

que con origen en el contrato de compraventa surgen a cargo del vendedor, de responder de la evicción y de los vicios ocultos de la cosa vendida, a pesar de que el contrato no produzca tal efecto sino a *condición* de que sobrevenga la evicción o se descubran los vicios ocultos existentes a la fecha de celebración de aquel. Y sería grave error decir que estas obligaciones no son de carácter contractual por cuanto no surgieron directa e inmediatamente del contrato en el momento de su celebración, sino mediante la ocurrencia posterior de los hechos respectivos, que bien pudieron no llegar a ocurrir.

El no incluir entre los contratos sinalagmáticos la figura contractual de que me he ocupado en este breve estudio, puede conducir a conclusiones equivocadas, como sería la de no considerar como obligaciones de origen contractual las que surgen con posterioridad a la celebración del contrato, pero con causa en él, a cargo de una de las partes. Y la de considerar como acciones extracontractuales las destinadas a hacer efectivas tales obligaciones, a pesar de su manifiesta vinculación al contrato respectivo.

Obsérvese finalmente que el artículo 1496 del Código Civil llama *bilateral* el contrato "cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente", sin distinguir entre la figura en que las obligaciones recíprocas surjan en el momento mismo en que queda celebrado el contrato, y aquélla en que las obligaciones a cargo de uno de los contratantes surjan posteriormente en virtud del contrato, al través de hechos que sin él no se hubieran producido.

## LOS BIENES DE USO PUBLICO

POR TULIO GOMEZ ESTRADA, Colegial de Número y Doctor en Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas.

Es el derecho el que constituye y fundamenta la libertad. Porque la simple posibilidad de obrar, a la cual se puede contraponer cualquier impedimento, no es libertad, sino arbitrio irregulado, y carece de todo valor. La verdadera Libertad surge solo cuando la posibilidad natural de obrar es acompañada por la exigencia de respeto, ha dicho Del Vechio en su obra de Filosofía. Sin el derecho la sociedad cae en la anarquía o en el despotismo.

Las personas tienen derechos propios, independientes del Estado y anteriores a éste. "Estos derechos, dice el Cardenal Prisco, constituyen el patrimonio particular del hombre y la autoridad social y civil, que no se puede arrogar la facultad de alterar su esencia ni su fundamento, tiene solamente la potestad y el deber de garantizarlos, de reglamentar su ejercicio en orden al bien común y dentro de los límites de la verdadera necesidad natural consiguiente a este fin".

Esta clase de derechos son parte de la naturaleza humana. Son los derechos naturales, que no los crea el Estado, porque son anteriores y superiores al Estado, el Estado no hace otra cosa, respecto a esta clase de derechos, que reconocerlos en su derecho positivo; pero no los crea, asegura el ejercicio de ellos. Son derechos innatos, como lo reconocía San Ambrosio y como lo garantizaba Wolf, indicando éste que ellos eran la seguridad, la libertad y la igualdad.

Uno de esos derechos, que se revela inmediatamente por la razón, es el de la libertad para poder la persona moverse dentro

del territorio de cada nación a su voluntad. Si este derecho no existiere, los hombres estarían como clavados y no podrían vivir.

Este derecho está acogido como uno de los derechos fundamentales de las garantías individuales y sociales en la Constitución Nacional; es del derecho público, ya que pertenece a la organización misma del Estado para con todos los habitantes.

El derecho a la libertad de moverse, necesita objetos inherentes a él, que lo hagan viable y efectivo en su ejercicio, pues de otra manera el hombre tendría un derecho hipotético simplemente. Los bienes objeto de este derecho son los bienes de uso público, como los caminos, las calles, las plazas, las carreteras, los jardines públicos, los puentes, los ríos.

Son estos bienes destinados a la obtención del fin de intereses públicos o generales. Todo ciudadano puede usarlos. Es pues un derecho de uso público el que se ejerce sobre esos bienes, que sólo puede ser limitado por las leyes, ya por necesidad del Estado o de otros ciudadanos.

Es fundado en un derecho subjetivo público de las personas el que se ejerce sobre los bienes de dominio público.

Estos bienes son los campos donde vive y se ejercita por los hombres la mayor de las libertades individuales y públicas, por lo cual es atroz y lesivo de uno de los derechos más grandes el atentar contra ellos. "En todo caso, es constante la *función instrumental* de los bienes de dominio público, por lo cual ese dominio se ha definido como el destino necesario y exclusivo de los bienes a una función pública", dice Messineo.

Por ejercerse el derecho en mención sobre bienes determinados, este es un derecho real. De modo que es derecho público y real el que se ejerce por el común de los habitantes sobre un bien de uso público, que Messineo equipara en su estructura de algunos de ellos, al usufructo o a la servidumbre y que dice este moderno autor, que constituyen derechos autónomos, lo que quiere decir que se trata de un derecho especial, distinto a los otros derechos.

Es un derecho que constituye en inenajenables, ni expropiables, no comerciables e imprescriptibles a los bienes destinados al uso público. Son por tanto bienes de trato distinto al de los bienes del derecho privado, porque como indica Messineo, sirven para satisfacer necesidades improrrogables y agrega este autor: "Repugnan a ello, por tanto, aquellos caracteres de las cosas privadas que implican la posibilidad de distraer dichas cosas de su destino (alienabilidad, expropiabilidad, usucapibilidad, etc.); *es inconce-*

*bible que las cosas de dominio público sean apartadas de la función a que están destinadas".*

Messineo dice que ese derecho público sobre los bienes de uso público ha sido tenido por los autores, como un derecho diverso al de la propiedad privada, con poderes diversos de los que corresponden al propietario privado, por los fines necesarios de los bienes afectos al uso público.

Los franceses (Planiol y Ripert) distinguen como características de los bienes de uso público, la *afectación* de una cosa al uso de todos; "por el uso que hacen de los bienes afectos a su servicio, absorben toda su utilidad".

Los derechos se transforman y modifican por actos que repercutan en el orden jurídico o por disposiciones de voluntad. El destino deseado y dispuesto debidamente respecto de un bien, o el hecho o acto del uso de todos los hombres en común, obran en la transformación de un derecho. De esta manera pasan los bienes de ser objetos del derecho de propiedad, y del derecho privado, a ser objeto de otra clase de derecho, de derecho público, con características y modalidades distintas, no regido por el derecho privado.

Son los de uso público, bienes públicos del territorio (art. 674 del C. C.). "Son de uso público o común a todos los habitantes: no susceptibles de propiedad privada, y quedan fuera del derecho común porque están sometidos a reglas particulares, de las cuales algunas se encuentran en el Código Civil". (Dr. Fernando Vélez). "Bienes nacionales de uso público", repite la Ley 113 de 1928. Este derecho es un derecho que le pertenece a cada persona directamente. Si la persona camina por la calle lo hace en ejercicio de su propio derecho; lo mismo si está en la plaza.

El derecho a las cosas de uso público, dicen Planiol y Ripert, se halla en la afectación de ellas al uso de todos, "afectación que puede ser natural, como en cuanto a los ríos, o voluntaria, como respecto a los caminos". Que aparece este derecho, verdadero dominio del público por el uso que las personas hacen de los bienes afectos a ese servicio, que absorbe toda utilidad del bien. La afectación directa al uso público los hace inalienables e imprescriptibles, como los que sirven de vías de comunicación. "No solo los particulares no pueden adquirir sobre ellos, por usucapión, un derecho de propiedad o un derecho de servidumbre sino que ni las autoridades públicas mismas, encargados de su guarda y cuidado, pueden disponer de los mismos en forma alguna".

La Corte ha expuesto la siguiente doctrina: "Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de derecho público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone, se encuentra: el *usus* no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el *fructus*, no existe, en tesis general, y el *abusus* tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En estos bienes, observa Demófilo de Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, sino "un derecho de administración o gestión en unas cosas, y en otras una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común". En este caso el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio "*sui generis*". (Nº 1961, pág. 254 de la G. J.).

El Código Civil Colombiano, como los precedentes del francés, tratan de paso de definir qué son bienes de uso público y de disponer determinadas cuestiones en que estos tienen relación con la propiedad privada limítrofe, pero no es que reglamenten el derecho de uso público, sino el contacto de propiedades afectos a este derecho, con las propiedades, con las cuales lindan las del uso público.

De Ruggiero habla de los bienes de uso público, como de "cosas que son destinadas *perpetuamente* a fin público" (pág. 515, volumen primero).

Este derecho público, para su protección tiene una acción pública, la consagrada por el artículo 1005 del C. Civil, porque todo ciudadano tiene derecho al uso público.

El problema de la transformación o modificación del derecho público del uso público a la propiedad privada de estos bienes, es trascendental y grave, como es de honda y trascendental la raigambre de este derecho público, que está ligado, no solo al derecho positivo, sino a otro de mayor excelencia como es al derecho natural.

Algunos autores dicen que la desafección puede hacerse por la administración, cuando el uso público ha dejado de ejercerse. Pero, ¿qué organismo de la administración, cuándo y cómo va a disponer ese acto de transformación del derecho sobre el bien? Esto es necesario que sea resuelto al menos por ley expresa.

Es de observar que las entidades municipales no tiene sobre los bienes de uso público sino una función de guarda y vigilancia, pero no de disponibilidad.

Planiol y Ripert, con las citas que hacen de leyes anteriores o especiales, manifiestan inclinarse al menester de un estatuto legal para fundar la desafección; el volver los bienes de uso público al derecho de propiedad privada.

Coviello dice, que "es indudable que la destinación de los bienes de uso público necesita de la voluntad soberana que se manifiesta por una ley, pero que es muy difícil determinar los hechos que sirvan para comprobar la voluntad del poder público de hacer que cese el destino de los bienes domaniales; que no basta el no uso, aún prolongado por largo tiempo, porque a ello se opone el principio de la imprescriptibilidad que, así como impide al particular que, usando exclusivamente la cosa pública, puede adquirir su propiedad, de igual modo impide que el público pierda el derecho de uso por la sola inercia. Que los bienes de uso público no pueden ser objeto de prescripción, ni de un acto de enajenación (309 y 310).

La transformación del derecho público del uso común en los bienes que son objeto de éste, es cuestión de trascendencia y de una capital importancia, igual a la de ese derecho, por lo cual tal potestad no puede ser conferida sino por la ley, al menos.

Según el artículo 20 de nuestra Constitución los funcionarios públicos no están facultados sino para hacer aquello que las normas les facultan.

Las atribuciones o funciones de los empleados públicos son de orden público, por lo cual esas atribuciones, ni pueden suponerse, ni pueden crearse por la simple analogía, como es de lógica jurídica y como tiene sentado la Jurisprudencia. Las funciones y poderes que competen a cada empleo son expresa y terminantemente conferidas por las normas obligatorias (Providencia del Consejo de Estado, Nº 351 del Diario Jurídico, la más reciente).

El Concejo o el Alcalde en sustitución de éste, en ejercicio de los poderes municipales, no tienen autonomía ni esos poderes nacen de la entidad municipal misma. El Municipio, como lo expone R. Carre de Malberg, en su obra extensa de la "Teoría General del Estado", no está dotado de verdadera autonomía respecto del Estado, ni la potestad que ejerce le pertenezca en virtud del derecho natural y primitivo. "Sin duda, el derecho que tiene el Municipio a administrarse por sí mismo es para él, en cierto modo, un derecho propio, lo mismo que el derecho que puede tener una asociación privada a dirigir sus asuntos. Ahora que, por una parte, así como los estatutos de una sociedad cual-

quiera sólo adquiere valor jurídico obligatorio por efecto de una ley, en virtud de la potestad del Estado y mediante la ayuda de esa potestad, asimismo también los derechos y atribuciones del municipio dependen de la voluntad estatal, por cuanto es indispensable que hayan sido consagrados y provistos de protección eficaz por las leyes del Estado. En otros términos, mientras que el Estado determina y sanciona él mismo sus derechos en virtud de su propia potestad y voluntad, los derechos del municipio se fijan, reglamentan y convierten en jurídicamente eficaces por la ley superior del Estado del que depende. Ya en este sentido no se les puede calificar de derechos originarios: no ya porque, al ejercerlos, el municipio ejerce un derecho ajeno, un derecho del Estado, un derecho verdaderamente delegado o concedido, sino porque los poderes que tiene para ejercerlos, al igual que los poderes de un propietario, sobre su casa, toman su fuerza pasiva en su consagración estatal, y por lo tanto las facultades municipales se basan, desde el punto de vista de su eficacia, en derecho positivo, en la voluntad del Estado, el cual, al consagrar esas facultades naturales, las convierte en derechos propiamente dichos”.

“Aquí es donde se hace posible establecer la precisa y capital diferencia que existe entre el Estado y el Municipio. Uno y otro tienen, en un sentido, derechos propios, pero mientras que los derechos propios del Estado se ejercen por éste en virtud de su sola potestad y voluntad, los del Municipio, no pueden ejercerse con efectividad sino con el permiso y conforme a la ley del Estado y además, mientras que los derechos estatales llevan en sí originalmente la fuerza proveniente de la potestad pública inherente al Estado, los del municipio solo adquieren dicha fuerza por cuanto el Estado asegura su realización mediante su potestad o delega esta en el Municipio para su realización. En esto precisamente aparece con claridad que los derechos del Estado son de esencia diferente a la del Municipio, como antes se ha dicho. Los primeros son derechos de dominación, o en todo caso van acompañados de potestad dominadora; los segundos pueden tal vez ser derechos propios, derechos que el municipio ejerce en su propio nombre, pero ni son derechos de dominación, ni llevan en sí potestad dominadora, al menos originalmente”.

“... Finalmente, si los derechos, inclusive los propios, del municipio no pueden ejercerse efectivamente por él sino con la condición de haber sido reconocidos y sancionados por las leyes del Estado, resulta naturalmente que el ejercicio de estos derechos puede serle retirado por nuevas leyes que modifiquen la legisla-

ción anterior. Más aún; la existencia misma del Municipio depende de la voluntad del Estado”. “... Los poderes que tiene el Estado sobre los municipios son jurídicamente ilimitados”. La soberanía está en la nación.

“En primer lugar, la autoridad administrativa carece de potestad general que le permita, en un orden determinado de materias actuar o estituir por su propia iniciativa por vía de reglamentos generales o de medios particulares”. “... El campo de acción de la administración es sencillamente la ejecución de las leyes”.

En esta exposición de tan sabio autor está contenida la doctrina por la cual una autoridad municipal tiene en la ley las precisas facultades que el Estado le confiere y dentro de las cuales está su potestad.

Por esto la autoridad municipal no puede obrar con ninguna potestad más allá de la que tiene conferida expresa y precisamente por la ley del Estado.

Ni el Concejo, ni el Alcalde pueden abrogarse poderes no conferidos; no tienen facultad o poder para resolver por sí la “desafectación” del uso público de los bienes que tienen esta destinación, en los cuales se ejerce el derecho real, que corresponde a todos los habitantes, por el querer del poder de la legislación estatal. Un acto de estas entidades en el que quieran por sí transformar el destino de los bienes de uso público, está viciado de nulidad.

Cabe aquí una breve consideración sobre la esencia de los derechos reales.

El derecho de uso público, como real que es, hace relación a un determinado bien o a unos determinados bienes. No es posible el concepto cabal y ajustado de los derechos reales sin la consideración de una base ontológica. La concepción subjetiva de esta clase de derechos tiene una relación con la cosa determinada; una relación de una persona titular del derecho con una cosa singular determinada. El derecho real de relación, en que se tiene el poder sobre un ente, y no sobre otro distinto a éste, ni sobre un ente cualquiera. Una teoría simplemente cuantitativa del derecho real sobre un inmueble sería imposible ontológica, física y lógicamente y un absurdo jurídico. El derecho real sin esa determinada y permanente relación esencial, quedaría desfigurado, sería otra cosa distinta a la noción surgida del derecho natural y configurada por el derecho positivo. Ni siquiera el comunismo lo ha podido desbaratar.

El profesor austriaco que es hoy de la Universidad de Wisconsin, William Ebenstein, en su obra sobre "La Teoría Pura del Derecho", tratando del derecho real de propiedad, se expresa: "Es interesante notar que la opinión ideológica de la propiedad como dominio sobre una cosa no lo ha sostenido sólo la burguesía, sino también la teoría marxista. Esta ha visto la propiedad como una relación entre persona y cosa, natural en el origen y basada en el trabajo o en la adquisición, relación admitida en el derecho objetivo solo en el último extremo. En el marxismo, igual que en la teoría burguesa, el que se sostenga esta opinión tiene una explicación ideológica". Esto que se dice del derecho real de propiedad, tiene su alcance a todos los demás derechos reales, a los cuales pertenece el de uso público. Esa relación ontológica, no puede ser sustituida por nada.

Por esto no es posible buscar el poder de transformación del derecho, o la "Desafectación" o cambio de destinación del derecho de uso público por quien no tiene el poder o facultad para ello, aún supliendo la materia o cambiando la cosa sobre la cual ha de recaer la relación del derecho real, porque, como ya fue dicho, esa cosa es una determinada, idéntica en sí, y no una cosa cualquiera. Esa relación es constante y permanente, mientras exista el derecho.

La legislación colombiana tiene sentado el principio de que sólo la ley puede conferir facultades para cambiar la destinación de bienes que han sido del uso público y que han dejado de tener este uso, o de bienes que con esta destinación se hace impracticable o muy difícil el aprovechamiento en ellos del uso del público. (Ley 104 de 1928, entre otros).

## DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Capítulo correspondiente a la Tesis que, bajo el título de *Estudio sobre la Sociedad Conyugal*, presentara el señor D. JULIO CESAR OLAYA, para optar el título de Doctor en Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Tanto las personas naturales como las jurídicas, por principio, tienen un patrimonio. Este patrimonio se ha considerado siempre como una universalidad jurídica, compuesta por todos los bienes presentes y futuros que entren o puedan entrar en él. Concepto que no puede aplicarse sino a las personas naturales, ya que las personas jurídicas tienen capital fijado de antemano y que no pueden aumentar o disminuir sino con determinados requisitos.

La sociedad conyugal tiene su patrimonio propio, formado por los bienes aportados a él por los esposos en el momento de contraerlo y por los que adquieren durante él, a cierto título. Si bien es cierto que esta sociedad es la única permitida por la ley como universal, lo es también el que no siempre es universal, como en el caso de que alguno de los cónyuges por capitulaciones matrimoniales se reserve algunos bienes.

Es también curioso anotar que la sociedad conyugal no es persona distinta a los cónyuges individualmente considerados y no constituye una persona jurídica. No obstante tiene bienes que pudiéramos llamar propios de la sociedad, compuestos por los bienes aportados y por los adquiridos dentro de la sociedad, a cierto título; y derecho a las ganancias producidas por los bienes reservados por los cónyuges o que de acuerdo con la ley sean de