AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC282-2021

Radicación n.° 08001-31-03-003-2008-00234-01

(Aprobado en sesión virtual de veintiséis de noviembre de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Luis Evelio Márquez Bustos frente a la sentencia de 12 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, dentro del proceso que promovió contra Castro Tcherassi S.A., al cual se vinculó como litisconsorte necesario a Inversiones Osorio González Ltda.

ANTECEDENTES

1. El actor deprecó que se declarara que: (i) entre él y el *Consorcio Emergencia Puerto Niño* se celebró un contrato de arrendamiento sobre las embarcaciones *San Roque* y *Patricia*; (ii) esta última se perdió por hundimiento en poder del arrendatario; y (iii) Castro Tcherassi S.A. es solidariamente

responsable de los daños derivados del naufragio, en su calidad de integrante del consorcio.

Como consecuencia deprecó el pago de los perjuicios que se prueben en el proceso, los cuales tasó en $150.000.000 por daño emergente y $24.000.000 mensuales a título de lucro cesante, con la respectiva indexación e intereses comerciales.

2. Como sustento (folios 49 a 56 del cuaderno 1), el pretendiente afirmó que el 14 de febrero de 2007 suscribió una oferta mercantil para el transporte de materiales y maquinaria dirigida al *Consorcio Emergencia Puerto Nariño* -conformado por las sociedades Castro Tcherassi S.A. e Inversiones Osorio González Ltda.-, que en su ejecución se transformó en un arrendamiento de las embarcaciones *Patricia* y *San Roque*, como se infiere del hecho de que el consorcio, con pleno conocimiento de su situación técnica, «*las tenía en su poder y disponía su utilización en cuanto a tiempo, destino, peso, calidad de materiales, personal, etc., obligado únicamente a pagar cada quince días o mes o fracción de mes, por su uso y goce*» (folio 50).

Señaló que, para la operación de las barcazas, recomendó a dos (2) empleados de experiencia, que fueron contratados por la arrendataria, quienes no estaban al frente de las mismas para la fecha en que ocurrió el hundimiento.

Achacó a la impericia y negligencia de los operadores el naufragio del barco *Patricia*, puesto que no la aseguraron en debida forma, sino que la dejaron «*en mitad del río amarrada mediante una guaya a una potala lo que era insuficiente… De otra parte los operadores hicieron caso omiso a las advertencias del capitán del remolcador 'El Tamarindo', quien vislumbro* (sic) *el peligro al ver el lugar en donde los operadores lo habían fondeado*» (folio 52).

Remarcó que el navío estaba en buen funcionamiento y prestaba sus servicios en condiciones normales hasta la inmersión, sin que la arrendataria hubiera informado de defectos o daños que condujeran a su retiro para reparación, tales como filtraciones de agua.

3. Una vez admitido el libelo inicial (folio 62), la enjuiciada manifestó no ser parte del negocio jurídico base de las pretensiones, aclaró algunos hechos y propuso las excepciones que denominó: «*inexistencia de contrato con el demandante*» y «*ninguna responsabilidad contractual ni extracontractual de Castro Tcherassi S.A.*» (folios 78 a 86).

4. Por auto de 27 de julio de 2009 se resolvió favorablemente la excepción previa de «*no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*» y el *a quo* ordenó «*integrar el contradictorio con la Sociedad Inversiones Osorio González Ltda.*» (folios 19 y 20 del cuaderno 2).

5. La nueva convocada, en su oportunidad, planteó defensas equivalentes a las de su homóloga (folios 151 a 159 del cuaderno 1).

6. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla el 24 de abril de 2013, al decidir el litigio en primera instancia, declaró probadas las pretensiones de la demanda y condenó solidariamente a las enjuiciadas a pagar las sumas de $120.000.000 por daño emergente, $56.700.000 por lucro cesante causado y $707.700.000 por el futuro.

7. Al desatar la alzada interpuesta el superior modificó la indemnización, con el fin de reducir el *quantum* del lucro cesante pasado y excluir el subsiguiente, con base en las razones que se resumen a continuación (folios 39 a 71 del cuaderno 3).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Una vez establecidos los presupuestos procesales y efectuado el control de legalidad, el juzgador precisó el valor jurídico de la oferta y su aceptación, así como los rasgos particulares de los consorcios, del contrato de transporte fluvial, del arrendamiento de naves y de la responsabilidad contractual, con el fin de concluir que: (i) en el expediente no se probó la aceptación de la oferta de transporte fluvial; (ii) las convocadas tienen responsabilidad solidaria frente a todos los actos jurídicos celebrados por cuenta del consorcio;

(iii) el contrato sobre la embarcación *Patricia* comenzó a ejecutarse el 13 de marzo de 2007, bajo las directrices suministradas por los ingenieros Baena y Ferrel, pertenecientes a la sociedad Castro Tcherassi S.A.; (iv) «*la dirección y el control de las operaciones* [de] *conducción de la [e]mbarcación y del transporte de cosas que se realizaba en ella, se ejerció por parte del Consorcio demandado… a cambio de un canon de arrendamiento*» (folio 63); y (v) el negocio se encuentra probado con base en las facturas emitidas por el demandante.

2. Estableció que el navío en mención se hundió por sobrecarga el 13 de septiembre de 2007, lo que calificó como un incumplimiento total de las obligaciones de conservación y restitución de la cosa a cargo del consorcio arrendatario, como se extrae de las declaraciones de José Dionisio Murillo y Edwin Castro Escorcia.

3. Establecida la responsabilidad calculó el daño emergente con base en el valor del planchón para la fecha del suceso, estimado pericialmente en $120.000.000.

Frente al lucro cesante consolidado echó de menos su demostración, porque no se probó la existencia de un contrato anterior que develara «*las ganancias previas al contrato que se discute*» y «*tampoco se aportaron documentos ni pruebas testimoniales, ni algún otro medio de prueba que permita inferir la existencia de ofertas contractuales ni*

contratos futuros que tengan por objeto la embarcación naufragada» (folio 66).

Con todo, en desarrollo del artículo 2003 del Código Civil, ordenó el pago de las rentas faltantes «*hasta la época en que por desahucio hubiere podido cesar el contrato de arrendamiento*», esto es, «*entre el hundimiento de la nave (septiembre 13 de 2007) y la fecha que estaba destinada para la terminación del contrato y en la que hubiere podido terminar por razón del desahucio (diciembre 30 de 2007) por concepto de lucro cesante, pues se refiere a ganancias dejadas de percibir por la parte demandante*» (folio 67), que calculó en $74.760.000, guarismo que redujo en un 30% por corresponder a los gastos de mantenimiento de la cosa según las reglas de la experiencia.

Negó el lucro cesante futuro porque: (i) el *a quo* hizo su cálculo con base en la vida útil del barco, sin que fuera probada, razón para concluir que es un daño hipotético; (ii) el pago de estos perjuicios sólo procede cuando la pérdida sufrida por la víctima es irrecuperable, como sucede con la muerte o lesiones personales permanentes, lo que no procede cuando la cosa es recuperable, ya que al pagarse el daño emergente el bien puede producir frutos hasta la extinción de su vida útil, siendo contrario al principio de equivalencia ordenar un pago adicional.

4. Por último desestimó las excepciones, al quedar probada la relación contractual entre la demandante y las

accionadas, quienes están llamadas a responder solidariamente en su calidad de integrantes del consorcio.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El demandante propuso cuatro (4) embiste, todos encaminados a cuestionar la negativa por lucro cesante futuro (folios 27 a 69 del cuaderno Corte), de los cuales se admitieron los tres (3) iniciales y se desechó el postrero por auto de 27 de septiembre de 2016 (folios 71 a 80).

Para resolver la casación de forma lógica primero se estudiará el tercero, por comportar una crítica de nulidad procesal. Después se evaluarán los dos (2) iniciales de forma conjunta, al cuestionar el mismo aspecto de la sentencia y servirse de consideraciones comunes.

CARGO TERCERO

Soportado en la causal quinta de casación, acusó la sentencia de segundo grado de ser nula por el motivo sexto del artículo 140 del CPC, al omitirse el decreto oficioso de pruebas para calcular cabalmente el lucro cesante.

Aseveró que, una vez establecida la responsabilidad de las demandadas, no era dable rehusar la condena por ganancias dejadas de percibir por ausencia de prueba sobre la vida útil de la embarcación, porque en este caso debió

aplicarse el canon 307 del mismo estatuto adjetivo y, por tanto, decretarse de oficio las pruebas que fueran necesarias.

Invocó el principio de reparación integral para exigir el decreto de los medios suasorios tendientes a fijar la cuantificación de la indemnización, so pena de incurrir en la causal de nulidad por pretermisión del término para el efecto, como lo reconoció esta Corporación en providencia de 28 de mayo de 2009.

CONSIDERACIONES

1. Antes de analizar el embiste procede mencionar que la entrada en vigor del Código General del Proceso estuvo aparejada de un régimen de transición en el que se definió, de forma especial, que «*los recursos interpuestos… se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron…*» (numeral 5° del artículo 625).

Por tanto, como la impugnación que ahora se estudia se propuso el 25 de junio de 2014 (folio 79 del cuaderno 3), esto es, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, esta codificación será la que siga aplicándose de forma ultractiva.

2. Para resolver debe partirse del hecho de que, en atención a la naturaleza de los asuntos que se discuten en materia civil y comercial, que por regla general son patrimoniales y de libre disposición, los procesos en que se discuten están regidos, por regla general, por el principio

dispositivo, según el cual las partes tienen la iniciativa de la acción, el impulso del proceso, la fijación de los límites de la decisión, la formulación de los recursos e, incluso, los efectos de la cosa juzgada[1].

Sin embargo, dado que los trámites judiciales contribuyen a la pacificación social, lo que redunda en el bienestar general, el principio dispositivo encuentra restricciones derivadas de la búsqueda de la justicia con el fin de que la sentencia sea reflejo de la verdad sobre la titularidad o contenido del derecho en discusión.

Así lo ha puesto de presente la Corporación:

> *Nuestro sistema procesal civil se enmarca en la tradición racionalista continental–europea, según la cual la averiguación de la verdad como presupuesto de la justicia material es el principal objetivo institucional del proceso. Verdad y justicia deben ir siempre de la mano, pues tan absurda e inútil es la justicia sin verdad, como ésta sin aquélla. La pretensión de racionalidad de la decisión judicial a través del descubrimiento de la verdad y la materialización de la justicia está incorporada en el principio constitucional de la prevalencia de la ley sustancial sobre los ritos (art. 228 C.P.). El aludido principio fue consagrado en el estatuto adjetivo, al expresar que 'el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial' (art. 4º C.P.C.; art. 11 C.G.P)…* (SC9193, 28 jun. 2017, rad. n.° 2011-00108-01).

Para lograr estos fines, los juzgadores han sido investidos de precisas facultades inquisitivas que les permiten escudriñar el contexto factual, siempre de frente a

---

[1] Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 188 y 189.

los caros postulados del debido proceso, igualdad procesal e imparcialidad judicial.

3. El decreto de pruebas de oficio es expresión de esta búsqueda incesante por la justicia y la verdad, de allí que no pueda considerarse como una mera facultad, sino también como una obligación para los jueces de conocimiento, quienes tienen que hacer uso de la misma para que la sentencia proferida salvaguarde la correcta adjudicación de los derechos en litigio.

El numeral 4° del artículo 37 del CPC es diáfano en consagrar, como deber del juez, «*[e]mplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias*».

Por tanto, «*[e]l decreto oficioso de pruebas, según lo ha reiterado esta Corporación, es una potestad otorgada por el Estado al administrador de justicia con el fin de que, desde la posición imparcial que tiene en el juicio, acerque 'la verdad procesal a la real', y, por tal camino, 'profiera decisiones acordes con la legalidad, la justicia y la verdad' (CSJ. SC. 7. Nov. 2000 Exp. 5606)*» (SC8456, 24 jun. 2016, rad. n.° 2007-00071-01).

La consagración como «*facultad-deber*» va más allá de un nominalismo vacuo, pues tiene consecuencias concretas en caso de que el sentenciador omita satisfacerlo, en tanto

puede configurar un error de juzgamiento atacable por medio de recursos o, incluso, subsumirse dentro de un motivo de invalidez procesal.

Claro está, este deber no exime de las cargas probatorias a cargo de los sujetos procesales, pues sobre ellas pesa la responsabilidad de traer el proceso los medios suasorios requeridos para fallar (artículo 177); empero, cuando a pesar del acopio realizado por iniciativa de los interesados, el juez conserva dudas sobre sus alegaciones, se impone acudir a las pruebas de oficio para alcanzar la certeza requerida para fallar, como expresamente lo señala el canon 179 del anterior estatuto procesal, a saber: «*Las pruebas pueden ser decretadas… de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la* ***verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes***» (negrilla fuera de texto).

Refiriéndose al decreto oficioso de medios demostrativos, la Sala fijó como derrotero que:

> *…[l]a facultad, a su vez, deber legal, tiene lugar, conforme a dichas disposiciones, cuando el juez "considere conveniente[s]" o "útiles" las pruebas, en orden a "verificar" los hechos "alegados" o "relacionados" por las partes y "evitar nulidades y providencias inhibitorias".*
>
> *No cualquier hecho, por tanto, puede ser comprobado inquisitivamente, porque de ser así, se sorprendería a los extremos de la relación procesal, en desmedro de las garantías mínimas de defensa y contradicción. De ahí que para formar su propio juicio, según la circunstancia de que se trate, el juez no puede salirse de las verdades o realidades objetivas que se encuentren*

involucradas, ni tampoco puede asaltar las supremas reglas probatorias de la conducencia, la pertinencia y utilidad del medio de convicción oficiosamente decretado…

No se trata, desde luego, de cubrir la carga probatoria de los sujetos en contienda, respecto a un determinado hecho, propio del sistema dispositivo (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), sino de encadenar los rasgos esenciales de ese principio con el poder deber oficioso mencionado, inherente al paradigma inquisitivo, para así responder a la verdad y al derecho sustancial.

La práctica de oficio de pruebas, como facultad deber, en consecuencia, no es una potestad antojadiza o arbitraria, sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción o (…) aumentar el estándar probatorio (…)", según se explicó en el precedente antes citado, permitiendo así, no solo fundamentar con mayor rigor y vigor la decisión, sino evitando el sucedáneo de las providencias inhibitorias o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet).

El decreto oficioso de pruebas no implica suprimir el principio dispositivo que regula en forma general esa precisa materia, ni supone aplicarlo de manera inopinada en todos los casos. Esto significa que el sistema híbrido, por lo visto, de carácter excepcional, impone examinar para su aplicación, la conducencia o idoneidad legal, la pertinencia y la utilidad, la conveniencia o necesidad del medio; precisamente, como hitos a la discrecionalidad o al desafuero del juez, según arriba se anticipó… (SC1656, 18 may. 2018, rad. n.° 2012-00274-01, reiterada SC1899, 31 may. 2019, rad. n.° 2015-00637-00).

En este contexto, la omisión en el decreto de pruebas de oficio constituirá un error de juzgamiento «*cuando existiendo motivos serios para que acuda a las facultades conferidas por los artículos 179 y 180 del estatuto procesal no lo hace, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se requieren para 'impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades' (…) y en el evento de ser 'necesarias en la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes', sin*

que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por éstas y que le son propias» (SC8456, 24 jun. 2016, rad. n.° 2007-00071-01, reiterada SC5676, 19 dic. 2018, rad. n.° 2008-00165-01).

Para el efecto, es menester que la prueba que pretenda recaudarse oficiosamente aparezca «*físicamente en el proceso, aunque de manera irregular, ya a través de otros elementos de juicio o de cualquier otro acto procesal de las partes que las mencionen, cual acaece con la declaración de terceros*» (SC1656, 18 may. 2018, rad. n.° 2012-00274-01); como cuando «*el respectivo medio de prueba obra de hecho en el expediente, pero el sentenciador pretexta que no es el caso considerado por razones que atañen, por ejemplo, a la aducción o incorporación de pruebas*» (SC, 12 sep. 1994, exp. n.° 4293[2]).

De otro lado, existirá la nulidad procesal de que trata el numeral 6° del artículo 140 del CPC, conforme a la doctrina jurisprudencial, cuando dejan de practicarse pruebas de obligatorio percibimiento por mandato legal, caso en el cual el juez debe proveer oficiosamente su realización antes de resolver, so pena de que cercene indebidamente las oportunidades para su práctica. Así lo ha asegurado este órgano de cierre:

> *[L]a nulidad consagrada en la causal sexta del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por omitirse los términos u*

[2] Reiterada SC8456, 24 jun. 2016, rad. n.° 2007-00071-01 y SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.° 1999-00227-01.

> *oportunidades para pedir o decretar pruebas -norma protectora del debido proceso, del cumplimiento de la carga probatoria, a la par que del derecho de defensa y contradicción-, es hoy asimismo procedente cuando se omiten aquéllas que el legislador ha previsto como necesarias y en consecuencia le ha asignado al juzgador el deber de decretarlas…* (SC, 11 dic. 2012, rad. n.° 2007-00046-01[3]).

5. En materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual, las reglas de la carga de prueba imponen al demandante, salvo excepciones legales o convencionales, o de una eventual flexibilización, demostrar los elementos constitutivos de la misma -hecho, factor de atribución, daño y nexo causal-, laborío que no puede ser sustituido por el fallador a través de pruebas oficiosas, pues se convertiría en un juez-parte.

Y es que, «*la atribución para decretar pruebas de oficio no es ilimitada o absoluta, ni puede servir de pábulo para suplir la falta de diligencia de las partes, pues 'de otra forma, se desdibujaría el equilibrio judicial que gobierna a los litigios y que impone respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos que intervienen en esa relación procesal (Sent. Cas. Civ. 23 de agosto de 2012, Exp. 2006 00712 01)'*» (SC10291, 18 jul. 2017, rad. n.° 2008-00374-01; reitera SC, 3 oct. 2013, rad. n.° 2000-00896-01).

[3] En el mismo sentido SC, 28 may. 2009, rad. n.° 2001-00177-01; SC10880, 18 ag. 2015, rad. n.° 2007-00082-01; SC211, 20 en. 2017, rad. n.° 2005-00124-01; y SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.° 1999-00227-01

De allí que deba rehusarse la condena cuando falte la prueba del daño, bajo el entendido que su demostración corresponde a la parte (cfr. SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.° 1999-00227-01).

Ciertamente el artículo 307 del CPC estableció que, «*cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la* ***condena en concreto****, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin*» (negrilla fuera de texto), lo que se traduce en que, para «*la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, por cantidad y valor determinados*», existe «*el deber legal de decretar* ex officio *las probanzas respectivas*» (SC, 28 may. 2009, rad. n.° 2001-00177-01).

Tal directriz, como reluce de su consagración legal, está acotada a la fijación del *quantum* indemnizatorio, sin que pueda aplicarse extensiva o analógicamente a la demostración del demérito patrimonial en sí mismo considerado, por ser del convocante su acreditación, como ya se dilucidó.

En otras palabras, la *facultad-deber* de decretar pruebas de oficio a la luz del canon 307 sólo tiene cabida cuando el juzgador, a pesar de estar demostrado el daño, no emprendió actividad alguna para fijar su intensidad a pesar de que la parte lo intentara diligentemente; diferente a los casos en que falta la prueba del daño, pues esta carga procesal se encuentra *prima facie* en cabeza del petente.

Así lo doctrinó la Sala:

> *[U]na es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio. De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), (…). Desde luego que demostrada la lesión como tal, la falta de la prueba de la intensidad para efectos de la cuantificación reparatoria, debe ser suplida por el juzgador de primera o segunda instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, de acuerdo con lo preceptuado para tal efecto por los incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil, so pena de incurrir en 'falta sancionable conforme al régimen disciplinario', pues dicho texto legal vedó como principio general, las condenas en abstracto o in genere (CSJ, SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.° 4897)…* (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.° 2000-00196-01).

Dentro de este marco, si bien hay conexión entre el daño y su intensidad, no por ello se confunden, pues el primero, como ya se dijo, se refiere a la afectación que se causó en el patrimonio o activos inmateriales de la víctima, mientras que la segunda a su representación patrimonial; no en vano, la versión original del CPC, así como se consagra en otros ordenamientos adjetivos, existían trámites diferenciados para cada uno de estos componentes.

A buen recaudo, la doctrina especializada sostiene:

> *El juicio acerca del resarcimiento tiene por objeto declarar la existencia de la responsabilidad, es decir, del daño resarcible (por concurrir en él los elementos exigidos por la ley) y el importe del expresado daño, o sea, el quantum de responsabilidad. Cuando ambos elementos han sido declarados, se ha cumplido íntegramente su objeto, en cuanto se ha manifestado la obligación*

de resarcir (an respondeatur) y su contenido (quantum respondeatur)…

Sin embargo, ambos elementos del procedimiento son susceptibles de escindirse. Puede plantearse el procedimiento acerca de la existencia de la responsabilidad, e independientemente el de la determinación de la cantidad en que la responsabilidad se concreta, produciéndose por un lado la sentencia de condena genérica al resarcimiento y por otro la sentencia de liquidación del daño[4].

6. Aplicadas estas reflexiones al cargo en estudio se tiene que está llamado al fracaso, en tanto la prueba que extrañó el casacionista no es de aquellas que entrañan la *facultad-deber* del decreto oficioso, en los términos del mencionado artículo 307 del CPC.

En efecto, recuérdese que el casacionista criticó la ausencia de actividad del juzgador para traer el proceso la prueba sobre la vida útil de la embarcación siniestrada, a partir de lo cual solicitó la invalidez de la sentencia de segundo grado.

Esta prueba, por el tipo de perjuicio reclamado, tenía como finalidad inmediata acrisolar el demérito, en tanto el *lucrum cessans* derivado de la no explotación de un bien productivo depende de la aptitud de éste para producir réditos, incluso después de su consunción o avería; tanto así que, de establecerse que el tiempo de operatividad del bien

[4] Adriano de Cupis, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 797 y 798.

había fenecido previamente a su pérdida total o parcial, tendría que rehusarse la condena por este concepto.

Esto debido a que la vida útil realmente trasluce «*la vida remanente del bien*» (SC22056, 19 dic. 2017, rad. n.° 2002-02246-01), huelga decirlo, el período en el cual tendría la potencialidad de producir rendimientos, de allí su conexión directa e inescindible con la acreditación del menoscabo por utilidades o ganancias dejadas de recaudar.

De hecho, la ausencia de esta prueba avocaría a la falta de certeza sobre las consecuencias que el hecho dañoso irrogó en el patrimonio de la víctima, en punto a los beneficios que no pudo disfrutar al ser privado del goce de la cosa estropeada, por depender de su capacidad redituable hacia el futuro.

Máxime por cuanto, en el caso en estudio, hubo una condena por lucro cesante hasta la extinción del contrato de arrendamiento, lo que remarca que la vida útil resultaba en una condición *sine qua non* para reclamar deméritos adicionales.

Es verdad que el tiempo probable de explotación de la embarcación era una variable a tener en cuenta para calcular el monto del perjuicio, pero este objetivo está ligado con la demostración misma de su existencia por un período determinado.

Y es que la mencionada vida útil, *per se*, no aporta información sobre los ingresos producidos normalmente por un navío como el anegado, los costos y gastos derivados de su actividad, la facilidad para su explotación económica, o cualquiera otra relacionada con el monto de la ganancia o provecho que dejó de recaudarse, como es propio del *quantum*, aunque ciertamente delimita en el tiempo su causación.

Luego, por la finalidad subyacente al medio demostrativo de que se duele el recurrente, es claro que no existía un deber para el juzgador de instancia para su decreto oficioso.

7. Se descarta, por esta senda, la configuración de la causal de nulidad pretendida y, por tanto, la prosperidad del embiste bajo examen.

CARGO PRIMERO

1. Con fundamento en la causal inicial del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denunció la violación directa por interpretación errónea de los artículos 1613, 1614 y 2003, por falta de aplicación de los cánones 16 de la ley 446 de 1998, 1602, 1604, 1613, 1614, 1616, 1731, 1997, 2205 del estatuto civil, 822, 1478, 1682 y 1684 del Código de Comercio, al limitar temporalmente el pago del lucro cesante a la fecha de terminación del arrendamiento.

2. Manifestó su sometimiento a las conclusiones probatorias del Tribunal, en particular, que en el proceso no se demostró que, con antelación al contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, se hubiesen celebrado convenciones análogas sobre la nave hundida, ni que con posterioridad se recibieran ofertas para iguales fines.

3. No obstante, a partir de la noción de lucro cesante, precisó que la certidumbre del daño futuro no equivale a absoluta certeza, en tanto debe valorarse dentro del curso normal de las cosas, so pena de hacer nugatoria su reparación; así mismo recalcó que, conforme al artículo 1731 del C.C., el deudor de la cosa debe restituir su precio y pagar los perjuicios causados, lo que comprende el daño emergente y el lucro cesante respectivamente.

Con base en estas premisas reprochó que el lucro cesante no se ordenara hasta que fuera sustituido el bien que naufragó o se pagara el valor de reemplazo, en tanto: (i) la indemnización por pérdida del bien arrendado no está supeditada a que se demuestre con antelación que se hubieran celebrado otros contratos de arrendamiento; (ii) el contrato de locación comprueba el provecho que el bien reportaba, «*sin que resulte procedente exigir prueba adicional de que con anterioridad a la celebración del contrato hubiese recibido ganancias previas por el bien*» (folio 43); y (iii) es

absurdo que no pueda repararse la pérdida del bien arrendado que no esté precedida de otro negocio.

4. Manifestó que es improcedente limitar el lucro cesante al valor de los cánones de arrendamiento faltantes a la terminación del contrato, o a la demostración de ofertas o contratos para la futura explotación, en tanto la existencia misma del canon lo demuestra; además, la interpretación del *ad quem* reduce el daño indemnizable a aquel que sea seguro, sin tener en cuenta que basta la certeza de su ocurrencia, la cual se infiere del hecho de que el bien sea utilizado para su explotación, pues ha de presumirse que continuará haciéndose después de que termine el contrato vigente.

5. Reprochó que se aplicara el canon 2003 para limitar el lucro cesante, pues esta regla únicamente tiene vigor en los casos de terminación anticipada del contrato de arrendamiento, más no a la responsabilidad por destrucción del bien arrendado, asunto regido por el artículo 1731. «*Pero aún si en gracia de discusión se entendiera que el caso debatido está regulado por el artículo 2003…, debe admitirse que dicha norma contempla la obligación de pagar una indemnización integral de perjuicios haciendo énfasis… en el pago de los cánones faltantes, pero sin agotar la consecuencia indemnizatoria en tal punto*» (folio 46).

6. Arguyó que cuando se destruye un bien productivo debe pagarse el lucro cesante hasta el momento en que se

pague el valor de reemplazo, que permita su sustitución, como se extrae de canon 1614, así como del principio de reparación integral.

Regla que, en su criterio, no se modifica en los casos en que la pérdida sea recuperable, ya que el lucro dejado de percibir debe contabilizarse hasta que se consolida el valor de la reparación, esto es, la sentencia, que nada tiene que ver con la irrecuperabilidad del daño.

Recordó que las nociones de daño emergente y lucro cesante son disímiles, como se extrae del principio de reparación integral, por lo que su solución no rompe el principio de equivalencia ni comporta una doble indemnización.

CARGO SEGUNDO

1. Al abrigo de la misma causal, acusó la sentencia de trasgredir las reglas 1602, 1604, 1613, 1614, 1616, 1731, 1997, 2005 del Código Civil, 822, 1478, 1684 del Código de Comercio y 16 de la ley 446 de 1998, con ocasión de múltiples errores de hecho en la apreciación del material probatorio, en punto al lucro cesante futuro.

2. Como soporte, cuestionó que el Tribunal olvidara que el valor de la recuperación de la cosa no ha sido pagado, de allí que el demandante no podía comprar una nueva nave para que produjera los frutos que normalmente le

corresponderían, «*siendo así un error manifiesto no haber advertido la ausencia de prueba al respecto, desde luego que si la prueba no está, mal puede concluirse que se ha reparado el daño emergente*» (folio 54).

Tesis que soportó en que la pérdida por lucro cesante sólo finaliza cuando cesa el daño, siendo un error que se considerara que no existía después de la finalización del contrato.

CONSIDERACIONES

Anticípese que los ataques no prosperarán pues, además de que el segundo incurre en incompletitud, no se configuraron los errores de derecho y de hecho atribuidos al *ad quem*, como se explicará en lo subsiguiente.

1. Falta de precisión del embiste intermedio

1.1. El artículo 374 del CPC ordena que los cargos en casación, en otros requisitos, sean formulados «*con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y* ***precisa***» (negrilla fuera de texto).

Sobre la precisión, esta Sala ha decantado que «*tiene un doble contenido. Primero, el embiste debe dirigirse adecuadamente hacia los argumentos que soportan la decisión de segunda instancia; segundo,* ***debe controvertir en su integridad las bases en que se soporta el fallo***

***censurado**, de suerte que ninguna de ellas quede desprovista de cuestionamiento*» (negrilla fuera de texto, SC1916, 31 may. 2018, rad. n.° 2005-00346-01).

Por tanto una censura, aunque se encuentre correctamente encaminada a refutar la argumentación del *ad quem*, que omite fustigar la totalidad de las premisas que sirvieron de soporte a la decisión impugnada, no puede ser objeto de estudio, en razón de su incompletitud.

Y es que, aunque se diera razón al recurrente en sus reparos, el ataque en su conjunto no puede salir victorioso, en tanto el veredicto cuestionado seguirá apoyado en los razonamientos que, por no ser cuestionados, estarán guarnecidos de «*una especie de presunción de acierto y legalidad, producto de dos instancias, tanto en el tratamiento de las pruebas como de la normatividad aplicable al caso*» (SC5686, 19 dic. 2018, rad. n.° 2004-00042-01), de allí que sea inocuo adentrarse en el estudio de la censura.

Este órgano de cierre ha dicho que cuando las «*inferencias del juzgador no fueron eficazmente refutadas por el recurrente…, la sentencia permanece afianzada en esos raciocinios*», por existir «*insuficiencia de las acusaciones de la censura*» (SC, 24 sep. 2003, exp. n.° 6896); y posteriormente reiteró que «*por la finalidad de la casación, el promotor tiene la carga de derruir todos los cimientos de la sentencia de segundo grado, de suerte que se quede sin el andamiaje*

requerido para su soporte, imponiéndose su anulación. En caso contrario la resolución se apoyará en los estribos no discutidos y conservará su vigor jurídico, siendo inocuo el estudio del escrito de sustentación» (SC15211, 26 sep. 2017, rad. n.° 2011-00224-01).

1.2. En el *sub lite* el embiste segundo refulge incompleto por olvidar una de las premisas centrales del fallo de alzada, como es que la ausencia de prueba de la vida útil de la embarcación siniestrada es un requisito necesario para la imposición de una condena por lucro cesante futuro tratándose de activos con un tiempo de vida cierto.

En sus palabras, «*[e]n lo que respecta al Lucro Cesante Futuro, es de precisarse que existe un desatino tanto en el dictamen pericial, como en la sentencia de primera instancia, pues mal se hizo en hacer una estimación de las ganancias que percibiría la 'Embarcación Patricia' por el total de su vida útil, sin siquiera determinarse en el experticio* (sic) *cual es esta, y el a-quo hubiese acogido dicha posición*» (folio 68 del cuaderno 3).

No obstante, la explicitud de la reflexión, que se analizó con detalle en el embate precedente, el casacionista omitió adentrarse en esta materia en el cargo intermedio, al centrar su acusación en la suposición de la prueba del pago del *valor de recuperación de la cosa*, sin consideración a los demás argumentos expuestos en la providencia para negar la súplica.

Por tanto, aunque en gracia de discusión se asintiera en el yerro de hecho criticado, el mismo no minaría la enhiesta determinación de segundo grado, la que seguiría soportada en la idea de que, sin claridad sobre la vida útil del navío, no podía establecerse su capacidad de generación de réditos futuros.

1.3. Ante la incompletitud del embiste, refulge su rechazo.

2. Revisión de fondo de las acusaciones.

A pesar de la pifia técnica develada, por la importancia de hacer algunas precisiones conceptuales desatendidas en el fallo, se hará el estudio conjunto de los dos (2) cargos iniciales amén de su identidad temática.

2.1. El daño y su previsibilidad.

2.1.1. El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «*una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el*

ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.° 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.° 1999-00227-01).

En otras palabras, «*es 'todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad'*» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.° 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «*'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado' (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)*» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.° C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.° 2005-00174-01).

2.1.3. Tratándose de controversias con origen contractual, también se exige que el perjuicio sea previsible, esto es, que del contenido del negocio jurídico o del curso normal de los acontecimientos pudiera anticiparse su

ocurrencia en caso de incumplimiento. «*Históricamente, ya se entendió que acaecido el incumplimiento del contrato, no pueden ser indemnizables todas las pérdidas que eventualmente pudieran tener su origen en la falta de ejecución de las obligaciones, ni tampoco todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener; sino que debe hallarse la medida del principio de la indemnización integral… Y ello, porque una severa aplicación del principio de la indemnización integral imputaría al deudor un riesgo exorbitante, dificultando el tráfico jurídico y económico*»[5].

No sucede lo mismo cuando el incumplido actuó de forma dolosa, caso en el cual tendrá que responder por todos los detrimentos causados, sean ordinaria o excepcionalmente previsibles, siempre que se satisfagan los demás requisitos para su indemnización.

Así se previó en los cánones 1150[6] y 1151[7] del Código Civil francés, recogidos por el 1208 del estatuto español[8] y 1558 de la codificación chilena[9], que son equivalentes al 1616

---

[5] María Luisa Palazón Garrido, *La Indemnización de Daños y Perjuicios derivados del Incumpilmiento del Contrato*. En Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Contractual Comparado*, Thomson Reuters, 2ª Ed., España, 2013, p. 1608.

[6] «*El deudor sólo está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se hayan previsto o podido prever en el momento del contrato, siempre que, en el incumplimiento, no haya habido dolo por su parte*»

[7] «*En caso de que el incumplimiento del contrato proceda de dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender, con relación a la pérdida sufrida por el acreedor y a la ganancia de la que haya sido privado, los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento contractual*».

[8] «*El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*»

[9] «*Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento…*».

del Código Civil patrio, el cual dispone: «*Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento*».

Sobre esta norma, la Corporación doctrinó:

> *[Los] perjuicios directos se clasifican y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de las obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte…* (SC, 29 oct. 1945, G.J. t. LIX, pág. 748).

Y recientemente ratificó:

> *Con cimiento en esta disposición es posible afirmar que en materia contractual hay perjuicios previsibles e imprevisibles, todo ello de conformidad con las prestaciones asumidas por las partes. Sin embargo, la pretensión indemnizatoria sólo trasciende respecto de ambos conceptos si el contratante incumplido obró dolosamente; de lo contrario y con apoyo exclusivo en la culpa, únicamente se podrán indemnizar los perjuicios predecibles…*
>
> *Ahora bien, dicho resarcimiento, tratándose de los perjuicios previsibles, o de ambos, cuando hay dolo, comprende los perjuicios generados por la mora en la satisfacción de las obligaciones y, en general, abarca todos aquellos consecuenciales al incumplimiento, dado que el propósito es reparar el daño causado, bien atendiendo la prestación en la forma inicialmente pactada, o sustituyendo el*

objeto de la misma por una suma de dinero. (SC2142, 18 jun. 2019, rad. n.° 2014-00472-01).

El dolo, entonces, se constituye en un elemento de agravación del débito resarcitorio para el contratante que quebrantó intencionalmente sus prestaciones, como mecanismo para disuadir, y de ser el caso reprimir, la separación consciente del proyecto contractual, en salvaguardia de la máxima del *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria de los contratos, reconocida en el artículo 1602 del mismo estatuto.

Para resumir, «*[e]n general, el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que han sido previstos o que han podido serlo al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Sin embargo, el deudor está obligado a un resarcimiento integral: responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación… Siendo esto así, puede llegarse a la conclusión de que el dolo civil en la ejecución de las obligaciones, más que un elemento de la responsabilidad, es una forma de culpabilidad cuya consecuencia es una especial agravación*»[10].

2.1.4. El artículo 1616, desde otra óptica, estableció «*dos clases de daños: unos naturales y ordinarios, de tal suerte que pudieron haber sido previstos por el deudor; otros son*

[10] Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las Relaciones Obligatorias*, Volumen Segundo, Civitas, Madrid, 1996, p. 612.

excepcionales, de tal suerte que el deudor no los ha podido preven»[11], de los cuales el deudor doloso tendrá que solventarlos en su conjunto, mientras que el culposo únicamente los primeros.

Esta norma no dispuso, como una lectura ligera podría darlo a entender, que el infractor torticero tenga que cubrir con su patrimonio todos los daños que le sean reclamados, aunque su conexión causal con el incumplimiento sea indirecta o mediata; por el contrario, la norma es enfática en establecer que sólo deben resarcirse los agravios que sean efecto **directo** de la conducta antijurídica. Huelga explicarlo, «*no debe comprender entre los perjuicios de que responda el deudor por su dolo, los que son una consecuencia lejana del no cumplimiento del contrato, o que no son consecuencia precisa del no cumplimiento, y que pueden originarse en otras causas*»[12].

Por la línea trazada, es claro que el contratante incumplido, a pesar de su malicia, no puede ser condenado a reparar los daños originados en «*imprevisto[s] a que no es posible resistir*», porque estaría eximido de responsabilidad al configurarse una situación de fuerza mayor (artículo 1° de la ley 95 de 1890); su responsabilidad, insístase, se acota únicamente a los daños derivados de la desatención de sus

---

[11] Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las Obligaciones*, Tomo VII, Parte Primera, Cultural S.A., 1946, p. 173.
[12] Fernando Velez, *Derecho Civil Colombiano,* Tomo VI, Imprenta Paris América, p. 247.

deberes negociales, pero con independencia de que fuera posible anticipar su ocurrencia o su cuantía[13].

2.1.5. El marco teórico antes delineado permite comprender la argumentación expuesta por el Tribunal para rehusar el pedimento de lucro cesante futuro, en concreto, la relativa a la necesidad de demostrar (a) la productividad de la embarcación zozobrada y (b) su vida útil.

2.1.5.1. (i) Sobre el primer punto (a), rememórese que el sentenciador echó de menos «*la existencia de un contrato anterior en el periodo comprendido desde la creación de la nave hasta el contrato celebrado con las sociedades demandadas, lo que no prueba que haya recibido ganancias previas al contrato que se discute*», ni «*que permitan inferir la existencia de ofertas contractuales ni contratos futuros que tengan por objeto la embarcación naufragada*», a partir de lo cual coligió que el demérito era «*hipotético…, pues no existe seguridad, ni el mínimo indicio, de donde pueda cualquiera deducir que la embarcación fuera a producir frutos con posterioridad al contrato de arrendamiento existente entre las partes que traban la… litis*» (folio 66 del cuaderno 3).

(ii) El casacionista estimó que esta conclusión no podía ser cohonestada por exigir que, para la configuración del lucro cesante, se probara la pérdida con total certeza, sin tener en cuenta que era suficiente la alta probabilidad de su causación;

[13] Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil, De las Obligaciones*, Tomo III, Temis, 1978, p. 412.

además, por suponer requisitos ajenos a los mandatos legales para la reparación de perjuicios.

(iii) Sin embargo, en la decisión de segunda instancia no se vislumbran las pifias achacadas, pues las reflexiones del juzgador, aunque sin advertir la fuente legal que le servía de trasfondo, giraron alrededor de la prueba de los elementos del daño.

Y es que, como se explicó en precedencia, el contratante incumplido únicamente puede ser obligado al resarcimiento de los daños que sean ciertos, directos, lícitos y previsibles, siendo deber del demandante acreditar cada uno de estos componentes dentro del proceso, por lo que será insuficiente que se limite a probar las ganancias o beneficios que no ingresaron a su peculio.

Dicho en forma detallada, el acreedor debe arrimar los medios suasorios que sirvan para establecer (1) los réditos de los cuales fue privado y que fundadamente esperaba recibir, (2) que «*entre la utilidad que deja de ingresar al patrimonio de la víctima y el hecho que se considera generador del daño exist[e una] relación estrecha*» (SC338, 5 sep. 1988), (3) que «*atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad*» (SC, 4 mar. 1998, exp. n.° 4921), (4) que se afectó «*un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia*» (SC, 28 feb. 2013, rad. n.° 2002-01011-01) y (5) que el deudor pudo anticipar lo

ocurrencia del demérito reclamado, por relucir del contrato o existir elementos objetivos que permitieran su previsión.

Es cierto, como lo alegó el casacionista, que no puede exigirse la demostración absoluta de que los ingresos se realizarían, en tanto el elemento futuro elimina la certidumbre que es propia de otros demérito, de allí que «*el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis 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*» (SC3951, 18 sep. 2018, rad. n.° 2008-00011-01).

Con todo, este carácter contingente no constituye una patente para que el demandante omita acreditar los otros requisitos del daño, en particular, y por su importancia para el caso bajo análisis, la probabilidad de su causación y la previsibilidad por las accionadas.

Rememórese que

> *…[e]l resarcimiento del daño, en su modalidad de lucro cesante y más aún, tratándose del calificado como «futuro», se reitera, resulta viable en cuanto el expediente registre prueba concluyente y demostrativa* ***de la verdadera entidad y extensión cuantitativa del mismo****. En caso contrario, se impone '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' (CSJ SC11575-2015, Rad. 2006-00514-01)…* (negrilla fuera de texto, SC15996, 29 nov. 2016, rad. n.° 2005-00488-01).

(iv) De la ausencia de prueba de estas condiciones se dolió el Tribunal, cuando reclamó que del expediente no se infería la destinación de la barcaza antes de la celebración del arrendamiento y su eventual futura colocación, es decir, no halló los elementos que permitieran colegir que el planchón de 28 metros de eslora, normalmente, podía ser arrendado de forma ininterrumpida por un precio mensual de $24.000.000, así como la previsibilidad de esta explotación por las enjuiciadas.

Esto debido a que, como se relató en el escrito inaugural del proceso, el hundimiento del planchón se originó en una actuación culposa de las enjuiciadas, derivada de «*la impericia y negligencia de los operadores de la embarcación*» (folio 52 del cuaderno 1), por el «*descuido de los operarios y del personal encargado de su manejo, vigilancia y cuidado*» (folio 53), sin que en el curso del proceso se alegara o probara un actuar doloso del arrendatario.

En consecuencia, insuficiente fue la actividad probatoria del promotor al centrarse en la demostración del naufragio y las condiciones del contrato de arrendamiento en ejecución, pues adicionalmente debía acreditarse la probabilidad de que la embarcación afectada fuera susceptible de explotación futura vía arrendamiento, la continuidad de estos servicios y las condiciones económicas en que lo haría, así como la

información objetiva que estaba a disposición de las convocadas para prever su acaecimiento, como precisamente lo arguyó *ad quem* en el fallo impugnado.

(v) El juzgador de instancia, de ninguna manera, exigió la prueba cierta de los frutos civiles que produciría en lo sucesivo el navío naufragado, sino que exigió instrumentos persuasivos que sirvieran para fijar razonablemente la capacidad productiva del activo en condiciones normales y la pronosticabilidad de los mismos por cualquier persona, de allí que requiriera las «*ganancias previas al contrato que se discute*», o «*las ofertas contractuales [o] contratos futuros que tengan por objeto la embarcación*» o «*el mínimo indicio*», que permitiera «*deducir que la embarcación fuera a producir frutos con posterioridad al contrato de arrendamiento existente*» (folio 66 del cuaderno 3).

En verdad, el sentenciador se dolió de cualquier mecanismo que sirviera para comprobar la alta probabilidad de percibimiento de las utilidades reclamadas, tales como las ganancias que el navío produjo en el entretanto de la patente de navegación mayor y el convenio objeto de litigio, las ofertas realizadas o recibidas para la explotación de la embarcación con posterioridad al perfeccionamiento del arrendamiento, las tratativas que adelantó el demandante para rentar el vehículo después de vencido el término de ejecución del contrato celebrado con el consorcio, o cualquier hecho indicador de que el barco normalmente produciría frutos.

Laborío que, si bien se exigió respecto al barco *Patricia*, lo cierto es que el interesado no lo satisfizo ni siquiera frente a un activo equivalente o, incluso, respecto a la otra barcaza que arrendó al consorcio.

El demandante, en suma, faltó a la comprobación de la «*alta probabilidad objetiva de que llegare a obtenerse, en el supuesto de no haber tenido ocurrencia el suceso dañino, y que, por lo mismo, no puede confundirse con el mero sueño de obtener una utilidad, que no es indemnizable, por corresponder a un daño hipotético o eventual*» (SC5516, 29 ab. 2016, rad. n.° 2004-00221-01), para lo cual se requería «*prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa*» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.° 2000-00196-01).

(vi) Se arguyó, en el escrito de sustentación, que por el hecho mismo del arrendamiento al consorcio debió tenerse por probado el carácter productivo del bien y las utilidades futuras reclamadas.

Empero, este contrato, sin otros elementos de convicción, únicamente permitía demostrar que para un tiempo preciso el planchón se destinó a atender una situación, sin que reluzca su conexión con las actividades de explotación que en las proximidades iría a acometer y sus réditos.

Total que el contrato de arrendamiento celebrado entre Luis Evelio Márquez Bustos y el denominado *Consorcio*

Emergencia Puerto Niño, tuvo como objeto la movilización de materiales y maquinaria para el *diseño y construcción de obras para el control de inundaciones y erosión en el Municipio de Cerro de San Antonio*, situación que debía adelantarse con la mayor premura, como reluce de la utilización de la expresión «*emergencia*», en tanto era conocido que el río «*arrastraba en su cauce palizada, monte, tarulla, etc.*» (hecho 14 de la demanda).

La experiencia indica que las condiciones de una situación de excepción no pueden generalizarse, razón para estimar insuficiente que con el contrato incumplido pudiera cuantificarse el lucro usual de un planchón y su temporalidad; de allí que sobre el demandante pesara, para satisfacer los requisitos de certeza y previsibilidad del daño, la carga de probar que los términos económicos del contrato con el consorcio eran los usuales para esta actividad o, de no ser así, acreditarlas. La omisión de este deber fue denunciada por el Tribunal, aunque sin una profusa sustentación jurídica, la que ahora se desarrolla, razón para descartar que incurriera en un *error iure in judicando*.

2.1.5.2. En lo tocante a la vida útil de la embarcación, el recurrente criticó que ésta fuera el racero establecido por el *ad quem* para fijar el lucro cesante futuro, en tanto este demérito se extiende hasta que se profiera sentencia o se pague el valor de reemplazo.

(i) Al respecto conviene partir de la idea de que, como el incumplimiento achacado a las accionadas derivó de un actuar culposo de sus dependientes, las mismas únicamente deben responder por las utilidades o ganancias que fueran previsibles.

La previsibilidad, como ya se anticipó, «*consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes*»[14].

A la inversa, será imprevisible «*aquello '[q]ue no se puede prever', y prever, a su turno, es '[v]er con anticipación' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante)*» (SC, 27 feb. 2009, rad. n.° 2001-00013-01).

(ii) En el caso *sub judice*, como en las pruebas arrimadas a la foliatura no aparece que a las sociedades consorciadas se les suministrara información sobre la forma en que se explotaba la barcaza y el tiempo por el que se proyectaba hacerlo, para establecer la previsibilidad del lucro cesante

[14] Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 2010, p. 291.

futuro debe acudirse al contexto factual del negocio de arrendamiento, con el fin de extractar los datos que sirvieran a estos fines.

Una de las variables relevantes, ante la ausencia de otros elementos, era la vida probable del planchón, pues por el tipo de bien y su destinación, relucía que con el paso del tiempo perdería su aptitud para producir réditos, siendo razonable para las enjuiciadas que acudieran a él con el propósito de fijar el lucro cesante del cual tendrían que responder.

(iii) Y es que, tratándose de bienes productivos, es reconocido que con el trasegar de los años reducen su capacidad de explotación, como consecuencia del desgaste causado a las piezas y su pérdida de actualidad, sin que pueda admitirse que tienen una vocación *ad eternum*, o asociado a variables exógenas como la duración de un litigio.

Tal fenómeno se conoce como depreciación, esto es, la «*[d]isminución del valor o precio de algo, ya con relación al que antes tenía, ya comparándolo con otras cosas de su clase*»[15], que se establece en función a la porción de vida útil por el tiempo de uso, lo que arrojará «*la vida remanente del bien*» (CSJ, SC22056, 19 dic. 2017, rad. n.° 2002-02246-01), para lo cual se tendrá en cuenta las «*unidades de producción u horas de trabajo*»[16].

[15] Diccionario de la Lengua Española, https://dle.rae.es/?id=CFz1U2T.
[16] Artículo 64 del decreto 2649 de 1993.

(iv) Circunstancia económica que se hace palmaria en el caso, en tanto las pruebas que hacen parte de la foliatura enseñan que embarcaciones, equivalentes a la que naufragó, presentan un alto coeficiente de depreciación, lo que permite inferir la brevedad por la cual producirán frutos civiles.

Así se extrae del hecho de que el planchón *Patricia*, que según la escritura pública n.° 1989 de 8 de noviembre de 2006, otorgada en el Notaría 4ª de Cartagena (folio 46 del cuaderno 1), fue construido el 30 de octubre de este año y que, en atención a sus características y peso, tuvo un «*costo estimado… de… 450.000.000*» (folio 288), en razón de la vida útil -de esta clase de navíos-, su «*valor de rescate [era] de 120.000.000*», de acuerdo con el dictamen pericial practicado en primera instancia (folio 289).

Trasluce, según el experto, que después de 5 años y 8 meses de funcionamiento -interregno comprendido entre la construcción del barco y la fecha del peritaje-, la depreciación de un navío similar al siniestro es del 73%; guarismo que no podía ser extraño al planchón Patricia, en tanto para iniciar operaciones tuvo una calificación promedio de 70 puntos, de acuerdo con el Certificado de Inspección de Botes n.° 038 del 1° de noviembre de 2006.

Tesis que cobra fuerza si se pondera la brevedad de la vigencia de la patente de navegación, que «*para embarcaciones mayores, tendrá validez de tres (3) años*» (artículos 136 y 138 del decreto 2689 de 1988, subrogados por los cánones 50 y

51 de la ley 1242 de 2008), a cuyo vencimiento se hace necesario acometer una verificación de la embarcación para establecer su aptitud de navegabilidad, de lo que se deduce la rapidez del deterioro.

(v) Refulge de este contexto jurídico y fáctico, que la exigencia de la prueba de la vida útil no es contraria a las normas vigentes, sino una medida acorde con la previsibilidad del daño reclamado, punto en el que se cierra prosperidad a los argumentos del demandante.

2.1.6. De lo expuesto queda en evidencia que el *ad quem,* no rehusó la condena pretendida por una indebida aplicación del artículo 2003 del Código Civil, disposición que gobierna la controversia, sino que su determinación se originó en la valoración de los instrumentos persuasivos y su correlación con los elementos del daño, que permitió tener por no acreditadas la certeza y previsibilidad del lucro cesante futuro.

2.2. Prohibición de doble reparación.

2.2.1. El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «*[e]l resarcimiento no puede superar*

la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado»[17].

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «*que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior…, y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez 'tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio*» (SC, 18 dic. 2012, rad. n.° 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.° 2009-0014-01).

Su fuente legal se encuentra en los artículos 1613 y 1641 del Código Civil, que establecen que «*[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante*», entendiéndose por aquél «*la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*», y por lucro cesante «*la ganancia o provecho que deja de reportarse*».

De forma expresa, el artículo el artículo 16 de la ley 446 de 1998 ordena que, en «*la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas,* [se] *atenderá los principios de*

[17] Guido Alpa, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 797.

reparación integral *y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*» (negrilla fuera de texto).

Máxima explicable por la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad, la cual propende porque los perjuicios de la víctima sean reparados en su totalidad, pero no más allá, siempre que esto sea posible.

2.2.2. La prohibición de doble indemnización es una aplicación concreta de esta directriz, la cual repele cualquier ventaja que la víctima obtenga del hecho dañoso, diferente al restablecimiento del *statu quo:* «*La indemnización del daño patrimonial tiene como fin remediar el detrimento económico sufrido por la víctima, por lo que una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada*» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.° 2003-00660-01).

Total que «*[c]uando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido. Por ello no cabría demandar de nuevo reparación*»; así las cosas, «*la víctima no puede acumular varias indemnizaciones por el mismo perjuicio*»[18]. En estos casos, «*si el daño se ha restañado de alguna manera, mandarlo indemnizar cual si existiera implica plasmar un enriquecimiento sin causa a favor del reclamante*»[19].

---

[18] Henry, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil, La Responsabilidad Civil, Los Cuasicontratos*, Paret Segunda, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, p. 63.
[19] Marcelo López Mesa, *Presupuestos de la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 112.

La jurisprudencia fijó como norte que *si ya se satisfizo la obligación del deudor, no es procedente la acumulación de indemnizaciones para lograr una nueva reparación* (cfr. SC, 5 dic. 1983), salvo en los casos en que los resarcimientos tengan su fuente en una causa jurídica distinta (cfr. SC, 22 oct. 1998, exp. n.° 4866).

2.2.3. Esta prohibición fue la que condujo al *ad quem* para rehusar el *lucrum cessans* sobre un bien que sería objeto de sustitución, bajo el entendido de que «*con el pago del daño emergente se pondría la nueva nave a producir los frutos hasta su vida útil, y al ordenarse adicional a ello el pago de un lucro cesante futuro, se rompería el principio de equivalencia, pues se estaría obligando al responsable a pagar doblemente el mismo perjuicio*» (folio 68 del cuaderno 3).

Explicado de otra forma, para el sentenciador de segundo grado, una vez el demandante reciba el precio de la embarcación naufragada, podrá adquirir un activo equivalente al que fue destruido, en particular, con el mismo remanente de vida útil, momento a partir del cual empezará a recibir los réditos que dejó de percibir en aquél entonces, lo que excluye la viabilidad de un nuevo pago por lucro cesante. En su criterio, de asentir en la condena por ganancias dejadas de percibir se generaría una doble indemnización, en tanto la víctima percibiría un emolumento por parte de las enjuiciadas y después, al adquirir la nueva embarcación, disfrutará de nuevos frutos.

Este argumento, que encuentra cimientos en el principio de reparación integral, de ninguna manera confunde las nociones de daño emergente y el lucro cesante, como lo alegó el casacionista, pues el *ad quem* no aseguró que por el pago del primero quedaba satisfecho el segundo, ni mucho menos que tratándose de *bienes sustituible* las dos (2) clases de daños se subsumen en una sola; por el contrario, según el fallo confutado, el lucro cesante de la víctima quedaría colmado al recibir un activo con igual vida útil al destruido, por la posibilidad de explotarlo en el futuro y obtener los rendimientos que no pudo acopiar en el pasado.

Explicación que, valga la pena anotarlo, guarda coherencia con el limitado tiempo de productividad de las embarcaciones, lo que descarta de plano que su propietario pueda pretender réditos de forma atemporal o al margen de su explotabilidad.

2.2.4. Por iguales razones resulta desacertada la crítica que se formuló por error de hecho, en tanto el juzgador de segundo grado no supuso el pago del daño emergente, sino que, vista su futura satisfacción -una vez la sentencia de condena queda ejecutoriada-, estimó que era de esperarse que en adelante se recibirán las utilidades por la explotación económica del planchón.

2.2.5. Ahora bien, la eventual discusión sobre la equivalencia de las utilidades que se hubieran disfrutado en el pasado y las que puedan generarse en el futuro, es un aspecto

vedado al presente recurso, por la ausencia de críticas en casación sobre la materia y no estar disponible el camino oficioso.

2.3. Deber de mitigación del daño propio.

Al margen de que con los anteriores argumentos se desestimen las críticas propuestas en casación, lo cierto es que si la Corte se ubicara en sede de instancia tendría que denegar la súplica por lucro cesante futuro, amén de que el demandante inobservó el principio de evitación de la agravación de las consecuencias dañosas, lo que muestra que los reproches se tornan intrascendentes.

2.3.1. La buena fe, en su vertiente objetiva, ordena a los sujetos de la relación obligatoria que desplieguen un comportamiento acorde con los estándares exigibles a cualquier persona puesta en las mismas circunstancias, que se expresa por medio de deberes secundarios de conducta, también conocidos como obligaciones accesorias o colaterales.

Significa que este principio ético «*actúa como regla de conducta, que origina la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine 'buena fe-lealtad'*», que tiene las siguientes características:

> *a) Se trata de un deber de conducta impuesta al sujeto, con un contenido eminentemente ético. b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto s de vista subjetivo de*

las partes para referirse a un criterio objetivo. e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media. f) El stantard jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto…[20]

2.3.2. En punto al débito indemnizatorio, se ha considerado que la víctima actúa acorde con la buena fe cuando evita una posición pasiva de cara al daño sufrido y, en su lugar, adopta todas las medidas tendientes a evitar su consumación o agravación.

En un giro diferente, el acreedor debe «*adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió*»[21].

Tal deber ha recibido la denominación «*mitigación*» o «*atenuación del daño*», y encuentra reconocimiento expreso en los artículos 77[22] de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de

---

[20] De La Puenta y Lavalle, Manuel, *La fuerza de la buena fe*. En Alterini, Atilio Aníbal y otros, *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I, Perú y Bogotá, Ed. Palestra y Temis, 2000, pp. 276 y 277.
[21] Nicolás Negri, *Responsabilidad Civil Contractual*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 107.
[22] «*La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida*».

Mercaderías y 7.4.8. (1) de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales[23].

En Colombia su aplicación se ha consentido por vía jurisprudencial; justamente, en unos primeros pronunciamientos, la Corte fijó como subregla que el *quantum* indemnizatorio debe disminuirse en los eventos en que la víctima haya creado un escenario favorable a la ocurrencia del daño o su propagación: «*[el] demandante con sus omisiones creó un escenario altamente propicio para la generación del resultado que afectó su patrimonio, es decir generó un evidente estado de riesgo que vino a ser agravado por la conducta omisiva de la demandada, habrá de reducirse la condena en contra de la parte demandada*» (SC, 3 ag. 2004, exp. n.° 7447; en el mismo sentido SC, 6 ab. 2001, exp. n.° 6690).

Años más tarde habló expresamente de la carga de mitigación o atenuación, en los siguientes términos:

> *[E]n el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo…*
>
> *El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al*

[23] «*La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables*».

mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia…

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como "una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que descono[ce] al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que est[á] dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido" (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda (SC, 16 dic. 2010, rad. n.° 1989-00042-01).

Tesis reiterada en época cercana:

[P]untualícese que el deber de mitigación o atenuación, connatural al principio de reparación integral, propende porque la víctima tome las medidas que estén a su alcance para evitar que las consecuencias del daño aumenten o no se detengan; esto es, el lesionado tiene la carga de adoptar los correctivos razonables y proporcionadas que reduzcan las pérdidas, o impidan su agravación, ya que no hacerlo puede acarrearle la disminución de la indemnización reclamada (SC512, 5 mar. 2018, rad. n.° 2005-00156-01).

2.3.3. Aplicadas estas consideraciones a una eventual sentencia sustitutiva, el colofón al cual se arribaría es que el demandante, en lugar de tomar medidas para evitar los perjuicios por lucro cesante futuro, actuó con dejadez e incidió negativamente en su extensión.

Total, conocido el hundimiento del planchón el 13 de septiembre de 2007, así como los cuantiosos ingresos que dejarían de percibirse en criterio de la víctima, la buena fe le imponía a ésta que actuara de forma inmediata para tomar las medidas que permitieran el reemplazo del vehículo y, por esta senda, obtener los réditos que aguardaba de su actividad, sin esperar al proferimiento de una sentencia en que se condenara a su contraparte negocial.

Conducta que podía esperarse de cualquier persona que, con vista a unos ingresos netos anuales como los pretendidos por el demandante -$252.000.000-, y que equivalían a una utilidad bruta de $176.400.000 -previo descuento del 30% por los costos de mantenimiento según lo señalado por el Tribunal y que es materia pacífica en el proceso-, no dudaría en hacer una inversión de **$120.000.000** para adquirir una embarcación equivalente a la anegada.

Y es que el capital requerido para reponer el planchón era inferior a la mitad de los ingresos esperados en el primer año de operación, y equivalía al 68% de la utilidad proyectada para la igual anualidad, siendo obscuro que una persona deje

escapar esta oportunidad de negocio y finque su esperanza en una condena judicial.

Un estricto sometimiento a la buena fe hubiera concitado en el demandante procurar una embarcación de reemplazo, incluso por medio de una operación crediticia, pues la alta rentabilidad de la inversión permitía cubrir todos los costos del endeudamiento, liberar el activo durante el primero año de operaciones y obtener dividendos.

Máxime porque, el entretanto entre el hundimiento del barco y el inicio del cómputo para el lucro cesante futuro reclamado, fue de 3 meses y 13 días, tiempo suficiente para buscar el bien de sustitución y los recursos para su adquisición. Quehacer que no resultaba excesivo para Luis Evelio Márquez Bustos pues, además de conocer del negocio de transporte fluvial, como se extrae del hecho que era propietario de dos (2) barcazas, era cliente de Banco de Colombia y reportaba una facturación mensual de $45.000.000, como se extrae de la certificación de 27 de julio de 2017 que fue aportada con la demanda (folio 11 del cuaderno 1).

La actitud abúlica del arrendador, en el sentido de aguardar a que el consorcio le pagara el precio de la barcaza y las utilidades que esperaba obtener hasta la sentencia de condena, demuestra su contribución decidida en la ocurrencia del perjuicio por utilidades futuras y su

agravación, con lo cual faltó al deber de mitigación del daño y, por ende, cierra la prosperidad a su reclamo por vía judicial.

3. Por las razones precedentes se deniega el recurso extraordinario.

Conforme al inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el numeral 1° del canon 392, se condenará en costas al opugnante. Las agencias en derecho se tasarán, por el magistrado ponente, según el numeral 3° del artículo 393 *ibidem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda de casación fue replicada.

DECISIÓN

Con base en 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 12 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, dentro del proceso que Luis Evelio Márquez Bustos promovió contra Castro Tcherassi SA y al cual se vinculó como litisconsorte necesario a Inversiones Osorio González Ltda.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Inclúyase en la liquidación la suma de ocho (8) s.m.l.m.v. por

concepto de agencias en derecho, que fija el magistrado ponente.

Notifíquese

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Con Aclaración de Voto

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Con Aclaración de Voto

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Radicación n.° 08001-31-03-003-2008-00234-01

ACLARACIÓN DE VOTO

En forma respetuosa me permito ACLARAR mi voto, porque si bien considero que la impugnación extraordinaria no estaba llamada a abrirse paso, no comparto los alcances amplificadores de la facultad-deber del juez de decretar pruebas de oficio, que subyacen en la argumentación con la que se despachó el tercer cargo de casación.

Lo anterior por cuanto considero que ese entendimiento no armoniza del todo con el precedente de esta Corporación, que impone a quien acude a un proceso judicial el deber de presentar al juez de la causa no solo su versión de los hechos, sino también –por vía general– los elementos probatorios tendientes a demostrar el fundamento de sus aspiraciones o defensas, debiendo soportar consecuencias adversas en caso de no hacerlo.

Ahora, casos habrá en los que, a pesar de la actividad probatoria desplegada por las partes, el sentenciador encuentre que no ha logrado recaudar la información necesaria, o jurídicamente relevante ,para emitir un veredicto ajustado –en la medida de lo posible– a la verdad real y a la

justicia material, por lo que el ordenamiento jurídico ha facultado al fallador, y al tiempo, compelido en determinados eventos, para procurar esclarecer esos pasajes de penumbra, mediante el decreto oficioso de medios de persuasión.

Pero la comprensión previamente expuesta no implica que las partes hayan sido liberadas de la carga que les incumbe, según el precepto 177 del Código de Procedimiento Civil (o 167 del Código General del Proceso); por el contrario, con excepción de *«los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas»,* o de aquéllos eventos en donde la ley presume un determinado acontecimiento, a los litigantes les corresponde actuar con diligencia en la demostración del «*supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*».

En otros términos, si bien los poderes que se le han venido confiriendo al fallador patentizan las tendencias jurídicas actuales, orientadas a superar el sistema dispositivo puro, y dar mayor vigencia al inquisitivo, la supresión de aquél no se ha producido, de lo cual puede concluirse que existe en nuestro medio un «*sistema mixto*», que representa una equilibrada amalgama en la que, con la denodada intervención de las partes y la potestad oficiosa del juez, puede lograrse una justa y eficaz composición del debate, a partir de bases ciertas y no meramente formales.

Conforme con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier

supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes, tal como lo explicó esta misma Sala en fallo CSJ SC, 23 nov. 2010, rad. 2002-00692-01:

> «(…) *No se trata, pues, de que el juez tome la bandera de una de las partes, ni que dirija su esfuerzo a construir la que desde su personal perspectiva debe ser la respuesta para el caso, sino que su iniciativa debe contribuir a dar forma a una hipótesis que muestra algunas trazas en el expediente y que, siendo coherente, atendible y fundada, aparece apoyada por los medios de convicción a su alcance y se ajusta plausiblemente a una solución que acompase con el ideal de justicia. Solo en esas circunstancias, miradas desde luego bajo el trasluz de cada caso particular, podría increparse al juez por no comprometerse con el decreto de pruebas oficiosas, evento en el cual, como ha dicho la Corte desde hace tiempo ya, incurriría en error de derecho por desconocer el contenido del artículo 180 del C. de P. C.*».

En consecuencia, y dejando a salvo aquellos eventos donde la práctica de determinada prueba esté prevista como un imperativo legal concreto (hipótesis ajena a esta contienda), conviene precisar que la facultad-deber del juez de decretar pruebas de oficio no puede interpretarse como un mandato absoluto, o fatalmente impuesto en todos los casos, dado que aquél sigue gozando de una discreta autonomía en la instrucción del proceso.

Ello porque como lo dijo también esta Corporación en CSJ SC5327-2018, 7 dic.,

> «(…) *hay eventos en los cuales la actitud pasiva, de la parte sobre quien pesa la responsabilidad de demostrar determinado supuesto de hecho, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones o de las defensas o excepciones, por haber inobservado su compromiso al interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador, particularmente en*

aquellos asuntos en los que la controversia versa sobre derechos disponibles».

En los anteriores términos dejo fundamentada mi aclaración de voto con comedida reiteración de mi respeto por la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

RADICACIÓN 08001-31-03-003-2008-00234-01

Estoy de acuerdo con la decisión, toda vez que no se demostraron los yerros de *facto* atribuidos al tribunal, lo que impedía que los ataques medraran, conforme se concluyó.

Sin embargo, como al resolver el tercer cargo se expresó que el decreto de pruebas de oficio «*no puede considerase como una mera facultad, sino también como una obligación para los jueces de conocimiento, quienes tienen que hacer uso de la misma para que la sentencia proferida salvaguarde la correcta adjudicación de los derechos en litigio*», debo decir que ese planteamiento no concuerda con el precedente de esta Corporación, según el cual, aunque hay eventos en que la ley prevé la práctica forzosa de pruebas, como la inspección judicial en los juicios de pertenencia, deslinde y amojonamiento y servidumbres o el dictamen pericial de marcadores genéticos de ADN en los pleitos de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, etc., y otros en que por vía jurisprudencial se ha previsto su necesidad cuando la prueba aparezca incompleta o sugerida por la actividad de los litigantes, el poder-deber de iniciativa

probatoria y recaudo oficioso no es un imperativo absoluto que deba ser seguido por el juez en todos los casos.

Ello porque la prueba de oficio no está hecha para remediar la incuria de los litigantes, sino que, por fuera de las hipótesis en que es forzosa, solo puede ser empleada por el *iudex* para completar la información faltante cuando la labor desplegada por aquellos, en coherencia con sus condiciones y posibilidades reales de afrontar el pleito, no haya permitido obtener la verdad necesaria para zanjar la *litis*, según se indicó en CSJ SC7824-2016 al decir que:

> *(…) cuando a pesar de la actividad probatoria promovida o gestionada por las partes, el sentenciador encuentra que no ha logrado recaudar la información necesaria o jurídicamente relevante para emitir su veredicto, en lo posible ajustado a la verdad real y a la justicia material, según se expondrá más adelante, el ordenamiento jurídico lo ha facultado –y al tiempo, compelido- para procurar esclarecer esos pasajes de penumbra, mediante el decreto oficioso de medios de persuasión, los cuales conjuntamente evaluados con los demás recaudados, permitirán determinar la verosimilitud de los hechos debatidos o la confirmación de los argumentos planteados, pues el juez como director del proceso, debe propender por la solución del litigio, fundado en el establecimiento de la verdad, la efectividad de los derechos reconocidos por la norma de fondo, la prevalencia del derecho sustancial y la observancia del debido proceso.*

Luego, la tesitura propuesta por el ponente contradice el entendimiento de la Corte sobre la prueba de oficio, ya que sugiere que el juez debe suplir la negligencia de las partes, lo cual no es cierto porque tal iniciativa procede cuando la ley la prevé, así como frente a aquellos medios incompletos o sugeridos por la actividad de los contendores y cuando se revele la imposibilidad de la parte débil en el proceso para acreditar hechos que contribuyan a su adecuada resolución.

Por eso aclaro el voto, aunque comparto la decisión.

Fecha, *ut supra,*

OCTAVIO AUUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado