

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA MARTA

SALA CIVIL - FAMILIA

MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO
Magistrada Sustanciadora

RAD. No. 47.245.31.53.001.2015.00054.01

Santa Marta, nueve (9) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ACTA NO. 088

Procede la Sala de Decisión a resolver la apelación interpuesta por ambos extremos procesales contra la sentencia dictada el veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Único Civil del Circuito de El Banco- Magdalena, dentro del proceso verbal de indemnización de perjuicios promovido por AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA Y ELBA ABUABARA DE CASTRO contra UNIÓN FENOSA HOY GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COLOMBIA S.A.

ANTECEDENTES

Persigue los señores AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA Y ELBA ABUABARA DE CASTRO que se declare a Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. responsable de los perjuicios patrimoniales ocasionados, por la servidumbre de estirpe legal de conducción de Telecomunicaciones con ocupación permanente, impuesta de hecho sobre los predios, por valor de cuarenta millones ciento veintiocho mil pesos (\$40.128.000), por el tiempo de la afectación.

Que se declare a Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A., responsable de los daños causados por la instalación del tendido de redes de conducción de cableados de telecomunicaciones o fibra óptica, representados en árboles talados en forma definitiva de tipo maderables industriales y frutales, como también por las roturas de cercas para el paso de trabajadores

para el mantenimiento de redes y limpieza de la franja de servidumbre, por lo tanto solicita se tase y ordene el pago de esa acreencia.

Que Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A., reconozca como afectación un área de dos mil setecientos metros cuadrados (2.700 mts²), tomando como base la altura de los cables y áreas que ocupan de largo por ancho y demás factores de liquidación de la indemnización, y se instaure un contrato de arriendo sobre la franja afectada por valor de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000) mensuales por concepto de la ocupación y se extinga la servidumbre de hecho establecida por el demandado.

Que se tome como referencia, que los predios afectados con la imposición de la servidumbre, están ubicados en la Transversal de las Américas, considerada zona de mejoramiento por la pavimentación de la vía para el crecimiento poblacional, comercial e industrial, arrojando una suma equivalente de cuarenta millones ciento veintiocho mil pesos (\$40.128.000), y aquella otra suma que surja de acuerdo a la tasación pericial, que se demuestre, teniendo en cuenta los avalúos que se practiquen en las inspecciones judiciales de este proceso.

Que se condene a Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A., al reconocimiento y pago de las costas del proceso.

Que se Disponga que Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A., no puede transferir el goce y uso de la servidumbre a terceros.

Como fundamentos fácticos de las peticiones anotadas expuso los que a continuación se sintetizan:

Manifiestan que los predios están ubicados en la jurisdicción del Municipio de Santa Ana - Magdalena entre los Kilómetros 29 y 30, Transversal las Américas, con una extensión superficial de ciento ochenta y cinco (185) hectáreas más cuatrocientos (400) metros cuadrados, identificados con los nombres y matrículas inmobiliarias de la siguiente manera: Campo David, No 226-3409; las Miradas, No 226-20633 y San Antonio, No 226-22637 respectivamente de la oficina de Instrumentos Públicos de Plato Magdalena.

Agregó que Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A., ha impuesto una servidumbre de tipo legal, con cableado de fibra óptica, desde agosto de 2013, sin satisfacer los procedimientos reglados por la ley 56 de 1981 y su decreto reglamentario 2580/85 y demás disposiciones vigentes sobre los terrenos mencionados en el párrafo anterior, ocasionando graves y cuantiosos perjuicios a los propietarios del inmueble.

Refiere que hasta la fecha de la impetración de la demanda la parte demandante ni otra entidad ha dado ejecución a lo dispuesto en el decreto 2580/85 ni sus normas concordantes, teniendo en cuenta que no ha efectuado la consignación de los valores señalados en dicho decreto para el pago de indemnizaciones, así mismo, que no ha promovido demanda contra los propietarios de los respectivos predios, menos ha realizado inventario, ni avaluado los daños causados y mucho menos levantado las actas respectivas, por lo que indican que están haciendo uso y disfrute ilegal de dicha servidumbre.

Asevera que el área afectada por el cableado es de dos mil setecientos metros cuadrados (2.700 mts²), debido a que en la superficie donde se encuentran los cables, no puede ser utilizadas para corrales, construcción de casas, cultivos de crías de ganados, pues ya se han presentado casos donde han salido heridas reses, al caer líneas al piso, sin que nadie se haga responsable por los daños y perjuicios.

Arguye que actualmente la finca tiene una productividad en el área minera, proyecto de explotación de arena, cría y venta de ganado y caprinos, cultivo de pan coger (yuca, patilla y maíz), actividades que se ven afectadas por el paso de los cables por zonas sensibles del predio y a su vez presenta proyección de valorizarse, pues faltan tres kilómetros para que llegue la construcción de la Transversal de las Américas.

Aduce que presentó petición a la parte demandada, agotando la vía gubernativa, con respuesta de fecha 15 de octubre de 2013, en la cual dieron parcialmente solución positiva a sus reclamaciones, exponiendo que sus cableados están instalados en los postes de Electricaribe, quien tampoco goza de esa servidumbre, y que por tanto dicha afectación es marginal, teniendo en cuenta que la demandada no ha cumplido como lo ordena la ley.

La demanda fue admitida el once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)¹, enterada del asunto², la entidad Ufinet Colombia S.A. contestó extemporáneamente la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez del conocimiento declaró responsable a Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. hoy Ufinet Colombia S.A., al pago de la servidumbre legal y de los perjuicios generados por la tala de árboles maderables con ocasión a la instalación de la red de la fibra óptica sobre los predios CAMPO DAVID con folio de matrícula inmobiliaria No 226-3409; LAS MIRADAS con matrícula inmobiliaria No. 226-20633 y SAN ANTONIO con matrícula No. 226-22637, en favor de los demandantes señores ELBA ABUABARA DE CASTRO Y AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA; condenó a la demandada a la cancelación de la suma de dos millones quinientos cuarenta y siete mil doscientos pesos (\$2.547.200) por el valor de la zona afectada, con la imposición de la servidumbre de fibra óptica y por los perjuicios generados por la tala de árboles en los predios en cita, la suma de veintidós millones cuatrocientos mil pesos (\$22.400.000) y al pago de las costas.

Soportó su decisión en que el informe pericial adolece de firmeza y precisión ya que los fundamentos y sus conclusiones son difusos, igualmente el peritazgo presenta dos inconsistencias, la primera, en cuanto al ancho del área de afectación por el tendido de la línea de fibra óptica que en el informe primigenio se consignó 2 metros y en la aclaración y complementación del dictamen 20 metros, respaldando esta última conclusión en el reglamento técnico de instalaciones eléctricas (RETIE), siendo ello impreciso, pues no se puede dar aplicación analógica a este tipo de reglamentación, ya que uno es la línea eléctrica que exige un área de seguridad mayor por la peligrosidad de la actividad que representa la conducción de energía, a más de los perjuicios que puede aparejar esta actividad en la salud de las personas y de los animales, contrario a lo que sucede con el cableado de fibra óptica que al caerse una

¹ F.80-81

² Por aviso recibido el 2 de agosto de 2018, F.143

línea de estas, no genera daño para la salud humana, ni de los animales y que no necesita un área de seguridad tan amplia como, si se exige para la energía eléctrica, la cual no requiere un área para el mantenimiento de ella, pues esta línea es muerta, por lo que le resta credibilidad a la conclusión a la que arribó el perito.

Como segunda falencia, estriba en el valor por metro cuadrado de la zona afectada, la cual en el informe primigenio se indicó la suma de ocho mil pesos (\$8.000) y en la aclaración y complementación se consignó un valor de ochocientos pesos (\$800) por metro cuadrado, lo cual indica que hay un yerro en el mismo, y a la vez una gran diferencia, lo que lo lleva a afirmar que existe un error aritmético, ya que al revisar el valor por hectárea, está se fijó en cuantía de ocho millones de pesos que al dividirlo por los 10.000 metros cuadrados en que se entiende comprendida la misma, arroja un valor de \$800 pesos por metro cuadrado, que multiplicado por los 3.184 metros cuadrados de la zona afectada da como valor final la suma de \$2.547.200 pesos, por lo que para el juzgado, no es de recibo el área consignada en el mismo, con base en la falencia que se señaló de 20 metros de ancho como área de seguridad, basado para el sistema eléctrico y referenciado en el punto anterior, de forma más ajustada y razonable a la verdad que el área de afectación sea de 2 metros de ancho por 1.592 metros lineales, para un total de 3.184 m cuadrado x 800 pesos.

Continuó señalando que en cuanto a los perjuicios materiales ocasionados por la tala de los árboles maderables en los predios sobre los cuales verificó la instalación de servidumbre de conducción de fibra óptica, el perito señaló el número de los talados, especies, diámetro y altura arribando al valor total de los mismos asciende a la suma de \$22.400.000 pesos, al guardar la tala correspondencia en el tiempo en que se instaló la servidumbre de fibra óptica, pues el tendido eléctrico lleva muchos años más de estar ahí hincado y bien lo señaló el perito en su declaración, que la tala tiene aproximadamente de 4 a 5 años y la instalación de la fibra óptica corresponde al mismo lapso y no existe ninguna otra prueba que permita arribar a la conclusión que ello no sea así, a más de que la experticia hace alusión de que se generó con la instalación de esta y no de aquella.

Inconforme con la determinación, el extremo activo y el pasivo apelaron presentando sus reparos en audiencia de la siguiente forma:

Extremo activo indicó su la inconformidad en cuanto al tema de la franja de afectación de la servidumbre, teniendo en cuenta que como bien lo manifestaba el señor perito, en su intervención, se estableció claramente cuáles eran los soportes legales que lo facultaban en su momento para hacer la liquidación sobre los 20 metros, agregando apartes de lo dicho sobre el RETIE y la Ley 142 de 94 y 56 del 81, dónde se establece de qué manera se deben liquidar las servidumbres de conducción de comunicaciones en este caso, en la afectación que están sometiendo a los demandantes, correspondiendo lógicamente el valor establecido por los dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000), que evidentemente no aprueban, de igual manera en cuanto a la liquidación de las costas, aducen haber presentado una liquidación de todos los gastos en los que se ha incurrido, dentro del trámite del proceso, desde la etapa previa que era la parte administrativa, la conciliación extra procesal y todo lo que se agotó anteriormente por un valor muy superior a lo indicado en el fallo, teniendo en cuenta que sus clientes y ella no viven en las ciudades donde les ha tocado agotar los trámites, así mismo exigen el pago de los intereses corrientes, moratorios y las respectivas indexaciones, toda vez que aducen que el trámite ha durado más de 6 años, en los que han entrado en unas dilaciones, que han causado perjuicios económicos graves a sus clientes, y en cuanto a lo que tiene que ver con la indemnización por la tala de árboles, no tiene ninguna observación, porque esa fue la cuantía presentada por el señor perito.

Por su parte, el extremo pasivo, indicó no encontrarse de acuerdo con respecto a la condena por tala de árboles, toda vez que en el expediente no existe prueba, de que la misma hubiese sido realizada por Ufinet, ya que en los interrogatorios que absolvieron los integrantes de la parte demandante, en ningún momento manifestaron que Ufinet hubiese talado árboles, aseguran que ni siquiera realizan las podas cuando se requieren por sus propios medios, sino solicitan la autorización y el trámite a la empresa de energía, que es a quién le corresponde realizarlas y el trámite ante las entidades y autoridades correspondientes para solicitar los permisos, por lo que no se puede presumir que fue

UFINET el que hizo o efectuó tala de árboles, por el hecho de la temporalidad a qué hace referencia el perito, y más aún, cuando Ufinet no requiere hacerla ni para hacer mantenimiento a una red de fibra óptica, debido a que esta tiene un cable de conducción de telecomunicaciones, que tiene un grosor de 13 mm y la misma no requiere que se realice tala de árboles porque Ufinet no instaló postes, no necesita del espacio físico terrenal, simplemente hace ocupación de una servidumbre sobre los postes de energía de la empresa de Electricaribe, por lo tanto, la condena a la que hace referencia es totalmente desproporcionada, injusta y no corresponde a la realidad de los hechos, simplemente se está teniendo en cuenta una presunción de temporalidad, lo cual no tiene ni siquiera indicios de que Ufinet fuera el responsable; más aún, cuando los mismos demandantes en su interrogatorio, en sus pretensiones, ni siquiera en los hechos de la demanda mencionan que Ufinet hubiese talado árboles, lo mencionan de manera general como un perjuicio, y más aún, cuando en el folio 50 de la misma demanda, en el informe inicial que presenta la parte demandada, hace referencia que dicha tala fue ejecutada por la empresa de energía, con ocasión de la instalación de postes, por lo tanto, esa condena es totalmente desproporcionada y que si bien se quiere, se pretende cobrar un perjuicio, el mismo debe ser demostrado y debe guardar relación con quién ejecutó alguna acción para que ese perjuicio se genere, en este caso no hay ningún indicio de que Ufinet hubiese ejecutado alguna acción para que dicho perjuicio se generara.

Por lo tanto solicitó tener en cuenta de conformidad con el artículo 206 del CGP, que se efectuó la respectiva tasación, de acuerdo con los hechos y con lo que se encuentra probado en la demanda, pues, no puede haber un fallo contrario a las pruebas que se encuentran en el expediente, incluso, en el interrogatorio se le insistió para que los demandantes manifestarán cuales habían sido los perjuicios que se habían generado, ninguno de los dos expresó que hubiese tala de árboles por parte de Ufinet, por lo tanto se debe probar el perjuicio y la correlación, eso guarda relación con los principios de congruencia que se debe observar en la sentencia en la que se debe valorar todo el acervo probatorio.

ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Por reparto le correspondió a este Despacho, el cual lo admitió mediante proveído adiado 14 de noviembre de 2019, el 5 de febrero de 2020 exhortó de oficio los contratos de usufructo de infraestructura eléctrica celebrado entre la entidad demandada y ELECTRICARIBE S.A., los que fueron allegados.

El 10 de marzo de 2020 se fijó fecha para la audiencia de sustentación y fallo la que no se pudo efectuar en virtud de la suspensión de términos dada la Pandemia por el COVID-19.

Con auto del 8 de junio de 2020 se corrió traslado para alegar, declarándose desierto la alzada presentada por el extremo pasivo el 8 de julio de la anualidad que avanza, proveído contra el cual se interpuso súplica que fue adecuada por la Magistrada que sigue en turno por orden alfabético a reposición, el que fue resuelto favorablemente.

Inconforme con la determinación los demandantes solicitaron la declaratoria de nulidad o ilegalidad del auto de fecha 5 de agosto de 2020, negándose lo pedido el 20 del mismo mes y año, decisión contra la cual se formuló suplica que confirmó la decisión impugnada.

Dentro de la oportunidad para ello, el extremo activo presentó sus alegatos manifestando que el Juez de primera instancia no alega ningún planteamiento técnico para fundamentar su postura de los dos metros y se aleja de la experticia que acusa de errada, a pesar que el perito la corrige y sustenta en su interrogatorio, la cual estima es la prueba idónea.

Continúa exponiendo que, en cuanto a la tala de árboles y los planteamientos de la apoderada de la demandada, el juez tuvo en cuenta la inspección judicial realizada al predio, estableciéndose con claridad los árboles talados en la línea de 3.185 m2 que conducen por el borde de la franja de fibra óptica, siendo atribuibles esta tala a la empresa demandada, por cuanto es la única con interés en la limpia de esa franja para el mantenimiento de sus redes.

Finaliza requiriendo la revocatoria del numeral 3 del fallo en lo concerniente a la condena en costas para que se incluyan los valores debidamente acreditados.

Por su parte la apoderada de UFINET, esgrimió que, de acuerdo con la inspección realizada, la servidumbre de UFINET consiste en la instalación de un cable de fibra óptica el cual se apoya sobre los postes de energía previamente instalados por ELECTRICARIBE, cuyo recorrido es de 1592 metros lineales, por lo cual se paga por utilizar dichos postes a la empresa de energía, para lo cual no se requiere tala de árboles ni podas.

Aunado a lo anterior, a folio 50 del expediente, figura documento titulado "Colocación de postes con cables de alta tensión en el uso del suelo de los predios Campo David, las miradas y San Antonio", informe aportado por los demandantes y en el que claramente se refiere que la tala de árboles está en los potreros donde colocaron los postes, concluyendo a folio 54 que la responsabilidad es directa de la empresa encargada de la instalación de la postería.

Prosigue aludiendo que se demostró fehacientemente que se trata del paso de un cable de fibra óptica sobre un recorrido lineal paralelo a la vía pública de 1.592 metros; que la aparente tala de árboles se ocasionó con la instalación de las redes eléctricas y no la red de fibra óptica para servicios de telecomunicaciones, por lo cual no es una responsabilidad de UFINET, por lo que solicitó la revocatoria de la condena expuesta por este concepto.

Con proveído del 9 de octubre de la anualidad que avanza se puso en conocimiento de las partes los documentos allegados por UFINET.

Manifiesta la apoderada de los demandantes que no pudo conocer el contenido de los contratos que constituyen la prueba de oficio, por lo que en su sentir viola el derecho de defensa, contradicción, al no manifestarse donde podía ser consultados; además alude que la prueba fue decretada el 5 de febrero de 2020, venciéndose el término el 12 del mismo mes y año sin que hasta esa fecha se hubiese presentado la misma, como quiera que acudió al despacho el 19 del mes en cita y no se presentó, por lo que si obra en el expediente fue aportado con extemporaneidad.

Sin embargo, expresa que de acuerdo con lo relatado por la apoderada de la parte demandada en audiencia de fallo de primera instancia, que actuaban en virtud de contrato de usufructo suscrito con ELECTRICARIBE S.A., es completamente falso a la verdad, por cuanto

los predios de su cliente tampoco gozan del derecho de servidumbre que afecte sus predios.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se pasa a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El presente asunto se trata de un proceso de indemnización de los perjuicios ocasionados con ocasión de una servidumbre de fibra óptica, a través del cual los demandantes pretende se declare la responsabilidad de la entidad UNIÓN FENOSA HOY GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COLOMBIA S.A. hoy UFINET COLOMBIA S.A. al generarle unos perjuicios por instalar fibra óptica y talar árboles en sus predios sin autorización alguna de sus propietarios; sirviendo de prueba del detrimento la experticia practicada; por lo que procederá la Sala a ocuparse en primer lugar de los reparos realizados por los demandantes.

Al respecto, el artículo 57 de la ley 142 de 1994. Reza:

"Facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos. Cuando sea necesario para prestar los servicios públicos, las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio. El propietario del predio afectado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con los términos establecidos en la Ley 56 de 1981, de las incomodidades y perjuicios que ello le ocasione."

A su vez, el Artículo 119 de la misma Ley determina que es deber de las empresas de servicios públicos ejercer los derechos que adquieren en virtud de la servidumbre de manera diligente y cuidadosa para evitar molestias o daños a los propietarios,

poseedores o tenedores de los predios gravados con el fin de no lesionar el derecho a la intimidad de los citados.

Antes de ingresar al análisis de los reparos efectuados por las partes, es del caso ocuparse de la objeción a las pruebas decretadas de oficio por parte de la apoderada de los demandantes; en primer lugar se precisa que con auto del 5 de febrero de 2020 se requirió a GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COLOMBIA S.A. hoy UFINET COLOMBIA S.A. aportara en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de ese proveído las copias del contrato de usufructo de infraestructura eléctrica celebrado con la empresa ELECTRICARIBE S.A. ESP, proveído que fue notificado en estrado a las partes el día 6 de febrero de 2020; luego, el lapso con el que contaba la entidad era hasta el 13 de ese mes y año y no como lo acotó la memorialista el 12 de febrero del año que avanza, lo anterior en apego de lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 118 del CGP que prevé: "El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación a todas".

Verificándose a folio 11 del cuaderno del Tribunal que los documentos fueron recibidos el día 13 de febrero de 2020 a las 3:10 P. M., vía correo electrónico y con posterioridad fueron aportados físicamente el 17 de febrero del hogaño con lo que decae la premisa que fueron aportados extemporáneamente.

Sin que sea de recibo la manifestación efectuada por la apoderada de los demandantes en el sentido que se vulnera el debido proceso por cuanto no ha tenido oportunidad de conocer el contenido de los contratos, por cuanto sabe de su existencia al punto que sus mandantes interpusieron acción de tutela por este aspecto, de otra parte, con auto del 9 de octubre del cursante año se puso en conocimiento de las partes dichos documentos, pudiendo exhortar copia de los mismos al correo electrónico, el cual es ampliamente conocido por la togada, como quiera que ha presentado oportunamente la sustentación de sus reparos y los recursos que ha interpuesto; aunado a que la inactividad de la apoderada fue suplida por la Secretaría de la Sala que remitió a su correo electrónico los documentos a los cuales se ha hecho alusión.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC1656-2018, con ponencia del Dr. LUÍS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, del dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018) señaló:

"La oportunidad para controvertir una prueba pedida o decretada de oficio al momento de evacuarse, por tanto, es distinta de la posibilidad de ejercer el derecho de la contradicción genérica prevista en la fase de alegaciones de conclusión. El privilegio de contender subyace y debe surtirse en el proceso mismo de producción del medio oficioso, así esa otra etapa del debate reglado se encuentre superada, porque de coartarse, la eficacia jurídica de la prueba quedaría afectada; alegar de mejor probar como se demanda en el cargo es potestativo, inclusive la pretermisión de esa etapa es susceptible de saneamiento tácito o expreso, al no estar prevista en el ordenamiento."

En este orden de ideas, el Art. 164 del CGP establece que:

"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación al debido proceso son nulas de pleno derecho".

De ahí que, los contratos aportados por UFINET serán valorados conforme la regla de la sana crítica al haberse incorporado al expediente en debida forma, sin que se vulnere el derecho de contradicción como lo revela el extremo activo.

Decantado lo anterior, se ha de estudiar el reparo efectuado por la entidad demandada, encaminada a la revocatoria de la condena por tala de árboles, soportan su queja en que no existe prueba alguna que permita establecer que ellos fueron los que realizaron esta conducta, la que no se puede presumir, es más ni siquiera los hechos de la demanda dan cuenta de la tala de árboles, el informe inicial que presenta la parte demandante hace referencia a que ésta fue ejecutada por la empresa de energía con ocasión de instalación de postes como se observa a folio 50.

Finalmente alude a que los demandantes en su interrogatorio respondieron a la pregunta de cuáles

eran los perjuicios causados, ninguno manifestó que se hubiesen talado árboles por parte de Ufinet.

Para resolver es menester indicar los medios suasorios con los que se dispone:

- Petición del 14 de agosto de 2013, mediante la cual los demandantes solicitaron a la sociedad demandada, reconocimiento de la indemnización de acuerdo a los parámetros legales, que se realizara la debida conciliación extraprocetal y de ser necesario se realice inspección ocular a los predios (Fls. 9-12).
- Respuesta del 15 de octubre de 2013, emitida por la parte demandada manifestando no acceder a las pretensiones formuladas (Fls. 25-26)
- Certificado de Libertad y Tradición del inmueble CAMPO DAVID con matrícula inmobiliaria No 226-3409. (Fls. 29-30)
- Escritura Pública No. 909 del 28 de agosto de 1965 de la Notaría de Santa Ana, mediante la cual se enajena el inmueble denominado "CAMPO DAVID" a favor del señor AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA. (Fls. 31-33).
- Certificado de Libertad y Tradición del inmueble LAS MIRADAS con matrícula inmobiliaria No 226-20633. (Fls. 34)
- Escritura Pública No. 268 del 22 de junio de 1993 de la Notaría Única de MOMPOS, contentiva de la compraventa del inmueble denominado "LAS MIRADAS" a favor de la señora ELBA ABUABARA DE CASTRO. (Fls. 35-39).
- Certificado de Libertad y Tradición del inmueble SAN ANTONIO con matrícula inmobiliaria No 226-22637. (Fls. 40)
- Escritura Pública No. 052 BIS del 23 de enero de 1995 de la Notaría Única de Santa Ana, mediante la cual se adquiere el inmueble denominado "SAN ANTONIO" por el señor AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA. (Fls. 41-46).
- Documento de colocación de postes con cables de alta tensión en el uso del suelo de los predios "CAMPO DAVID, LAS MIRADAS Y SAN ANTONIO" (Fls. 48-59).
- Documento de fecha 5 de abril de 2016, mediante el cual la Unidad de Garantías del Banco Agrario autorizó la cancelación del gravamen hipotecario sobre el citado predio (Fl. 33).

- Constancia de no acuerdo de fecha 4 de abril de 2014 emitida por la Cámara de Comercio de Santa Marta. (Fls. 60-62).
- Interrogatorios de ELBA ABUABARA DE CASTRO y AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA, los que al ser interrogados por los daños ocasionados respondieron así: La primera de las mencionadas, "imagínese que allá en la finca tenemos el problema que se está vendiendo arena y los camiones pues no podían entrar con facilidad porque algunos eran muy altos tenían que entrar era camiones pequeños, también hubo problemas con la línea que cayó y siempre afectó unos animales" en cuanto a los metros de afectación señaló 2238 metros; el segundo, "uno no puede hacer el trabajo que venía haciendo, nosotros ahí tenemos una cantera de arena es superficial de 30 cm hacia abajo e hicimos alguna negociación con los que hicieron la vía esa porque ese fue el material que utilizaron pero tuvimos problemas con el transporte que tuvimos una desventaja porque ellos utilizan inmensos camiones y ese cable que está ahí no nos permitió la entrada de camiones grandes y me enviaron camiones pequeños para poder obviar el paso por debajo del cable y eso fue una desventaja para nosotros porque era más complicado para contabilizar el material y todo"
- Dictamen pericial, en cuya complementación y aclaración (F. 235-236) consignó: "Dentro de esta área se pudo observar vestigios de una cantidad de árboles que fueron talados hace más de cinco (5) años, y dadas las condiciones del tiempo el cual sus medidas, espesor y la especie de cada árbol se tomaron las medidas de los troncos y de algunos que se encuentran tirados en regular estado"
- A folio 48-59 se encuentra informe suscrito por ADOLFO LUÍS PACHECO CAÑARETE, titulado "COLOCACIÓN DE POSTES CON CABLES DE ALTA TENSIÓN EN EL USO DE LOS PREDIOS "CAMPO DAVID, LAS MIRADAS Y SAN ANTONIO", en el acápite de "CONCEPTUALIZACIÓN" sentó: "Responsabilidad directa de la empresa encargada de la instalación de los postes dentro de la propiedad privada..."
- Los contratos de usufructo ya relacionados

Al valorar estas pruebas en conjunto, ninguna de ellas como lo aseveró la demandada dan cuenta del autor de la tala de árboles, la cual se encuentra documentada en el expediente, la que si bien es cierto no se hace alusión en los hechos de la demanda, en el segundo numeral de las pretensiones se reclamó la condena por los daños causados por la instalación del tendido de redes de conducción de cableado de telecomunicaciones o fibra óptica, representado en árboles talados en forma definitiva de tipo maderable, industriales y frutales.

De igual modo, se estableció que la red de fibra óptica está anclada en los postes perteneciente a ELECTRICARIBE, lo que descarta la comisión del daño por parte de UFINET, al estipularse en los contratos de cesión de uso que ELECTRICOLOMBIANA es propietaria de la infraestructura eléctrica que utiliza para la distribución de energía eléctrica, es más el mismo informe aportado por el extremo activo en su conceptualización consignó que el daño es responsabilidad directa de la empresa encargada de la instalación de los postes dentro de la propiedad privada.

Recuérdese que el concepto de daño de acuerdo a lo indicado por la Corte Suprema en la Sentencia CSJ SC10297-2014, radicación 2003-00660-01, M. P. DR. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, en sentido amplio, indicó:

"En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa **por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre**. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, **a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercuta en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal**, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio."
(Negritas fuera de texto)

De ahí, que si bien es cierto está acreditado en el expediente la tala de los árboles cuya indemnización reclaman los actores, no es menos que no se cuenta con probanza alguna que lleve certeza de la realización de dicha conducta o acción por UNIÓN

FENOSA, hoy UFINET COLOMBIA S.A. y menos si se atiende que sobre la misma franja de terreno se encuentra la servidumbre eléctrica que es la dueña de postes y del tendido de redes que conducen la electricidad; por el contrario, los mismos actores adosaron a la demanda informe técnico en que se indicó que la dueña de los postes era la causante de los daños en el predio.

Así las cosas, el reparo formulado está llamado a prosperar, por lo que se ha de revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia objeto de alzada y en su lugar se denegará la condena por este concepto.

De inmediato se ocupará el Colegiado de los reparos efectuados por los demandantes, para lo cual se detendrá en el marco de la servidumbre a fin de establecer la prosperidad o no del ataque efectuado por esta; al respecto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, en sentencia del cuatro (4) de julio de dos mil dos (2002), Ref:1100102030002012-02950-00 sentó:

"Tal cálculo no difiere de la indemnización por la zona afectada y, para el caso concreto, está representado por el avalúo comercial de la zona cuyo disfrute se ve menguado para el titular del derecho de dominio, sin que ello implique que se esté descontextualizando el pleito, pues, a pesar de que no se reclama la prescripción adquisitiva del área descrita, las restricciones que se derivan del gravamen son de tal magnitud como si se privara de la misma al propietario.

a.-) La servidumbre es un derecho real accesorio que grava un bien raíz, por lo que en relación con ella no se puede alegar posesión ni mucho menos dominio, mientras que la "infraestructura" instalada por cuenta y riesgo de la accionante, que la convierte en dueña de la misma, sólo constituye el instrumento con el cual se ejerce y que forma parte de sus activos.

La anterior distinción permite concluir que "la servidumbre" y "la infraestructura" son independientes y no se pueden confundir, pudiendo existir la una sin la otra, en el caso de que se constituya el gravamen, pero no se realicen las obras necesarias para su disfrute,

o que existiendo éstas se proceda a su desmonte, remplazo o adecuación, sin que con ello se modifique el estimativo económico de la limitación."

Al revisar los supuestos fácticos, en el numeral 12 se lee "El área afectada por dicho cableado es de dos mil setecientos metros cuadrados (2.700 mts²), debido a que en el área donde se encuentran los cables, no puede ser utilizada para corrales, construcción de casas, cultivos ni cría de ganado, pues ya se han presentado casos donde han salido heridas reses, al caer líneas al piso, sin que nadie se haga responsable por los daños y perjuicios."

En esta instancia por decreto oficiosos se allegó los contratos de usufructo de infraestructura eléctrica celebrados entre ELECTRICARIBE y UFINET COLOMBIA S.A. así: TELECORP-004-01, TELECORP-005-01 Y otro sí No.1 a los contratos TELECORP-004-01, TELECORP-005-01 y otro sí a los contratos TELECORP-004-01 y TELECORP-005-01 visibles a folios 13 al 39 del cuaderno del tribunal, en los que se acordó: PRIMERA-DEFINICIONES: "a "Derechos de Paso": la facultad de utilizar la infraestructura eléctrica para proceder, en los términos pactados en este Contrato, a la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones en sustitución o ampliación de los cables existentes de propiedad de ELECTRICOLOMBIANA"; "e El Derecho de Preferencia para adquirir la Red de Cable de Fibra Óptica existente, de propiedad de ELECTRICOLOMBIANA, para su propio uso o para su cesión a título oneroso a terceros, así como la que pueda instalar en el futuro."

"NOVENA-ACCESO A LAS INSTALACIONES DE ELECTRICACOLOMBIANA: si por cualquier motivo debidamente justificado UFINET COLOMBIA tuviera que acceder a las instalaciones de ELECTRICACOLOMBIANA, UFINET COLOMBIA podrá acceder libremente, informando con una anticipación no menor de 2 días hábiles, de los trabajos que considere deban hacerse, e identificando los recursos involucrados en los mismo, a fin de que el personal de ELECTRICACOLMBIANA pudiera estar disponible en el caso de que se considere conveniente o necesaria su intervención. Lo previsto en la presente cláusula debe entenderse sin perjuicio de los supuestos de urgencia por necesidad del servicio de telecomunicaciones".

Igualmente, en la misiva obrante a folio 25-26 dirigida a la Doctora LILIANA BALDIRIS ALEMÁN, se le informó que "...GNFT no utiliza de manera directa el inmueble en donde se encuentra instalado este tipo de activo eléctrico", por lo que la afectación se vería representada en "(i) el derecho de acceder a los respectivos inmuebles para instalar sobre la infraestructura eléctrica de ELECTRICARIBE los cables de fibra óptica y equipos, y (ii) por los daños y perjuicios que se puedan causar".

Se practicó inspección judicial con intervención de perito, recayendo esta designación en el señor Fernando Hernández Martínez, quien en su informe anotó: "Se observan en los tres predios antes descrito (sic) que están ocupados por una servidumbre de redes conductoras de energía eléctrica de Alta Tensión y esa misma servidumbre se encuentra ocupada por las redes de Fibra Óptica, de la empresa Unión Fenosa hoy Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones S. A.", totalizando como área ocupada 3.185,16 M2 que resulta de multiplicar 1.592,58ml de longitud por un ancho estimado de 2 mts, al estar las redes a una altura del suelo de 7 mts. (F.162) y en su aclaración indicó que los cables de alta tensión ocupan la misma longitud, pero con un ancho de 20 metros dando un área ocupada de 31.851.30 M2.

Al momento de ser interrogado el señor FERNANDO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, expresó que para ubicar la línea de la Unión Fenosa que es la de fibra óptica, en ese recorrido estuvieron incluso con un técnico que llevó la doctora representante de unión Fenosa la ubicaron anclada sobre la línea de Electricaribe, el recorrido fue de 1.580 metros de longitud y además observaron que la franja de terreno a la cual esta instala dicha red en su momento esta enmontada inasistida por las partes que la usan. En cuanto al área de afectación y el valor de la misma aduce que haciendo uso del reglamento RETIE, tuvo el concepto del peritazgo, obteniendo el área de afectación de 3.185.60 metros cuadrados con un valor de 800 pesos cada metro cuadrado y la fórmula utilizada para determinar dicha afectación, estudió la zona usando métodos del IGAC y la metodología aplicada fue la del método comparativo de mercado, para llegar al valor real de la hectárea y del metro cuadrado de la zona con varios señores de la región.

Por lo que no es de recibo la premisa en la que soporta su reparo los actores, consistente en la

franja afectada por la servidumbre, la que en su sentir se debe liquidar sobre 20 metros, pues memórese que en los hechos de la demanda se plasmó que esta era de "dos mil setecientos metros cuadrados (2.700 mts²)", situación sobre la cual debe girar la actividad probatoria del actor; de igual modo en el numeral tercero de las pretensiones se plasmó: "Que UNION FENOSA HOY GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COLOMBIA S.A., reconozca como afectación un área de dos mil setecientos metros cuadrados (2.700 mts²) tomando como base la altura de los cables y el área que ocupan de largo por ancho y demás factores de liquidación de la indemnización,...".

Estableciendo el Art. 281 del CGP en sus dos primeros incisos:

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta"

En este orden de ideas, si bien se reconoció un área mayor a la aludida en el escrito genitor, no es menos que al ser este el único apelante respecto a este punto; pues si bien el inciso segundo del Art. 328 del CGP dispone que "...cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones", precepto este que no puede aplicarse al presente caso como quiera que la entidad demandada solo apeló lo concerniente a la condena por la tala de árboles, pudiendo hacerlo frente a la indemnización por el área ocupada al serle desfavorable y con ello el interés para ello.

Por ende, no le es dable a la Sala desmejorar su situación, motivo por el cual se ha de confirmar la condena mediante la cual se indemniza la zona

afectada por la imposición de la servidumbre con el cable de fibra óptica.

Ahora, en lo relacionado a la objeción a las costas, en la que se cuestiona que no se atendió los gastos efectuados, se precisa que este no es el momento procesal para ello, liquidándose en la sentencia únicamente lo relacionado a las agencias en derecho, estipulando la condena, liquidación y cobro el Art. 366 Ibídem.

En el desarrollo de éste se indica que es el secretario que elaborará la liquidación de costas y el juez la aprobará, en cuya liquidación se ha de incluir los conceptos indicados en el numeral 2 y 3 del canon aludido, por lo que decae este reproche.

Consecuente con las disertaciones realizadas se ha de revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia objeto de alzada como anteladamente se acotó y confirmar los demás aspectos, sin que se imponga condena en costas como quiera que prosperaron parcialmente los reparos formulados contra la decisión que se revisa.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia del veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Único Civil del Circuito del Banco- Magdalena, dentro del proceso verbal de indemnización de perjuicios promovido por AUGUSTO RAFAEL CASTRO ARIZA Y ELBA ABUABARA DE CASTRO contra UNIÓN FENOSA HOY GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COLOMBIA S.A. en lo concerniente a la condena por tala de árboles, la cual se niega y CONFIRMAR los demás puntos de ésta, por lo bosquejado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas.

TERCERO: En firme la presente providencia devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO
Magistrada Sustanciadora



MARTHA ISABEL MERCADO RODRÍGUEZ
Magistrada



ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE
Magistrado