

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



“Al servicio de la justicia y de la paz social”

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN CIVIL

PROCESO	EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE	TRES LOMAS LTDA., SOCIA GESTORA DE LA SOCIEDAD TRES LOMAS LTDA Y CIA S.C.C.S.
DEMANDADO	ANTONIO RICAURTE RÍOS GRAJALES Y ARENKO S.A.
INSTANCIA	SEGUNDA –APELACIÓN DE AUTO-
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 03 012 2021 00574 02 INTERNO 2023 – 0267
PROVIDENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO N°050
TEMAS	DERECHO A PROBAR Y EL PRINCIPIO DE LA NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA PRUEBA. OPORTUNIDADES Y EXIGENCIAS PROBATORIAS.
DECISIÓN	CONFIRMA
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los ejecutados Arenko S.A. y Antonio Ricaurte Ríos Grajales, frente a la decisión adoptada por el juzgado de primer grado en providencia de 16 de noviembre de 2022, específicamente lo relativo a la negativa de dos pruebas solicitadas por la parte recurrente.

I. ANTECEDENTES

Se desprende del expediente que, a través del apoderado judicial la sociedad Tres Lomas Ltda. Socia Gestora de la Sociedad Tres Lomas Ltda. y CIA S.C.C.S. instauró proceso ejecutivo singular en contra de la sociedad Arenko S.A. y Antonio Ricaurte Ríos Grajales para el pago de obligaciones contenidas en varios pagarés (Archivo digital 04. Primera Instancia).

El conocimiento de la demanda le correspondió al Juzgado Doce Civil del Circuito de Oralidad de Medellín; Despacho judicial que el día 27 de enero de 2022 libró mandamiento de pago y ordenó la notificación de los ejecutados (Archivo digital 12. Primera Instancia).

Integrada la Litis, mediante providencia del 16 de noviembre de 2022, la juez de primera instancia fijó fecha para la audiencia inicial y, además, decidió sobre el decreto y la práctica de pruebas, proveído donde **negó las pruebas de oficiar a la Notaria Diecisiete de Medellín**, por cuanto constituye un deber de la parte y su apoderado pedir directamente a la entidad los documentos mediante derecho de petición y, **previo al decreto de los dictámenes periciales** solicitados, requirió a la parte ejecutada para que aclare lo que pretende (Archivo digital 12. Primera Instancia).

Notificada la anterior decisión, el apoderado de la sociedad Arenko S.A. y Antonio Ricaurte Ríos Grajales, indicó que con el dictamen sobre la contabilidad del ejecutado Antonio Ricaurte Ríos Grajales pretende respaldar la excepción de pago y controvertir el hecho primero de la demanda, para demostrar que el ejecutado no adeuda esos dineros, ni los recibió porque no obran en su contabilidad, lo que también soporta la excepción de inexistencia de contrato de mutuo; acerca del dictamen de avalúo del inmueble, pretende demostrar que dicho inmueble sirvió para cubrir gran parte del valor, lo que expuso en la excepción de pago, al señalar que el mismo ocurrió con los dineros entregados y con el inmueble.

En el mismo memorial, formuló recurso de reposición y en subsidio apelación, indicando que la prueba de oficiar a la Notaría Diecisiete de Medellín se pidió a raíz de lo establecido en la excepción de ilegalidad o ineptitud de la copia esgrimida como título hipotecario, lo que sólo conoció con la demanda, no teniendo otra opción que solicitarla por intermedio del juzgado, debido a que el término para la formulación de las excepciones de fondo es inferior al que se tiene para obtener una respuesta a un derecho de petición (Archivo digital 53. Primera Instancia).

El Juzgado resolvió la reposición de la siguiente forma: en cuanto a la petición de oficiar a la Notaría, la negó porque era necesario que la parte al contestar la demanda demostrara la actuación realizada tendiente a obtener dicha información, es decir, por lo menos la radicación de la petición a la entidad, lo cual no se hizo; frente al dictamen pericial de contabilidad, no lo decretó toda vez que la contabilidad del ejecutado puede no reflejar la deuda objeto de la ejecución y por tanto no se encuentra idoneidad en la prueba solicitada frente a lo que se pretende probar. Y en cuanto al avalúo pretendido, le concede el término de veinte (20) días para aportar el

dictamen pericial. Finalmente concede el recurso de apelación, y le indica al recurrente que podrá agregar nuevos argumentos que sustenten el recurso (Archivo digital 54. Primera Instancia).

El apoderado de la parte ejecutada agregó como argumentos que la solicitud de oficiar se derivó de una situación absolutamente extraña y prevista solamente al momento de formularse las excepciones y, sobre la prueba de dictamen pericial de la contabilidad del ejecutado Antonio Ricaurte Ríos Grajales, dijo que negarla es una violación al derecho de defensa, en tanto es pertinente para demostrar las excepciones de pago e inexistencia de contrato de mutuo formuladas (Archivo digital 54. Primera Instancia).

II. CONSIDERACIONES

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

Con el vigente ordenamiento Constitucional procesal, el derecho a la prueba se ha erigido además de componente del debido proceso, en una garantía fundamental autónoma¹ para toda persona que ostente el carácter de parte o interviniente, o que pretende serlo en un futuro proceso. De conformidad con la Carta Política y la ley, dicha garantía consistente en la exigencia al Juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa².

Sobre este específico derecho de raigambre procesal también ha precisado la más autorizada doctrina nacional³:

Así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener con él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquel, puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta o la imputación o el hecho eximente de responsabilidad penal.

Basta recordar la importancia extraordinaria que la prueba tiene no sólo en el proceso, sino en el campo general del derecho (cfr. núms. 1-

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-393 de 2004

² Ver al respecto: RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. En: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia: Medellín, Vol. 64, N° 143, (2007) págs. 182-206.

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado general de la prueba judicial*. 5ª Edición, Bogotá: Temis, 2006, Tomo I, pág. 26

3), para comprender que se trata de un indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa. En cuanto al demandado e imputado o procesado se refiere es claro que sin el derecho de probar no existiría audiencia bilateral, ni contradictorio efectivo, ni se cumpliría la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo; en relación al demandante, es igualmente indudable que sin el derecho a probar resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.

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

La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; esta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez. (arts. 174 C.P.C. y 232 C.P.P.).

Utilizamos la palabra necesidad como *“todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir”* (art. 174 del C. de P.C.).

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

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

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

2. ADMISIÓN DE LA PRUEBA Y PROCEDENCIA DEL RECHAZO *IN LÍMINE*.

El artículo 168 del Código General del Proceso faculta al juez para rechazar de plano, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles; disposición normativa que está seguida del artículo 169, que en su parte inicial dispone que *“Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”* (negrilla y resaltado intencional).

En el Sistema Procesal Civil Colombiano rige el principio de libertad probatoria, consistente básicamente en la no limitación legal de los medios probatorios admisibles, dejando al juez la calificación de la relevancia probatoria del medio solicitado y, comprende, además, la denominada libertad de objeto, relacionada con la facultad de probar todo hecho que pueda influir en la decisión.

Dentro de las fases o etapas iniciales de la actividad probatoria en el proceso, se encuentra la relativa a la admisión y ordenación de la prueba, sobre la cual se ha dicho que corresponde exclusivamente al Juez o Magistrado de la causa y que comprende bajo el concepto de *decreto*, tanto la admisión propiamente dicha del medio de convicción, como su ordenación y práctica. Así, la admisión de la prueba *“es el acto por el cual el Juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordene agregarlo o practicarlo, según el caso”*.⁵

Atendiendo lo expuesto, es claro que no toda prueba rogada por las partes debe ser admitida por el Juez, sino que al funcionario competente le asiste la facultad-deber de desestimar las solicitudes probatorias que no cumplan con los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba; aludiendo los primeros a los criterios de conducencia, utilidad, pertinencia, legalidad y formalidad adecuada, y los segundos a razones de oportunidad, legitimación y competencia.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Ob. Cit, pág. 268

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido⁶ que la procedencia de la prueba se encuentra vinculada a las exigencias de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad, definiendo dichos conceptos de la siguiente manera:

La conducencia “supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado”.

La pertinencia “apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite”.

La racionalidad del medio probatorio “tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización”.

Y la utilidad de la prueba “se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”.

Así las cosas, el rechazo de plano o inadmisión de los medios de convicción rogados por las partes procesales debe estar soportado en una estricta y motivada ausencia de los requisitos aludidos, so pena de generar seria afectación al derecho a probar.

3. CASO CONCRETO

De conformidad con el recuento efectuado en precedencia, para el caso concreto, el objeto de discusión está circunscrito a determinar si era procedente que el juzgado de primera instancia negara las dos solicitudes probatorias, ya reseñadas, de la parte demandada, decisión que es apelable de conformidad con lo establecido en numeral 3 del artículo 321 del C.G.P. norma que dispone, dentro de los autos susceptibles de alzada, “3. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas*”.

En la contestación de la demanda, específicamente en el acápite de pruebas, el apoderado de la parte ahora recurrente, solicitó que se decrete dictamen pericial a la contabilidad al ejecutado Antonio Ricaurte Ríos Grajales, con lo cual pretende demostrar si en efecto recibió de la ejecutante Tres Lomas Ltda Socia Gestora de la Sociedad Tres Lomas Ltda y CIA S.C.C.S. la suma de \$4.500.000.000 a título de mutuo y, en caso afirmativo, se indique cuándo, si ha hecho abonos a capital, si ha pagado intereses, y todo lo que

⁶ Sala de Casación Penal, Autos del 17 de marzo de 2004 y 22 de abril de 2009, Radicados 22.953 y 27539, respectivamente

tenga que ver con tal operación; además, solicitó prueba por informe, ordenando a la Notaria Diecisiete de Medellín para que certifique con relación a la Escritura Pública 2.534 del 27 de septiembre de 2018, si se adelantaron trámites para la obtención de copias auténticas y con mérito ejecutivo, respecto de la hipoteca que ella contiene por motivo de pérdida o destrucción de una o unas anteriores a la séptima que se está presentando con mérito ejecutivo en este proceso, en caso afirmativo, se indique cuántas veces ocurrió, a solicitud de quién, qué pruebas se presentaron para acreditar la pérdida o destrucción, expidiendo además copia de todos los documentos de dichos trámites (Archivo digital 04. Primera Instancia).

En los anteriores términos formuladas las solicitudes probatorias fueron denegadas por el juzgado de primera instancia, con los fundamentos que ya se reseñaron.

Teniendo en cuenta que son varias las solicitudes probatorias denegadas y varios los argumentos que el juzgado expuso para ello, se estudiará de forma separada cada una, con el fin de establecer si le asistió razón al juzgado en la negativa o si resultaba procedente su decreto como aduce el apoderado de la parte ejecutada recurrente.

1. En cuanto al dictamen pericial a la contabilidad del ejecutado Antonio Ricaurte Ríos Grajales, con el cual, según se desprende de la contestación de la demanda y del mismo escrito del recurso, la parte recurrente pretende acreditar la excepción de pago y controvertir el hecho primero de la demanda, para demostrar que el ejecutado no adeuda esos dineros a título de mutuo; se comparte la decisión de la juez de primer grado, en tanto, evidente resulta que dicha prueba no es idónea ni útil para demostrar lo pretendido, porque más allá de las razones señaladas por la *a quo*, si el ejecutado deseaba que se revise su contabilidad para establecer si anotó allí o no la recepción del dinero a título de mutuo y si realizó pagos, perfectamente pudo allegar al proceso los documentos que comprenden la contabilidad de éste para que sean analizados por la juez, sin necesidad de que se deba acudir a un dictamen pericial que implica demora del proceso y gastos adicionales innecesarios.

Es que la prueba pericial está establecida para eventos en que “*se requieran conocimientos especializados, es decir, de aquellos que escapan a la cultura de las gentes, puede y debe recurrirse a quienes, por sus estudios, experiencia, etcétera, los posean...*”⁷ y en este caso lo pretendido por el recurrente es simplemente que un perito describa el contenido de la contabilidad de su representado, lo que se insiste es innecesario y, para cuyo efecto bastaba con aportar los documentos que contienen la contabilidad aducida.

2. En lo atinente a la prueba de oficiar para un informe, debe indicarse que la misma está regulada en el artículo 275 del Código General del Proceso, norma que dispone en lo pertinente:

“A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo.

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.”

La anterior norma no puede ser leída de forma aislada y es necesario concordarla con el artículo 173 ibídem, que regula las oportunidades probatorias y dispone:

“Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. **El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.** (...) (Negrilla fuera del texto original).

⁷ PARRA QUIJANO. Ob. Cit. pág. 585.

La lectura y análisis de las anteriores normas permite concluir que, aunque las partes pueden solicitar al juez que oficie requiriendo informes de entidades públicas o privadas, sobre *“hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe”*, cuando dicha información pudo ser obtenida por la misma parte mediante ejercicio de derecho de petición y, así no se hizo, el juez debe abstenerse de decretarla.

En este caso respecto de la solicitud de informe por parte de la Notaría Diecisiete de Medellín, evidente resulta que tal certificación con relación a la Escritura Pública 2.534 del 27 de septiembre de 2018, pudo ser obtenida o por lo menos, intentar obtenerla, mediante el ejercicio de derecho de petición, por lo cual, ante la falta de acreditación de que así se hubiere hecho, imperioso resultaba la negativa de la prueba.

El recurrente arguye que como la prueba refiere al título hipotecario que sólo conoció con el traslado de la demanda, no tuvo oportunidad de solicitarla de forma directa, siendo necesario acudir para ello a la juez que conoce el proceso, pero es que lo que se reprocha en este evento no es que el solicitante no hubiese obtenido efectivamente la información, sino que en el término de traslado de la demanda ni siquiera hubiese intentado hacerlo, para cuyo efecto bastaba acreditar la mera radicación de la petición. Nótese 173 del C.G.P. citado en precedencia, señala que el juez sí puede oficiar para obtener información que el interesado no logró conseguir mediante derecho de petición *“cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente”*, lo que implica que el interesado debe **siempre** presentar la petición fuera del proceso, acreditar ello al juez sumariamente y manifestar o demostrar que la misma no fue atendida, no siendo adecuado que se limite a solicitarle al juez que oficie pidiendo la información que el mismo pudo reclamar, sino que debía probar que intentó solicitar la información y que la petición no fue atendida, bien por el corto tiempo de presentación o por otro motivo, lo que se reitera, no hizo.

Los anteriores argumentos sin necesidad de mayores elucubraciones son suficientes para mantener y confirmar la decisión recurrida en alzada.

4. COSTAS.

No obstante, la resolución de la instancia ser negativa para la parte recurrente, no habrá lugar a imponer condena en costas, toda vez que no se causaron. Lo anterior atendiendo la regla 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

IV. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada en providencia de 16 de noviembre de 2022 y 2 de diciembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín negó las pruebas de oficiar a la Notaría Diecisiete de Medellín y el decreto de dictamen pericial de contabilidad, solicitadas por el apoderado de los ejecutados la sociedad Arenko S.A. y Antonio Ricaurte Ríos Grajales.

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas.

TERCERO. En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente digital al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE


MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada

(Firma escaneada conforme al artículo 105 del C.G.P. en concordancia con la Ley 2213 de 2022)