.

Como la servidumbre no era de orden legal sino voluntaria debió invocarse una causa legal para su extinción y las causales invocadas por el demandante no están en la ley, pues que sea voluntaria en su constitución no implica que en cualquier momento pueda demandarse por su constituyente, pues el contrato puede declinar por el mutuo consentimiento de las partes y no porque una de las partes retire unilateralmente la voluntad prestada.

Que las otras vías que se señalan de ingreso a su predio también son servidumbres, incluso son de uso exclusivo del acueducto, y que la integración del contradictorio duró ocho años y la copropiedad la que está representada por el representante legal y no la asamblea.

Que no entiende como puede disponerse la extinción de una servidumbre que no está encausada en los motivos del artículo 942 del C.C., pues si la servidumbre de tránsito se concede voluntariamente debe respetarse el querer de las partes y aun existiendo otras salidas más racionales desde una perspectiva económica, el cálculo de utilidad lo hacen las partes en uso de la libertad contractual, de modo que si el propietario del predio sirviente, siendo consciente de que podía eludir el gravamen decide afectar su predio a cambio de un pago que considera compensa el padecimiento de la limitación, debe respetarse su decisión.

Que la prueba técnica es determinante para la imposición de servidumbres o servidumbre forzada, el juez castiga al predio sirviente con el gravamen a partir del estudio de la racionalidad económica de la comunicación con la vía pública; pero si se trata de

servidumbres voluntarias el juicio para su establecimiento no es técnico prima la autonomía de la voluntad y que el juzgador equivocadamente aborda el juicio técnico y enmudeciendo a la perito que de oficio designó, silencia el dictamen de aquella que señaló que obtenidos los permisos y hechas las obras no se justifica la extinción de la servidumbre.

Pues aunque la ausencia del puente impide la comunicación entre predios dominante y sirviente, la incomunicación es real y no es causa de extinción de la servidumbre y que no estaba la demandada obligada a demostrar con expertos la necesidad de la servidumbre.

Que la no concesión de autorizaciones por las entidades públicas y la no materialización de las construcciones estructurales, no les son imputables pues obedecen a hechos exclusivos de terceros y no es legítimo que se declare la extinción de la servidumbre fundamentándose en la no construcción del puente y la inexistencia de aprobaciones urbanísticas cuando el juez le impidió realizar labores o adelantar cualquier acto de modificación o mantenimiento sobre el área de servidumbre, con la medida cautelar decretada.

CONSIDERACIONES

1. El análisis se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal le impone al juez ad quem, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P. que señala que el recurso de apelación “tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, dado que éste “deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”.

La Sala considera necesario exponer seguidamente la regulación en el Código de la servidumbre en general y en particular de la servidumbre de tránsito, para seguidamente contrastando esa regulación y sus alcances jurisprudenciales y doctrinales pasar a solucionar el debate que el recurso plantea.

2. Regula el Libro Segundo, Título XI artículos 879 a 945 del Código Civil, Las Servidumbres, y la primera de esas disposiciones define la servidumbre predial como un gravamen real impuesto sobre un predio en beneficio de otro de distinto dueño que implica que la carga afecta al derecho de propiedad y no al titular del dominio, posesión o tenencia del predio sirviente y que se mantendrá sin importar que cambie su titular, mientras ella no se levante o extinga, pues dispone el artículo 883 que son las servidumbres inseparables del predio al que activa o pasivamente pertenecen.

Las clasifica en continuas o discontinuas, porque puedan ejercerse continuamente sin necesidad de un hecho actual del hombre o bien porque son ejercidas por intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual de aquel. (Art. 881). Positivas o negativas, según impongan una obligación al predio sirviente de dejar hacer o una prohibición de hacer. Por último, aparentes cuando está continuamente a la vista o inaparentes cuando no se conoce señal exterior (Art. 882).

Y en lo que respecta a su forma de constitución en naturales, legales y voluntarias; las primeras provienen de la situación natural que ocupan los inmuebles, las segundas son de creación legal y se dividen en de uso público o de utilidad particular, y las terceras se generan en un acto del hombre del que se exige no afectar el orden público ni contravenir las leyes.

2.1. De la regulación del Código Civil la doctrina⁷ extrae unas reglas generales para el predio dominante así. El que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para utilizarla. (Art. 885), puede hacer las obras indispensable para ejercerla pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario. (Art. 886), y como otras reglas no consagradas expresamente en la ley que: *“El dueño de un predio en el ejercicio de sus derechos, debe tener como regla el uso de la respectiva localidad relativo a las servidumbres de la misma naturaleza de las suya. El ejercicio de una servidumbre debe estar limitado por las necesidades del predio dominante en la época en que ella se constituyó”* *“La servidumbre constituida para un uso determinado no puede aplicarse a usos diversos...”* *“Pero establecida la servidumbre de una manera general, esto es, sin limitarla a tal o cual uso, puede ejercerse también de una manera general, determinada por las necesidades del predio dominante. Así es que adquirido el derecho de tránsito por un predio, sin ponerle restricciones, el dueño de la heredad dominante puede usar la servidumbre para un modo de explotación de la finca distinto al que existía cuando constituyó la servidumbre, y aun para el de edificios construidos posteriormente a la constitución de aquella, siempre que no la agrave”*. Dividido el predio dominante cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente. (Art. 890).

Precisando el autor que *“Es claro que las reglas generales que hasta acá hemos dado, pueden ser modificadas por las partes. Si se trata de servidumbres voluntarias (art. 937, etc.), sobre aquellas prevalece lo que se establezca en el título constitutivo de la servidumbre, como en el contrato, en el testamento, en la sentencia del Juez, etc.*

Mientras que para el predio sirviente las reglas generales son correlativas a las del predio dominante, si aquellos no pueden agravar la servidumbre tampoco estos pueden alterarla en perjuicio de aquellos (Art. 887), siendo excepción el inciso segundo de esa disposición que permite al dueño del predio sirviente a quien le resulte muy oneroso el modo primitivo de la servidumbre, variarla a su costa, siempre que no perjudique al predio dominante y si no hay acuerdo lo definirá el juez.

“No estando el dueño del predio sirviente obligado sino a dejar hacer o abstenerse de hacer alguna cosa, y no siendo las servidumbres sino limitaciones al dominio y no enajenación total de este, conserva dicho dueño el ejercicio de facultades inherentes a la propiedad que no sean incompatibles con la servidumbre respectiva”. Dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía. (Art. 884). Respecto al predio dominante la división del sirviente no debe alterar la servidumbre *“Si es de tránsito, por ejemplo, el dueño del predio dominante la tiene por donde estaba antes y en las mismas condiciones anteriores”*.

La servidumbre como todo derecho, además de adquirirse puede igualmente extinguirse, el artículo 942 del C.C., regula las causales generales de extinción de las servidumbres así:

“1°. Por la resolución del derecho del que las ha constituido. 2°. Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de esos modos; 3° Por la Confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en anos de un mismo dueño. Así cuando uno de ellos compra el otro, perece la servidumbre, y si por una venta se separan no revive, salvo el caso del artículo 938; por el contrario, si la sociedad conyugal adquiere una heredad de uno de los cónyuges, no habrá confusión sino cuando, disuelta la sociedad, se adjudiquen ambas heredades a una misma persona; 4° Por la renuncia del dueño del predio dominante. 5° Por haberse dejado de gozar durante 20 años. En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.”

⁷ Vélez, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano. Segunda Edición, corregida y aumentada por el autor y por Luis ángel Arango. Tomo tercero. Imprenta Paris-América, págs. 326-329.

2.2. Los artículos 905 a 908 del C.C. hacen referencia concreta a la servidumbre de tránsito, que es según lo anotado, discontinua, positiva, de constitución voluntaria o judicial, está definida en el artículo 905 del Código Civil al prever que: “Si un predio se halla destituido de **toda**⁸ comunicación con el camino público, por la 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”.

Y su constitución requiere de un título de donde derivar su establecimiento o imposición y el modo de la tradición o registro en el folio de matrícula inmobiliaria del predio con ella gravado, es decir, una escritura pública que recoja el acuerdo de voluntades de los dueños de los predios sirviente y dominante en establecer el gravamen, el trabajo de partición en que se haga uso de la facultad conferida por el numeral 5 del artículo 1394 del C.C., o bien de la sentencia judicial que ante una demanda decreta su imposición, debidamente inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sirviente.

Fijando el alcance del artículo 905 del C.C. precisa la jurisprudencia “1.º *Que la servidumbre legal de tránsito existe no solo en favor de los fundos que carecen de todo acceso a la vía pública sino también de los que no tienen más que una salida insuficiente para la explotación de ellos.* 2º “3º. *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 d que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ellas solo 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;* 4º. *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.”*⁹

Mientras que el doctrinante que se trae en cita comentando el mismo artículo 905 precisa que: “Siendo la servidumbre de tránsito discontinua (art. 881), no puede ganarse por prescripción, (art. 9 L. 95 de 1.890). Por consiguiente, sino 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 aquél artículo porque se trate de un fundo destituido de toda comunicación con un camino público. Mas claro; a quien se le quiere gravar un predio con la servidumbre legal de tránsito, tiene derecho a negar, entre otras cosas, que sea el caso en que la ley permite establecerla.”¹⁰

Dispone el artículo 906 que si no hay acuerdo entre las partes para determinar el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre, estas se reglaran por perito.

Y la extinción de la constituida servidumbre legal de tránsito es regulada en el artículo 907 al señalar que: “Si concedida una 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 a pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiese pagado por el valor del terreno”.

⁸ La expresión “*toda*” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Sentencia C-544/07. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Entiéndase de lo allí advertido que las servidumbres de tránsito no sólo son impuestas a favor de predios totalmente incomunicados, sino también aquéllos que carecen de una adecuada comunicación para su explotación económica.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia de setiembre 2 de 1936 G.J. XLIV PÁG. 139.

¹⁰ Vélez, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano. Segunda Edición, corregida y aumentada por el autor y por Luis ángel Arango. Tomo tercero. Imprenta Paris-América, págs. 386.

Comentado este artículo señala la doctrina que: *“Esta disposición, que no la contiene el Código Francés, de lo que resulta que sus comentadores defiendan diferentes teorías sobre el particular, se funda en que si es la necesidad de dar salida a un fundo la que autoriza la servidumbre, desaparecida aquella debe desaparecer ésta, porque mientras más libres sean los inmuebles, más puede prosperar la riqueza pública. de acuerdo con el artículo 3.081 del Código Argentino, el tránsito no se extingue aunque llegue a ser innecesario. Se basa esto en que el dueño del predio dominante adquirió el dominio del definitivo del terreno que ocupa el tránsito desde que pagó su valor. La razón sería aceptable en las servidumbres voluntarias, que sólo pueden extinguirse en conformidad con el artículo 942; pero no en las que forzosamente se imponen a los propietarios, respecto de las cuales lo justo es que el gravamen sólo dure mientras sea indispensable”*.¹¹

3. La solución de la alzada.

Como se advierte a partir del recuento que se hiciera en antecedencia, el debate se centra en determinar si existe o no fundamento para declarar la extinción de la servidumbre con la que fue gravado el predio sirviente, que originalmente se distinguió con matrícula inmobiliaria No. 176-93350, hoy en día fragmentado en aquéllos que integran la copropiedad Condominio Hato Grande Reservado PH; y que se constituyó en beneficio del predio identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-93350, denominado *“La Granja”*.

El juez a quo estimó que había lugar a declarar extinta la servidumbre constituida mediante escritura pública No. 6812 del 5 de noviembre de 2003 de la notaría 20 de Bogotá, porque se acreditaba que el predio dominante no se había llegado a servirse de ella, que tenía otras vías de acceso y su propósito de permitir el tránsito de los propietarios de bienes privados de la etapa II del proyecto inmobiliario Parque Residencial Entreríos de Hatogrande no existía ni se espera que existiera porque el uso del suelo del predio dominante no permitía la construcción de viviendas.

Que el río Teusacá que separa el predio dominante del predio sirviente es un obstáculo natural que supedita el uso de la servidumbre a unas obras de infraestructura que permitan el paso sobre su caudal y ello depende de la aprobación de las autoridades urbanísticas y ambientales que no se han obtenido o al menos no había prueba de que así fuese.

Mientras que el apelante reclama que no es aplicable el artículo 907 del C.C. a su servidumbre porque es de constitución voluntaria y no legal, que no estaba sometida a condición o plazo alguno su servidumbre y que se tenía previsto en el acuerdo de constitución otra vía de no adelantarse la construcción de la Etapa I del proyecto que originó la servidumbre.

3.1. La Sala considera fundamental para resolver el asunto revisar los cuestionamientos que el recurrente plantea frente a la decisión emitida, atendiendo la exposición normativa atrás citada, resolver algunos interrogantes frente a la servidumbre que se pide extinguir, iniciando con precisar desde su forma de constitución que tipo de servidumbre es, o lo que es lo mismo, cuál es su naturaleza.

Aunque pudiera afirmarse que en ello no hay debate, que como lo indica el recurrente la servidumbre de tránsito objeto del reclamo es de naturaleza voluntaria y no legal, esto es, que no se originó en aplicación del artículo 905 del C.C., sino que surgió conforme lo reglado en el capítulo 3º Título XI el Libro Segundo del Código Civil que faculta a los dueños de los inmuebles, al prever en su artículo 937 que: *“Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos, con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas el orden público, ni se contravenga a las leyes.”*

¹¹ Ídem, págs. 390-391.

En efecto, tampoco se discute que con las pruebas documentales respectivas, escrituras y folios de matrícula inmobiliaria, se establece que en efecto, en escritura pública 6812 del 5 de noviembre de 2003 Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del patrimonio autónomo Parque Residencial Hato Grande suscribió como constituyente en el predio sirviente de folio de matrícula inmobiliaria 76-93350 y a favor de la sociedad Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. como beneficiaria titular del predio en ella dominante denominado La Granja de folio de matrícula inmobiliaria No. 176-94007, una servidumbre de paso o tránsito, exclusivamente para el uso residencial de los futuros y eventuales propietarios de la Etapa II del proyecto urbanístico que se levantaría en el predio dominante.

Que el origen de la servidumbre está en un proyectado negocio de construcción del Parque Residencial Entreríos de Hato Grande, en donde el patrimonio autónomo constituyente ya tenía la licencia de aprobación de la Etapa I del proyecto arquitectónico, que incluía un diseño de una servidumbre de tránsito para las casas que se irían a construir en el proyecto aprobado, pero que con la constitución de la servidumbre en favor del predio La Granja, se alteraría, pues se buscaba que sobre el predio La Granja se levantara la Etapa II del proyecto urbanístico con 70 nuevas casa que saldrían a la vía pública, por la misma ruta que las de la Etapa I, por lo que se diseñaba una servidumbre que partiendo del ingreso al predio sirviente se desplazara hasta la ronda del río Teusacá que separaba los predios.

En concreto en la escritura de constitución del gravamen se pactó que como predio sirviente: “*LA CONSTITUYENTE establece la servidumbre de tránsito o de paso través de la vía interna demarcada en el plano de modificación del proyecto urbanístico denominado “Parque Residencial Hato Grande Etapa I” que actualmente se proyecta en sentido noroccidental desde el acceso principal al proyecto de manera que atraviese la ronda y el río Teusacá hasta llegar al acceso del predio DOMINANTE*” precisándose en el mismo acto que “*PARAGRAFO 2. En la propuesta de modificación de la licencia de urbanismo vigente a que se refiere en el parágrafo anterior. LA CONSTITUYENTE ampliará la vía interna del proyecto urbanístico en un metro con cincuenta centímetros (1. 50 Mts) y ajustará su estructura para atende el mayor volumen de tráfico que implicará la servidumbre de tránsito para el uso del predio dominante. La modificación del perfil de la vía se hará desde la actual carretera pavimentada que da acceso a la portería principal de HATO GRANDE GOLF TENIS CONTRY CLUB.*

Se señaló como valor de la servidumbre y forma de pago la suma de \$25'000.000.00 de pesos que se señala en la cláusula cuarta que fueron pagados por el beneficiario a los beneficiarios del patrimonio autónomo. Se comprometía el constituyente a) variar el trazado de la vía interna del proyecto urbanístico aprobado, b) presentar al beneficiario una relación de gastos de modificación y ampliación de la vía requerida para conectar el predio sirviente con el predio dominante. c) Tramitar juntamente con el Beneficiario la modificación de la licencia de urbanismo del proyecto Parque Residencial Hato Grande Etapa I, incluyendo el predio la granja como Etapa II con una densidad máxima de 70 casas. d) Elaborar el reglamento de propiedad horizontal de la Etapa I.

Como cláusula séptima se convino. “*En caso que por cualquier evento o circunstancia, dentro de los próximos veinticuatro (24) meses contados a partir del otorgamiento de este instrumento, LA CONSTITUYENTE no desarrolla la Etapa I del proyecto denominado PARQUE RESIDENCIAL ENTRERRIOS DE HATO GRANDE, las partes acuerdan que la servidumbre que aquí se constituye pasará en un ancho de siete metros (7 Mts) y su trazado será por el lindero del predio sirviente con el CLUB MILITAR DE GOLF y serán de cargo del BENEFICIARIO Y DE LOS FUTUROS BENEFICIARIOS O USUARIOS DE LA SERVIDUMBRE, la obtención de las licencias y la ejecución de las obras que sean necesarias para la construcción de la vía.*”.

El beneficiario de la servidumbre se obligaba, a) Al pago de los gastos que originara la señalada modificación de la licencia de urbanismo, b) Pagar el 50% de los gastos de escrituración y el 100% de los de registro de la escritura de constitución del gravamen. c) Pagarle al constituyente dentro de los 10 días siguientes al de la presentación que este le haga de los gastos y costos de la construcción de la vía interna que comunique el predio sirviente con el dominante. D) Tramitar juntamente con el Constituyente la modificación de la licencia de urbanismo para incluir su predio como Etapa II del proyecto urbanístico. Elaborar el reglamento de propiedad horizontal de la Etapa II.

Por ello, asiste razón al recurrente en su reparo de que no resultaba aplicable al caso el artículo 907 del C.C. y definir la extinción de la servidumbre soportada en que ya no es ella indispensable para el predio dominante, pues como se vio esa regulación aplica en el evento de que la fuente de la servidumbre sea la imposición legal, en cumplimiento del propósito señalado en el artículo 905 del C.C., pues no se trató en el caso de un gravamen impuesto forzosamente.

Así se desprende de la normatividad citada y la interpretación de los artículos 905 y 907 del C.C., al no ser la servidumbre objeto del proceso legal sino voluntaria esta se somete a lo pactado en el acuerdo de constitución y sus reglas le son exigibles a los contratantes mientras no vulneren la ley o el orden público. (Art. 937 del C.C.).

Como señala la Jurisprudencia *“Cuando se trata de una servidumbre de tránsito voluntaria, los derechos del propietario del predio dominante se regulan por lo previsto en el mismo título constitutivo, y a falta de esta previsión, por las reglas atinentes a las servidumbres en general”*¹².

Por ello, es errado el razonar del juez que entra en contradicción cuando a pesar de admitir que se trata de una servidumbre de tránsito de naturaleza voluntaria, le da aplicación a los artículos 905 y 907 del Código Civil y accede al decreto de su extinción aplicando una normativa que no rige para el caso, según se dejó expuesto su alcance desde la doctrina y la jurisprudencia.

Es decir, que no podía ser causa del decreto de la extinción el declarar que el predio dominante tenía otras tres vías de acceso, que su inexistencia no afectaba el acceso al predio dominante, que no se habían adelantado obras ni obtenido licencias que viabilicen su uso, porque estaba la quebrada Teusacá como un obstáculo natural que la hacía intransitable, pues no son éstos motivos que se eleven a causales de extinción de la servidumbre de tránsito de naturaleza voluntaria, no hay norma legal que les de tal alcance.

3.2. Ahora bien, como se dejó establecido, al no existir causales de extinción de la servidumbre voluntaria distintas a la renuncia que de ella haga su beneficiario o titular del predio dominante, las reglas a aplicar son las de extinción de la servidumbre en general que regula el artículo 942 del Código Civil.

Y de la alegación del demandante y lo sentenciado por el juez puede deducirse que se invocó y aplicó la causal quinta del artículo 942 del C.C. que señala que las servidumbres se extinguen: *“5° Por haberse dejado de gozar durante 20 años. En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.”*

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia del 18 de abril de 1952 G.J. LXXI pág. 731.

Entendiéndose que ese término debe considerarse reducido diez años a partir de la vigencia de la ley 791 de 2002, aplicación que la Sala advierte procedente y que conduce a concluir que no le asiste razón al recurrente en su alegación de que la servidumbre de tránsito no es prescriptible, pues aunque ello es cierto, como se desprende del artículo 9 de la ley 95 de 1890 las servidumbres discontinuas de cualquier clase, sólo se pueden adquirir por medio de un título, y la servidumbre de tránsito recibe tal calificación, pues su ejercicio requiere de un hecho actual del hombre, la prohibición de la prescripción está sentada para el fenómeno adquisitivo del derecho y no para el extintivo, pues remata el artículo 939 del C.C. en redacción de la norma citada que respecto a las servidumbres discontinuas o continuas inaparentes “*ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las*”.

Pero aplicable a las servidumbres voluntarias son las causales de extinción del artículo 942 del C.C., y entre ellas, la decisión del a-quo señaló como otro de los motivos justificantes de la extinción de la servidumbre el que hayan pasado más de 10 años al momento de presentarse la demanda desde la constitución del gravamen sin que su titular o predio dominante haya hecho uso de ella.

3.3. Bastaría entonces por definir si el demandado predio dominante para el momento de presentarse la demanda había dejado de usar por 10 años la servidumbre voluntaria de tránsito que habían convenido en el ato escritural escritura pública 6812 del 5 de noviembre de 2003, con incidencia tal que conllevara la extinción de su derecho en aplicación de la citada disposición sancionatoria numeral 5° del artículo 942 del C.C.

Al respecto, es preciso recordar que la escritura de constitución que contiene el acuerdo que rige la servidumbre voluntaria en ella inmersa, fueron expresos los contratantes, Constituyente y Beneficiario en que eran dos distintas las servidumbres de tránsito que allí se convenían.

Una inicial y principal si se quiere ligada al origen de su pacto, el proyecto de construcción de la Etapa I del Parque Residencial Hato Grande, respecto de la cual, como se dejó expuesto en la descripción del contrato de servidumbre, se generaron obligaciones para los extremos del contrato, como que conjuntamente tenía que tramitar la modificación de la licencia de urbanismo para que se incluyera la Etapa II que se proyectaba levantar en el predio dominante y que el constituyente pediría la modificación de la vía carretable diseñada al interior de la Etapa I, que lo ampliaría en un metro y medio atendiendo el mayor flujo de tránsito que tendría en consideración de hasta las 70 casas que podrían levantarse en el predio dominante que serían la Etapa II, que presentaría el constituyente una relación de costos de la modificación de la servidumbre y que el beneficiario los cubriría en un término de 10 días.

Pero a la vez, en la cláusula séptima se estipuló que transcurridos 24 meses desde la firma de la escritura, esto es al 5 de noviembre de 2005. sin que el constituyente desarrollara Etapa I del proyecto Parque Residencial Entreríos de Hatogrande, las partes acuerdan que la servidumbre que aquí se constituye pasará en un ancho de siete metros (7 mts) y su trazado será por el lindero del predio sirviente con el club militar de golf y serán de cargo del beneficiario y de los futuros beneficiarios o usuarios de la servidumbre, la obtención de las licencias y la ejecución de las obras que sean necesarias para la construcción de la vía.

Y como para ese momento 5 de noviembre de 2005 nada de eso se cumplió, El Constituyente no desarrolló la Etapa I, la primera servidumbre en la que eran obligación conjunta la tramitación de las licencias de urbanismo y modificación del trazado de la servidumbre, por el querer de las partes que gobierna la servidumbre voluntaria, desapareció, ya no se hizo

posible y quedó vigente a partir de ese momento, mes 24 siguiente al de la firma de la escritura de constitución del gravamen, la servidumbre a que refiere la cláusula séptima del acto de constitución.

En efecto, con escritura 4066 del 29 de octubre de 2008 Alianza Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo Parque Residencial Hatogrande vendió el predio sirviente a Fénix Construcciones S.A. y en el predio sirviente vendido, que sigue gravado pero sólo con la servidumbre de tránsito establecida en la cláusula séptima a partir del 5 de noviembre de 2005, su adquirente elaboró un proyecto distinto en tres fases que culminó conformando la copropiedad que es la demandante en este proceso.

Copropiedad que acá demandó la extinción de la servidumbre pero dirigida únicamente a la que ya estaba extinguida por la voluntad de sus extremos contractuales, error en el que también incurrió el juez pues aunque trajo a su fallo en sus consideraciones la cláusula séptima del contrato de constitución, que en efecto leyó, ningún alcance le dio, no observó lo que de su contenido se derivaba, que las partes soberanos en la configuración del gravamen de tránsito voluntario, previendo que pasaría si en el predio sirviente no se levantaba la Etapa I del proyecto de construcción que fue la causa del pacto de servidumbre, señalaron la constitución de una servidumbre distinta, no solo en el ancho de su extensión, sino en la atribución del cumplimiento de las obligaciones que su puesta en funcionamiento requería y contra ella ningún embate se planteó.

Pero aun dejando de lado este último razonamiento, y continuando el estudio frente al alegado paso del tiempo de esa otra servidumbre sin su uso como causal de extinción del artículo 942 numeral 5 del C.C., que el juez también consideró probado, sin hacer al respecto estudio alguno y limitándose a afirmar que había ya pasado 10 años de realizada la inspección judicial o presentada la demanda sin que se hubiere usado la servidumbre, encuentra la Sala que tampoco se configuraría en el caso la causal de extinción del gravamen del numeral 5° del artículo 942 del C.C.

Ello por cuanto, como se dejó expuesto, por voluntad de las partes habría de esperarse a que transcurrieran 24 meses desde la firma de la escritura de constitución de la servidumbre escritura pública 6812 del 5 de noviembre de 2003, para poder determinar que sí al día 5 de noviembre de 2005 no había el constituyente levantado en su sirviente predio la Etapa I del proyecto urbanístico Parque Residencial Entreríos de Hatogrande, desaparecía la servidumbre inicialmente convenida y delimitada en la cláusula tercera y se hacía exigible, a partir de ese momento, la determinada en la cláusula séptima.

Ahora como la presente demanda fue presentada el día 23 de abril de 2015, claro es que el reclamo no resulta oportuno, pues más que evidente resulta que al formularse no se habían cumplido los 10 años que exige la ley de no uso de la servidumbre para que se consolide su extinción.

Esto es, que aun sin entrar a considerar, porque no es necesario para la decisión a tomar, que la parte demandada alega y aporta copias de pronunciamientos de las autoridades competentes dentro del trámite policivo de perturbación a la posesión por ella iniciada para la protección de la servidumbre y que en los antecedentes de la Resolución No. 006 del 21 de abril de 2014, la inspección de policía de Sopó resolvió la primera instancia de la querella formulada por Camacho Valderrama y Cía. S.C.A. en contra de la propiedad horizontal demandante, queja que, según se expresa en el apartado de antecedentes del pronunciamiento de dicha autoridad, fue presentada el 15 de agosto de 2013.

Ni la reclamada por el extremo demandado incidencia que tendría en el estudio de la consolidación o no del fenómeno extintivo, la toma de medidas cautelares que impidieron la ejecución de actividades tendientes a la puesta en funcionamiento de la servidumbre; lo cierto es que al momento de formularse ésta demanda no habían transcurrido los diez años desde el día en que se habilitaba el uso de la servidumbre por el diseño y obligaciones convenidas por las partes en la cláusula séptima del contrato de servidumbre, que la norma sancionatoria aplicable al caso (art. 942 numeral 5° del C.C.) exige para la consolidación de la causal de extinción del gravamen objeto de este reclamo.

Esto es, que como su utilización sólo se habilitaba, conforme al querer de los contratantes el día 5 de noviembre de 2005, cuando habiendo transcurrido 24 meses de la firma de la escritura de constitución de la servidumbre en el predio sirviente no se había en el predio sirviente la Etapa I del proyecto urbanístico Parque Residencial Entreríos de Hatogrande, y el reclamo de extinción se advierte prematuro al elevarse antes de que vencieran los diez años desde que se posibilitó su uso y que vencían el 5 de noviembre de 2015, pues la demanda se formuló el 25 de abril de 2015.

Entonces no se habría paso la extinción de la servidumbre demandada, ni aun con el estudio de la prescripción extintiva alegada como última causal y única aplicable a la servidumbre voluntaria, según se explicó, lo que conlleva a la revocatoria de la sentencia apelada y a la negativa de las pretensiones formuladas y se hace innecesario el pronunciamiento sobre las excepciones de mérito planteadas.

La prosperidad del recurso comporta la condena en costas procesales de ambas instancias a la parte demandante en favor de la demandada, fijándose como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 4 S.M.L.M.V., debiendo el a-quo tasar en su oportunidad las agencias en derecho de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil-Familia de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2023 por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá, para en su lugar se dispone:

1.- NEGAR las pretensiones de la demanda de extinción de servidumbre de tránsito elevada por CONDOMINIO HATO GRANDE RESERVADO P.H. contra CAMACHO VALDERRAMA Y CIA S. en C., -hoy FINCA RAIZ CAMACHO VALDERRAMA S.A.S.

2°.- CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandante en favor de la demandada. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma 4 S.M.L.M.V., debiendo el a-quo tasar en su oportunidad las agencias en derecho de primera instancia y liquidar conjuntamente todas las causadas.

Notifíquese y devuélvase,

Los Magistrados



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ