

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente  
**WILLIAM NAMÉN VARGAS**

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil diez (2010)

Discutida y aprobada en Sala de veintiocho (28) de junio de 2010

Referencia: 17042-3103-001-2005-00103-01

Se decide el recurso de casación interpuesto por Alejandro Echavarría Abad respecto de la sentencia de 15 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario del recurrente contra Humberto Emilio Ramírez Arango.

**ANTECEDENTES**

1. En la demanda, se solicitó declarar civilmente responsable al demandado de los daños causados al demandante en su predio "*La Madre vieja o Madreselva*", condenarlo a pagar por la destrucción de los cultivos de "*Guayaba Pera Palmira ICA1*", \$83.879.180 por daño emergente, \$1.165.775.860 de lucro cesante y las costas del proceso, así como conminarlo a taponar



los tres canales artificiales edificados en el sector afectado y reconstruir el otrora existente en el término 30 días, so pena de hacerlo el actor, convirtiéndose en su acreedor por el valor de las obras determinado en dictamen pericial.

2. El *petitum*, se sustentó, en síntesis, así:

a) La finca "La Andalucía", ubicada en la vereda Los Cedros (Viterbo, Caldas), con folio de matrícula inmobiliaria número 103-0005378, propiedad de Alejandro Echavarría Abad, tenía una franja circundada por un canal para desalojar sus aguas y las de "La Suiza", cuyo dueño es Humberto Emilio Ramírez Arango.

b) En enero de 2003, la fracción superficiaria "La Madre Vieja" o "Madreselva" de "La Andalucía", en extensión de 10.612 m<sup>2</sup>, estaba sembrada con árboles frutales "Guayaba Pera, variedad Palmira ICA-1", de 10 años de edad y en plena producción.

c) El demandado, entre enero y febrero de 2003, perturbó la posesión ejercida por el actor sobre "La Madre Vieja", modificó su topografía con maquinaria pesada para aparentar que algunas de sus secciones integraban "La Suiza", destruyó y arrancó 490 árboles frutales con expectativa probable productiva de 20 años, rellenó, niveló y adecuó el terreno a la siembra de caña, incluido el canal circundante destinado a desalojar las aguas de los predios "La Andalucía" y "La Suiza".



d) Humberto Emilio Ramírez Arango, construyó tres canales, partió en dos su fundo (primer canal), desaguó "La Suiza" (primer y segundo canal) y transportó las aguas de un afluente existente en "La Andalucía" (tercer canal) hacia el río Risaralda, obras nuevas todas circulantes por el terreno del demandante.

e) La conducta del demandado, causó a Alejandro Echavarría Abad, daños materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, por las inversiones realizadas en la etapa improductiva, la siembra y levante de los cultivos durante dos años, su sostenimiento hasta los diez años, los intangibles y las sumas dejadas de percibir por las oportunidades derivadas de las cosechas futuras, considerada la producción durante 20 años contados a partir de la destrucción.

f) Existe relación causal entre los hechos dañinos del demandado y el perjuicio ocasionado al accionante, legitimado para reclamar su indemnización como propietario y poseedor material del predio.

g) El actor formuló querrela policiva ante la alcaldía municipal de Viterbo, la cual terminó con decisión favorable ordenándole al demandado abstenerse de perturbar su posesión, quien luego promovió proceso reivindicatorio con relación a "La Madre Vieja".

3. El demandado al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, admitió algunos hechos y negó otros.



4. El Juzgado Civil del Circuito de Anserma, en sentencia de 23 de octubre de 2006, declaró la responsabilidad civil del demandado y lo condenó a pagar \$24.905.454 por daño emergente, \$1.165.775.860 de lucro cesante y las costas, denegó la tercera pretensión, la objeción al dictamen pericial y la tacha de testigo.

5. El superior al desatar la apelación propuesta por el demandado, confirmó parcialmente la sentencia recurrida, revocó la condena por lucro cesante y redujo las costas al 30%.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Tras precisar el disenso cardinal del apelante por la aparente ausencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, los cuales memoró con la carga probatoria del actor, el *ad quem* descendió a las pruebas, las reseñó y resumió para analizarlas en conjunto según "*los postulados de la sana crítica*".

2. De la contestación a la demanda, los testimonios de Azaul Ocampo, Aicardo Delgado Rico y los empleados del actor, así como de la fotografía visible a "*folio 33 del segundo cuaderno*" (fl. 96, cdno. de 2ª instancia), encontró el juzgador, las obras de canalización en el predio "*La Madre Vieja*" y el desarraigo de los árboles cultivados, hechos generadores del daño imputable a Humberto Emilio Ramírez Arango, confirió singular eficacia



probatoria al testimonio de Ocampo, perito en otros conflictos suscitados entre las partes, por su objetividad al *"no tener relación cercana, ni siquiera de amistad con ninguna de las partes"* y su *"conocimiento de primera mano sobre los hechos que adujo el demandante"* (fl. 94, *ibídem*), y también al de Delgado, por su *"conocimiento de la existencia del sembrado"* (fls. 95 y 96, cdno. de 2ª instancia) e independencia, mientras las versiones de los testigos presentados por el demandado, son *"pobres"*, poco *"consistentes"*, sin fuerza probatoria y ofensoras de las reglas de experiencia.

3. Tocante al concepto jurídico de daño, el Tribunal, con cita de *Adriano de Cupis*, puntualizó la superación del plano de la impersonalidad para vincularse al sujeto pasivo, en cuanto los intereses jurídicos relevantes tutelados por el ordenamiento no son los bienes sino los intereses del sujeto sobre éstos, de donde, en la cuestión litigiosa, además de la existencia de los árboles frutales y su destrucción, debía probarse *"el provecho que sobre los destruidos guayabos obtenía el demandante para el momento en que se realizaron los hechos dañosos"*, o sea, el interés al momento de la pérdida o en el lapso inmediatamente anterior a la ocurrencia del hecho, única manera de establecer la causación del daño, *"pues aunque hubiesen existido los sembrados y éstos hubieren sido destruidos, si el propietario de éstos no obtenía ningún provecho económico de los mismos, ni representaban para él algún interés económico, no puede desprenderse de tal actuación dañosa una condena a favor del accionante, por lo menos en cuanto al lucro cesante concierne"*.



4. Sentadas las premisas precedentes, el juzgador, volvió al examen conjunto de las pruebas, halló el daño emergente en cuantía de \$24.905.454 según discernió el *a quo* fundado en la prueba pericial, mas no del lucro cesante, y precisó:

a) La carencia de vínculos con las partes y el conocimiento técnico, antecedente e idóneo de la cuestión litigiosa por los testigos Azaul Ocampo, Aicardo Delgado Rico y Carlos Alberto Valencia, confieren a sus declaraciones singular relevancia probatoria, y en común ninguno menciona el estado, producción o deterioro y abandono de los cultivos con anterioridad inmediata al acaecimiento del daño –enero y febrero del año 2003-, confirman su preexistencia a la destrucción por el demandado con maquinaria pesada a "*principios del año 2003*" y estado productivo seis años antes de los hechos de la *litis* –año 1996 o 1997- (fls. 103 y 104, *ídem*), a diferencia de la escasa certidumbre suministrada por los testigos Fernando Mazuera, Félix Antonio González Giraldo, Hugo y Jairo López Gómez, María Gloria Ángel de Botero, Arnoldo A. Hernández Villada y Oscar Darío Orjuela, los cuales no alcanzan a demostrar el lucro cesante, mas sí el daño emergente.

b) Los dictámenes periciales tampoco acreditan el lucro cesante, contienen inferencias basadas en las informaciones de la parte actora, ni los expertos "*estaban en condiciones de establecer el grado de tecnificación del cultivo para la época en que fue arrasado, aspecto (...) trascendente para determinar una producción tan fructífera como*" la cuantificada (fl. 109, cdno. de 2ª instancia), sin evidencias ciertas de la comercialización del cultivo,



ni del provecho para el demandante, mientras la aerofotografía visible a folio 94 del cuaderno 3 y varios testimonios, indican que los cultivos no estaban en buen estado en clara contradicción con las pericias, equiparando *"la producción que presuntamente le rendía al actor con una que tuviera alto grado de tecnificación, cuando en contraposición no hay ningún fundamento probatorio para colegir que la técnica empleada en los terrenos afectados poseía las más altas calificaciones"* (fl. 112, cdno. de 2ª instancia).

5. Por lo anterior, el juez de segunda instancia, coligió la incertidumbre del estado de los cultivos para la época de la destrucción de los árboles, la falta de *"evidencia indicativa de que el grado de explotación era de tal magnitud que no ameritara (sic) reproche técnico, equiparable a una gran empresa especializada en temas agrícolas"*, confirmó parcialmente la sentencia apelada, revocó la condena por lucro cesante y modificó la de costas.

## LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los cuatro cargos formulados por la primera causal de casación, serán estudiados en su orden lógico, conjuntando el segundo y el cuarto al servirse de unas mismas consideraciones.

### CARGO SEGUNDO

1. Por la causal primera consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la violación indirecta



de los artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas "*relativas al perjuicio del Lucro Cesante*" (fl. 37, cdno. de la Corte).

2. Los errores probatorios del Tribunal, son:

a) Confirió una eficacia probatoria especial a los testimonios de Azaul Cardona, Aicardo Delgado y Carlos Alberto Valencia, para postular la insuficiencia probativa del perjuicio, bajo el supuesto erróneo de su relación directa con los hechos y la producción de los cultivos, cuando sólo se predica del primero como perito en la querrela policiva, pues el segundo, visitó el plantío en el año 96 o 97, antes del siniestro, y el tercero, ejecutadas las obras de canalización; tampoco, apreció en su plenitud e integridad el testimonio rendido por Azaul Ocampo Henao durante la inspección judicial practicada por el *a quo*, ni su informe pericial a la Alcaldía de Viterbo, prueba trasladada de la querrela policiva entre las partes, demostrativa con aquéllas del estado adulto de los cultivos destruidos y su plena producción al desarraigo por el demandado, bastantes para soportar la condena por lucro cesante, a contrariedad de las inferencias del fallador, al no encontrar ninguna mención de la misma incurriendo en yerro protuberante por no verla, ni la edad aproximada de 10 años de los árboles, considerando ineficaz la probanza para desestimar por falta de prueba el lucro cesante (fls. 44-52, *ibídem*).

b) Cercenó, omitiendo valorar en su integridad la declaración de Oscar Darío Orjuela, y tras reproducirla, recrimina al sentenciador por reprocharle no aportar los comprobantes de



comercialización de los cultivos referidos por el testigo, desconociendo su producción en aquel tiempo en promedio por árbol entre 150 y 170 kilos, cuando acredita el "*perjuicio económico y cierto hacia futuro*", las ventas de las cosechas de guayaba en importantes almacenes de cadena de Pereira "*tales como La 14, Tiendas Olímpica, Comfamiliares y Ley Pereira Plaza*" y a "*(...) mayoristas de la central de Pereira, como*" los señores Luciano Valencia, Alonso Tenorio y Reinaldo Montoya (fl. 57, ídem), de donde esta prueba resuelve las inquietudes del juzgador acerca de la producción y comercialización de los cultivos.

c) Desconoció la prueba testimonial rendida por Arnoldo Antonio Hernández Villada, al detenerse exclusivamente en su falta de mención de la naturaleza productiva de los cultivos para la época del siniestro y tener a su cargo la comercialización de los frutos, restándole credibilidad por mentiroso con inferencias de "cosas" sin pregunta alguna, dejando de ver la existencia de los 490 árboles adultos con una producción aproximada de 150 a 170 kilos, cada uno, la cual comercializaban Alejandro Echavarría y Oscar Orjuela en los almacenes de cadena de Pereira, cometiendo así un error trascendente, porque de observar el contenido material de la prueba, habría concluido con suficiente certeza, no sólo la comercialización del producto, sino el grado de cuidado y tecnificación de los sembradíos.

d) En similar sentido, glosa la valoración de los testimonios de Hugo y Jairo López Gómez; el primero, lo descalificó el fallador por afirmar "*que en el predio existía un*



cultivo de guayaba, sin precisar la época, el estado y la destinación del mismo' (Pág. 105 del Cdno. 4)" (fl. 87, cdno. de la Corte), errando fácticamente en "la apreciación de la prueba" planteando hipótesis para descalificarlo, "cuando en verdad estas incógnitas del Tribunal no tienen respaldo probatorio" y su dicho respecto de la destrucción de un cultivo de guayabas por la construcción de unos canales, refuerza el daño y el lucro cesante (fls. 88 y 89, *ídem*); del segundo, el fallador se centró en su falta de afirmación de la época de su última visita al plantío y en contestar a modo de inferencia la tecnificación del cultivo por la manera de hacer las cosas en la finca, sin indagar nadie su último paso por la finca, y además no se "puede pedir a un testigo que sólo cursó hasta el segundo año de bachillerato que explique razones científicas sobre por qué un cultivo es tecnificado", pues "[s]ólo por inferencias, una persona puede referirse a un tema, de suyo, vedado para sus escasos conocimientos" (fl. 90, *ibídem*).

e) Ignorar, absolutamente la intervención de José Bernardo Hernández Villada, demostrativa del interés del actor en los guayabos al momento de su destrucción, y por ende, del lucro cesante, incluso con antelación a los hechos por "las labores de campo de fumigación, plateo, podas, abonamientos y demás que efectuaba el declarante por cuenta y riesgo de su propietario", y de cuya lectura, pudo enterarse de los cultivos guayabas no solo en la Madre Vieja, sino en otras seis hectáreas del predio, su manejo técnico y las ventas en supermercados de Pereira, tecnificación y mercadeo "bastante dudosas" para el cuerpo colegiado de Manizales (fl. 65, cdno. de casación).



f) Mutiló, "cercenando en (...) forma tan feroz" el testimonio de María Gloria Ángel de Botero, dudando de su veracidad por una supuesta inexactitud en la extensión del inmueble al afirmar que tenía un área muy grande, siendo de una hectárea, cuando apreciada la respuesta permite concluir que el predio no llegaba a medir una hectárea, por lo cual, incurrió en un error dejando de ver que despejaba cualquier duda sobre la existencia del cultivo de guayaba, su tecnificación, la comercialización de sus frutos en distintos almacenes, y en general, el interés del actor sobre el fundo (fls. 66 a 73, *idem*).

g) Dejó de valorar el interrogatorio de parte del actor, cuyo contenido comparado o confrontado con las restantes pruebas, demuestra el lucro cesante, la tecnificación de los cultivos y la comercialización (fl. 73, *ejusdem*), cantidad de frutos producidos por árbol, alta productividad del predio, destino de las cosechas, y los registros de producción, respecto de los cuales "el doctor Echavarría manifestó que eran informales, puesto que no ameritaba que fueran contables; los cuales ha tenido en la finca y cada cierto número de años son desechados por acumulación innecesaria de papeles" (fl. 77, cdno. de la Corte).

h) Tergiversó los testimonios de Fernando Mazuera y Félix González Giraldo, incurriendo en errores de hecho al interpretarlos; el primero, al concluir la ausencia de aportación de datos relevantes sobre la tecnificación del cultivo el día de la devastación pese a conocerlo al momento de la siembra, olvidando los 10 años transcurridos entre uno y otro evento, además por restarle convencimiento al considerar que si bien



visitaba la finca con alguna regularidad por su amistad con el dueño, "no es lo usual que tales visitas sean de carácter técnico y menos que cada vez que las realizara recorriera el predio hasta su último ápice, incluyendo (...) el lote Madre Vieja" (Pág. 104 del Cdo. 4)" (fl. 79, *ibídem*), pues el testigo no indicó ninguna de estas circunstancias, por lo cual, no leyó toda la declaración, dedicándose "a suponer cosas que el testigo nunca dijo (...) cuando su versión lo que hace, por el contrario, es corroborar lo que dijeron otros testigos" respecto a la causación del daño, el interés del actor sobre los cultivos y el perjuicio por lucro cesante (fl. 80, *ídem*); el segundo, se deformó al restarle el fallador, contundencia por no conocer el tipo de guayaba y espacio entre cada árbol, ni indicar la última visita, pese a recorrerlo con frecuencia (fl. 83, *ibídem*), suposiciones nunca aseveradas, a diferencia de sus frecuentes visitas a los terrenos de la finca Andalucía, no al predio o lote de *La Madre Vieja*, conjeturas todas carentes de respaldo, obra de la distorsión y valoración de la declaración, configurativas de errores de hecho, por los cuales concluye su carencia de certeza y contundencia, aún cuando, es importante al dejar constancia de la existencia de un plantío de guayaba y de su destrucción (fl. 84, cdno. de la Corte).

i) Omitió indicios "como el cultivo de [g]uayaba en el predio de la Madre Vieja, y los otros lotes sembrados de [g]uayaba [p]era y otros frutales cultivados en la [f]inca Andalucía" (fl. 93. *ídem*), reveladores de la comercialización del producido de la finca para sufragar su funcionamiento, los gastos personales y familiares del actor, es decir, demostrativos del interés económico de Echavarría Abad sobre los plantíos.



j) No apreció la escritura pública No. 3279 de 29 de septiembre de 1986, otorgada ante la Notaría Tercera del Circulo de Pereira, donde consta la extensión de la Andalucía y su destinación *"al cultivo de [c]aña de [a]zúcar que se vende al Ingenio Risaralda y el resto de sus sembrados en árboles frutales, entre ellos la Guayaba-Pera Palmira ICA-1, [m]angostinos, (...) [z]apotes, destinados sus productos a la venta en [a]lmacenes de [c]adena y [m]ayoristas de la ciudad de Pereira"*; del plano de la Andalucía *"donde podría haberse dado cuenta"* del área y ubicación del inmueble, y del *"[c]ertificado de tradición No. 103-0005378"* (fl. 94, *ibídem*); tales omisiones llevaron al juez a tomar una decisión errada en tratándose de la comercialización de los frutos, pues, *"[n]o de otra manera se entiende que quien ejerza una actividad agraria como la aquí referida, no lleve sus cosechas a [a]lmacenes de cadena o [m]ayoristas para procurarse un beneficio económico. Esto es un hecho notorio"* (fl. 95, *ídem*).

k) Exceptuó valorar las aerofotografías del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, dando cuenta de los sembrados existentes en la Andalucía y la Madre Vieja, *"donde se muestran todos los sembrados, mas no el número de árboles porque esto es físicamente imposible"*, la vocación agraria del predio, sus divisiones en lotes, los carretables para tractores y maquinaria agrícola, sus lagos, edificaciones, etc., cuyo olvido condujo al *ad quem* a fallar con una perspectiva puramente subjetiva que le impidió reconocer la condición agropecuaria del referido inmueble.



3. Finaliza, el recurrente, iterando las inobservadas bases sólidas para condenar al demandado por el lucro cesante.

### CARGO CUARTO

1. Por la causal primera de casación, denuncia la violación indirecta de los mismos preceptos, a consecuencia de errores fácticos en la apreciación de los dictámenes periciales.

2. Dice el recurrente, basarse en el *"artículo 241 del código de procedimiento civil que, es la piedra angular de lo que constituye la apreciación de la prueba técnica por su contenido material, que no legal"* (fl. 104, *ídem*), mostrando la desatinada conclusión del fallador respecto a que los expertos no estaban en condiciones para establecer el grado de tecnificación del cultivo en la época de destrucción, aspecto trascendente en la determinación de una producción tan fructífera como la cuantificada *"(pág. 109, cdno. 4)"* (fl. 104, *ibídem*), por tratarse de simple conjetura fáctica, pues, en la actualidad por los avances científicos, profesión de los peritos, facultades investigativas, etc., es fácil *"establecer si un cultivo al ser arrasado estaba cultivado técnicamente"*, y naturalmente imposible determinar el grado de tecnificación de la plantación al instante de su destrucción, por cuanto la inspección judicial donde actuó el primer perito se practicó el 28 de abril de 2006, casi tres años después de la ocurrencia de los hechos, por lo cual, la exigencia del *ad quem*, para descalificar a los auxiliares de la justicia, *"es un imposible físico: la presencia de los peritos en el acto anterior a la*



ocurrencia de la destrucción de los plantíos" (fl. 105, *ídem*), increpándolo asimismo por olvidar otros parámetros significativos en la precisión de la producción distintos a la tecnificación como el promedio de la producción en kilogramos por árbol, la variedad y duración de los cultivos, teniendo los destruidos 20 años de vida productiva al momento de la destrucción (fl. 105, *ibídem*).

3. Las apreciaciones subjetivas del Tribunal, añade, son consecuencia de la omisión de "*las otras pruebas obrantes en los dictámenes y en el proceso*" (fl. 106, *ídem*), enunciando la certificación de Profrutales Ltda., sobre los precios de siembra, producción promedio por árbol y valor por kilo para la venta en galería; los recibos de pago de los viáticos a Silvio Hernández Rincón, por desplazamientos a la Unión (Valle), a Palmira (Valle), y a la finca *Andalucía*; las declaraciones de Oscar Darío Orjuela, Arnoldo Antonio y José Bernardo Hernández Villada, Aicardo Delgado, María Gloria Ángel Botero, y demás testimoniales reportando los cuidados y tecnificación de los cultivos a la época de su destrucción; la explicación del segundo perito, respecto de la fórmula suministrada por el primer experto a Grajales S.A.; la escritura pública de la finca, sus planos y aerofotografías, evidencias del área de terreno cultivada, y de su riego natural por el río Risaralda; la versión de Aicardo Delgado Rivas, relativamente a la calidad de los terrenos de la *Andalucía*, ubicación, altura sobre el nivel del mar, bondades, estado de los cultivos a su visita, etc., y los descuentos periciales aplicados en un 20% a la liquidación del lucro cesante por fluctuaciones futuras del mercado y restantes eventualidades en la producción.



4. Itera el censor, la distorsión de las pericias por atribuir el juzgador a los expertos la conclusión del estado de producción óptima de los cultivos, *"jamás hecha por ellos"*; también, por sostener *"(...) 'que en el primer dictamen el experto, por vía de aclaración, indicó que se basó en informaciones que le suministraron en la firma 'Grajales S.A.', sin considerar necesario la visita a otros lugares 'ya que estos se refieren a pequeños productores que no utilizan las técnicas de la mencionada firma' (f. 563, C.2)"* (fl. 109, *ibídem*), cuando la producción óptima es diversa a la solicitud de aclaración del demandado y la gran capacidad de producir a la liquidación del daño, aspectos que el fallador hizo *"aparecer como sinónimos para tergiversar la prueba"*, pues *"el cálculo final del lucro cesante (...) no significa que los cultivos estaban en producción óptima (...) sino (...) el producido dejado de percibir, durante 20 años"* (fls. 109 - 110, *ídem*), y asimismo, el sentenciador refirió las dos pericias a la visita a Grajales S.A., pero el segundo perito no visitó esa empresa, también mezcló la tecnificación con alta producción, sin ver que *"esa alta producción es a 20 años por el lucro cesante que se cobra"*, tampoco el experto habló de producción en su visita a aquella compañía, ni la equiparó con el predio *Madrevieja*.

5. Agrega el censor, que la omisión de la escritura pública de la finca y sus planos, pruebas del área cultivada y del río que la atraviesa, así como del certificado de registro de instrumentos públicos, condujeron al cuerpo colegiado a concluir que los cultivos sólo se encontraban en la *Madrevieja*, enmalezados y sin asistencia técnica (fl. 114, *ibídem*), sin ver que tales documentos justifican la visita de los peritos a Grajales y no



a pequeños productores, y censura igualmente la deducción según la cual los dictámenes se apoyan en inferencias e informaciones de la parte demandante, sólo por establecer los puntos objeto de pericia (fls. 112 y 113, *ídem*), para terminar alabando la labor de los auxiliares de la justicia y sintetizar algunos aspectos de las pericias.

### CONSIDERACIONES

1. El reproche formulado al juzgador, en concreto, atañe a la comprobación del daño por lucro cesante causado al actor por la privación o pérdida de las utilidades vinculadas a las cosechas futuras de los árboles frutales destruidos durante todo el término probable útil o productivo, en tanto, el Tribunal concluyó la falta de demostración del quebranto ulterior cierto, y el censor, en cambio, sostiene su acreditación, enrostrando yerros fácticos al sentenciador en su labor apreciativa del material probatorio.

2. Planteada así la cuestión central de la censura, pertinente memorar que, el daño es uno de los presupuestos estructurales imprescindibles de la responsabilidad, sin cuya existencia y plena probanza en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria.

En efecto, la Corte de antiguo, destaca esta exigencia por cuanto "*dentro del concepto y la configuración de la*



*responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria” (cas. civ. sentencia de 4 de abril de 1968, CXXIV, 62), naturalmente que, este requisito “mutatis mutandis, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual” (cas. civ. sentencia de 4 de abril de 2001, [S-056-2001], exp. 5502).*

La premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica.

En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (*damnum emergens*), así como las



relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV).

En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

Las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el



juzgador según las normas jurídicas, las reglas de experiencia, la lógica y el sentido común (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 1999, exp. 4424).

Justamente, la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita *"en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho"*, acudiendo al propósito de determinar *"un mínimo de razonable certidumbre"* a *"juicios de probabilidad objetiva"* y *"a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del 'lucro cesante' y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido"* (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, *"por no ser cierto o no haber 'nacido', como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad"* (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no



se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando *per se*, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer.

*Contrario sensu*, el daño actual, o sea, aquel cuya realidad perceptible es constatada con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil, fundada y razonable previsión, son reparables por ciertos.

En este contexto, el lucro cesante como preconiza la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y entendió el *ad quem*, parte de *"una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado"*, es *"indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente"* (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008, [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01), es decir, es menester una situación concreta, real y sólida al instante del detrimento a consecuencia de cuya ruptura se prolonga en el tiempo el efecto nocivo o, a lo menos, una situación cierta en proceso de consolidación en la



época del evento dañino, hipótesis en la que, por supuesto, se requiere previamente constatar su existencia para proyectar la privación de las utilidades.

De este modo, el lucro cesante implica el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o comercial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota.

Problema análogo a la certeza del daño, suscita la pérdida de una oportunidad (*Perte de Chance, Perdita di una Chance, Loss of Chance, Der Verlust einer Chance*), o sea, la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio, asunto de tiempo atrás analizado por los comentaristas desde la certidumbre del quebranto, la relación de causalidad y la injusticia del daño.

Bajo la perspectiva de la certeza del detrimento, una opinión sitúa la pérdida de una oportunidad en el daño eventual e hipotético, al no poder asegurarse, si la víctima conservando la oportunidad, habría logrado o no el resultado útil esperado, por contingente; otra, en el daño cierto futuro, según un juicio pronóstico (cálculo de probabilidad) de la razonable, mayor o menor probabilidad para obtener la ventaja o evitar la desventaja,



y alguna en el daño cierto actual con la extinción definitiva e irreversible de una oportunidad cierta por la conducta dañosa, excluyendo el perjuicio eventual (Alain Bénabent, *La chance et le droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1973, p.179 ss F. Mastropaolo, voce *Danno*, Enciclopedia del Diritto Treccani, pp. 5-12).

Por su naturaleza y el interés jurídico tutelado, en una orientación la oportunidad constituiría, ya una simple expectativa de hecho respecto de una ventaja eventual cuya destrucción por esta inteligencia no es resarcible (Francesco Donato Busnelli, *Diritto e Obbligazioni*, 3 Torino 1989, pág. 719, 729; id., *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, nota S. Tr. Apel. París, 06-03-1994, Foro it., 1965/4, cc. 47-52), bien una expectativa de derecho protegida y reparable en determinados casos, ora un valor e interés integrante del patrimonio del sujeto, titular de una concreta y cierta oportunidad, susceptible de autónoma valoración jurídica y económica. En esta línea de pensamiento, la pérdida definitiva de la oportunidad es resarcible a título de daño emergente al afectar el patrimonio considerado como *universitas iuris*, plural, heterogénea y compuesta de un complejo conjunto de elementos, activos y pasivos, valores e intereses, tangibles e intangibles, uno de los cuales es la oportunidad favorable para obtener la ventaja esperada y extinguida con el hecho dañoso, donde aparece como una *res* intangible protegida funcionalmente en tutela integral del patrimonio, con incidencia cierta y valoración probable (V.M. Trimarchi, *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1982, 271 s., in part. 279; M. Barcellona, *Strutture Della Responsabilità E Ingiustizia Del Danno* in Riv. Europa e Diritto Privato, 2000, pág. 401; M. Bocchiola,



*Perdita di una 'chance' e certezza del danno, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno XXX (1976), pp. 55 ss). En cambio, otra visión postula, la reparación de la oportunidad a título de lucro cesante, por referir a un provecho o utilidad que se obtendría a futuro según el mayor o menor grado de probabilidad (G. Visentini, Tratado de la responsabilidad civil, 2, El daño, otros criterios de imputación, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 207).*

Dentro del marco de la relación de causalidad, una doctrina excluye la reparación, al no configurarse un nexo causal directo e inmediato entre la conducta dañosa, la pérdida de la oportunidad y la frustración del resultado definitivo, en tanto incierto por falta de certeza que sin el daño, se hubiera logrado o no la ventaja. En cambio, otra postura sostiene evidente la relación causal entre la pérdida definitiva de la oportunidad y la conducta, la cual debe demostrarse a plenitud y acreditada a ella se conecta indisociablemente la privación de la concreta, razonable y probable ventaja esperada, conforme a estándares, referentes y juicios de probabilidad parcial (*causalité partielle o causalità parziale*), posible (*mögliche Kausalität Prinzip*), probabilística (*Probabilistic Causation Approach, causalità probabilística*) o proporcional (*Proportional Causation Approach*).

Por el contrario, otra percepción tiene la doctrina de la pérdida de una oportunidad, como un mecanismo de facilitación probatoria de origen jurisprudencial (se cita, el célebre arrêt de la Cour de Cassation Francesa, de 17 de julio de 1889, S.1891, I.399) identificando el proceso causal en relación con la determinación e individuación del interés destruido (*Probabilistic Causation, cfr. Joseph H. KING, Jr.,*



*Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale Law Journal 1353, 1981).

En tiempos recientes, la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo (Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007).

Al margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad (F. Chabas, "*La perdita di "chance" nel diritto francese della responsabilità civile*", *Resp. civ. previd.*, 1996, pp. 227 ss; E. M. Foran, "*Medical malpractice: a lost chance is a compensable interest*", *Bridgeport L. Rev.*, núm. 12, 1992, pp. 486 ss; J.C. Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado Colombia, Bogotá, 1998, pp. 161-162), por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción.



En particular, la supresión definitiva de una oportunidad, podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la *"ganancia o provecho que deja de reportarse"* (artículo 1614 del Código Civil), en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008 [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01).

3. Sentado lo anterior, cumple advertir que, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o posterior, es menester su plena demostración en proceso con elementos probatorios fidedignos, existiendo a propósito libertad en la prueba, y por ende, salvo norma expresa en contrario, son idóneos todos los medios permitidos por el ordenamiento, dentro de éstos, la confesión de parte, los testimonios de terceros, los documentos, los indicios, las inspecciones judiciales y dictámenes periciales.

En el mismo sentido, *"toda 'decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso', sujetas a su valoración racional e integral 'de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de*



ciertos actos' (artículos 174 y 187 C. de P.C.), correspondiendo al demandante y no al juez la carga probatoria (*actori incumbit probatio*) con elementos probatorios idóneos, y sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (*reus in excipiendo fit acto*), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen', cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti 'se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción' y 'se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia' (*La Prueba Civil, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 219 ss.*)" (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373).

Probado el daño es pertinente establecer el *quantum debetur* según los elementos de convicción del proceso, desde luego que, la prueba del quebranto y la de su cuantía son asuntos diferentes, el juzgador para establecerla debe ejercer sus facultades oficiosas (incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil; cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897) cuando están acreditados los perjuicios, y toda vicisitud probatoria respecto del monto de la indemnización no excluye su reconocimiento, cuya valoración "atenderá los principios de



*reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"* (artículos 16, Ley 446 de 1998, 230 de la C. P., 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887; cas. civ. sentencias del 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998, 1 de abril de 2003, [S-042-2003], exp. 6499).

Por supuesto, la determinación de la cuantía de la indemnización del lucro cesante, parte de un daño cierto, actual o futuro, y demostrada su existencia, la víctima tiene derecho a su reparación, el cual explica el deber del juez de decretar pruebas para valorar la cuantía del detrimento integral, con mayor razón cuando se presentan dificultades probatorias en la fijación exacta del valor, así como la aplicación de la equidad o de métodos generalmente aceptados para su tasación, *verbi gratia*, parámetros referentes comparativos de la empresa, negocio o actividad lesionada con las similares, análogas y equivalentes, o a los de proyección y simulación con modelización en el marco concreto de circunstancias, entre otros.

Bajo este entendimiento, la concreción del lucro cesante, tiene dicho de antaño la Corte, "*... queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas'*, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que *'Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado*



a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable...' (Cas. Civ. Sentencia de 28 de junio de 2000)" (cas. civ. sentencia de 18 de enero de 2007 [S-006-2007], exp. 11001-3103-020-1999-00173-01).

Es de señalar, la discreta o prudente autonomía del juzgador en su labor de apreciación de las pruebas con arreglo a la sana crítica (artículo 187, Código de Procedimiento Civil), la presunción de veracidad, acierto y legalidad inmanente a toda decisión judicial, así como su preservación en primacía de la certeza, seguridad y confianza del ordenamiento jurídico, caros axiomas fundamentales para garantía de los derechos y libertades ciudadanas.

Por ello, "(...) la discreta autonomía de que se encuentran dotados los juzgadores para el desarrollo de su compleja misión, apareja que el debate alrededor de la apreciación y valoración de las pruebas quede, en línea de principio, cerrado definitivamente en las instancias, sin que, por ende, sea posible reabrirlo con ocasión de un recurso extraordinario, a menos que, en casos excepcionales, los yerros denunciados, a más de trascendentes, puedan ser calificados de notorios, palmarios o manifiestos, es decir, que su individualización y prueba aflore sin mayores esfuerzos, raciocinios o elucubraciones, al punto que resulte francamente inocultable para cualquiera e imponga el quiebre de una decisión judicial" (exp. 1997-09327), en forma que "sólo cuando la tesis



que expone la censura es la única admisible es procedente abrirle paso al recurso" (cas. civ. sentencia de 31 de enero de 2005, exp. 7872; se subraya).

En tal virtud, la acusación basada en yerros fácticos, exige al censor, señalar el error, la prueba de la cual se predica, explicar el concepto, demostrar en concreto el dislate del fallador al contemplar su materialidad objetiva por suposición, preterición, alteración o invento, así como su evidencia, trascendencia e incidencia en la sentencia, o sea, *"que al primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso"* (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01), *"que repugna al buen juicio"*, es decir, que *"el fallador está convicto de contraevidencia"* (sentencias de 11 de julio de 1990 y 24 de enero de 1992), por violentar *"la lógica o el buen sentido común"* (CCXXXI,644), a punto que la decisión a simple vista sería otra diferente.

Bajo esta inteligencia, es imperativo al impugnante la contundencia en su denuncia, sin limitarse a argumentar un parecer divergente con la razonable ponderación probatoria del juzgador, ni a exponer planteamientos complejos, sofisticados o refinados, de suyo insuficientes para demostrar concretamente el desatino palmario, irrefutable y de tal dimensión que permitan derruir la presunción de acierto y legalidad característica de la sentencia combatida.



4. Conforme a las pautas precedentes, necesarias para decidir los cargos, en orden a su dilucidación, afirmase la comisión de yerros fácticos probatorios ostensibles por el juzgador al ignorar, cercenar o alterar el contenido objetivo de las pruebas con las cuales, el censor entiende acreditado el interés económico del demandante, el lucro cesante, los cultivos, edad, término productivo útil probable, tecnificación, cuidado, producción actual y futura, comercialización y venta de las cosechas, y las sumas dejadas de percibir.

Más, para la Corte, el Tribunal no incurrió en ninguno de aquellos errores.

Por el contrario, en los considerandos de su fallo, pone de presente la necesidad de probar la existencia de los frutales, su destrucción, ventaja al momento de la pérdida o lapso anterior, *"pues aunque hubiesen existido los sembrados y éstos hubieren sido destruidos, si el propietario de éstos no obtenía ningún provecho económico de los mismos, ni representaban para él algún interés económico, no puede desprenderse de tal actuación dañosa una condena a favor del accionante, por lo menos en cuanto al lucro cesante concierne"*, extrayendo de la valoración racional conjunta de las pruebas, la preexistencia de los cultivos al instante del daño, estado productivo seis años a su ocurrencia, no con antelación inmediata al evento, la ausencia de evidencias sólidas soporte de los cálculos periciales al no estar en buen estado los frutales al momento de destruirlos el demandado, así como de la comercialización, para concluir la carencia de



certeza al respecto y, por consiguiente, de la prueba del lucro cesante.

5. A propósito del segundo cargo, se precisa:

a) Confrontada la acusación con la apreciación del juzgador respecto de los testimonios rendidos por Azaul Cardona (Ocampo), Aicardo Delgado, Carlos Alberto Valencia, Oscar Darío Orjuela, Arnoldo Antonio Hernández Villada, Hugo y Jairo López Gómez, José Bernardo Hernández Villada, María Gloria Ángel de Botero, Fernando Mazuera y Félix González, no se vislumbra un error con caracteres manifiestos, protuberantes, ostensibles e irrefutables, de tal envergadura e incidencia que la decisión sería otra, por cuanto a pesar de la argumentación de la censura, el juicio del fallador al respecto no deviene contraevidente, absurdo e irracional, y por tanto, corresponde a su discreta autonomía apreciativa de las pruebas.

A este respecto, reiterase, para la tipificación del error de hecho probatorio no es suficiente un discernimiento de las probanzas bajo una perspectiva diversa a la del juzgador, por más lógica y respetable, cuando la del fallador igualmente lo es.

Relativo a los reproches sobre la valoración de los testimonios de Azaul Cardona (Ocampo), Aicardo Delgado, Carlos Alberto Valencia, Oscar Darío Orjuela, la providencia refiere la cercanía de los deponentes con los acontecimientos y su nivel de certeza, sin vincularlos únicamente al lucro cesante –como pretende el impugnante–, sino al daño en general y la conducta



dañina; a folios 95 y 96 del cuaderno de segunda instancia, puntualizó que, Aicardo Delgado, por la venta efectuada al actor de los árboles integrantes del cultivo y las visitas a la plantación, pasados cuatro o cinco años, y después de la siembra de las especies vegetales, contribuía a la acreditación "*suficiente de la existencia de los cultivos derribados*", o sea, del daño, conclusión reiterada a folio 103 al indicar la contundencia del testimonio por la relación directa del declarante con los hechos acaecidos al vender los 500 guayabos y visitarlos en el año 96 o 97; idéntica consideración hizo respecto de la declaración rendida por Valencia, memorada a folios 84 y 85, para concluir a folio 104, la vinculación del testigo con el daño al corroborar la destrucción de los plantíos por la intervención del demandado en el terreno de la *Madrevieja*. En consecuencia, la restricción en la conexión de los testigos con el lucro cesante invocada por el casacionista no configura ningún error, porque el *ad quem*, no limitó las declaraciones en los términos de la censura, y en todo caso, carecería de entidad para quebrar el fallo, en cuanto, se llegaría a idéntica conclusión, esto es, el testimonio de Cardona (Ocampo), tampoco "*resulta suficiente para demostrar el perjuicio realmente ocasionado*" (fl. 104, cdno. de 2ª instancia).

Tocante a la falta de apreciación "*en su plenitud o forma panorámica*" de la declaración de Azaul Ocampo y a la preterición de las evidencias que lo involucran, (prueba trasladada), de las cuales deriva el censor que el juzgador no percató que los cultivos eran adultos, tenían una edad aproximada de 10 años y estaban en plena producción al momento de su desarraigo, desatención que condujo a la negativa de condenar



por lucro cesante, el planteamiento difiere de lo plasmado en la decisión, en cuyos folios 87 y 88 transcribe apartes del testimonio, en folios 94-98, otorga especial relevancia al testigo por su independencia y objetividad, analiza e interpreta la probanza, concluye con ella y otras el acaecimiento efectivo del daño, pues los árboles existían y fueron derribados, y a folios 103 y 104, reitera la importancia de la testimonial, así como la actividad del declarante como perito en asuntos policivos entre demandante y demandado.

La inconformidad del recurrente refiere a la conclusión de no encontrarse los cultivos en plena producción al momento de su destrucción, a cuyo respecto el fallador consideró ausente alguna referencia sobre el estado de los plantíos, producción o deterioro en el instante inmediatamente anterior a su arrasamiento por el demandado (fl. 104), aserto que si bien, en principio puede contrastar con lo aseverado por el testigo –que los árboles eran grandes (de entre 8 y 10 años) y por el tamaño de sus raíces debía aceptarse que estaban en plena producción-, no resulta improbable ni alejado de la realidad, pues analizada íntegramente la hermenéutica que de las probanzas ofrece el juzgador, no es absurdo colegir que al deponente no le *“consta si tales plantíos se encontraban en producción o, por el contrario, en total descuido al momento de la intervención”*, en tanto su manifestación parte de la simple observancia de unas raíces.

Para el casacionista, la declaración de Oscar Darío Orjuela, despeja toda duda sobre la producción y comercialización de los cultivos al momento de su destrucción, y sólo su



cercenamiento por el Tribunal, imposibilitó la condena a pagar el perjuicio económico, cierto y futuro causado, por limitarse a reprochar la falta de aportación al proceso de los comprobantes de venta de los cultivos. Empero, esta circunstancia no alcanza a constituir un error probatorio, porque la duda jamás puede estructurar un yerro, el cual debe aparecer indiscutible, sin ambigüedad de índole alguna.

Además, el fallador, precisó la credibilidad conferida a los testigos en los cuales *"confluyen condiciones de objetividad que da[n] lugar al reconocimiento de un ánimo desprevenido tan necesario para valorar la eficacia de cualquier versión emitida en un estrado judicial"* (fl. 96), se apoyó en la declaración de Orjuela (fl. 109), la contrastó e interpretó en conjunto con la aerofotografía obrante a folio 94 del cuaderno número 3, que corrobora con lo manifestado por varios testigos de la parte demandada, para concluir que la *Madrevieja* al momento del hecho dañoso estaba en determinado estado de descuido, y a folio 112 itera su extrañeza porque *"algunos declarantes hubieran mencionado que los frutos se vendían en grandes almacenes de la ciudad de Pereira y no aparezca registro de la venta"*, para, en aplicación de su autonomía, deducir que el esfuerzo probatorio del actor resultaba insuficiente en aras de establecer a plenitud el lucro cesante o, en otras términos, la interpretación del casacionista de este testimonio, no es la única posible, carece de entidad para destruir el razonamiento del juzgador, no demuestra equivocación, tampoco se desvirtúa el restante material probativo fundamento de la providencia, v.gr., la aerofotografía del inmueble y los testimonios arrimados por la demandada.



El embate relacionado a las testimoniales rendidas por Arnoldo Antonio Hernández Villada, Hugo y Jairo López Gómez, es su supuesta tergiversación al acudir la sentencia a asuntos sobre los cuales los testigos no fueron interrogados; así, a Hernández, quien refirió al número de árboles sembrados, su estado adulto, la producción promedio por planta y su comercialización en Pereira, jamás se le indagó el estado de los cultivos justo antes de su destrucción; a Hugo López, el estado, destinación, ni época de su existencia, a pesar de reforzar su presencia y desaparición; y a Jairo López, tampoco pidió precisar el momento de su última visita al plantío, ni puede exigir refiera la tecnificación del cultivo sino por inferencias, por cursar solamente hasta segundo de bachillerato.

Al punto, además de iterar lo dicho frente al testimonio de Oscar Darío Orjuela, esto es, los parámetros interpretativos del Tribunal (fl. 96, cdno. 2ª instancia), su autonomía y razonabilidad hermenéutica, el *onus probandi* corresponde al demandante, “*siendo del actor y no del juez el deber de demostrar los supuestos fácticos de las normas jurídicas*”, y “*la carencia de diligencia de la parte en cuestiones probatorias*” (Sent. cas. civ. No. 002 de 25 de enero de 2008, exp. 00373) no conduce a yerro fáctico probatorio, menos cuando los pasajes de la evidencia supuestamente inapreciados, fueron objeto de pronunciamiento, es decir, se tuvo probada la existencia y desaparición de los cultivos, hallándose, sin embargo, insuficientemente sustentada su productividad en el momento inmediatamente anterior a la destrucción, así como inciertos sus niveles de tecnificación por



carencia de soporte probatorio, derivado, entre otros, de la ausencia de conocimientos técnicos de Jairo López Gómez, quien, tal como afirma el casacionista y lo señaló la sentencia atacada, sólo pudo concluir sobre tal tópico mediante inferencias.

Igual acontece frente al ataque cimentado en la testimonial de José Bernardo Hernández Villada, equiparadas por el juzgador por su contenido casi idéntico, a las de Arnoldo Antonio e Iván de Jesús Hernández Villada (fl. 86, cdno. de 2ª instancia), pues no alcanza a estructurar un error, en tanto el declarante, trabajador del actor, no menciona el estado de los cultivos en el momento previo a su desarraigo, tampoco despeja las dudas sobre la comercialización de los frutos, y como Arnoldo Antonio, habló del mantenimiento de los plantíos de una manera atemporal. Asimismo, el alegato conforme al cual, "[s]i el Tribunal hubiese leído esta prueba se habría podido enterar que en la finca la Andalucía no solamente existía el cultivo de guayabas en la Madre Vieja, si no en otras 6 Ha. que pertenecen al inmueble" (fl. 65, cdno. de la Corte), olvida que el fallador expresamente se pronunció al efecto (fl. 109, cdno. de 2ª instancia).

También configura alegación la argumentación relativa al testimonio de María Gloria Ángel de Botero, al cual refirió el Tribunal a folios 87 y 106 (cdno. *idem*), pues si bien en lo atinente a la extensión del predio *Madre Vieja* pudo darse una lectura imprecisa, el impugnante no desvirtúa el análisis de todas y cada una de las declaraciones, es decir, no enfrenta ni discute la especial suspicacia considerada por el *ad quem* de los declarantes con un nexo particular vínculo con las partes (fl. 96,



ibídem), por la relación de amistad existente entre Ángel de Botero, el actor y su cónyuge.

Abstracción de lo anterior, la evidencia en cuestión, carece de suficiencia para conferir al juez la certeza necesaria, en especial, alrededor a la tecnificación del cultivo y la comercialización de los frutos, al limitarse a afirmar que el demandante llevaba agrónomos y la cosecha era vendida en supermercados, sustentando su dicho en sus visitas a la finca casi todas las semanas, de donde es curioso que se haya enterado del hecho dañoso sólo de oídas, y llama la atención su manifestación, según la cual, *"[d]ada la amistad con Alejandro se que se lleva milimétricamente las estadísticas de todo en la finca y debe estar superregistrado (sic), y me lo han dicho"*, por contrastar con lo aseverado por el actor en la diligencia de interrogatorio de parte, al exponer –respuesta a la quinta pregunta- que los registros de producción eran informales y no ameritaban tratamiento contable.

En lo tocante a la falta de valoración del interrogatorio de parte del actor, la probanza tampoco desvirtúa el análisis del sentenciador sobre el estado del cultivo antes de su destrucción, inteligencia soportada en la aerofotografía visible a folio 94 del cuaderno 3 y algunas testimoniales (fl. 109, cdno. de 2ª instancia), lo cual hace el cargo inane.

En sentido análogo, las declaraciones de Fernando Mazuera y Félix González, nada aportan para desvirtuar la denegación del lucro cesante.



El casacionista se centra en un juego de términos y palabras para recriminar al Tribunal, por suponer y conjeturar, cuando la atenta lectura de los testimonios devela su carencia demostrativa del lucro cesante ante la ausencia probativa del interés del demandante, pues acreditan la existencia de los plantíos, circunstancia reconocida por el juzgador, pero no van más allá, ni despejan los interrogantes suscitados por las restantes probanzas.

En suma, las conclusiones del Tribunal sobre la valoración de los testimonios tiene respaldo en su análisis conjunto razonable, particularmente, en circunstancias como las del *sub judice*, en las cuales unas declaraciones son imprecisas y otras no, por cuanto en tales hipótesis, el "acogimiento de unas de ellas por el sentenciador, así sea implícitamente, no da pie para estructurar un reproche en casación que exige, respecto del error de hecho en la apreciación probatoria, que la equivocación aparezca de modo manifiesto o palmario, lo que no sucede cuando, como aquí, no se vislumbra que haya debido hacerse una estimación enteramente distinta como la que propone el censor, quien, en esa medida, no alcanzó a demostrar la existencia de un verro evidente, ni por lo dicho trascendente... Tanto más se avala la última conclusión, si los hechos que quiere traducir en su favor la demandante no son absolutamente inequívocos..., pues, como ha dicho esta Corporación 'si un hecho admite una o más interpretaciones que no pugnan con la evidencia, la circunstancia de que el Tribunal elija la que en el sentir del recurrente y aún en el de la Corte, no sea la más atendible, no sería constitutiva de error evidente pues el requisito de la evidencia excluye toda



argumentación que se fundase en las probabilidades y no en la certidumbre' (CXLII, pág. 245 y CXXVI, pág. 136)" (cas. civ., sentencia de 16 de diciembre de 2004, expediente No. 7281; se subraya); "a lo que cabe agregar que cuando se está frente a dos grupos de pruebas, el juzgador de instancia no incurre en error evidente de hecho al dar prevalencia y apoyar su decisión en uno de ellos con desestimación del restante, pues en tal caso su decisión no estaría alejada de la realidad del proceso" (cas. civ., sentencia del 18 septiembre de 1998, expediente No. 5058), pues tiene dicho la Sala, de vieja data, que "cuando militan pruebas en diversos sentidos, el acogimiento por el sentenciador de las que le ofrezcan mayores bases de credibilidad con desestimación de otras, no conforma yerro..." (se subraya) excepto cuando se "incurra en absurdos o que la apreciación del fallador riña con la lógica" (cas. civ., sentencia del 5 de diciembre de 1990 y 7 de octubre de 1992).

b) Relativamente a la omisión de los indicios, tales "como el cultivo de [g]uayaba en el predio de la Madre Vieja, y los otros lotes sembrados de [g]uayaba [p]era y otros frutales cultivados en la [f]inca Andalucía" (fl. 93, cdno. de la Corte), supuestamente reveladores del interés económico de Echavarría Abad sobre los plantíos, la sentencia atacada los tuvo en cuenta, como hechos probados, y conforman su contenido, cuando parte de ellos para concluir que la Madre Vieja no estaba, al momento de la intervención del demandante, en las mismas condiciones de cuidado que el resto de predios de la Andalucía (fl. 109, *ídem*).



Con todo, en la valoración probatoria de los indicios, *"el fallador goza de una discreta autonomía en lo concerniente a la inferencia o conclusión que extrae de la apreciación de los hechos indicadores, debidamente probados en el proceso"* (cas. civ. sentencia de 15 de marzo de 2000, Exp. 5400), y *"aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto"* (cas. civ. sentencia de 22 de noviembre de 1965).

c) La escritura pública número 3279 de 29 de septiembre de 1986, el plano de la heredad y su certificado de tradición, carecen de la suficiente fuerza demostrativa del estado del cultivo de guayaba en el instante previo a su destrucción o acerca de su comercialización, por lo cual, siendo tales interrogantes fundamento central de la negativa a condenar por lucro cesante, el yerro enrostrado resulta intrascendente amén de inexistente; el alegato del recurrente no pasa de ser un esforzado razonamiento para una conclusión favorable.

d) Finalmente, se reprocha al Tribunal por no apreciar varias aerofotografías probativas de la vocación agraria de la *Andalucía* y la *Madrevieja*, error que no se presentó, como quiera que tales circunstancias fueron reconocidas por aquél y sin embargo, dentro de la adecuada hermenéutica del fallo,



insuficientes para probar el lucro cesante. En otras palabras, el juzgador reconoció la existencia de otros plantíos en el inmueble *Andalucía* y la de unos guayabos en la *Madrevieja*, pero no encontró acreditado el estado de los últimos al momento del daño, ni el destino de sus frutos, motivo adicional para considerar infructuoso el ataque.

6. La cuarta acusación, parte por señalar yerros fácticos en la apreciación de los dictámenes periciales, y en su desarrollo, adiciona otras pruebas:

a) El dictamen pericial es prueba diferente a la documental allegada por el experto para soportar su concepto. una y otra no pueden confundirse. La prueba pericial es el dictamen mismo, y en su valoración el juez tiene un razonable y discreto poder, a cuyo propósito, tendrá *"siempre presente la firmeza, precisión, calidad de los fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos de convicción (arts. 187 y 241 C.P.C.) siéndole permitido acoger como fruto de dicho escrutinio intelectual sus conclusiones, bien de manera total, ora de forma parcial"* (cas. civ. sentencia de 28 de junio de 2000, exp. 5348).

Según el recurrente, el Tribunal erró al considerar que los peritos no estaban en condiciones de establecer el grado de tecnificación del cultivo al momento de su desarraigo, pues la ciencia y la profesión de los auxiliares de la justicia permite fácilmente determinar *"si un cultivo al ser arrasado estaba cultivado técnicamente"*, para luego expresar que al experto le resultaba imposible comprobar las condiciones técnicas del cultivo



al momento de su desarraigo habida cuenta de haberse hecho presente en el inmueble después de tres años de acaecidos los hechos, "siendo un imposible físico: la presencia de los peritos en el acto anterior a la ocurrencia de la destrucción de los plantíos".

Empero, al manifestar el censor que el *ad quem* se equivocó por colegir que los peritos no podían fijar el grado de tecnificación de los cultivos para el año 2003, y sin embargo reconocer que "ningún auxiliar de la justicia, esta (sic) en condiciones de conocer la tecnificación y cualidades productivas de cualquier cultivo arrasado para la época de su destrucción" (fl. 105, cdno. de la Corte), confirma el raciocinio del fallador.

b) Las evidencias citadas por el censor en nada colaboran con la superación de las conclusiones a las que sobre las experticias llegó el *ad quem*, *verbi gratia*, la imposibilidad de los peritos de establecer el grado de tecnificación de los cultivos antes de su destrucción, determinante de una producción tan fructífera como la dictaminada: la certificación de Profrutales Ltda., en nada refiere a la tecnificación de los cultivos para la época que el Tribunal reclama, como tampoco lo hacen los recibos de pago de viáticos ni las declaraciones de Oscar Darío Orjuela, Arnoldo Antonio y José Bernardo Hernández Villada, Aicardo Delgado y María Gloria Ángel Botero, de las que ya se ocupó la Corporación al referir al segundo de los cargos contra la sentencia impugnada, así como también se pronunció sobre la escritura de la finca, sus planos y aerofotografías; por su parte, la explicación del segundo perito, con respecto a la fórmula que al primer experto le suministró Grajales S.A. y los descuentos en la



liquidación del lucro cesante por concepto de fluctuaciones futuras del mercado y demás eventualidades en la producción, tampoco entregan certeza sobre el estado productivo de los guayabos, ni mucho menos, tal y como lo señaló el juez de segunda instancia, sobre la comercialización de los frutos del sembradío (fl. 112, cdno. de 2ª instancia).

De otra parte, la hermenéutica del fallo a las pruebas de la arremetida, es lógica, razonable y fundada en su autonomía.

En efecto, al expresar el primer perito que acudió a informaciones suministradas por el "centro de producción de frutas tecnificadas" Grajales S.A. y no considerar necesario otros escenarios por referir a "pequeños productores que no utilizan las técnicas de la mencionada firma", forzoso es concluir que asumió que en la *Madrevieja* existía un alto grado de tecnificación y por ende de "producción óptima", partiendo de allí para el cálculo del lucro cesante. En ese orden de ideas, la argumentación del casacionista pretendiendo que "el cálculo final del lucro cesante (...) no significa que los cultivos estaban en producción óptima (...) sino (...) el producido dejado de percibir, durante 20 años" (fls. 109 - 110, cdno. de casación), no sólo deja de lado que con base en las condiciones técnicas de un sembrado y su capacidad productiva –"estado de producción óptima"– es que se llega al cálculo del daño por concepto de lucro cesante, sino que también carece de entidad demostrativa de un yerro atribuible al Tribunal; en tanto, el argumento invocado podría llevar a concluir que los peritos partieron de premisas erradas o inexistentes para calcular



el lucro cesante, ello por cuanto desconoce la relación entre tecnificación, capacidad de producción y cálculo del daño.

c) Tampoco resulta provechoso el argumento del entendimiento erróneo por el Tribunal en cuanto a que las dos pericias hacían referencia a la visita a Grajales S.A., pues claramente delimitó la situación al indicar que quien acudió a tal empresa fue el primer experto (fl. 112, cdno. de 2ª instancia), como informó en la aclaración del dictamen pericial.

Diverso resulta que las falencias encontradas por el sentenciador a la pericia inicial coincidan en la segunda, *verbi gratia*, "se apoyaron en inferencias (...) partiendo de las mismas informaciones provenientes de la parte actora" (fl. 109, *ídem*) o "sobre las bases entregadas por" (fl. 111, *ibídem*) el convocante, en contraste con la diferencia entre los cultivos de la *Madrevieja* y el resto de la *Andalucía*, apareciendo los primeros menos claros o descuidados frente a los segundos (fl. 109, *ídem*) y sin "haber evidencia indicativa de que el grado de explotación era de tal magnitud que no ameritara reproche técnico" (fl. 112, *ibídem*).

Adicionalmente, no es convincente para quebrar el fallo, tratar de acreditar con la visita a Grajales S.A., la escritura pública, los planos y el certificado de registro de instrumentos públicos antes citados, un cultivo tecnificado en la *Madrevieja*, máxime cuando el Tribunal, encontró apoyado en la aerofotografía y varios testimonios, dudas razonables sobre su cuidado y estado (fl. 109, *ídem*).



Lo expuesto, es suficiente para soportar la conclusión del juzgador, o sea, las pruebas periciales se basaron en hechos no constatados, informaciones del actor e inferencias, y es lógico o razonado entenderlo, de la falta de evidencias sobre el verdadero estado de los cultivos al momento de la causación del daño, por lo cual, las pericias carecen de un soporte cierto y confiable. De contera, el juez podía apartarse de los dictámenes, como con acierto hizo, y basarse en las restantes pruebas para decidir la *litis*, sin que por esto, incurra en error de naturaleza alguna, en tanto "*no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial, ya que el Código de Procedimiento no consagra una tarifa científica*" (Sentencia del 30 de noviembre de 1999, exp. 5361).

Al margen de lo dicho, el cargo no alcanza a derruir todos y cada uno de los soportes del fallo, por cuanto no demuestra omisión de prueba relativa a la comercialización de los frutos del sembrado de guayabas, dos fueron las interrogaciones no despejadas por las evidencias al *ad quem*, la primera el estado de los cultivos al momento de su destrucción, la segunda el destino que se daba a las guayabas, y por ende, el provecho económico que de ellas obtenía el demandante.

7. Los cargos no prosperan.

### CARGO TERCERO

1. Acusa la sentencia por "*violar indirectamente el artículo 2341 del Código Civil, y; artículo 16 de la ley 446 de 1998,*



como consecuencia de los evidentes errores de derecho en que incurrió el Tribunal al valorar los dictámenes periciales, por violación del artículo 258 del C. de P. C. sobre indivisibilidad de la prueba; violación de los artículos 207, 208 y 254 del C. de P. C., sobre interrogatorio, su práctica y autenticidad de documentos; [v]iolación del Art. 29 de la Constitución Nacional sobre el debido proceso, y; violación del artículo 175 del C. de P. C. sobre libertad probatoria" (fl. 97, cdno. de casación).

2. Censura la apreciación de los dictámenes periciales, pues al aceptarlos y compartirlos en materia de daño emergente, pero desecharlos y considerarlos errados en lo tocante con el lucro cesante, se incurre en una flagrante violación del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, consagratorio del principio de la indivisibilidad de la prueba, cuya aplicación en la cuestión, implica "que la prueba pericial debe valorarse y aceptarse, o no, en su totalidad [y no una fracción de ella], para efectos probatorios. Al rompe se vislumbra que, si la fracción que contiene la valoración por daño emergente fue de toda aceptación para el Tribunal, no cabe otra opción que la de aceptar que el valor determinado por concepto de lucro cesante debe correr la misma suerte, esto es, que tiene plena validez y que dicho perjuicio se encuentra legalmente valorado" (fl. 98, ídem).

3. Sostiene la incorporación ilegal al proceso de la aerofotografía tomada el 30 de junio de 1999, a la cual el *ad quem* dio valor probatorio, por provenir de la parte demandada, quien la allegó en la diligencia de interrogatorio de parte absuelto por la actora, violando así las normas rectoras de esta probanza, más



precisamente, los artículos 207 y 208 *ídem*, el artículo 254 *ibídem*, por la ausencia de autenticación, y el artículo 29 de la Constitución Política por no existir oportunidad para controvertirla en el desarrollo del proceso. De allí colige que el fallador no se percató del contenido de los folios 89 a 96 del cuaderno número 3, donde se evidenciaba el recaudo ilegal de la prueba, y que el tribunal erró "garrafalmente" puesto que "tomó aisladamente la prueba, desligadamente (sic) del interrogatorio", por lo que resulta inexplicables "de dónde entonces infiere la [c]olegiatura la ubicación exacta del predio Madre Vieja y su calificación en la forma en que lo hizo, si no sabía dónde estaba ubicado" (fl. 101, *ibídem*).

4. Culmina recriminando la exigencia equivocada de una prueba documental –registros de venta-, desconociendo el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, para demostrar la comercialización del producido del cultivo de guayaba, según hizo el Tribunal, al sentenciar la ausencia de prueba de la destinación de guayaba, encontrando extraño que "(...)'algunos declarantes hubieran mencionado que los frutos se vendían en grandes almacenes de la ciudad de Pereira' y no aparezca registro de la venta" (fl. 101 *ídem*), yerro jurídico, por el cual presumió que las cosechas de la Andalucía van a parar a un "basurero o al [r]ío Risaralda" (fl. 102, cdno. de la Corte), cuando la venta de cosas muebles es de forma libre y puede demostrarse por cualquier medio idóneo, siendo bastante para acreditar a cabalidad la enajenación de lo producido por las plantas, los testimonios obrantes en el proceso, así como el interrogatorio de parte de la actora.



## CONSIDERACIONES

1. Con relación a la invocada conculcación del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, cumple advertir su aplicación a la prueba documental, y no a la pericial, en tanto dispone la "*indivisibilidad y alcance probatorio del documento*", esto es, la unidad inescindible de todo su contenido, dispositivo y enunciativo en directa relación con aquél.

Por supuesto, el dictamen pericial es prueba diferente a la documental por su origen, autoría, función, ritualidades, aportación, decreto, práctica, contradicción y valoración, *inter alia*, motivo por el cual el ataque en casación, enderezado a cuestionar la apreciación del juzgador de esta prueba invocando la específica previsión legal a propósito de la eficacia probatoria indivisible del documento, a *fuer* de impertinente, es infructuosa, excede los parámetros legales, y fúndase en una premisa errada, al equiparar los medios probatorios, sin reparar sus incontestables diferencias ontológicas y normativas.

Precisamente, corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, valorar el dictamen pericial, laborío apreciativo en el cual, podrá acoger o no, *in toto* o en parte las conclusiones de los expertos, sea en su integridad, ora en uno o varios de sus segmentos, conformemente a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos.



Bajo esta perspectiva, cuando el trabajo de los expertos carezca de soporte cierto, razonable o verosímil, ofrezca serios motivos de duda, contenga anfibologías e imprecisiones, contradiga las evidencias procesales o se funde en conjeturas, suposiciones o informaciones no susceptibles de constatación objetiva, científica, artística o técnica, se impone el deber para el juzgador de desestimar el dictamen pericial y sustentar su decisión en los restantes elementos probatorios.

En idéntico sentido, si el concepto de los expertos, ofrece múltiples o diferentes conclusiones respecto de un mismo asunto, aspecto o materia, el sentenciador, podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso.

En efecto, es *“asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial, ya que el Código de Procedimiento no consagra una tarifa científica. Esa prueba, como todas las demás, debe ser apreciada por el juez en conjunto con las demás que obren en el proceso y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C.P.C.), labor que, tratándose de aquella, se realizará teniendo en cuenta la precisión, firmeza y calidad de sus fundamentos (art. 241 ib.), tarea en la que el juzgador goza de autonomía, razón por la cual los reparos por indebida apreciación de la fuerza de una pericia, deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una*



*conclusión ilógica y arbitraria, que no se compagina con la que realmente demuestra, porque, de lo contrario, es obvio que lo así inferido por el fallador está amparado en la presunción de acierto, y debe ser respetado en casación' (G.J.T. CCXII, No. 2451, página 143)", y le "corresponde al Juez, en desarrollo del principio de la sana crítica, de diáfana raigambre legal, apreciar" las "pruebas en conjunto, incluyendo, como es lógico y en el evento de haber sido recaudados, los peritajes, en cuya valoración debe tenerse siempre presente la firmeza, precisión, calidad de los fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos de convicción (arts. 187 y 241 C.P.C.), siéndole permitido acoger como fruto de dicho escrutinio intelectual sus conclusiones, bien de manera total, ora de forma parcial, pues 'se tiene como asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial, ya que el Código de Procedimiento no consagra una tarifa científica' (Sent. de 30 de noviembre de 1999, exp. 5361), sin perder de vista, además, que la concreción del lucro cesante -punto que interesa de manera particular a la censura-, '...queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas'" (Sent. cas. civ. No. 083 de 28 de junio de 2000, exp. 5348).*

En consecuencia, ningún escollo existe para que el sentenciador, actuando dentro de los parámetros antedichos, al valorar un dictamen pericial, acoja los apartes fundamentados que le suministren el grado de certeza respectivo, y prescinda de los



carentes de basamento suficiente, pues mal haría en admitirlo completo, particularmente, cuando carece de sustento.

De otra parte, aceptar el argumento del censor conduciría al desconocimiento de la no *reformatio in pejus*, pues las dudas planteadas en determinados aspectos, implicaría prescindir de la pericia, negando también así, la prosperidad de la pretensión relativa al daño emergente.

2. Respecto de la supuesta incorporación ilegal de la aerofotografía de 30 de junio de 1999, obrante a folio 94 del cuaderno número 3, se advierte su novedad, por cuanto no se planteó en el proceso.

En efecto, la parte demandante en las instancias, guardó silencio frente a la incorporación de dicha prueba en la diligencia de interrogatorio de parte, no refirió a ella en su alegato conclusivo ante el *a quo* (fls. 404 a 408, cdno. de 1ª instancia), ni recurrió en alzada –teniendo la opción de hacerlo al no haber sido despachadas favorablemente la totalidad de sus pretensiones, por denegársele la tercera de ellas- pese a que en el fallo de primer grado el juzgador la enunció dentro de las documentales obrantes en el proceso (fl 512, *idem*), así como tampoco se pronunció sobre la misma, en la audiencia del artículo 360 del Código de Procedimiento Civil.

Para la Sala, tal *“aspecto es ciertamente significativo en casación, en tanto, el ataque soportado en una indebida apreciación probatoria, bien sea por motivos fácticos o de jure, no*



alegados en instancia, constituye un medio nuevo en el que no puede basarse ni erigirse exitosamente el recurso extraordinario. A este respecto, 'a diferencia del razonamiento puramente jurídico, donde la actividad del juez es, por antonomasia, amplia, en tratándose de aspectos fácticos, así estén entremezclados con argumentos jurídicos, adviértase que lo no alegado en instancia no existe en casación', porque, cual lo expuso la Corte en sentencia de 30 mayo de 1996, expediente 4676, 'no es propicia para repentizar con debates fácticos y probatorios de última hora; semejante irrupción constituye medio nuevo y es entonces repulsado por el recurso extraordinario, sobre la base de considerarse, entre otras razones, que 'se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio' (LXXXIII 2169, página 76)'. 'Además de la implicancia en el derecho de defensa, la argumentación ex novo, comportaría un desconocimiento de los deberes de lealtad si se permitiera su invocación sorpresiva, repentina 'a manera de as guardado bajo la manga que se pone en juego cuando todo parece perdido', en cuanto, '[b]uscar la prosperidad de sus pretensiones al amparo de hechos no discutidos durante el proceso, respecto de los cuales la demandada no tuvo oportunidad de defenderse, es invocar un medio nuevo, cuya consideración y análisis están vedados en



casación, pues si como con insistencia se afirma, el recurso de casación tiene como *thema decisum* la sentencia impugnada, en este más que en ninguno otro rige a plenitud el principio de buena fe y lealtad procesal, el cual se manifiesta fundamentalmente en la coherencia de la argumentación fáctica, razón por la que se veda cualquier propuesta inopinada y sorpresiva de este linaje, constitutiva o no de medio nuevo, porque con ellas no sólo se atenta contra el derecho de defensa de la parte contraria, sino que se alteran los extremos del debate, sorprendiendo así la propia jurisdicción' (Cas. Civ. sentencia de 27 de marzo de 1998, exp. No. 4798), debiendo recordarse que si 'lo relacionado con el debate probatorio es aspecto que se cumple en el curso de las instancias, con apego entre otros a los postulados de la buena fe, publicidad y contradicción, con arreglo a los cuales se asegura el derecho de defensa que asiste a los contendientes' (Cas. Civ. sentencia 44 del 27 de marzo de 2001), 'toda alegación en casación conducente a demostrar que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de algunas pruebas por motivos de derecho o de hecho que no fueron planteados en las instancias, configura un medio nuevo, que no es de recibo en el recurso extraordinario, porque no es dable impugnar ante la Corte los elementos de convicción que como tales no tuvieron reparo alguno en las instancias' (Cas. Civ. sentencia del 12 de febrero de 1991).' (Sent. Cas. Civ. No. 045 de 22 de mayo de 2008)" (Sent. cas. civ. de 24 de julio de 2009, exp. 00620).

Por consiguiente, al no protestar en las instancias la incorporación de la aerofotografía citada, núcleo del ataque en



ciernes, su alegación en casación constituye medio nuevo sobre el cual no puede edificarse exitosamente el ataque.

Análogamente, al verificar el memorial presentado por el demandante para descorrer el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado, encuentra la Sala que aquel no sólo guardó silencio en las instancias sobre la indebida incorporación de la probanza al expediente, sino que también hizo uso de ella para soportar su causa, citándola directamente a folios 39 y 41 del cuaderno de alzada, mostrando así su conformidad con dicho medio de prueba.

3. Tampoco comparte la Corte la apreciación del casacionista consistente en que el *ad quem*, desconociendo el principio de libertad probatoria, exigió una prueba documental para la acreditación de la venta de los frutos producidos por el plantío.

La recta lectura del fallo de segunda instancia permite deducir con claridad que, ante la insuficiencia de las probanzas que pretendían sustentar la comercialización de las guayabas, el Tribunal echó de menos una evidencia que acreditara suficientemente el dicho del demandante y de los testigos provenientes de éste, cuyas versiones le generaron suspicacias, tal y como la Corporación lo anticipó al abordar el segundo de los cargos, sin vislumbrar yerro alguno la apreciación en torno a la ausencia de algún soporte de la comercialización del elevado e hipotético volumen de producción de la *Madrevieja*, máxime cuando reiteradamente, a lo largo de tales versiones, se insiste en



que los compradores eran supermercados –como La 14- y mayoristas, quienes al ser comerciantes están obligados a llevar una contabilidad organizada y requieren documentos que la soporten, no resultando excéntrica la exigencia de prueba en tal sentido.

En síntesis, no hubo violación de normas sustanciales, tampoco de norma probatoria alguna, y en rigor, no constituye dislate alguno la apreciación conclusiva del fallador acerca de la incerteza del provecho económico que el actor dijo obtenía de los cultivos de guayaba, tampoco de las pretendidas ganancias por las cosechas futuras, cuya producción, estado, tecnificación y comercialización al momento del daño ni a futuro, a su juicio, no están acreditados con elementos probatorios suficientes.

4. El cargo, en consecuencia, no se abre paso.

### CARGO PRIMERO

1. Acusa violación directa por *"indebida aplicación parcial"* de los artículos 2341 del Código Civil, y 16 de la Ley 446 de 1998, Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de *"evidente error de derecho en la aplicación de una doctrina de Adriano de Cupis relativa al daño y su indemnización en la modalidad del lucro cesante"*.

2. Para el censor, el yerro del juzgador se presenta en su argumentación jurídica cardinal nugatoria del lucro cesante,



y consiste en aplicar doctrina foránea, *"una teoría y no las normas de derecho sustancial [...] desconociendo que en Colombia existe abundante jurisprudencia y normas exactamente aplicables, para lograr la reparación integral"* (fls. 13 y 14, cdno. de casación).

3. En su desarrollo, transcribe la conclusión del fallador cimentado en la doctrina referida, según la cual *"el objeto de la actividad probatoria imponía centrarse en demostrar el interés que el demandante poseía sobre el cultivo"*, esto es, su capacidad para satisfacer una necesidad humana en la época de su destrucción, sin bastar la prueba de ésta ni de la preexistencia del plantío, *"sino que era menester demostrar el provecho que sobre los destruidos Guayabos obtenía el demandante para el momento en que se realizaron los hechos dañosos"*, pues de no reportarlo, ni representarle *"algún interés económico"*, se excluye la condena por lucro cesante (fl. 18, cdno. de casación).

Tal consideración, dice, es errónea por restringir la noción a la generación de *"ingresos económicos"*, a una ganancia pecuniaria y exigir que los árboles debían estar *"cargados de frutos"* (fl. 20, *idem*), vinculando equívocamente este daño a *"una situación presente"* (fl. 19, antes citado), cuando la normatividad, la jurisprudencia nacional y el principio de reparación integral del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, permiten resarcir el lucro cesante futuro *"altamente probable, es decir, cuando es posible deducir o colegir válidamente, que verosímilmente acaecerá, situación en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente"*



tutelado" (fl. 20, *ídem*). Consecuentemente, agrega, el juzgador al desestimar el lucro cesante por la ausencia de frutos en el momento de su destrucción equiparándola con la producción, olvidó su probable generación futura errando en su conclusión jurídica, por cuanto la acertada impone el reconocimiento de la reparación "*téngase o no frutos al momento de producirse la destrucción de los plantíos*" y "*además, existen las bases ciertas para concluir válidamente que a futuro el perjuicio era altamente probable, pues, se trataba de frutales maduros con posibilidad muy seria de producir cosechas futuras, hasta que llegasen a cumplir 30 años de vida útil, como lo indican los estudios de los científicos.*" (fl. 23, cdno. de la Corte).

4. Para el recurrente, el yerro es trascendente, el interés económico del actor sobre los sembradíos surgió desde su viaje a comprar las semillas prolongándose hasta su destrucción, "*hechos notorios*" que no fue capaz de "*intelegir (sic) el fallador*" (fl. 24, *ibídem*), las nociones de lucro cesante y daño emergente consagradas en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil aplican en la responsabilidad extracontractual por tratarse de principios generales, de no resarcirse ambos "*la reparación no sería completa*", cerrando la acusación con cita de la jurisprudencia civil y contenciosa sobre la indemnización de perjuicios futuros.

## CONSIDERACIONES

1. El *ad quem*, después de definir el daño como la lesión de un interés protegido por el ordenamiento jurídico, para el



reconocimiento del lucro cesante, exigió la prueba del provecho económico del demandante sobre los frutales al instante de su pérdida o con anterioridad y lo denegó por no hallar demostrado el beneficio, estado, tecnificación y producción de los árboles en la época del suceso dañino, la comercialización de sus frutos, ni existir bases sólidas para calcularla, conforme al análisis integral de los testimonios rendidos por Azaul Ocampo, Aicardo Delgado Rico, Carlos Alberto Valencia, Fernando Mazuera, Félix Antonio González Giraldo, Hugo y Jairo López Gómez, María Gloria Ángel de Botero, Arnoldo A. Hernández Villada y Oscar Darío Orjuela, la aerofotografía (fl. 94, cdno. 3) y los dictámenes periciales.

Por su lado, el cargo denuncia recta vía, la *"indebida aplicación parcial"* de los artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998, por *"evidente error de derecho en la aplicación de una doctrina de Adriano de Cupis relativa al daño y su indemnización en la modalidad del lucro cesante"*, al exigir prueba del provecho sobre los destruidos guayabos al momento de la pérdida, estar los árboles *"cargados de frutos"*, restringir la noción a una ganancia económica presente, los *"ingresos actuales"* ignorando su ulterior producción y las *"bases ciertas para concluir válidamente que a futuro el perjuicio era altamente probable, pues, se trataba de frutales maduros con posibilidad muy seria de producir cosechas futuras, hasta que llegasen a cumplir 30 años de vida útil, como lo indican los estudios de los científicos."* (fl. 23, cdno. de la Corte), a más de no *"intelegir"* (sic) los *"hechos notorios"* del interés del actor.



2. Adviértase, *prima facie*, la confutación por el censor de las consideraciones probatorias del sentenciador.

Empero, la violación directa de la norma sustancial, ha sentado de antaño la Corte, versa exclusivamente sobre la materia *iuris* o *legis*, la norma jurídica inaplicada, aplicada indebidamente o erróneamente interpretada, al margen de toda cuestión de hecho y de las pruebas, "*sin consideración de la convicción que haya tenido en cuenta el sentenciador en su juicio*" (CCXXXI), "*en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas*" (CXLVI, 60), a punto que su formulación implica para el recurrente aceptar en su integridad todas las conclusiones fácticas y probatorias del juzgador, excluye su censura, crítica o divergencia, ya en forma expresa, bien implícita, y también su simultánea conjunción, mezcla o simbiosis por su elemental incompatibilidad, en tanto "*la vía indirecta, comprensiva del error de hecho (sobre las probanzas, la demanda y su contestación) y de 'derecho por violación de una norma probatoria' (inc. 2º, num. 1º, art. 368 del Código de Procedimiento Civil), se erige sobre la alteración de la litis en términos probatorios*" (cas. civ. sentencia de 18 de junio de 2009, exp. 00341).

La acusación tampoco es clara y precisa al proponer la indebida aplicación "*parcial*" de los artículos 2341 del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998, "*error de derecho*" por aplicar una doctrina foránea omitiendo la "*abundante jurisprudencia y normas exactamente aplicables, para lograr la reparación*



*integral*", y finalmente, la errada inteligencia jurídica del concepto lucro cesante. En todo caso, el soporte medular de la sentencia es el material probatorio, por lo cual cualquier eventual error en el juicio del fallador, debe reclamarse por la vía indirecta y no rectamente, ni prescindiendo de las consideraciones o conclusiones probativas que, amparadas en la presunción de acierto propia de la discreta autonomía axiológica de los jueces, quedan incólumes y bastarían para mantener la sentencia.

3. En *gratia discussione*, referido el cargo a la errada inteligencia normativa de la noción de daño, y en particular, a la del lucro cesante, el sentenciador entendió acertadamente estos conceptos.

En efecto, para el Tribunal, el daño consiste en la lesión del interés tutelado por el ordenamiento jurídico, y el lucro cesante, el menoscabo de un interés, provecho o beneficio económico, emanado de una situación existente en la época del quebranto, sin excluir por parte alguna, su generación futura ni la privación de ulteriores utilidades sobre bases sólidas u objetivas, en la hipótesis litigiosa ausentes por falta de prueba del estado de los árboles, la producción, el grado de tecnificación de ésta y la comercialización de los frutos.

En este orden de ideas, el *ad quem*, acentuó la certeza del daño a consecuencia de una situación concreta, tangible, presente y cognoscible al momento de la lesión del interés jurídico protegido, sin descartar su causación a futuro, y al



considerarla menester para reparar el lucro cesante, acertó en su entendimiento prístino.

4. El cargo no prospera.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 15 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario de Alejandro Echavarría Abad contra Humberto Emilio Ramírez Arango.

Las costas del recurso corren a cargo del demandante recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

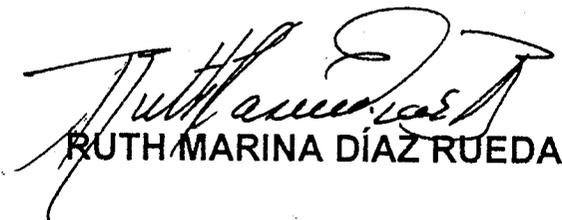
**CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**

Excusa justificada.



**JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**

En permiso

  
**RUTH MARINA DÍAZ RUEDA**

  
**PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**

  
**WILLIAM NAMÉN VARGAS**

  
**ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**

  
**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**