

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO

Radicado: 15-572-31-12-001-2020-00097-01.

Aprobado por Acta No. 113

Manizales, 1° (primero) de junio de dos mil veintidós (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los demandantes y el codemandado Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S. frente a la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Puerto Boyacá, Boyacá, dentro del proceso de verbal de imposición de servidumbre de tránsito promovido por José Flaminio, Mónica Alexandra y Diana Carolina González Bermeo en contra de Carlos Hernando Gallego y Olga Rocío Pérez; trámite que se surtió con la vinculación del Oleoducto Central S.A. –Ocesa Oleoducto Central S.A.-, Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. –TGI S.A. E.S.P.-, Banco Davivienda S.A. y el Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S.

II. ANTECEDENTES

A. DE LA DEMANDA.

Los demandantes, en su condición de dueños de la finca “La Florida” solicitaron declarar la existencia y consecuente imposición de una servidumbre de tránsito en su favor sobre el fundo denominado “La Milagrosa”, consistente en un camino de 4 metros de ancho y 1.133,88 de largo, para un área total de 4535,52 m²¹; sendero que aluden, existe allí desde hace aproximadamente 18 años. Además, deprecaron estimar el monto de la indemnización, ordenar a los demandados que autoricen el mantenimiento y conservación de la vía y retiren las perturbaciones (broches y reducciones) instalados en ese camino.

En sustento de sus pretensiones, reseñaron que ambos predios son colindantes, pero en razón a que la finca “La Florida” está enclavada, sin salida a la vía pública, su anterior propietario (padre de los demandantes) optó por hacer la carretera en

¹ Hecho cuarto, octavo y décimo de la demanda; pretensiones segunda y tercera.

cuestión, sin que el entonces dueño de “La Milagrosa”, ni los posteriores, hicieran oposición alguna.

No obstante, precisaron que, en mayo de 2020, la servidumbre fue perturbada por el señor Luis Fernando Montes (promitente comprador del predio sirviente)² con la colocación de unos broches, impidiendo el ingreso de camiones grandes utilizados para la entrada de insumos y salida de productos y ganado de “La Florida”; heredad que tiene una vocación agropecuaria³.

Al cierre, resaltaron que el carretable fue construido con anterioridad a la adquisición del predio sirviente por los actuales propietarios y que ese camino representa “la forma más expedita para la comunicación de la finca la florida con la vía pública, y lograr la efectiva explotación económica de dicho inmueble”; aunado, precisaron que en ejercicio del derecho y las obligaciones que les asiste en ejercicio del gravamen, en mayo de 2020 le hicieron mantenimiento.

B. DE LA CONTESTACIÓN.

Tanto el Banco Davivienda S.A. como el Oleoducto Central S.A. – Ocesa Oleoducto Central S.A. no se opusieron a las pretensiones, el primero, porque la obligación respaldada con la hipoteca inscrita ya se encontraba satisfecha; entretanto, el segundo refirió que la servidumbre deprecada no puede afectar la constituida a su favor para la conducción de petróleo en el mismo predio sirviente.

A su turno, la Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. –TGI S.A. E.S.P.- precisó que tiene una servidumbre legalmente constituida sobre el predio “La Florida”, sin que esta afecte el terreno de “La Milagrosa”; de ahí que tampoco se opuso a las pretensiones, siempre que las partes respeten el gravamen a su favor, cualquiera sea el sentido del fallo.

Por su parte, el Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S. (actual propietario de la finca “La Milagrosa”) se opuso a la prosperidad de las pretensiones y si bien no formuló excepciones de forma expresa, el juzgado le dio trámite a los argumentos de defensa que seguido se compendian: (i) el camino fue construido con autorización de un tercero que no era dueño del predio y el paso permitido no es a título de servidumbre, pues esta no ha sido legalmente constituida; (ii) ante la inexistencia jurídica del gravamen, la empresa no estaba obligada a obtener permiso para colocar los broches, los cuales se construyeron para optimizar la actividad ganadera que allí se desarrolla, basada en el mejoramiento de pastos y división de potreros destinados a rotación para el manejo de engorde mediante el sistema de cuidado intensivo; (iii) pese a que el lugar pretendido por los demandantes “es el más ágil, el más breve, el más expedito”, corresponde al juez hacer un

² Posterior se aclaró que su intervención en dicho negocio fue como representante legal del Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S., empresa que luego adquirió el dominio del bien mediante escritura pública No. 3752 del 24 de noviembre de 2020.

³ Refieren producción de leche, maíz, ganado en pie, ovejos en pie, pastos y la proyección de desarrollar un parque temático (hecho 11 de la demanda).

análisis del impacto, lesividad o agresión que implica imponer la servidumbre allí, pues ello representaría una afectación seria al proyecto ganadero que se ejecuta, ya que para el engorde, los semovientes necesitan “absoluta serenidad, tranquilidad, desasosiego, deben estar con escaso o poco contacto con vehículos o personas pues por su continuo paso empiezan a moverse ligeramente o en carrera causándoles intranquilidad, desconcentración, stress, por lo que dejaron de comer y por lo tanto de aumentar el kilaje deseado”; y (iv) los propietarios de “La Florida” sí requieren la imposición de una servidumbre que sea indispensable para el uso y beneficio de su predio, empero, este no se encuentra totalmente enclavado, pues, de antaño, la comunicación con la vía principal también se lograba a través de “un camino comunal o veredal debidamente delimitado hasta cierta parte y en el restante tramo atravesaban por caminos que existían por potreros”.

Los demás convocados guardaron silencio.

C. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo del 9 de agosto de 2021, el *a quo* impuso la servidumbre en la forma deprecada y ordenó al Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S. permitir a los demandantes la realización de las adecuaciones y reparaciones necesarias para el ejercicio del gravamen; aunado, fijó el monto de la indemnización, pero restringiéndola al valor de la franja afectada y el daño emergente. Respecto a los broches, se abstuvo de pronunciarse, en tanto que, conforme se estableció en la diligencia de inspección judicial, estos se colocaron “con el objetivo de dividir precisamente los sectores donde se encuentran los animales, por la cual, ordenar su retiro generaría el paso de los animales sin control entre los distintos sectores del citado predio”.

Para sustentar su decisión, en síntesis, resaltó, conforme lo probado, que el camino existe desde hace al menos diez años y por allí deambulan personas, semovientes y vehículos, incluso pesados. Aunado, el predio “La Florida” se encuentra enclavado, pues no se demostró la viabilidad técnica de los otros posibles tramos aludidos por la demandada; de ahí que impedir su paso por el sendero reclamado, afecta su adecuada explotación económica.

Al cierre, en lo atinente a los perjuicios reclamados por la pasiva a título de lucro cesante y daño al remanente, expuso que dicha sociedad compró la heredad a sabiendas del camino y su uso, de modo que esto debió considerarse al momento de diseñar el proyecto productivo. En ese orden, el menoscabo no puede atribuirse al ejercicio de la servidumbre.

D. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

Tanto los demandantes como el Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S. interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia de primer grado; impugnaciones que fueron sustentadas en la debida oportunidad procesal. Así, los promotores concretaron su disenso en la negativa del despacho de ordenar el retiro de los broches colocados en la vía, pues, en su sentir, de nada sirve el

reconocimiento de la servidumbre, si no se permite el ejercicio libre, lo cual contradice la naturaleza de este derecho real; deprecando, incluso, que se considere a cargo de ellos, la implementación de “otras alternativas técnicas, como el encallejonamiento (sic) de la servidumbre, que permite uniformidad, continuación y conservación en el desarrollo del proyecto de rotación de potreros existente en el predio la Milagrosa con ubicación lateral de los broches (...)”

Por su parte, AGROTEX IN S.A.S. se dolió de la imposición del gravamen en la forma como se declaró, ya que el cognoscente, pese a mostrársele al menos dos alternativas en la inspección judicial, no verificó los otros sectores por donde podía pasar el camino, de suerte que “al evidenciar que era posible el ingreso por lo menos por dos lugares más, debió ordenar, a costa de las partes, la práctica de un nuevo experticio”. Aunado, tampoco valoró los perjuicios que dicho gravamen les representa en razón a la actividad ganadera desarrollada en el predio sirviente, mismos que fueron demostrados con el dictamen pericial que aportaron; precisando, también, que la preexistencia del camino, no significa que los demandantes hayan pagado por las afectaciones de su construcción que atraviesa el predio por la mitad.

E. DEL TRASLADO A LA CONTRAPARTE.

En la oportunidad procesal pertinente, las partes hicieron sus pronunciamientos frente a los recursos interpuestos.

F. DE LAS ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA.

En aras de establecer la concurrencia de los presupuestos axiológicos que habilitan la imposición de una servidumbre tránsito, mediante auto del 19 de enero de 2022, la Magistrada sustanciadora decretó un nuevo dictamen pericial con el fin de verificar la existencia de otros posibles accesos de los cuales se pudiera servir el predio “La Florida” para salir a la vía pública, toda vez que este aspecto fue soslayado por el *a quo*. La experticia se practicó en la audiencia realizada el 25 de mayo hogaño.

III. CONSIDERACIONES

A. MANIFESTACIONES PRELIMINARES.

Mediante el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020⁴, el Gobierno Nacional dispuso la modificación transitoria de algunos artículos del Código General del Proceso y estableció en su canon 14, la forma como se debe surtir el recurso de apelación de sentencias en materia civil – familia; precisándose que en aquellos eventos en que sea necesaria la práctica de pruebas, se fijará fecha para la audiencia respectiva en la que además se escucharán alegatos y se dictará la

⁴ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

sentencia. En tal sentido, recuérdese que en la audiencia del 25 de mayo hogaño, se advirtió la emisión de este fallo de forma escrita, anunciándose su sentido.

B. DE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE DECISIÓN.

En atención a los reparos formulados por las partes, corresponde en esta instancia definir, de un lado, la procedencia de la imposición de la servidumbre de tránsito en favor del predio “La Florida” y si la mejor opción es el camino deprecado; del otro, y solo en caso de prosperar las anteriores pretensiones, habrá de establecerse el monto de los perjuicios y lo relativo al retiro de los broches colocados a lo largo del sendero por los dueños del fundo “La Milagrosa”.

C. DE LA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO.

De conformidad con lo previsto en el artículo 793 del Código Civil, el dominio puede limitarse, entre otras formas, por la servidumbre, la cual consiste en un gravamen que se impone a un predio para utilidad de otro de distinto dueño (C.C., art. 879). Esta afectación podrá ser natural, voluntaria o legal, dependiendo de su origen, esto es, si proviene de las condiciones topográficas de los fundos, de la actividad del hombre o de la ley, respectivamente (C.C. art. 888).

En lo que respecta a las servidumbres legales, cuya imposición opera por ministerio de la ley, según lo previsto en el artículo 897 del Código Civil, pueden constituirse tanto en el interés público como en beneficio de los particulares y, con independencia de la utilidad amparada, en ningún evento le es posible al propietario del predio sirviente oponerse al gravamen; de ahí que, incluso, el dueño del fundo dominante este habilitado para solicitar su imposición judicialmente⁵.

Y es que, resáltese, el carácter legal deviene de la utilidad pública o particular que reporta la imposición de la servidumbre, el cual, por tanto, trasciende la esfera individual del derecho a la propiedad privada del dueño del predio sirviente, quien, en consecuencia, está en el deber jurídico de soportar el gravamen. En tal sentido, ha explicado la jurisprudencia que, “las servidumbres legales limitan los derechos de contenido patrimonial, tales como el de la propiedad privada, la libertad de empresa y de iniciativa privada, todos con protección y garantía constitucional, en tanto que implican la imposición legal de una carga en favor de un predio ajeno y aún en contra de la voluntad del propietario del inmueble que tiene el deber jurídico de soportarla. Entonces, a pesar de que es cierto que la Constitución protege esos derechos económicos que se entienden como poderes para utilizar una cosa, gozar, disponer y crear medios económicos con fines de lucro, también es cierto que el ejercicio de esas facultades no implica la simple satisfacción de intereses individuales sino la preservación los intereses de la colectividad. En efecto, esta Corporación ha dicho en anteriores oportunidades⁶, que la restricción al libre ejercicio de los derechos económicos y, en especial a la propiedad privada, que el legislador impone con las servidumbres, encuentra sustento constitucional no sólo en el carácter social de los derechos de contenido económico (artículos 58 y 333 de la Constitución), sino también en los deberes ciudadanos de solidaridad y colaboración con

⁵ Procedimiento regulado de manera general en el artículo 376 del Código General del Proceso, sin perjuicio de otras disposiciones especiales.

⁶ Véanse las sentencias C-063 de 2005, C-216 de 1993, T-036 de 1995, T-375 de 1996 y T-531 de 1997.

el Estado en la búsqueda de la realización de los fines propios del Estado Social de Derecho (artículos 1º, 2º y 95 de la Carta)”⁷.

Ahora, dentro del catálogo de las servidumbres legales se encuentra la de tránsito, cuya imposición, explica el artículo 905 del Código Civil, es necesaria cuando un predio se “halla destituido de comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios”⁸; gravamen que se concederá “en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio” del fundo aislado o enclavado. En tal evento, el propietario del fundo dominante tendrá la obligación de pagar el valor de la franja requerida y resarcir todo perjuicio.

En cuanto al estado de destitución o enclave necesario para deprecar este tipo de servidumbres, importa recordar, conforme a la redacción original del referido artículo 905 del Código Civil y su exegesis literal, que este debía ser total, de modo que solo era posible reclamar el derecho ante la ausencia de “toda” comunicación con la vía pública; hermenéutica que resultaba “demasiado gravosa para hacer efectiva la función social de la propiedad del titular del fundo dominante”, razón por la cual, la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha expresión en la sentencia C-544 de 2007.

Con esta decisión, es claro que el juez ya no está limitado a evaluar “la total incomunicación del predio como requisito fundamental para acceder a la servidumbre de tránsito”, sino que debe “analizar objetiva y racionalmente si la comunicación del predio solicitante es adecuada y suficiente para lograr su explotación (...)”. Asimismo, la valoración no se restringe al análisis de las condiciones materiales de los bienes involucrados, derivadas de su ubicación y explotación económica, ya que también comprende el estudio de “los derechos en conflicto”, los cuales “deben armonizarse y ponderarse en el caso concreto”.

Entonces, como se explica en la mentada sentencia de constitucionalidad, “a pesar de que es pertinente y válido constitucionalmente que el Estado intervenga para facilitar el derecho a usar y disfrutar del bien enclavado, no lo es que esa intervención sólo resulte obligatoria cuando el inmueble colindante está totalmente incomunicado con la vía principal”, pues en ciertos casos, aun existiendo otra alternativa de camino o sendero, esta puede resultar insuficiente “para explotar, usar y gozar” el fundo dominante; evento en el cual, también es procedente la imposición del gravamen, pues, “un predio total o parcial, pero gravemente incomunicado es básicamente improductivo y, como tal, resulta contrario a la función social de la propiedad privada”.

Corolario, aun cuando el predio dominante cuente con otros accesos, si estos son exigüos o precarios para garantizar su actividad productiva, ello será suficiente para que prospere la imposición de la servidumbre⁹, desde luego, previa ponderación de los derechos en conflicto. Esto, porque “un predio no solo puede estar desprovisto de comunicación en forma absoluta con el camino público, sino que puede además

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-544-07.

⁸ Este enunciado se cita con supresión de la expresión “toda” la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-544-07.

⁹ Frente a este criterio puede consultarse: CSJ STC 1572 del 18 de febrero de 2020.

tener una comunicación insuficiente o difícil no acorde con sus necesidades de explotación”¹⁰; escenario último que también que se traduce en una forma de enclave que, por tanto, justifica la necesidad del gravamen.

Al cierre, conviene agregar que el prenotado criterio es coherente con el sostenido de antaño por la jurisprudencia ordinaria frente a la naturaleza jurídica y funcionalidad de la servidumbre de tránsito, en la que se concluía: “1. Que la servidumbre legal de tránsito existe no sólo a 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. 2. Que en la conveniencia social de la explotación del predio dominante encuentra dicha servidumbre su fundamento y al propio tiempo sus límites, sin que haya que hacer distinción alguna entre explotación agrícola o explotación industrial o explotación minera. 3. Que la 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 de que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ella sólo 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...”¹¹

D. DEL CASO EN CONCRETO.

Como se sabe, las pretensiones se direccionan a lograr la imposición de una servidumbre legal de tránsito en favor del predio “La Florida” en calidad de dominante y a cargo del fundo “La Milagrosa” como sirviente; gravamen consistente en un camino de 4 metros de ancho y 1.133,88 de largo, el cual, aluden los demandantes, existe desde hace 18 años y es el único apto para asegurar la comunicación de su finca con la vía pública.

En réplica a sus peticiones, la sociedad AGROTEX IN S.A.S., actual propietaria del inmueble “La Milagrosa”, admitió, tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte practicado a su representante legal, que ese camino existía o se conocía su existencia, al menos desde 2019, cuando comenzaron las negociaciones para comprarlo, pues para esa época visitó el predio y atisbó la presencia de dicho sendero demarcado con las huellas de los vehículos que por allí transitaban.

Ahora, si bien, gran parte de la discusión en primera instancia versó sobre el uso del carretable, la clase de rodantes que transitaban por allí y el estado de la vía, lo cierto es que, en la apelación, este aspecto no fue objeto de reparo alguno. En tal sentido, expuso el demandado que su estrategia de defensa “no era controvertir la existencia de un camino de más de una década de antigüedad” sino demostrar que “fuera del camino utilizado por los demandantes objeto de pretensión de imposición de servidumbre, habían otras vías de acceso de las que se podían servir los propietarios del predio LA FLORIDA para salir a la vía pública sin que se le ocasionara un grave perjuicio a la propietaria del predio LA

¹⁰ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo, Bienes, duodécima edición, Bogotá, Temis, 2010, Pág. 441.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 2 de septiembre de 1936. Gaceta Judicial Tomo XLIV, número 273. Página 1005, citada en Corte Constitucional, sentencia C-544-07.

MILAGROSA y de esa manera, lograra una adecuada explotación de su predio”; precisando, por tanto, que cuando se compró el predio, la sociedad “ciertamente tenía conocimiento, jamás lo ha ocultado, que en ese predio existía un camino de vieja data y que por allí transitaban personas y vehículos desde y hacia el predio LA FLORIDA, así lo confesó en su interrogatorio [el representante legal] (...)”.

Aunado, reséñese que la pasiva no controvertió la necesidad del predio de los demandantes de contar con un camino que lo comunique con la vía principal; empero, resaltó que el predio que se pretende dominante no está totalmente enclavado o destituido de toda salida, ya que existen otras alternativas veredales, de manera que, a su juicio, es improcedente la imposición del gravamen por el sendero deprecado por los demandantes.

Precisado lo anterior y de cara al primer punto de la apelación, esto es, la procedencia del gravamen, recuérdese que, al tratarse de una servidumbre de tránsito, la misma es de carácter legal y, por tanto, su imposición es forzosa, aun en contra de la voluntad del dueño del predio sirviente, quien está en el deber jurídico de soportar el gravamen.

Entonces, el objeto de análisis en estos casos consiste en verificar la necesidad del predio que se dice aislado. Para tal valoración, ha de tenerse en cuenta que un fundo no solo se entiende destituido por su total incomunicación con el camino público, pues, como se explicó en precedencia, ello también ocurre cuando, existiendo otras alternativas de acceso, las mismas no son aptas para su adecuada explotación económica.

En ese orden, cumple ahora determinar si el sendero pretendido por los demandantes y reconocido por el cognoscente, es el que concilia de mejor forma los intereses en conflicto. Para ello, resulta indispensable establecer si existen otras posibles salidas y en caso afirmativo, si estas son más eficientes para garantizar la adecuada explotación de la finca “La Milagrosa”; aunado, es menester identificar alternativas adicionales, su viabilidad técnica y los costos de construcción.

En el punto, reséñese que los relatos de las partes y los testigos fueron coincidentes en señalar al menos un sendero alternativo que, de hecho, es más antiguo que el reclamado, el cual comienza por el caserío del Okal. Esta vía, informaron, representa un camino real o de herradura de carácter comunal, el cual no es apto para el tránsito de vehículos, dadas las condiciones del terreno y los obstáculos naturales.

Así, los demandantes José Flaminio y Mónica Alexandra señalaron que pueden existir otras posibilidades, pero su viabilidad técnica es incierta, precisando, respecto al callejón del Okal, que es un camino real de herradura cuyo tránsito solo es peatonal o a caballo; relato que fue secundado por los testigos Eugenio Aguirre Pamplona, Martín Donato Triana y Leonardo José Mejía.

En correspondencia, la sociedad AGROTEX IN S.A.S. también mencionó dicho sendero, aunque manifestando que sí era posible su tránsito vehicular, pues por ahí siempre han sacado los productos los campesinos del sector; no obstante, esta versión no fue respaldada por los testigos que declararon a instancia suya. Al respecto, William Gallego Arias solo mencionó la entrada y salida de productos, sin explicar el medio de transporte¹²; mientras que Gabriel Cruz Galindo expuso que sus padres lo “trajinaban” por ahí desde que era niño a caballo, reseñando que la última vez que deambuló esa trocha lo hizo caminando.

En contraste, la ineptitud para el tránsito vehicular de ese sendero también fue refrendada por el topógrafo Fredys Mogollón Vargas, quien refirió que se trata de un camino de herradura que siempre ha existido, pero presenta inconvenientes porque hay que cruzar el caño 3 veces, explicando que su parte más angosta es de mínimo 20 metros de ancho, sin contar que en invierno puede aumentar su cauce. De este modo, expuso que, si se hace un puente, este debe ser de un tamaño mayor y a ello se debe agregar la construcción de terraplenes por el paso de nacimientos de aguas y la escorrentía de las precipitaciones; entonces, para la adecuación de ese tramo, “hay que hacer un mejoramiento de la vía totalmente, en material también de cantera, sería un trabajo grandísimo (...) no para llegar directamente aquí a la casa del predio la florida, porque hay que pasar por un predio ajeno, que sería otra servidumbre más y lo otro es que ese es un camino de herradura, más no es un paso vehicular (...)”.

También recuérdese que para aclarar este punto se decretó la prueba pericial practicada en la audiencia del 25 de mayo hogaño. La experticia estuvo a cargo de la profesional Liliana Arcila Rivera cuya imparcialidad, objetividad e idoneidad, se resalta, no fue puesta en duda por las partes e intervinientes al momento de la contradicción¹³. Aunado, en lo pertinente a sus calidades profesionales, se precisa que es arquitecta graduada en 1990 de la Universidad Nacional, ha ejercido su oficio en construcción de casas campestres y lo ha complementado con la labor de auxiliar de la justicia por un lapso de 28 años, con ocasión al cual ha presentado dictámenes en procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres e indemnización de perjuicios, los cuales fueron relacionados en el trabajo presentado.

Con la acreditación de la auxiliar y de cara a las dificultades topográficas del camino de herradura, se tiene que las mismas fueron corroboradas en la experticia. Al respecto, la profesional, al referirse a este trazado que denominó “sendero 2”¹⁴,

¹² En el punto, el referido testigo reseñó: “(...) realmente, por donde yo he caminado con mi papa, o caminaba o conozco que los señores de Los Alpes y La Florida sacaban sus productos anteriormente era aquí por el callejón por el camino real (...) Por ahí transportaban el ganado, o sacan la leche, o Los Alpes sacaban los productos, o la gente por ahí también se desplazaba a hacia La Florida o Los Alpes o la finca Balboa o cruzaban por ahí también a las Mercedes”.

¹³ Si bien el apoderado de AGROTEX IN S.A.S. aludió que la auxiliar no tenía conocimientos en materia de ganadería, tal reproche no fue suficiente para restarle fuerza y convicción al dictamen sustentado, pues su objeto era la constatación de otras vías de comunicación, lo que no requería saberes expertos en esa materia; aunado, resulta oportuno precisar que la experticia del perito no solo proviene de sus estudios académicos y de capacitación, sino también, de su experiencia y trayectoria en el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

¹⁴ Según el dictamen, la vía está ubicada en “por fuera del costado izquierdo del predio La Milagrosa en sentido sur-norte con una longitud de 2.072,23 ml. Lo que representa abrir un sendero con una longitud de 1.683,20 ml pasando por tres predios así: Santa Inés en una longitud de 888,28 m de propiedad del Grupo Empresarial Agrotex In S.A.S., Bremen en una longitud de 615,48 de propiedad de los señores José, Mónica y Diana González y Los Alpes en 179,44 de propiedad de los herederos del señor Enrique Díaz y el último trayecto se recorrería por el callejón del Ocal, servidumbre

explicó que el mismo está ubicado en “la base del sistema montañoso y por este pasamos sobre cinco (5) humedales, dos (2) arroyos y tres (3) cruces sobre el río Caño Negro”, y en su trazado, explicó la profesional: “se observa una gran cantidad de aguas de escorrentía de las montañas, además de los cruces sobre el río Caño Negro que en temporadas de lluvias debe presentar unas crecidas considerables, como también cambios en su cauce, siendo necesario la construcción de por lo menos tres puentes con una estructura importante. Se debe considerar la cantidad de agua en las mencionadas temporadas de lluvias a lo largo del trazado que lavaría el material de la vía, volviéndose muy oneroso su mantenimiento y no menos importante los daños ambientales que pueden presentarse tales como: La fragmentación de ecosistemas, dispersión de especies exóticas y disminución de las poblaciones de especies de flora y fauna nativa, alteración del ciclo hidrológico y cambios microclimáticos”.

De lo expuesto, no hay duda de la existencia del camino real; sin embargo, quedó plenamente demostrado que el mismo no es apto para el tránsito vehicular, lo cual obstaculiza la explotación económica de “La Florida”.

Igualmente se mencionó la existencia de otro sendero, del cual, si bien no hubo un relato claro para su identificación, al menos se refirió que iniciaba por la finca “La Aurora”. De hecho, recuérdese que el vocero de la pasiva, en la diligencia de inspección judicial también señaló ese camino, indicando que el despacho no lo recorrió, de suerte que no se verificaron sus posibilidades de adecuación.

En el punto, la Sala indagó a la perito por las opciones de trazar el camino hacia el lado de la hacienda “La Aurora” y en tal escenario, la experta referenció dos posibles senderos denominados No. 3 y No. 4. Frente al primero, expuso que “tendría un recorrido total dentro del predio “La Milagrosa” de 1.347,98 ml, en sentido norte – sur en una longitud de 511,33 ml y se gira a la izquierda en sentido occidente – oriente en una longitud 836,65 ml”, mientras que el segundo representaría “un recorrido total de 1.435,89 ml, en sentido norte – sur en una longitud de 536,19 ml del predio “La Florida” y se gira a la izquierda en sentido occidente – oriente en una longitud de 46,76 ml hasta llegar al lindero del predio “La Milagrosa” en una longitud de 878,08 ml”. Ambos caminos, según explicó en la audiencia, pasan por el lindero con el predio “La Aurora” en una longitud de 836 metros.

No obstante, frente a la viabilidad técnica, expresó que el tramo inicial de los dos caminos pasa “a una distancia de 30 metros del eje del río Caño Negro, que como ya lo habíamos anotado existe la alta posibilidad de desviación de su cauce e inundaciones”; precisando, además, que “en el trazado por el lindero del predio La Milagrosa se observaron varios deprimidos en el suelo que para su construcción implicaría sobrecostos en la adecuación de terrenos y la elaboración del puente, rellenos, entre otros, además de los daños ambientales que pueden presentarse tales como: La fragmentación de ecosistemas, dispersión de especies exóticas y disminución de las poblaciones de especies de flora y fauna nativa, alteración del ciclo hidrológico y cambios microclimáticos. Para desarrollar estas propuestas sería necesario acabar con una arborización importante (...)”. Además, resaltó que “existe una servidumbre subterránea de hidrocarburos que se hace necesario su manejo y la consecución de permisos, representando un sobrecosto considerable”.

Entonces, quedó acreditado que los senderos ubicados en la colindancia con el predio “La Aurora” no son factibles desde el punto de vista técnico, dadas las condiciones topográficas del terreno y el impacto ambiental que implicaría su adecuación; dificultades que incluso fueron advertidas por el testigo Leonardo José Mejía, quien, refiriéndose a un camino en específico (sin claridad sobre el trazado exacto), explicó que este pasa por “La Aurora”, atraviesa un caño y una quebrada, por lo que no se puede transitar ni en carro ni en moto. Igualmente, señaló que es un sector con varios altibajos e informó sobre uno en especial que le llaman “21” ubicado en la colindancia entre “La Milagrosa” y “La Aurora”, por donde definitivamente no pueden transitar vehículos.

Con lo anterior, las otras posibilidades no cumplen con especificaciones técnicas básicas para la entrada y salida de vehículos de carga al menos mediana, lo cual, sin duda, obstaculiza la explotación económica del predio “La Florida”; aunado, no es posible su adecuación sin que ello, además de los elevados costos económicos derivados de las condiciones topográficas, implique un alto impacto ambiental.

En suma, el sendero reclamado no solo es el más expedito, sino también, el más eficiente y menos lesivo al predio “La Milagrosa”, porque, como lo explicó la experta, se trata de un camino que “ya está consolidado, ya no hay daños de ecosistemas, no se perjudica prácticamente nada. Es hacer solamente un cerramiento (...). Entonces el predio La Milagrosa no tiene mayor daño, porque ya está establecida, es un trayecto corto (...)”.

De lo expuesto, estima la Sala que en el *sub examine* se cumplen los presupuestos para la imposición del tramo deprecado por los demandantes como servidumbre de tránsito, pues como se vio, no logró demostrarse la existencia de otro carretable y tampoco la posibilidad técnica de diseñar o adecuar un nuevo trazado. En el punto, huelga precisar que, contrario a lo señalado por la parte demandada en su apelación, la carga de la prueba frente a las alternativas para gravar el predio sirviente era de su resorte, de modo que la sola afirmación alrededor de este tópico no era suficiente para derruir la reclamación del gravamen en el tramo señalado por los demandantes.

Corolario, se confirmará la sentencia de primer grado en cuanto a la imposición en el trazado deprecado, pues se demostró que este es el que mejor concilia los intereses de los predios afectados; es más, a decir verdad, es el único camino posible, razón por la cual, al tratarse de una servidumbre legal, su imposición resulta inexorable.

Determinada la procedencia del gravamen, cumple ahora evaluar lo relativo a los perjuicios reclamados a título de lucro cesante y daño al remanente, el primero, basado en la pérdida de ganancia de peso por cada animal en ceba y el segundo, derivado de la disminución del precio del bien, debido que la servidumbre lo atraviesa por la mitad; indemnización que fue denegada en primera instancia.

Pues bien, tal y como lo sostuvo el cognoscente, estos perjuicios no provienen de la imposición del gravamen, ya que el sendero deprecado por los demandantes existía desde antes que el Grupo Empresarial AGROTEX IN S.A.S. comprara la finca “La Milagrosa”; camino que además de perceptible a los ojos de cualquiera, constituye el único medio de comunicación del predio “La Florida” con la vía pública, de suerte que, incluso, tanto el anterior dueño como el actual, no se opusieron a su uso.

Entonces, conocido el paso y el lugar de su trazado, su existencia debió tenerse en cuenta al momento de la negociación y compra del bien, sin que la falta de su constitución formal sea determinante en este asunto, pues, destáquese, en este tipo de servidumbres legales que son aparentes, se sabe que su imposición forzosa, salvo prueba en contrario de otras alternativas, se hará por el trazado que ya se utiliza.

Y es que, tal y como de tiempo atrás lo ha sostenido la jurisprudencia, “la 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 de que la necesidad o no necesidad de acudir a la justicia para el ejercicio efectivo de ella sólo 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...”¹⁵.

De otro lado, no puede perderse de vista que, a la fecha de la compraventa, los demandantes no solo estaban en ejercicio de ese sendero, sino que ya habían reclamado su reconocimiento judicial como servidumbre, según se desprende de la medida de inscripción de la demanda visible en el certificado de tradición del inmueble¹⁶, cuyo conocimiento se corrobora con lo pactado en la cláusula quinta de la escritura pública de compraventa No. 3752 del 24 de noviembre de 2020; de modo que la persecución jurídica de la imposición de gravamen ya era una variable conocida por el comprador.

Igualmente, la implementación de la actividad económica ejercida por AGROTEX IN S.A.S. debió considerar la prenotada circunstancia y en se sentido, diseñar un modelo de rotación de ganado que tuviera en cuenta el uso de ese camino y el tránsito de vehículos por allí. Tal previsibilidad, entonces, derrumba los argumentos expresados por la demandada para sustentar las pérdidas económicas reclamadas, las cuales, como se sabe, fueron estimadas con base en una afectación predial que, de facto, era preexistente a la adquisición de la finca “La Milagrosa” y, por tanto, a la planeación y puesta en marcha del proyecto productivo que allí se desarrolla.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 2 de septiembre de 1936. Gaceta Judicial Tomo XLIV, número 273. Página 1005, citada en Corte Constitucional, sentencia C-544-07.

¹⁶ Anotación No.009 del 22 de octubre de 2020.

Entonces, al margen de su certeza y valor, lo cierto es que los perjuicios invocados no guardan relación de causalidad con la imposición de la servidumbre; razón suficiente para confirmar el fallo de primer grado sobre este punto.

Desestimada la apelación de la demandada, corresponde ahora analizar las censuras formuladas por los voceros judiciales de los demandantes, quienes, de forma coincidente censuraron que no se ordenara el retiro de los broches colocados por AGROTEX IN S.A.S. a lo largo del camino, los cuales obstaculizan el ejercicio libre de la servidumbre reconocida; aunado, deprecaron definir la posibilidad de cercar la vía.

Al respecto, delantadamente importa resaltar que el objeto de la demanda fue la imposición del gravamen y el consecuente retiro de los broches, más no la construcción de un cerramiento lateral del sendero; aspecto último que solo vino a mencionarse en los escritos de apelación de los demandantes como una alternativa a estudiar con el fin de garantizar el ejercicio libre de la servidumbre¹⁷.

En el punto, reséñese que la Sala también indagó a la perito sobre las alternativas de adecuación del carretable que le permitan al propietario de “La Milagrosa” mover su ganado con la menor afectación posible. En respuesta, la experta comenzó por indicar que en su visita corroboró la presencia de varios broches (12 o 14) que dificultan el tránsito, por lo que sugirió “un cerramiento a lo largo de la vía y hacer unos broches para pasen de lado a lado”, pues con los cierres actuales “no está dándole oportunidad la servidumbre al otro predio de tener un tránsito fluido”, precisando, eso sí, que en todo caso habrá limitación en la travesía, ya que “siempre va a tener alguna dificultad porque va encontrar 1, 2 3, 4 broches”. En tal sentido, recomendó “hacer un cerramiento lateral a la vía y hacer unos broches para el paso de los animales cuando sea necesario”.

Luego, cuando se le solicitó aclarar en qué consistían los cerramientos, explicó: “es lo mismo de los potreros, ellos tienen unos cercos en los potreros, es eso, como definir el área para que el ganado del predio La Milagrosa no vaya a tener ninguna dificultad, que en el momento que esté pasando algún vehículo se atraviese, pero es un potrero, no hay otro tipo de cerramiento (...) y los pasos son uno al frente del otro, por la vía, no tiene ningún problema”.

Asimismo, resaltó que tales modificaciones no afectan ni a los potreros ni al predio sirviente, aquéllos, porque solo “hay que hacer unas adecuaciones, es lógico, porque al quitar algunos broches hay que ponerlos en el otro sentido, no bloqueando el paso”, mientras que este, debido a que el costo “no va a ser difícil para el manejo de ninguno de los dos

¹⁷ Al respecto, el apoderado de José Flaminio expuso que era “necesario ordenar el levantamiento de los broches y que se hagan las obras indispensables para ejercer la servidumbre (...)” y deprecó considerar “otras alternativas técnicas, como el encallejonamiento de la servidumbre, que permite uniformidad, continuación y conservación en el desarrollo del proyecto de rotación de potreros existente en el predio la Milagrosa con ubicación lateral de los broches (...)”. Por su parte, el vocero de las otras codemandantes refirió que “una medida para darle vida a la servidumbre de tránsito reconocida y por ende al retiro de los broches y los reductores, (...) podría ser el encallejonamiento de esa vía, así, la ceba de ganado conservaría el resguardo que se asegura debe tener, y los transeúntes de a pie o en carromotores podrían recorrer esa vía sin traba alguna”, razón por la que solicitó ordenar “la desaparición de los predicho broches (sic) y la ampliación del ancho de la vía a su medida natural, 4 metros, y como medida supletoria encallejonar la servidumbre (...)”.

predios, ni para el predio de La Florida ni para predio el de La Milagrosa, porque el predio La Milagrosa haciendo un broche en frente del otro puede pasar el ganado sin ningún inconveniente”.

También descartó hacer muros en ladrillo a los costados e insistió en que los cerramientos propuestos son “como los conocemos, con postes de concreto, o plásticos, de PVC, o de madera, con alambre”; sin embargo, no definió algún diseño específico y condiciones técnicas para su construcción, porque ello depende de “las exigencias adecuadas para ese tipo de ganado, la cantidad de ganado, todos son datos que no tengo para darle una respuesta muy exacta, pero esa es la propuesta y es la única dable, ya el diseño de ese cerramiento es otra cosa”.

Con lo anterior, es claro que los broches colocados a lo largo de la vía dificultan el paso y el pleno ejercicio de la servidumbre, lo que incluso, en ciertas circunstancias puede representar una carga excesiva y riesgosa para los deambulantes (por ejemplo, piénsese el caso de una emergencia o el tránsito de una persona con alguna disminución física), quienes tienen que hacer tantas estaciones como cierres existen para entrar y salir del predio “La Florida”; no obstante, en contrapartida está también el interés del fundo sirviente y la necesidad de ubicar su ganado de forma que no se vea afectado su sistema de rotación por el uso y circulación vehicular sobre el camino.

Pues bien, para conciliar de mejor forma esta tensión, la Colegiatura acoge la recomendación de la auxiliar de la justicia en el sentido de reducir el número de broches, con lo cual no hay mayor afectación al sistema de rotación de los semovientes en el predio sirviente. Y es que, como lo sugirió, basta con habilitar unos pasos frontales a lo largo del camino que permitan el tránsito de los animales de lado a lado del sendero.

Entonces, teniendo en cuenta esta propuesta y dada la longitud de la servidumbre, se estima razonable que existan cierres frontales cada 200 metros lineales aproximadamente, los cuales, además, deberán tener el ancho suficiente que permita el paso de los vehículos grandes utilizados para la entrada y salida de materias primas y productos desde y hacia “La Florida”. Estos cierres, según la propuesta de la profesional que rindió el dictamen, podrán construirse de tal forma que permitan el paso para los semovientes de lado a lado de la carretera.

Lo relativo al diseño y determinación de las especificaciones técnicas de la reducción del número de cierres y demás adecuaciones que se estimen necesarias, tales aspectos serán consensuados por los dueños de los predios comprometidos; sin embargo, corresponderá a los propietarios del fondo dominante asumir el costo del cambio de posición de los broches, el retiro de los sobrantes, la habilitación de los pasos y, en general, todos los trabajos de adecuación que se requieran, según lo que se defina.

Ahora, respecto al cerramiento lateral propuesto por la auxiliar de la justicia, recuérdese que en el dictamen no se definieron las condiciones técnicas de su

diseño, materiales y construcción. Al respecto se lee en su trabajo: “como alternativa de manejo de la franja afectada se debe hacer un cerramiento a cargo del predio dominante `La Florida` de acuerdo a las necesidades del predio sirviente, respondiendo al diseño de los potreros del propietario del predio sirviente `La Milagrosa`, [t]oda vez que permita a ambos predios desarrollar sus actividades de manera expedita; teniendo en cuenta las características de los cerramientos existentes”. No obstante, al momento de la contradicción, explicó que la forma del cercamiento depende de “las exigencias adecuadas para ese tipo de ganado, la cantidad de ganado” que se rota en el predio sirviente; datos con los que no contaba, razón por la cual no podía determinar un trazado específico, aunque resaltó que “esa es la propuesta y es la única dable”, concluyendo que el “diseño de ese cerramiento si es otra cosa”.

Conforme lo anterior, no se dispondrá la colocación de puertas laterales o de cualquier otro medio para encallejonar la servidumbre, pues, se itera, no están definidas las condiciones técnicas de su construcción, entre otras cosas, porque debe hacerse un estudio de cómo quedarán los potreros del predio sirviente y en general, tener en cuenta la actividad económica allí ejecutada. Entonces, no puede la Sala ordenar el cercamiento del sendero sin la prueba concluyente de su viabilidad, características de su trazado y edificación; aspecto que no está por demás señalar, correspondía su demostración a los promotores

Así, con la reducción del número de broches, sin el cerramiento lateral de la vía, de momento se disminuye el impacto de la limitación al tránsito por la servidumbre y a su vez, se garantiza que el predio sirviente pueda seguir ejecutando su actividad ganadera, haciendo uso de ciertas porciones de la franja del carreteable para el paso de sus animales. Sin perjuicio de esto, se recuerda al propietario del predio “La Milagrosa” que de cambiar las circunstancias que originaron el reconocimiento de la servidumbre, podrá solicitar la respectiva variación e incluso extinción del gravamen, tal y como lo autoriza el artículo 907 del Código Civil.

En orden a lo explicado, se accederá parcialmente a la apelación formulada por los demandantes, razón por la cual, se adicionará la sentencia atacada con el fin de ordenar la reducción del número de broches frontales; esto, toda vez que el *a quo* se abstuvo de hacer pronunciamiento expreso al respecto en la parte resolutive de su fallo.

E. CONCLUSIONES.

Corolario, ninguno de los ataques formulados por AGROTEX IN S.A.S. logró doblegar la sentencia de primer grado, razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado; empero, ante la prosperidad parcial de la apelación de los demandantes, la misma se adicionará para ordenar la reducción de los broches frontales. De otro lado, teniendo en cuenta que para resolver esta apelación se hizo necesario practicar una nueva experticia con el fin de verificar la concurrencia de los presupuestos axiológicos que habilitaban la imposición del gravamen, esta Sala considera que los recursos interpuestos no fueron infundados ni temerarios; razón

suficiente para no condenar en costas en ninguna instancia y en tal sentido, se modificará el ordinal sexto de la parte resolutive del fallo atacado. Por último, frente a los honorarios de la auxiliar de la justicia, estos se fijarán conforme la normativa prevista por el Consejo Superior de la Judicatura, con deducción de los emolumentos provisionales que ya se le habían reconocido.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR CON ADICIÓN Y MODIFICACIÓN la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Puerto Boyacá, Boyacá, dentro del presente proceso de verbal de imposición de servidumbre de tránsito.

SEGUNDO: ADICIONAR al fallo atacado el ordinal séptimo, el cual será del siguiente tenor:

“SÉPTIMO: ordenar la reducción de los broches frontales que actualmente se encuentran colocados a lo largo del camino reconocido como servidumbre de tránsito, por lo que se modificará su posición para que solo puedan existir estos cierres a una distancia de 200 metros lineales entre cada uno, aproximadamente, los cuales, además, deberán tener el ancho suficiente que permita el paso de los vehículos grandes utilizados para la entrada y salida de materias primas y productos desde y hacia “La Florida”. Estos cierres, según la propuesta de la profesional que rindió el dictamen, podrán construirse de tal forma que permitan el paso para los semovientes de lado a lado de la carretera.

PARÁGRAFO PRIMERO: el diseño y determinación de las especificaciones técnicas de la reducción del número de cierres y demás adecuaciones que se estimen necesarias, serán consensuados por los dueños de los predios comprometidos; sin embargo, corresponderá a los propietarios del fundo dominante asumir el costo del cambio de posición de los broches, el retiro de los sobrantes, la habilitación de los pasos y, en general, todos los trabajos de adecuación que se requieran, según lo que se defina.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal sexto de la sentencia censurada, el cual quedará así:

“SEXTO: Sin condena en costas en ninguna instancia”.

CUARTO: FIJAR honorarios a la auxiliar de la justicia en la suma de \$1.500.000 de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 1518 de 2002, modificado por el Acuerdo 1852 de 2003, ambos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura; valor que será cancelado por los demandantes y AGROTEX IN S.A.S. por partes iguales.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de Origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Las Magistradas,

SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA ÁNGELA MARÍA PUERTA CÁRDENAS

Firmado Por:

Sandra Jaidive Fajardo Romero
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 8 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Sofy Soraya Mosquera Motoa
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Despacho 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Angela Maria Puerta Cardenas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

13bba1794e248bcce405211aadd9d6589c3841f767126eb5c08f968c9e53e066

Documento generado en 01/06/2022 11:31:53 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>