REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

"Al servicio de la justicia y de la paz social"

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	SERVIDUMBRE
DEMANDANTES	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÌN ESP
DEMANDADO	SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE PROMIGAS S.A. ESP SOCIEDAD SANTA ELENA S.A.
INSTANCIA	SEGUNDA –*APELACIÓN AUTO*-
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 03 012 **2020 00109 01** INTERNO 2022 – 116
PROVIDENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO N 114
TEMAS	DERECHO A PROBAR Y EL PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	REVOCA
MAGISTRADA PONENTE	**MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO**

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto en el proceso de la referencia por la parte demandante, frente a la decisión adoptada por el Juzgado de primer grado en providencia del 28 de septiembre de 2021, donde el *a quo* resolvió negar la contradicción del dictamen pericial.

I. ANTECEDENTES

Se desprende del expediente digital arribado que, a través de apoderado judicial, Empresas Públicas de Medellín ESP instauró proceso con pretensión de imposición de servidumbre de energía eléctrica sobre varios predios, el cual conoció inicialmente el Juzgado Civil del Circuito de Caucasia (Antioquia).

Integrada la Litis y debido a la oposición que formuló la codemandada Sociedad Santa Elena S.A. frente al avalúo de perjuicios presentado por la parte demandante, en providencia del 21 de marzo de 2018 el juzgado

designó un perito de la lista de peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y otro experto de la Lonja de Propiedad Raíz, advirtiendo que en caso de estar de acuerdo los auxiliares podrían presentar experticia conjunta o si existiere desacuerdo la misma sería separada.

Debido a la no comparecencia de los auxiliares, en providencia del 13 de noviembre de 2018, el Juzgado Civil del Circuito de Caucasia los relevó del cargo y dispuso oficiar al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y a la Lonja de Propiedad Raíz para que cada entidad designara un perito avaluador.

El 26 de febrero de 2019 el referido juzgado designó el perito informado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el cual fue relevado por la no aceptación del cargo y nombrado otro en providencia del 10 de octubre de 2019, donde también se escogió el experto informado por la Lonja de Propiedad Raíz.

El 14 de febrero de 2020, en consideración al Auto AC140 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, el Juzgado Civil del Circuito de Caucasia se declaró incompetente para seguir conociendo el proceso y dispuso la remisión a los juzgados civiles del circuito de Medellín, correspondiendo por reparto al Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín, despacho judicial que en providencia del 11 de marzo de 2020 avocó conocimiento.

Luego de varias vicisitudes con la designación de los expertos, los señores Gustavo Solano Salgado y Jairo Moreno Padilla manifestaron aceptar el cargo y presentaron dictamen pericial que fue puesto en conocimiento de las partes el 9 de julio de 2021.

El 15 de julio de 2021, la apoderada de la entidad demandante solicitó se cite a los peritos a audiencia para sustentación y contradicción del dictamen.

La anterior solicitud fue resuelta por el juzgado de primera instancia de forma desfavorable a la solicitante en providencia del 28 de septiembre de 2021, allí señaló el *a quo* que el presente proceso tiene un trámite y

normatividad especial en la que no se establece contradicción del dictamen en audiencia y, precisamente la experticia presentada por los dos últimos expertos estaba establecida para resolver la oposición que frente al dictamen inicial presentara una demandada.

Frente a la anterior decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. La reposición fue decidida desfavorablemente en providencia del 13 de junio de 2022, donde también se concedió la alzada en el efecto devolutivo, remitiendo el expediente digital para su estudio a este Tribunal donde fue repartido a este Despacho el 28 de junio de 2022, siendo procedente resolver de plano previas las siguientes:

II. LA IMPUGNACIÓN.

La recurrente expresó que aunque el proceso de imposición de servidumbre de conducción de energía eléctrica se disciplina por las disposiciones de la Ley 56 de 1981 y el Decreto 1073 de 2015, la contradicción del dictamen pericial rendido por los dos peritos designados al amparo de dichas normas, es un asunto que no está regulado en éstas, siendo procedente que el juez se remita al artículo 228 del Código General del Proceso, posición que ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia, para cuyo efecto reseñó ña sentencia del 30 de noviembre de 2020 proceso radicado No. 23001-31-03-002-2016-00418- 01.

III. CONSIDERACIONES

1. DERECHO A PROBAR Y PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA.

Con el vigente ordenamiento Constitucional procesal, el derecho a la prueba se ha erigido además de componente del debido proceso, en una garantía fundamental autónoma[1] para toda persona que ostente el carácter de parte o interviniente, o que pretende serlo en un futuro proceso. De conformidad con la Carta Política y la ley, dicha garantía consistente en la exigencia al Juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-393 de 2004

verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa[2].

Sobre este específico derecho de raigambre procesal también ha precisado la más autorizada doctrina nacional[3]:

> Así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener con él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquel, puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta o la imputación o el hecho eximente de responsabilidad penal.
>
> Basta recordar la importancia extraordinaria que la prueba tiene no sólo en el proceso, sino en el campo general del derecho (cfr. núms. 1-3), para comprender que se trata de un indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa. En cuanto al demandado e imputado o procesado se refiere es claro que sin el derecho de probar no existiría audiencia bilateral, ni contradictorio efectivo, ni se cumpliría la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo; en relación al demandante, es igualmente indudable que sin el derecho a probar resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.

Ahora, de conformidad con el artículo 164 del Código General del Proceso, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. El referenciado imperativo normativo procesal es un desarrollo positivo del decantado principio de necesidad de la prueba; sobre el cual también se ha enseñado:

> La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; esta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez. (arts. 174 C.P.C. y 232 C.P.P.).
>
> Utilizamos la palabra necesidad como *"todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir"* (art. 174 del C. de P.C.).

---

[2] Ver al respecto: RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental.* En: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia: Medellín, Vol. 64, Nº 143, (2007) págs. 182-206.
[3] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado general de la prueba judicial.* 5ª Edición, Bogotá: Temis, 2006, Tomo I, pág. 26

> Cuando hay necesidad, no hay libertad, por tanto no existe ninguna libertad para que el funcionario decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento en el derecho de contradicción, el cual sería violado si la decisión se tomara con base en pruebas no aportadas al proceso, o en ideaciones o en conocimientos privados del juez.[4]

Resulta entonces totalmente consecuente y sistemático concluir que si existe un imperativo de probar los hechos que se alegan por acción o excepción, debe garantizarse la posibilidad al destinatario de cumplir efectivamente dicha carga; de ahí la importancia del derecho subjetivo a probar, en tanto es la prerrogativa que complementa el principio de necesidad de la prueba, que es el que racionaliza y legitima a la actividad jurisdiccional.

2. CASO CONCRETO.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, para el caso concreto el objeto de discusión está circunscrito a determinar si era adecuado que el juzgado de primera instancia negara la solicitud de contradicción del dictamen pericial arrimado por los peritos designados, o si como aduce la parte recurrente, dicha contradicción resulta procedente en el presente proceso especial de imposición de servidumbre de conducción de energía eléctrica, asunto que es apelable dado que traduce la negativa de practicar una prueba.

Para negar la solicitud el juzgado de primera instancia consideró, en esencia, que al presente proceso especial de servidumbre de imposición de energía eléctrica no le resultan aplicables las normas del Código General del Proceso que regulan el trámite del dictamen pericial, por existir una normatividad especial en la materia de servidumbres.

Sobre este tópico importante resulta destacar que la posibilidad de contradicción de las pruebas que aduzca la parte contraria en un proceso judicial, es asunto muy importante, por estar ligado directa y evidentemente al derecho de contradicción y al debido proceso, así lo ha establecido claramente la Corte Constitucional, siendo pertinente traer a colación lo señalado por ésta Corporación en sentencia T 204 de 2018, así:

> 41. Acorde con el artículo 29 Superior hace parte de la garantía

[4] PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio.* 16ª Edición, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2007, págs. 73-74.

> fundamental al debido proceso la posibilidad de *"pedir pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra".*
>
> 42. En vista de ello, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de la actividad probatoria en todo procedimiento, es decir, "*la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las* [pruebas] *que obran en cada trámite"*, pues (i) no solo hace posible que las partes ejerzan efectivamente su derecho de defensa sino que, al mismo tiempo, (ii) permite al funcionario judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos y aplicar las normas jurídicas pertinentes que resuelvan el asunto puesto a su conocimiento.
>
> Asimismo esta Corte también ha señalado que el principio de publicidad probatoria junto con el principio de contradicción de la prueba son criterios rectores del debido proceso probatorio en la medida en que implican que las pruebas deben ser conocidas por las partes, a efectos de que puedan ejercer contradicción sobre las mismas, pues ello es una expresión "*del derecho de defensa, y un desarrollo del principio de igualdad*".

Ahora, si bien es cierto, en materia del proceso especial de imposición de servidumbre de energía eléctrica existe una normatividad especial contenida en la Ley 56 de 1981, en el Decreto Reglamentario 2580 de 1985 y compendiada actualmente en el Decreto 1073 de 2015, donde se establecen algunas disposiciones especiales en esta materia e incluso se regulan algunos aspectos del dictamen pericial; también lo es que, en caso de vacíos en dicha normativa o de contradicción de ésta con los principios que procura desarrollar la legislación procesal civil vigente, lo adecuado es que el juez que conoce el proceso aplique las normas que resulten más garantes de cara al debido proceso de las partes, lo que en el presente caso se traduce en posibilidad del ejercicio del derecho de contradicción del dictamen pericial de forma oral y en audiencia, conforme lo establece la legislación procesal civil actual. Y ello es más relevante en casos como el presente, donde las normas que regulan la materia específica, aunque están vigentes, no coinciden plenamente con el avance de la normatividad constitucional y procesal actual, el que cada vez más ligado a efectivizar el debido proceso de las partes intervinientes en un proceso.

Este entendimiento también ha sido el que le ha dado nuestro máximo órgano decisión al tema, siendo pertinente traer a colación la sentencia SC4658 de 2020, donde dicha Corporación expuso:

> "Acorde con el artículo 2.2.3.7.5.3 del Decreto 1073 de 2015, dicho proceso solo contempla la posibilidad de discutir un aspecto del conflicto: el monto de la indemnización a que haya lugar por la

imposición de la servidumbre. Para ello, se dispuso que la entidad de derecho público incluyera en su demanda «***el inventario de los daños que se causaren****, con el estimativo de su valor realizado por la entidad interesada en forma explicada y discriminada****, acompañado del acta elaborada al efecto***», pudiendo el extremo convocado manifestar su desacuerdo con esa estimación dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda.

Si ello ocurre, el funcionario que adelanta la causa designará dos peritos avaluadores, «*uno de la lista de auxiliares del Tribunal Superior correspondiente y el otro de la lista suministrada con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi*», quienes presentarán una valoración conjunta del importe de la obligación a cargo de la actora, debiéndose anotar que si aquellos no logran un consenso sobre el particular, el juez habrá de nombrar un tercer perito, también del IGAC, para que dirima el empate; esto significa que al expediente se aportará un solo dictamen (no dos, como sugirió el tribunal), con la firma de los expertos iniciales, o la de uno de ellos, sumada a la del «*tercer perito*» con el que conformó "mayoría decisoria" frente al resultado del trabajo técnico.

Como este dictamen se orienta a esclarecer el único tema en discusión, debe colegirse, necesariamente, que las partes están facultadas para controvertirlo, acudiendo, por remisión del artículo 2.2.3.7.5.5. del Decreto 1073 de 2015, a la fórmula que consagra el precepto 228 del Código General del Proceso, pues la reglamentación especial no disciplinó, ni siquiera tangencialmente, el ejercicio de la prerrogativa constitucional de contradicción probatoria.

Ese silencio del estatuto especial, además, no puede entenderse como un impedimento para ejercer esa facultad, pues ello implicaría optar por la exégesis menos verosímil y más restrictiva del derecho fundamental al debido proceso de las partes, contrariando así el principio *pro persona*, «*que informa todo el derecho de los derechos humanos,* [y] *en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia,* ***o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos*** *e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria*»

Cabe añadir que la lectura más limitativa del derecho a la defensa y la contradicción ni siquiera podría justificarse acudiendo a un parámetro de celeridad, pues la premura que exigen las obras públicas se satisface en la fase preliminar del proceso, en la que el juez, «***dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presentación de la demanda****, practicará una inspección judicial sobre el predio afectado, identificará el inmueble, hará un examen y reconocimiento de la zona objeto del gravamen* ***y autorizará la ejecución de las obras que de acuerdo con el proyecto sean necesarias para el goce efectivo de la servidumbre***».

Esa temprana autorización, esbozada en privilegio del interés general que reviste la conducción de energía eléctrica a lo largo del

> territorio nacional, facilita que el debate posterior se extienda lo suficiente como para que el monto de la indemnización se determine con plena observancia de las garantías de las partes, como es de rigor, toda vez que ese importe constituye el único espacio donde los litigantes pueden ejercer una defensa efectiva.
>
> Asimismo, como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-582 de 2012, en la justeza de esa tasación confluye el derecho a la reparación integral del propietario y la protección especial del erario, lo que sugiere la necesidad de que la evaluación de la reparación encuentre apoyo en pruebas suficientes, oportunamente allegadas y susceptibles de contradicción.
>
> En definitiva, la Sala concluye que la efectiva realización del bien *iusfundamental* que consagra el canon 29 de la Carta Política impone, en este tipo de procesos, que el dictamen recaudado sea objeto de contradicción, la que debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, o 228 del Código General del Proceso, según el caso, dada la inexistencia de regulaciones especiales al respecto.

De los anteriores argumentos, que denotan la necesidad de garantizar la contradicción del dictamen pericial que se presente en los procesos de imposición de servidumbre de energía eléctrica, se concluye la prosperidad de la alzada, disponiéndose, en consecuencia, revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar acceder a la solicitud de contradicción del dictamen en audiencia formulada por la parte demandante. Para el efecto, el juzgado de primera instancia, según su agenda y disponibilidad, procederá a fijar fecha con el fin de realizar la contradicción del referido medio de prueba.

3. COSTAS.

No habrá lugar a imponer costas dada la prosperidad del recurso y además porque no se acreditaron causadas.

Por lo expuesto, **la suscrita Magistrada Sustanciadora de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín,**

IV. RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la decisión de primera instancia de fecha 28 de septiembre de 2021, para en su lugar acceder a la solicitud de contradicción del dictamen formulada por la parte demandante. Para el efecto, el juzgado de primera instancia, según su agenda y disponibilidad, procederá a fijar

fecha con el fin de realizar la contradicción del referido medio de prueba.

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Magistrada

(Firma escaneada de conformidad con lo establecido en el artículo 105 del CGP en concordancia con la Ley 2213 de 2022)