



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado ponente

SC3632-2021

Radicación n.º 73319-31-03-002-2009-00110-01

(Aprobado en sesión de once de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por Emgesa S.A. E.S.P. frente a la sentencia de 26 de febrero de 2018, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual de Alfonso Rodríguez Yara contra la recurrente.

ANTECEDENTES

1. El actor solicitó declarar civilmente responsable a la convocada por los daños y perjuicios causados al cultivo de plátano que sembró en su predio, con ocasión de las inundaciones ocurridas los días 6, 7, 8 y 9 de julio de 1989. Y, en consecuencia, condenarla «a pagar por concepto de daños materiales (*Daño emergente y lucro cesante*)» la suma de \$120.000.000.

Como respaldo de sus aspiraciones sostuvo que, para julio de 1989, tenía sembradas 30 hectáreas de plátano en buen estado fitosanitario. Dicho cultivo fue destruido en su totalidad por la creciente del río Magdalena en las fechas atrás aludidas, debido «al manejo errado, culpable e imprevisto de las compuertas de la represa de Betania por sus operarios», esto es, por la demandada. La inundación de su predio se debió a la inobservancia del manual de operaciones en temporada de lluvias (fls. 1 – 11, cno. 1).

2. Notificada del auto admisorio, la encausada se opuso y formuló las excepciones que denominó «falta de legitimación en la causa de la demandante», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del daño y perjuicio que se dice causado», «infundada reclamación de perjuicios», «imposibilidad de achacar responsabilidad del generamiento del hecho dañoso a la Emgesa S.A. E.S.P.», «inexistencia del perjuicio alegado por el demandante», «falta de estructura de uno de los requisitos para que el perjuicio pueda emerger», «ausencia de relación causal entre la función

desarrollada [por] quien manejaba la represa de Betania y los perjuicios que asegura sufrió la demandante», «quien operaba la represa obró conforme las normas que debía observar para su manipulación por ende no existe responsabilidad de su parte en los perjuicios que asegura padeció la demandante», «fuerza mayor o caso fortuito como causal de exoneración», «culpa exclusiva de la víctima», «exposición a riesgo por la demandante», «aplicación del principio general del derecho Nemo auditur turpitudinem allegans suam», «imposibilidad de la causación del daño que se dice ocasionado», «ausencia de responsabilidad de parte de la Emgesa S.A. E.S.P. en los hechos en que se monta la demanda», «la supuesta víctima del daño debe probar la peligrosidad de la actividad que se le imputa a Emgesa S.A.», «se encuentra desvirtuada la presunción de responsabilidad en que se apoya la demandada por tanto la demandante corre con la carga de probarla», «inexistencia de responsabilidad en cabeza de Emgesa S.A. por no ser ésta la propietaria de las corrientes fluviales, como la del Río Magdalena», «concreción de una causa extraña determinada por la concurrencia de circunstancias ajenas a la demandada que pudieron provocar el daño alegado en la demanda», «ausencia de demostración del fundamento de la imputación que se hace a la sociedad demandada», «caducidad y/o prescripción de la acción y falta de jurisdicción», «prevalencia del interés general sobre el particular», «acción a propio riesgo», «deber de demostrar la culpa de la demandada en la acción que se señala causó el

perjuicio», «inexistencia de relación causal entre el perjuicio que se pide resarcir y el actuar por el que se sindicó a la sociedad demandada», «se debe demostrar la existencia del nexo causal entre el perjuicio y la actividad desplegada por la sociedad demandada que se asegura lo causó», «aplicación de la teoría análisis económico del derecho», «aplicación de la teoría de la imputación objetiva», «imposibilidad absoluta de prever todos y cada una de las circunstancias que acrecientan los riesgos permitidos en desarrollo de la actividad desplegada por la demandada», «imposibilidad de imputar a la sociedad demandada la responsabilidad por la posible causación de perjuicios alegados en la demanda», «falta de certeza que las aguas de la represa hayan sido las que anegaron los predios de los demandantes», «enriquecimiento sin causa», «indebida imputación de causalidad entre la actividad desempeñada en el sitio donde está la represa de Betania y el en que se dice estaba el cultivo del actor», y «excepción innominada» (fls. 175-209, ib).

Al tiempo “denunció el pleito” a la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P., quien, enterada, se resistió con apoyo en la *«inexistencia de responsabilidad de Electrohuila S.A. E.S.P. derivada del contrato C.H.B. – 160 y 160-A suscrito con la demandada», «improcedencia legal de la denuncia del pleito», «prescripción de la acción contractual», «falta de legitimación en la causa por pasiva» y «la genérica»* (fls. 48-55, cno. 2).

3. El *a quo* accedió a las pretensiones, aunque reconoció un monto menor al pedido, y tuvo por infundadas las defensas propuestas por la demandada. Además, declaró probada la excepción que la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. denominó «*prescripción de la acción contractual*», por lo que la absolvió.

En punto de las condenas, impuso el pago de \$33.510.000 a título de daño emergente y \$59.436.000 por lucro cesante, para un total de \$92.946.000. Suma que ordenó actualizar desde el siniestro hasta cuando se hiciera efectivo el desembolso.

Esa decisión fue recurrida por ambas partes.

4. Celebrada la audiencia en sede de segunda instancia, en la que se escuchó la sustentación del recurso por parte de la demandada y admitió el desistimiento de ese medio de impugnación presentado por el actor, el tribunal modificó el veredicto del *a quo* respecto de las condenas. De suerte que Emgesa S.A., ahora, debía pagar \$33.510.000 por concepto de daño emergente y \$25.923.000 por lucro cesante, para un total de \$54.436.000.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La actividad de las aguas constituye una labor peligrosa, como lo ha sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En la que además se requiere de un tipo de responsabilidad particular, en especial, en lo que respecta a la culpa, pues esta se presume. En ese orden, al demandante únicamente le correspondía acreditar el daño y el nexo causal entre aquel y este, lo que imponía a la entidad, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar la ruptura del segundo.

Frente al daño, uno de los elementos a demostrar, salta a la vista de lo declarado por los testigos que el demandante, para la fecha de la ocurrencia de los hechos, era propietario del inmueble y lo explotaba económicamente a través de la siembra de plátano, la cual quedó completamente destruida por la inundación. Dichos testimonios se refieren de manera coherente a la extensión del predio, sus linderos, como también al tipo de cultivo sembrado en la zona anegada por el río Magdalena en el mes de julio de 1989.

Aunque es cierto que los testigos no son exactamente coincidentes en algunos datos, como los días en que el predio permaneció inundado, o la extensión del plantío, los linderos del predio, la altura de las plantas, el número de matas y las fechas exactas de la siembra, un análisis integral de tales declaraciones permiten concluir de manera lógica y razonada que dicha siembra sí existió, pues a pesar de que no se

advierde una matemática coincidencia entre lo dicho por aquellos y lo afirmado por el demandante frente a los tópicos aludidos, no queda duda de que todos ellos fueron consistentes en señalar la ubicación del predio a que se ha hecho alusión, que el terreno sembrado era de aproximadamente 30 hectáreas, las matas estaban plantadas a 2.50 metros entre ellas, fueron sembradas entre los meses de septiembre y octubre de 1988 y eran de variedad hartón y dominico, así como que la pérdida del mencionado cultivo se debió a la inundación originada por el aumento repentino y exagerado de las aguas del río Magdalena durante los primeros días del mes de julio de 1989.

Sobre si el daño padecido por la parte actora es consecuencia directa de la actividad realizada por la empresa demandada, la Sala advirtió lo siguiente: de los documentos obrantes a folios 335 a 346 del cuaderno 1, se colige que la represa Betania entre el 6 y 7 de julio de 1989 descargó sobre el caudal del río Magdalena hasta 2900 metros cúbicos por segundo, lo que provocó un aumento desproporcionado en el nivel de dicho afluente durante los días posteriores y la consecuente anegación de los predios riverenos, entre ellos, el del demandante. Lo que conlleva a concluir que, si tales acontecimientos coinciden cronológicamente, fue el vertimiento de las aguas de la represa y no un hecho distinto o aislado el causante de tales acontecimientos.

Con la aclaración del dictamen pericial se aprecia que el perito señaló cómo era imposible precisar con exactitud el caudal necesario para que el predio sufriera inundaciones; no obstante, hizo hincapié en que con los «*caudales vertidos*» para esa fecha «*ese predio se tenía que inundar*». Agregó que las descargas por la represa de Betania fueron «*demasiado altas*», al ser iguales o superiores a los 2900 metros cúbicos por segundo, lo que generó la inundación. Dicho dictamen no fue objetado por ninguna de las partes y, en criterio de esa corporación, las conclusiones en él comprendidas no lucen desenfocadas ni caprichosas, por lo que ofrecen plena credibilidad.

Las declaraciones de los testigos también permiten inferir que la creciente repentina del río fue generada por las aguas provenientes de la represa de Betania y que el mismo afluente fue el que inundó el predio del demandante y destruyó el cultivo de plátano allí sembrado, pues además de que aquellos manifestaron que para las fechas de los hechos era temporada de verano, también pusieron de presente que, cuando se enteraron de la apertura de las compuertas de la represa a través de los medios de comunicación y las alertas emitidas por las autoridades competentes, fue justo cuando la heredad tuvo el siniestro conocido.

Si bien es cierto en el dictamen se señaló que la heredad del demandante se encuentra ubicada dentro de una isla en

el centro del río Magdalena, también lo es que no obra dentro del expediente ninguna prueba seria y bien fundamentada que acredite que aquella fuera proclive a inundarse, pues por el solo hecho de que el predio tuviera esa característica no lo hacía inidóneo para la agricultura o la ganadería. Por el contrario, un análisis sistemático de los testimonios y la experticia citada permite inferir que no fue la mencionada circunstancia la que ocasionó el desbordamiento prolongado de las aguas y la consecuente pérdida del cultivo, pues de no haberse presentado un vertimiento por parte de la represa en una proporción tan elevada nunca se hubiera presentado tal evento. Además, porque los testigos dieron a conocer que la finca en sus áreas limítrofes tenía una barrera de árbol para hacerle frente a las eventuales crecientes. De suerte que resulta mucho más coherente y ajustado a la lógica concluir que fue la descarga de la represa la causante de los daños y, por lo tanto, no hay lugar a sostener, como lo afirma el apelante, que fue el actor el que decidió exponerse por sí mismo al riesgo. En consecuencia, la apelación frente a este punto concreto no prospera.

En relación con la zona de ronda, si bien no existe ninguna prueba que permita establecer la distancia exacta entre la ribera del río y el cultivo de plátano, sí existen elementos de juicio suficientes para establecer su dimensión aproximada. No le asiste razón al apelante cuando manifestó que Alfonso Rodríguez Yara reconoció en el interrogatorio que

no respetó la zona de ronda del río Magdalena, pues basta revisar la declaración (fls 60 a 61, cno. 4) para concluir que no fue el demandante sino el testigo Jorge Rivera Rivera quien sostuvo que *«en esa orilla existía una zona de barreras establecidas en unos árboles de payandé, guásimos y una parte de guadua y pastos de india. La zona de protección era de 10 a 15 metros de ancho»*. Más bien se aprecia que la concitada zona de protección tenía un ancho de 10 a 15 metros y no que esa fuera la distancia entre la orilla del río y el cultivo, lo que permite concluir que, si dicha franja se anteponía entre el río Magdalena y la siembra, la distancia entre aquél y esta no podía ser menor al trecho aludido. Resulta claro, ante la ausencia de otras pruebas que permitan arribar a una conclusión diferente, que no le asiste razón al alzado.

Frente a la denuncia del pleito formulada, aunque la cláusula primera del contrato número CHD-170 estipuló que Electrohuila debía efectuar la administración de la operación y mantenimiento de la central hidroeléctrica Betania, la única responsabilidad derivada de la ejecución de dicho contrato que se estableció a cargo de esta fue la de disponer de los salarios y prestaciones del personal contratado. Por consiguiente, la citada denuncia del pleito no estaría llamada a prosperar; cuanto más, si dicha institución se configuró para el saneamiento por evicción y no para trasladar la

responsabilidad a un tercero con soporte en la existencia de una regla contractual.

Definido lo anterior, la Sala pasó a pronunciarse sobre la tasación de los perjuicios. El dictamen pericial estableció que la producción de plátano por hectárea durante un año era de \$1.981.200, que multiplicado por 30 hectáreas arrojaría un total de \$59.436.000. A su vez, indicó que los costos por año sobre las 30 hectáreas equivalían a \$33.510.000 y contra dichas conclusiones ninguna de las partes hizo reparo alguno. Con esos datos, se observa que la estimación de perjuicios realizada por el juzgado del circuito no está ajustada a derecho, pues si se reconoce que los perjuicios materiales a título de daño emergente están integrados por los gastos en que debió incurrir el demandante para sembrar las 30 hectáreas de plátano, y el lucro cesante está constituido por las utilidades netas que aquél esperaba percibir durante el año, entonces no era procedente sumar el coeficiente bruto, esto es, a los \$59.436.000 los \$33.510.000 que constituían los costos de esa producción, por encontrarse incluidos en la primera suma citada. En consecuencia, los daños a reconocer a favor del demandante son los siguientes: \$33.510.000 por concepto de daño emergente y \$25.930.000 como lucro cesante, para un total de perjuicios materiales de \$59.436.000.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Cuatro embates fueron planteados por la censora. Los cargos primero, tercero y cuarto se apoyaron en la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y, el segundo, en la incongruencia entre lo pedido y lo decidido. Por cuestiones lógicas se dará apertura con el estudio del último de ellos, en la medida en que por técnica del recurso deberá iniciarse con los errores de procedimiento en que se hubiera podido incurrir, pues de ser acogidos no sería necesario evaluar los raciocinios del juzgador; luego de lo cual, de no ocurrir lo dicho, se abordarán los demás.

Todos ellos se estudiarán bajo la égida del Código General del Proceso en la medida en que este medio extraordinario de impugnación se interpuso para el tiempo en que dicho compendio se encontraba vigente (5 mar. 2018), a pesar de corresponder a un pleito iniciado en tiempos del Código de Procedimiento Civil, conforme al numeral 5° del artículo 625 del primer estatuto citado según el cual «*los recursos interpuestos (...) se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

SEGUNDO CARGO

Con el propósito de que se case parcialmente la sentencia del tribunal, la denunció por ser incongruente en virtud de que en ella se reconoció un daño emergente no pedido en la demanda y cuantificó el lucro cesante con base en valores superiores a los que el mismo demandante invocó.

En sustento, luego de explicar lo contemplado en el artículo 281 del Código General del Proceso, dijo que el actor en la pretensión segunda solicitó condenar a Emgesa S.A. E.S.P. *«a pagar por concepto de daños materiales [Daño Emergente y Lucro Cesante] a Alfonso Rodríguez Yara, la suma de ciento veinte millones de pesos moneda corriente (\$120.000.000), valor de treinta (30) hectáreas de plátano que cultivaba en el predio denominado: “El Godoyuno”, teniendo en cuenta que una hectárea de plátano producía 5.000 racimos y que cada racimo de plátano valía para julio de 1989 la suma de \$800, es decir, que las treinta hectáreas en plátano tenían un valor de ciento veinte millones de pesos (...). Total: perjuicios o daños materiales en el cultivo de plátano: ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000», de donde se extractan 2 aspectos: **i.** que la aspiración económica del actor versó únicamente sobre la utilidad que dejó de percibir como consecuencia de la destrucción del cultivo, lo cual estimó en \$120.000.000, pues en su concepto cada hectárea estaba llamada a producir 5000 racimos y el precio por unidad era de \$800. Y, **ii.** que para la concreción de dicha ganancia el importe por racimo que debía aplicarse era de \$800.*

No obstante, la colegiatura censurada fijó por concepto de «*daño emergente*» los dineros que presuntamente debió pagar el actor para establecer el cultivo de plátano y sostenerlo hasta el momento de su destrucción, cuando ello no se solicitó, ni se adujo en respaldo de las pretensiones. Al tiempo, cotejadas las referidas operaciones que realizó el sentenciador en cuanto al «*lucro cesante*», se infiere que dicho rubro se estableció «*tomando como precio de cada racimo de plátano la suma de \$1.200*».

CONSIDERACIONES

1. Ya que el recurso extraordinario de casación tiene como propósito, entre otros, hacer un juicio de legalidad a la sentencia del tribunal, es necesario que los litigantes que la impugnan encausen su embate respecto de los aspectos que fueron esbozados en las instancias; sin perjuicio, eso sí, de los asuntos que se conocieron únicamente con el fallo de segundo grado, o los que están relacionados con las cuestiones de derecho.

Quiere decir que, salvo en las excepciones vistas, no son de recibo los planteamientos propuestos o alegados por primera vez en casación, esto es, que no han sido expresa o implícitamente sometidos, por la parte que los invoca, a la autoridad judicial que profirió la decisión atacada. Todo lo

cual, de ser desconocido, atentaría contra el derecho de defensa del no recurrente, en tanto se le sorprendería en un momento en el que la controversia ya fue definida.

A ese respecto, la Corte reiteró en CSJ SC129-2018 que

(...) en incontables ocasiones esta Corporación ha predicado la improcedencia de ese proceder, en una de las cuales dijo lo siguiente: se quebranta ‘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 cerrando 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. La sentencia del ad quem no puede enjuiciarse, entonces, sino con vista en los materiales que sirvieron para estructurarlo; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería lo contrario, un hecho desleal, no solo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas’.

2. Aquí, el juzgado del circuito halló responsable a la demandada de la pérdida de la cosecha de plátano que cultivó el demandante. En lo que corresponde a la condena, con apoyo en el dictamen pericial, impuso a la primera el pago de sumas de dinero relacionadas con el daño emergente y lucro cesante.

La sociedad vencida apeló con el propósito de que se revisara la indebida valoración probatoria realizada respecto de la existencia del terreno y su labranza, la relación causal

entre el perjuicio y la actuación de aquella, así como el peritaje en el que «*todo fue hipotético*». Inclusive, fueron conclusiones de la sustentación ante el *ad quem* las siguientes: 1. No se demostró la existencia del inmueble. 2. El nexo de causalidad no se probó. 3. El actor sabía que sembraba en una isla, por lo que asumió el riesgo. 4. Los testimonios no son creíbles y no deben ser atendidos. 5. El demandante no respetó la zona de ronda. 6. Las pretensiones no debieron salir adelante.

El Tribunal confirmó el fallo recurrido porque encontró mérito a lo narrado por los testigos frente a la existencia de la siembra y la destrucción de ella con ocasión de la inundación conocida, así como porque advirtió que tal suceso no hubiera ocurrido si no fuera por la descarga de agua que realizó la represa de Betania, que pertenece a la convocada. Sumado a que acogió los montos que el dictamen pericial indicó frente al valor del daño material, no sin antes, enmendar un error de cálculo en el que incurrió el *a quo*.

Ahora, la casacionista se duele de una falta de consonancia entre lo pedido y lo resuelto, ya que, en su sentir, Alfonso Rodríguez no solicitó ser reparado por el daño emergente causado, aunado a que la judicatura se excedió al aceptar la liquidación que realizó el perito frente al lucro cesante, comoquiera que este tomó un precio por racimo de plátano mayor al indicado por el actor en su demanda.

Como se puede observar, la opugnadora en su reparo plantea aspectos que no confrontó ante las autoridades que conocieron de las instancias. Nótese que el reconocimiento del detrimento patrimonial sufrido por el promotor en lo que respecta a los costos de la siembra, así como el cálculo de la ganancia dejada de percibir, fueron tópicos que adoptó el juzgado de primera instancia. De allí que la discusión que ahora se plantea debió originarse para ese momento, a fin de que el tribunal pudiera examinar el asunto. Escenario en el que, además, le hubiera permitido al actor ejercer su derecho de contradicción sobre la temática.

Como nada de ello ocurrió, esa inconformidad queda por fuera del influjo de este medio extraordinario, pues no se puede confrontar la sentencia del *ad quem* enfrente a un aspecto que no le fue encargado revisar.

Inclusive, aunque se haga a un lado lo dicho, de bulto se puede constatar que el defecto no se materializó, en la medida en que Alfonso Rodríguez pidió a su favor el reconocimiento «*por concepto de daños materiales (daño emergente y lucro cesante)*» la suma de «\$120.000.000», lo que, confrontado con la sentencia emanada del tribunal, en la que se concedió «*la suma de \$33.510.000 (...) por concepto de daño emergente y la suma de \$25.923.000 (...) por concepto de lucro cesante para un total de perjuicios materiales de \$59.436.000*», demuestra que no se definió el

litigio por fuera de los límites propuestos, habida cuenta que la obligación que se asignó no superó los ciento veinte millones que se pidieron como daño material (*ultra petita*), ni se basó en tipos de perjuicios diferentes a los referidos en las pretensiones (*extra petita*).

Tal desfase, como se recordó en CSJ SC8210-2016, puede acontecer en dos variables la «*objetiva, cuando se peca por exceso o por defecto (extra, ultra o mínima petita); y (...) la fáctica, cuando el sentenciador imagina o inventa hechos*», de ahí que

(...) estructurados los yerros, en el primer evento, todo se concretaría a eliminar lo concedido por fuera o por encima de lo pedido, a reducir la condena a lo probado o a completar los faltantes; en la segunda, a retirar el cuadro factual adicionado arbitrariamente por el juzgador, junto con los efectos jurídicos atribuidos.

Ahora, si nada de eso se procura, de presentarse los errores, éstos no serían de las decisiones, en sí mismas consideradas, sino de su estructura o fundamentos; o de fijación del contenido y alcance de los mismos hechos controvertidos. En cualesquier de tales hipótesis, el ataque debe enarbolarse con base en el artículo 368, numeral 1° del Código de Procedimiento Civil.

3. Por consiguiente, la acusación estudiada sobrelleva el aludido desatino que la hace impróspera.

PRIMER CARGO

Denunció, por vía indirecta, la vulneración de las normas consagradas en los artículos 1613, 1614, 2341 y

2356 del Código Civil, así como el 16 de la Ley 446 de 1998, *«como quiera que tuvo por probado, sin estarlo, el daño, entendido como elemento estructural de la responsabilidad declarada, esto es, en sentido sustancial»,* por una *«deficiente valoración que hizo de las pruebas»*.

Expuso, como apoyo, que el daño es el elemento que reviste mayor importancia en esta clase de juicios, al punto que de no acreditarse torna imposible la reparación solicitada. Ahora, no se trata del *«acaecimiento de un daño cualquiera y, mucho menos, de uno en sentido “natural” o “fenomenológico” sino, lo que es bien distinto, en sentido “jurídico”*».

Luego de dar ejemplos respecto de la perspectiva aludida, concluyó: para que haya responsabilidad se requiere que el menoscabo *«afect[e] los derechos personales y/o económicos de la víctima. Si ésta, como consecuencia de dicha lesión, no incurrió en ningún gasto para atenderla, ni dejó de percibir recursos, mal podría pretender una reparación patrimonial»*. En últimas, *«la ocurrencia de un “daño natural”, no comporta la existencia de un “daño jurídico” y, mucho menos, de un “daño reparable” o “resarcible”, que es el que interesa a la responsabilidad civil»*.

El actor, en su libelo de postulación, pretendió el resarcimiento de los *«daños materiales en cuantía de ciento*

veinte millones de pesos moneda corriente (\$120.000.000), valor de treinta (30) hectáreas de plátano (...), teniendo en cuenta que una hectárea de plátano producía 5.000 racimos y que cada racimo (...) valía para julio de 1989 la suma de \$800, es decir, que las treinta hectáreas en plátano tenían un valor de ciento veinte millones de pesos (...)». Significa lo anterior que, para Alfonso Rodríguez Yara, la destrucción del referido plantío -daño en sentido natural- comportó la imposibilidad de percibir la suma de \$120.000.000, «*que correspondía a la utilidad que él esperaba, fruto de la comercialización de la cosecha (daño jurídico resarcible)*».

Por ello la debida comprobación del daño, «*en sentido jurídico sustancial*», exigía la acreditación tanto de la destrucción del cultivo, como de la «*ganancia esperada*». La sola demostración de lo primero no era suficiente. De allí el error, habida cuenta que la constatación de la existencia de aquél no producía la prueba de la comercialización de los productos recolectados. «*La mera existencia de un cultivo, incluso, en condiciones normales de desarrollo, no permite suponer la obtención de ganancias. Por consiguiente, su destrucción, no permite inferir automáticamente, la supresión de las mismas*».

El Tribunal configuró la existencia del elemento aludido únicamente con «*la comprobación de la existencia y destrucción del mentado cultivo*». Basta con repasar las

conclusiones a las que llegó con la valoración de los testimonios rendidos. Y como la labor de la judicatura se limitó a lo atrás indicado, no se ocupó de establecer si el actor atendió la carga de evidenciar el «*daño material*». En otros términos, «*soslayó la prueba del perjuicio jurídico resarcible, que como pasa a señalarse, no existe en el proceso*».

De cuatro clases son las pruebas del litigio: documentales, testimoniales, interrogatorio del demandante y pericial. Nada más.

Las primeras corresponden a copias de otros procesos de responsabilidad seguidos por personas distintas y daños diferentes en contra de la accionada, el folio de matrícula inmobiliaria del predio del demandante y el manual de operaciones de la represa Betania.

La testimonial se redujo a las siguientes versiones:

a. Jorge Rivera Rivera:

(...) indicó ser agrónomo de profesión y haber prestado asesoría técnica al demandante, en cuanto hace al cultivo de plátano de que aquí se trata, quien cancelaba sus honorarios por visita practicada. Informó sobre la existencia del cultivo, en torno del cual precisó que estaba plantado en el predio denominado “Godoyuno”, de propiedad del actor, ubicado en una isla fluvial del Río Magdalena, que identificó por sus linderos; que tenía una extensión aproximada de 30 hectáreas; que era de plátano “dominio hartón” (sic); que la siembra se realizó en septiembre y octubre de 1988, a una distancia de 2.5 metros entre surcos y matas; y que el plantío tenía una zona de protección conformada por árboles de payandé, guácimo y pasto india. Igualmente relató que dicho cultivo fue destruido totalmente, por la inundación del

terreno a consecuencia de la súbita creciente del Río Magdalena ocurrida los días 6 a 9 de julio de 1989, provocada por la apertura de las compuertas de la represa de Betania, según los comentarios y noticias que circularon en la zona para entonces. Sobre este fenómeno y el arrasamiento del sembradío se refirió con detalle, por haber recorrido el predio cuando estaba anegado. Preciso que para estas fechas, el cultivo tenía aproximadamente 10 meses de plantado y las matas una altura de 1.80 a 2.00 metros.

b. Rigoberto Pineda Ángel:

(...) relató haber tenido negocios de ganado con el demandante y que, en virtud de ello, visitaba con frecuencia la finca de éste. Dio cuenta de la existencia del cultivo de plátano, al que le atribuyó características similares a las que suministró el anterior testigo. Aseveró la pérdida del mismo debido a la inundación del terreno donde estaba sembrado, que acaeció el 6 de julio de 1989, con una duración aproximada de "... cinco (5) días", época para la cual el sembradío tenía entre 10 y 11 meses de edad. Preciso que los daños sufridos por el actor "... fueron producto de la inundación que sufrió su cultivo a consecuencia del aumento del caudal del río Magdalena por las aguas provenientes de la represa de Betania...".

c. Jairo Alfredo Aguilar Aguilera:

(...) puntualizó que era quien transportaba los insumos para la finca del accionante, entre ellos, los requeridos por el cultivo de plátano hartón. En razón de ese vínculo, aseveró su pleno conocimiento de éste, del que dijo que estaba sembrado en el predio "Godoyuno", el cual forma parte de una isla sobre el río Magdalena; que tenía una extensión de 30 hectáreas; que fueron plantadas aproximadamente 40.000 matas a una distancia de 2.5 metros entre ellas; que la siembra se realizó en septiembre y octubre de 1988. Igualmente relató el hecho de la inundación del terreno, ocurrida el 6 de julio de 1989, cuya ocurrencia atribuyó a la apertura de las compuertas de la represa de Betania, pues esa fue la información radial de la época y "... los avisos que hicieron en el despacho parroquial...". Especificó que la anegación acabó completamente con el cultivo del señor Rodríguez Yara.

d. Aquimin Zambrano Aragón:

(...) testificó que fue una de las personas que el aquí demandante contrató para la siembra del cultivo de plátano “dominico y hartón” a que se viene haciendo referencia y para la realización de las obras concernientes con su mantenimiento. Comentó que el área sembrada fue de 25 a 30 hectáreas, que la distancia entre matas fue de 2.5 metros, que el número de los colinos plantados osciló entre 25.000 y 30.000 y que la plantación se efectuó en septiembre y octubre de 1988. Manifestó que “... supo de unas inundaciones ocasionadas por el río magdalena los días 5, 6, 7, 8 y 9 de julio de 1989 en el cual se hablaba y se habló que en verdad la inundación causada fue por una represa llamada Betania, en lo cual el cultivo establecido qued[ó] casi desaparecido en su totalidad...”, cuando ya tenía entre 10 y 11 meses de edad, sin que, por ende, se hubiere alcanzado a recolectar ningún fruto.

El demandante, en el interrogatorio de parte que absolvió, se limitó a informar sobre el cultivo que desarrolló y la destrucción del mismo, como consecuencia de la inundación del terreno por el incremento de las aguas del río Magdalena. En cuanto a «los costos o los dineros que (...) invirtió para plantar ese cultivo», dijo que ascendieron «más o menos a 55 y 60 millones».

El dictamen pericial determinó: **i.** La existencia e identificación del predio en el que se realizó el cultivo, así como la influencia del río Magdalena sobre el mismo y la aptitud del terreno para el cultivo de plátano. **ii.** De acuerdo a lo establecido en el libro de producción de plátanos (Musa AAB, AAB) del Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE) del Departamento de Producción Vegetal (Turrialba, Costa Rica, 1985), se estableció tácitamente que «estimando pérdidas de 20 por ciento, una

producción de 1.2 racimos por mata por año y con una población de 1720 plantas por hectárea (2.6 x 2.6 en hexágono), se pueden producir 1.651 racimos por hectárea por año, que con un peso de 12 kg por racimo produciría 19.812 kg por hectárea». **iii.** En cuanto al «valor del racimo y la suma total que debería haber obtenido en dinero el demandante para la mencionada fecha», el experto indicó que «la producción por hectárea sería de 1.8 por “sitio año”, para un total de 1651 racimos que, a razón de \$1.200.00 cada uno, arrojaría un valor de \$1.981.200». **iv.** Respecto de la «estructura de costos del cultivo, con sus correspondientes gastos por rubro, lo mismo que ingresos por venta de plátano», el perito elaboró un cuadro donde relacionó conceptos sin ningún soporte o explicación.

En lo restante, el trabajo versó sobre el motivo de la destrucción del cultivo y la propiedad del mismo en cabeza del actor. Esta prueba fue objeto de aclaración provocada por la recurrente, la que, en esencia, no alteró sustancialmente su contenido inicial.

El panorama descrito permite aseverar que ni un solo escrito aportó el demandante relacionado con «los gastos relativos a la preparación del terreno, a la adquisición de los colinos plantados, a la siembra misma, a limpiezas y desyerbas, a la adquisición de agroquímicos y abonos o a la contratación de mano de obra para los trabajos que el plantío

requirió». Esa orfandad probatoria también se extendió a las posibilidades de comercialización de la cosecha, pues no se evidenció elemento de convicción que diera certeza del valor del racimo de plátano en la zona en que se produjo y en los meses en que ella se debió recoger (septiembre y octubre de 1989).

Inclusive, el trabajo técnico tuvo en cuenta para llegar a sus conclusiones el libro del Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza del Departamento de Producción Vegetal de Turrialba - Costa Rica, lo que es inaceptable en la medida en que dicha obra aludía a: *i.* cultivos de plátano en general y no a uno específico de Hartón o Dominico; *ii.* al caso de Costa Rica y no de Colombia; *iii.* a plantíos sembrados a una distancia de «2.6 x 2.6 en hexágono», medidas que no corresponden a la de la plantación que importa, pues esta se realizó de «2.5 en cuadro».

Además, para calcular el valor de la producción, el perito tomó como precio de venta de cada racimo la suma de \$1.200 sin sustento o fundamento alguno. Sumado a que, frente a los costos de producción, estos fueron calculados respecto del segundo año, que fue el valor que tomó el tribunal. *«Ello explica que, en la relación de costos especificada en ese cuadro, no figuren los relativos a la preparación del terreno, al valor de la semilla y la siembra.*

Siendo así, ese cálculo era inaplicable al sembradío que aquí se trata, pues la existencia de dicha plantación no llegó siquiera a completar el primer año, como quiera que se asegura fue destruido dos meses antes».

De pensarse que el cómputo comentado corresponde a los «costos/hectárea» del primer año del cultivo, de todas maneras, el coste asignado tampoco podía tenerse en cuenta, en tanto es ostensible que el trabajo del perito luce extraño, incompleto y notoriamente deficitario, pues no incluyó la «preparación de la tierra, semilla y siembra», eventos propios de la primera fase de aquel.

Como no podían atenderse «esas bases del experticio (sic)», forzoso resultaba colegir que «no puede apreciarse y que, por lo mismo, este medio de convicción tampoco acreditó el daño resarcible». Todo lo cual, de no haberse incurrido, hubiera permitido deducir la ausencia de prueba del daño y, correlativamente, la improsperidad de las pretensiones del demandante (fls. 64 a 78).

CONSIDERACIONES

1. En lo que aquí importa, para el tribunal la prueba del daño, es decir, la destrucción del cultivo de plátano ocasionado por el deterioro de las plantas en razón a la falta de oxígeno que les generó la anegación, la proporcionó la narración de los testigos, así como parte del dictamen

pericial. Y el valor del mismo, con exclusividad, lo sustrajo de la última pieza, la que, dígame de paso, no fue objetada por las partes.

Planteado el recurso de casación de la manera atrás resumida, es posible delimitar la controversia en esta sede así: resulta pacífico que aquí no se discute la existencia del predio ni el cultivo de plátano que Alfonso Rodríguez dijo plantar, así como tampoco se pone en duda la calenda de la inundación y la causa imputada por el tribunal. Ello significa que, en el caso sometido a juzgamiento, son indiscutibles los supuestos del hecho culposo, nexos causal y parcialmente el daño.

De allí que, aunque la Corte eventualmente no comparta el tratamiento que los jueces de instancia le dieron a los supuestos fácticos y/o jurídicos distintos del que es objeto de impugnación extraordinaria, como por ejemplo en lo que respecta a que el predio en el que se realizó el cultivo era una isla y ello daba un matiz especial a la reyerta, dada la naturaleza eminentemente dispositiva de este remedio, no es posible revisar esos otros asuntos, en tanto así quedó definido por la voluntad de las partes en virtud de su silencio.

No se pierda de vista que, como se ha sostenido de antaño,

(...) la Corte no puede examinar de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente, y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de casación. En casación el objeto de la sentencia de la Corte es la existencia de una concreta voluntad de la ley que garantice el interés del recurrente en obtener la infirmación del fallo acusado. El recurrente ejercita un derecho de impugnación contra la sentencia, fundado sobre los vicios singulares de ésta que él denuncia en su demanda. (CSJ C. J., t. LXXXI, pág. 426).

Y recientemente, en CSJ SC11204-2015, se reiteró:

Es del caso recordar en que el recurso extraordinario de casación tiene por fin exclusivo establecer la conformidad del fallo cuestionado con la ley sustancial y/o procesal, según la causal que se invoque en el o los cargos que se propongan y el fundamento en que cada uno de ellos se respalde, sin que, por lo tanto, la Corte, como encargada de resolverlo, esté facultada para revisar la totalidad del proceso, en sí mismo considerado, o del pronunciamiento cuestionado, puesto que, como es suficientemente conocido, la naturaleza dispositiva de esta forma de impugnación le impide a la Corporación actuar por fuera de los exactos límites que a las censuras les haya trazado su proponente.

Ahora, se dice que el menoscabo patrimonial quedó en parte definido ya que la recurrente enfiló todo su esfuerzo en derruir la presunción de acierto y legalidad de la conclusión a la que llegó el juez colegiado con relación a la cuantía del perjuicio. De modo que no planteó ataque frente a la existencia del mismo (destrucción de la siembra), sino, se insiste, respecto de su valor. De allí que la prueba pericial resulta ser la protagonista del embate.

Con ese panorama, se procederá a desatar el cargo.

2. La responsabilidad civil extracontractual parte de que todo daño ocasionado con culpa a un interés jurídico tutelado debe ser resarcido por quien lo provocó. Premisa de la que se extrae cómo la víctima, ya sea directa o indirecta, deberá acreditar la existencia de un hecho culposo, un menoscabo y un nexo causal entre aquél y este. Sin perjuicio de los eventos en los que el primer presupuesto se presuma, como ocurre, entre otros, frente a los siniestros que se suscitan con la intervención de actividades peligrosas.

En punto de la lesión o «*daño*», la jurisprudencia ha admitido que este debe ser cierto, esto es, que sea real y efectivo, y no meramente hipotético. De allí que al interesado en su reparación le corresponderá, además de probar su ocurrencia, acreditar su extensión o dimensión, esto es, su cuantía o “*quantum indemnizatorio*”.

Sobre lo señalado, esta Corporación en sentencia CSJ SC10297-2014 precisó:

«En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que 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».

De igual manera, en CSJ SC, 16 may. 2011, en lo pertinente, dijo:

Indiscutible es la importancia y trascendencia de la carga probatoria del daño y la relación de causalidad que el legislador asigna a la parte interesada. Al respecto, tiene dicho la Corte:

‘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, [...], 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)».

Por manera que el demandante, frente al tópico en comento, deberá acreditar, además de su existencia u ocurrencia, la dimensión o extensión del perjuicio, lo que se traduce en que, con relación a los daños materiales, estará a

su cargo identificar y comprobar el monto del deterioro provocado a su patrimonio (daño emergente) o el provecho que dejó de disfrutar (lucro cesante), sin lo cual no será procedente restituir su agravio.

3. Al tenor del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil ¹, la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El daño, por supuesto, puede ser acreditado con este medio de convicción, sin que sea el único puesto que, atendiendo las particularidades de cada caso, habrá otros vestigios con los que se podrá realizar la misma labor.

En lo que respecta a su práctica, el canon 237 de la misma obra indica que *«[l]os peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen»* (num. 2), luego de lo cual, allegarán al expediente el *«dictamen»*, que deberá *«ser claro, preciso y detallado, en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones*

¹ Codificación aplicable por ser la que rigió el decreto, práctica y valoración del trabajo técnico.

efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones».

Al juez, por su lado, le corresponderá valorarlo de manera crítica con apego a lo reglado en el artículo 241 *ibídem*, esto es, «*tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso*». De donde se extrae que las conclusiones del auxiliar de la justicia no le son impuestas al juzgador, quien deberá separarse de ellas cuando las encuentre infundadas, incoherentes, confusas o incompletas.

Y es que la pericia no es otra cosa que un trabajo de investigación que elabora un versado en la materia afín al tema de prueba. De allí que su presentación, normalmente, conste en un escrito en el que se consigna la totalidad de los experimentos metodológicamente organizados con los que el experto llegó a la conclusión que se exhibe al juez para su evaluación. De manera que la autoridad judicial está compelida a examinar los fundamentos y conclusiones. Lo que compone un todo a la hora de valorar ese medio de convicción.

Al respecto, la Corte en CSJ SC7817-2016 sostuvo que

[e]l Juez, al observar las conclusiones del dictamen, deberá comprender el tema probatorio, primero, desde el perfil científico

que lo identifica y distingue y luego interiorizarlo, arropándolo con el manto jurídico y las consecuentes derivaciones, que provocará la sentencia, sin olvidar y sobre ello se reitera, que la potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o para establecer la convicción sobre la verdad del hecho, no es desde luego absoluta.

No se le puede pedir al Juez que posea una sapiencia igual o superior a la del perito, por lo que el control de la prueba, como ya se esbozó en anotación anterior, se realizará mediante el análisis del grado de aceptabilidad de los conocimientos entregados o por la racionalidad del procedimiento y conclusiones, ponderando con cautela y guiándose por el esquema racional que le permitirá, a través de las reglas de la sana crítica, calibrar y establecer el mérito del medio persuasivo. Deberá también tener en cuenta el juez que ella (la prueba), no traspase los valores superiores que han de preservarse, como que sea lícita, que no colisione con patrones éticos, que no vaya contra las buenas costumbres, la dignidad de la persona u otros derechos fundamentales.

Su evaluación, entonces, debe someterse a la libre y razonada crítica que haga el juzgador, quien, sin duda, no puede desbordar la discreta autonomía que lo asiste al darle mérito persuasivo a los elementos de juicio.

4. Bien pronto se observa la estructuración del error de hecho. En efecto el tribunal cercenó el dictamen pericial con el que tuvo por acreditado el *quantum* de los perjuicios y, con ello, supuso la prueba del mismo.

Ciertamente, la colegiatura de Ibagué, al resolver sobre los reparos formulados por la apelante relacionados con las deficiencias de la experticia, en tanto para ella «*todo fue hipotético*», señaló:

(...) la Sala pasa a pronunciarse sobre la tasación de los perjuicios efectuado (sic) por el juez de primer grado, por cuanto dicho ítem también fue objeto de apelación. En la sentencia impugnada la juez de instancia condenó a Emgesa S.A. a pagar a favor del demandante la suma de \$33.510.000 a título de daño emergente

y \$59.436.000 a título de lucro cesante para un total de \$92.946.000 por perjuicios materiales. Con respecto a tales perjuicios se aprecia que en la aclaración al dictamen pericial obrante a folios 388 a 392 de la continuación del cuaderno número 1, se estableció que la producción promedio de plátano por hectárea durante un año era de \$1.981.200 que multiplicado por 30 hectáreas arrojaría un total de \$59.436.000. Se dijo también, en el mencionado trabajo, que los costos de producción de plátano por año sobre las mismas 30 hectáreas equivalían a \$33.510.000 y contra dichas conclusiones ninguna de las partes hizo reparo alguno. Con base en los anteriores datos, encuentra la Sala que la estimación de perjuicios realizada por la juez de instancia no está ajustada a derecho, pues si se reconoce que los perjuicios materiales sufridos por el demandado a título de daño emergente están determinados por los gastos en los que debió incurrir el demandado para poner las 30 hectáreas de plátano en etapa de producción, y los perjuicios materiales a título de lucro cesante están constituidos por las utilidades netas que el demandante esperaba percibir durante el primer año, entonces no era procedente sumar el coeficiente bruto de producción, esto es, a los \$59.436.000 los \$33.510.000 que constituían los costos de esa producción por encontrarse incluidos en la primera suma citada. En consecuencia, los daños causados a reconocer a favor del demandante son los siguientes (...). En lo demás, el cargo de apelación formulado no prospera, debiéndose por tanto confirmar la sentencia (...). (Video sentencia del tribunal, min. 27:30 a 30:30).

Como puede ser apreciado sin mayor esfuerzo, el juez colegiado tomó las conclusiones que el perito informó sin ningún raciocinio, apoyado en que las partes no se pronunciaron en contra. Así, asumidos como propios los datos, pasó, sin más, a realizar las operaciones aritméticas que entendió admisibles para modificar las condenas impuestas por el *a quo*.

Por ello ocurrió el desatino, pues revisado ese trabajo técnico (fls. 293 a 307, segunda parte del cuaderno principal) salta a la vista que el perito no explicó, ni demostró, el

método que lo llevó a los resultados que comunicó al juez. Es decir, aquél se limitó a absolver las preguntas que le formularon las partes sin mostrar cuál fue el procedimiento o la técnica que empleó para responderlas, ni cuáles fueron los experimentos realizados, o las fuentes de información consultadas; en últimas, la razón de su dicho no fue conocida.

Por ejemplo, cuando se le pidió «[d]eterminar cuántos racimos de plátano por hectárea se podrían producir en ese predio para 1989», respondió (fl. 295, *ib*):

De acuerdo a lo establecido en el libro Producciones de Plátanos (Musa AAB, ABB) del Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE) del Departamento de Producción Vegetal (Turrialba, Costa Rica 1985) de la biblioteca del Centro Interamericano de Documentación e Información Agrícola (IICA-CIDIA), en su página 63 (Producción y rendimiento) se establece tácitamente:

Estimando pérdidas de 20 por ciento, una producción de 1.2 racimos por mata por año y con una población de 1.720 plantas por hectárea (2.6 x 2.6 m en hexágono), se pueden producir 1.651 racimos por hectárea por año, que con un peso de 12 kg por racimo produciría 19.812 kg por hectárea.

También, al ser requerido para que informara «[e]l valor del racimo de plátano y la suma total que debería haber obtenido en dinero el demandante para la mencionada fecha del producto agrícola mencionado», manifestó (fl. 295, *ib*):

La respuesta a este inciso se encuentra consignada en el cuadro No. 2 y No. 3 de este informe.

Cuadros que presentó como enseguida se muestra (fls. 307 y 308, *ib*):

LUCRO CESANTE			DAÑO EMERGENTE			VALOR TOTAL LUCRO CESANTE + DAÑO EMERGENTE
AÑO	IPC	VALOR FINAL	AÑO	IPC	VALOR FINAL	
1.994	22.59	\$ 35.910.000	1.994	22.59	\$ 1.568.400	\$ 37.478.400
1.995	19.46	\$ 42.898.086	1.995	19.46	\$ 1.873.611	\$ 44.771.697
1.996	21.63	\$ 52.176.942	1.996	21.63	\$ 2.278.873	\$ 54.455.815
1.997	17.68	\$ 61.401.825	1.997	17.68	\$ 2.681.777	\$ 64.083.603
1.998	16.7	\$ 71.655.930	1.998	16.7	\$ 3.129.634	\$ 74.785.564
1.999	9.23	\$ 78.269.773	1.999	9.23	\$ 3.418.499	\$ 81.688.272
2.000	8.75	\$ 85.118.378	2.000	8.75	\$ 3.717.618	\$ 88.835.996
2.001	7.65	\$ 91.629.934	2.001	7.65	\$ 4.002.016	\$ 95.631.949
2.002	6.99	\$ 98.034.866	2.002	6.99	\$ 4.281.757	\$ 102.316.623
2.003	6.49	\$ 104.397.329	2.003	6.49	\$ 4.559.643	\$ 108.956.971
2.004	5.5	\$ 110.139.182	2.004	5.5	\$ 4.810.423	\$ 114.949.605
2.005	4.85	\$ 115.480.932	2.005	4.85	\$ 5.043.729	\$ 120.524.661
2.006	4.48	\$ 120.654.478	2.006	4.48	\$ 5.269.688	\$ 125.924.165
2.007	5.69	\$ 127.519.718	2.007	5.69	\$ 5.569.533	\$ 133.089.250
2.008	7.67	\$ 137.300.480	2.008	7.67	\$ 5.996.716	\$ 143.297.196
2.009	2	\$ 140.046.490	2.009	2	\$ 6.116.650	\$ 146.163.140
2.010	3.17	\$ 144.485.963	2.010	3.17	\$ 6.310.548	\$ 150.796.511
2.011	1.52	\$ 146.682.150	2.011	1.52	\$ 6.406.469	\$ 153.088.618
2.012	2.44	\$ 150.261.194	2.012	2.44	\$ 6.562.786	\$ 155.823.981

2.013	1.94	\$ 153.176.262	2.013	1.94	\$ 6.690.104	\$ 159.866.366
2.014	3.25	\$ 158.154.490	2.014	3.25	\$ 6.907.533	\$ 165.062.023
VALOR TOTAL DEL LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE A LA FECHA DE PRESENTACION DEL DICTAMEN						\$ 165.062.023

NOMBRE ACTUAL	AREA AFECTADA (Has)	CULTIVO SEMBRADO	EDAD APROXIMADA A JUNIO DE 1989 (MESES)	CANTIDAD PROMEDIO DE PRODUCCION		TIEMPO DE PRODUCCION (Años)	TOTAL PRODUCCION ESPERADA		VALOR PROMEDIO		COSTOS DE SOSTENIMIENTO (VER TABLA ANEXA)	
				CANT	UNID		CANT	UNID	VALOR (\$)	UNID	Ha (\$)	TOTAL (\$)
GODOYUNO	30	PLATANO	12	2400	Racimos/año	3	7200	Racimos	1200	Racimo	\$1.197.000	\$2.394.000
				COSTOS DE PRODUCCION (Ha) (VER TABLA ANEXA)		VALOR TOTAL (LUCRO CESANTE) (\$)		INVERSION REALIZADA A LA FECHA DE LA INUNDACION (DAÑO EMERGENTE)	LUCRO CESANTE + DAÑO EMERGENTE E A 1989			
				Ha (\$)	TOTAL (\$)	UNIT	TOTAL					
				\$1.197.000	\$107.730.000	\$1.197.000	\$35.910.00					

Frente a la «estructura de costos del cultivo» (pregunta “g”), el perito se remitió, sin explicación, al siguiente cuadro (fl. 296, *ib*):

ESTRUCTURA DE COSTOS DE SOSTENIMIENTO PARA 1 Ha DE PLÁTANO EN EL MUNICIPIO DE NATAGAIMA EN 1989

ITEM	DESCRIPCION	PRODUCTO	UNIDAD	CANT	VR UNITARIO	VR TOTAL
------	-------------	----------	--------	------	-------------	----------

A	COSTOS DIRECTOS					
1	Mano de obra					
	Desyerbas y plateos		Jornales	25	6,000.00	150,000.00
	Deshijes		Jornales	8	6,000.00	48,000.00
	Destronque y Pique		Jornales	10	6,000.00	60,000.00
	Fertilizaciones		Jornales	5	6,000.00	30,000.00
	Ampliación Pesticidas		Jornales	5	6,000.00	30,000.00
	Corte y Transporte Interno		Jornales	40	6,000.00	240,000.00
SUBTOTAL MANO DE OBRA						\$ 558,000.00
2	Insumos					
	Fertilizantes: KCL-DAP	Agrimins,SAM	Bultos	15	10,000.00	150,000.00
	Glifosatos	Glifosato	Gal	2	48,000.00	96,000.00
	Fungicidas	Ridomil Benlate	Kg	3	30,000.00	90,000.00
	Herramientas		Glb	1	20,000.00	20,000.00
TOTAL COSTOS DIRECTOS						\$ 914,000.00
B	COSTOS FIJOS					
1	Arriendo		Hect	1	80,000.00	80,000.00
	Administración		Glb	1	30,000.00	30,000.00
	Intereses		Glb	1	122,000.00	122,000.00
	Imprevistos		Glb	1	51,000.00	51,000.00
TOTAL COSTOS FIJOS						\$ 283,000.00
A + B	TOTAL COSTOS PRODUCCION 2º AÑO					\$ 1,197,000.00
C	PRODUCCION	Racimos	1.8 Sitio/año	1651	1,200.00	\$ 1,981,200.00
UTILIDAD 2º AÑO DE PRODUCCION						\$ 784,200.00
ES SIMILAR A 4 CICLOS MAS, ES DECIR EN ESTA CONDICIONES SE CALCULA LA VITA UTIL DE LA PLATANERA EN 6 AÑOS O CICLOS						

Y en la aclaración que presentó (fls 388 a 392, *ib*),
señaló, entre otros aspectos, que:

Una vez revisados los cuadros, se puede concluir que los ingresos por año por venta de plátano por hectárea es de \$1.981.200, por lo que los ingresos totales para las 30 hectáreas de plátano es de \$59.436.000 y que la vida productiva de una plantación o cultivo de plátano es de cuatro años, por lo que los ingresos totales en los cuatro años por venta de plátano es de \$237.744.000 y que los costos de producción por hectárea de plátano por año es de \$1.117.000 (se le descontó el valor del arriendo -\$80.000- debido a que el lote de terreno sembrado era propio), por lo que los costos de producción totales por año para las 30 hectáreas de plátano es de \$33.510.000, y como la vida productiva de una plantación o cultivo de plátano es de cuatro años, tenemos que los costos de producción durante la vida productiva del cultivo de plátano es de \$134.040.000, siendo por lo tanto la UTILIDAD LÍQUIDA del cultivo

de plátano afectado durante la vida productiva en la suma de \$103.704.000.

Lo que quiere decir que el valor final del lucro cesante y el daño emergente corresponden a ciento tres millones setecientos cuatro mil pesos (\$103.704.000) moneda corriente.

Nótese que, apreciado en su integridad el dictamen, no es posible comprender la información que presentó el perito. En efecto, no reveló por qué utilizó una investigación realizada en Costa Rica para establecer la cantidad de racimos de plátano que se iban a recolectar en el terreno del demandante. No se supo si la producción agrícola de ese país era similar a la colombiana, de qué tipo de planta se hablaba en dicho texto, o si la cosecha de que trató la indagación tuvo parámetros similares a los del caso. Es decir, no existe claridad respecto a las razones por las cuales esa pesquisa debía ser adoptada aquí sin ningún miramiento adicional.

De los cuadros en los que se dio a conocer el daño emergente y el lucro cesante no es posible extraer cómo se obtuvo el valor de un racimo de plátano para el tiempo de la posible cosecha (septiembre – octubre de 1989). Al respecto se dijo que «*el valor promedio*» era de «\$1200», pero el perito no mostró cuáles fueron las variables e indagaciones que realizó para llegar a ese resultado.

Lo mismo ocurrió con la relación de costos por hectárea, ya que se incluyen conceptos tales como «*mano de obra*», «*insumos*» y «*costos fijos*» con su condigna asignación

económica sin que se diera certeza de que la totalidad de los ítems allí relacionados fueron los gastos en que incurrió el actor y que los valores correspondientes fueron los precios asumidos por ellos.

De manera que la deficiente apreciación probatoria es evidente y ostensible, ya que *«la correcta valoración del dictamen pericial de que se trata, exigía del juzgador establecer si las conclusiones del mismo tenían suficiente sustento científico, sin que, por ende, le fuera viable tomar únicamente las deducciones finales del experto, en tanto que ello implicaba cercenar la experticia, pues conducía a desconocer su fundamentación, cuyo análisis debe ser siempre crítico»* (CSJ SC21828-2017).

Ahora bien, lo dicho no muta por el hecho de que las partes no hayan objetado el dictamen, habida cuenta que como se indicó en el punto anterior, además de que la evaluación crítica del mismo es una obligación del juez al momento de su valoración, dicho elemento de convicción tiene como propósito dar herramientas de juicio al juzgador en los campos del conocimiento que este no domina y, por lo mismo, de ningún modo sus resultados lo vinculan. Por manera que el silencio de los litigantes no provoca ningún efecto en su evaluación, más allá de causar la terminación de la fase de contradicción de la prueba.

Sobre este tipo de yerro, que hace parte de la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, la Corte ha sostenido que *«puede brotar cuando se altere objetivamente la experticia, ora porque careciendo de aquella fundamentación –firme precisa y técnica-, en la sentencia se le atribuye su existencia; o ya porque siendo fundada la forma legalmente exigida, en el fallo se le desconoce su alcance o eficacia»* (CSJ. Civil. Sentencia de 27 de junio de 1987. Posición reiterada en CSJ SC2776-2019).

Sin desconocer las evidentes diferencias, resultan apropiadas las consideraciones que realizó la Corte cuando casó la sentencia dictada en un juicio de rescisión por lesión enorme, en el que el tribunal acogió un dictamen sin fundamentación y con ello incurrió en el error de hecho referido. Se dijo en esa oportunidad:

En suma, si la firmeza y calidad del dictamen, la otorgan la fuerza expositiva de los razonamientos, la ilación lógica de las explicaciones y conclusiones, así como la calidad de las comprobaciones y métodos utilizados por el experto, quedaría en una mera opinión personal de éste, el trabajo que, cual se aprecia en los que se dejaron resumidos, sólo se sustenta en una simple descripción física del predio (para lo cual no se requiere de especiales conocimientos) y en conclusiones subjetivas que no tienen apoyo en basamento alguno, que resulte comprobable respecto de las conclusiones o resultados que plantea -a partir de la información y la metodología que detalla- de cara al estado del arte o ciencia de que se trate, y suficientemente consistente en sus conclusiones desde la perspectiva de la lógica formal; soporte que, se repite, siempre debe explicitarse en el dictamen, a efectos de que, sin dejar de ser -a fin de cuentas- una opinión del perito, se sostenga ella en reglas, métodos, procedimientos técnicos, científicos o artísticos que la tornen lo más objetiva posible, y, por ese camino, que le brinden al trabajo realizado por el experto, la

fuerza persuasiva necesaria para su acogimiento, en tanto es un juicio racional emitido con base en el conocimiento especializado acerca de un hecho cuya valoración es necesaria en el proceso y no pertenece a la órbita del derecho ni cae en el ámbito de la información media o común.

Ahora bien, no se trata de que en sede de casación la Sala no siga reconociendo la autonomía de que goza el sentenciador de instancia para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial. Lo que se quiere resaltar, como por demás se ha hecho en ocasiones anteriores (Cas. Civ. del 11 de julio de 2005, Exp. 73001-3103-001-1995-1977-01 y del 6 de junio de 2006, Exp. 11001-31-03-010-1998-17323-01) es que cuando la Corte constata, de acuerdo con lo que el censor le propone y sólo en esa medida, que dichos fundamentos son meramente formales o de apariencia, resultan atendibles los reparos que por la indebida apreciación de la fuerza probatoria de una pericia le achaca el impugnante al fallo del Tribunal, direccionando el embate por la vía indirecta en la forma de error de hecho, aduciendo la falta de idoneidad de sus fundamentos (CSJ, SC 7720 del 16 de junio de 2014, Rad. n.° 2008-00374-01).

5. En suma, como el *ad quem* tomó las conclusiones de la experticia sin evaluar su fundamentación provocó su cercenamiento, lo que produjo la suposición del *quantum* del perjuicio, como lo alegó la recurrente. Desliz que resulta ser trascendente si en cuenta se tiene que ello era indispensable para estructurar la responsabilidad civil declarada, en razón a que no se evidenció otro elemento de convicción que lo supliera, de suerte que la decisión debió ser otra de no ser porque se incurrió en el defecto antedicho.

El cargo, por consiguiente, prospera y, en tal virtud, habrá de casarse parcialmente el proveído objeto de censura.

TERCERO CARGO

Para que fuera casado parcialmente, denunció el fallo impugnado de haber quebrantado indirectamente los artículos 1613, 1614, 2341 y 2356 del Código Civil, así como el 16 de la Ley 446 de 1998, en razón a una indebida interpretación de la demanda. Error que se concretó cuando esa autoridad consideró que en ella se solicitó la reparación de un daño emergente a favor del actor.

Apoyado en los mismos argumentos que se consignaron en el cargo segundo, agregó que en los hechos del libelo no se incorporaron acontecimientos relacionados con la pérdida que sufrió el accionante respecto de los gastos en que incurrió para desarrollar el cultivo de plátano. No obstante, *«el tribunal, desconociendo el genuino sentido de la demanda, de seguro por haberse incluido en su pretensión segunda la expresión “daño emergente”, aunque desprovista de contenido, estimó que el accionante sí solicitó la reparación de dicho perjuicio, entendiendo por tal los gastos de implantación y sostenimiento del cultivo hasta cuando acaeció su destrucción, al punto que en las resoluciones de su fallo lo reconoció e impuso a la demandada el deber de pagar, por dicho concepto, la suma de \$33.510.000».*

CONSIDERACIONES

Bien pronto se observa que el cargo sobrelleva el mismo defecto por el que se desestimó el segundo embate

(incongruencia). Ciertamente la censora discute el reconocimiento que hizo el tribunal del «*daño emergente*», en la medida en que dicho menoscabo, en su sentir, no fue instado en la demanda, por lo que el *ad quem* incurrió en una indebida interpretación de esta pieza procesal.

De allí que, con apoyo en los miramientos que sobre el punto se expuso al desatar el segundo embate, baste señalar que resulta extraño en esta sede el planteamiento realizado por la casacionista, en la medida en que el perjuicio material aludido fue estudiado y reconocido por el juez de la primera instancia sin que las críticas que ahora se comunican hayan sido dadas a conocer al juez colegiado a través del recurso de apelación.

De modo que la debida solicitud o no del daño emergente quedó incólume con la sentencia emanada por el juzgado del circuito, como quiera que ese preciso punto no fue objeto de la alzada. Y el tribunal no pudo incurrir en el error en que se le endilga en tanto la opugnante no le propuso estudiar ese tema, dado el límite de su competencia en segunda instancia (art. 328. C.G.P.).

Así las cosas, es evidente lo novedoso del reparo y, entonces, el ataque no prospera.

ASPECTOS FINALES

1. No se estudiará el último cargo propuesto, ya que buscaba la supresión parcial del fallo al rebatir la dimensión del lucro cesante reconocido, en tanto hubo una indebida valoración del dictamen pericial. Aspecto que quedó sin soporte al haber prosperado el primer cargo, como se vio.

2. Como consecuencia del quiebre parcial del pronunciamiento cuestionado por esta vía extraordinaria de impugnación, la Sala deberá emitir la sentencia sustitutiva. Sin embargo, ante la falta de elementos de convicción necesarios para decidir la pretensión indemnizatoria, es forzoso proceder previamente al decreto de pruebas de oficio², con el propósito de establecer la real entidad y el monto de los perjuicios en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

Para el efecto se designará a la Universidad Nacional de Colombia, a fin de que su Facultad de Ciencias Agrarias designe un ingeniero agrónomo experto en plantación de plátanos, quien deberá tener los conocimientos necesarios para establecer o desvirtuar los daños patrimoniales procurados por Alfonso Rodríguez Yara. En concreto, el perito tendrá en cuenta los elementos de convicción que reposan en el expediente y deberá responder los cuestionamientos que formuló el demandante en su escrito

² Sobre la obligación del juez de decretar pruebas de oficio para determinar el valor del daño léase, entre muchas otras, las sentencias de 21 de octubre de 2013, radicado 2009-00392-01, y de 24 de noviembre de 2008, exp. 1998-00529-01.

de postulación, estos son, los consignados en los literales d, e, f, g, vistos a folio 10 del cuaderno principal. Así como revelará de forma clara, precisa y suficiente los costos de producción de la plantación aludida, con la identificación de los conceptos que los provocaron; el precio del racimo de plátano Hartón o Dominico en la región donde está ubicado el inmueble, para el año 1989; y el número de racimos que debieron ser cosechados en el fundo para la calenda aludida.

Se les recuerda a los extremos en contienda que deberán asumir los gastos de la experticia y los honorarios del perito por partes iguales (art. 169 C.G.P.) y habrán de colaborar en la práctica de la prueba.

Finalmente, el experto deberá tener en cuenta la zona de ronda hídrica que tiene el predio en el que fue sembrado el cultivo, para efectos de las conclusiones que informará en su momento.

3. No habrá lugar a condena en costas ante la bienandanza del recurso, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso.

DECISIÓN

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** parcialmente la sentencia de

26 de febrero de 2018, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso de la referencia y en sede de instancia, antes de proferir el fallo de reemplazo, dispone la práctica de la prueba de oficio anunciada.

Sin costas dentro de la impugnación extraordinaria, ante la prosperidad del recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Con Salvamento de Voto



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n° 73319-31-03-002-2009-00110-01

1. Con el acostumbrado respeto que siempre he observado por la Sala y por esta Corte de Casación, me veo en la imperiosa necesidad de salvar mi voto, por cuanto no comparto la decisión adoptada en el fallo de la referencia, ni los argumentos basilares sobre los cuales ésta se edificó.

Se desconocen nociones importantes del derecho de bienes, concretamente en relación con **las islas que se hallan en los ríos que surcan más de una heredad como bienes públicos inapropiables**. Pero igualmente se ignora la legislación de aguas y, más aún, se contraría el nuevo desarrollo jurisprudencial, legislativo y el orden público ecológico nacional y mundial que desde hace lustros ha reconocido en el derecho del agua un interés digno de la más

rigurosa tutela por parte del Estado. La naturaleza es un sujeto de derecho digno de protección. El agua con sus elementos y estructura, el ecosistema, y el aire libre de contaminantes y el ambiente natural son derechos fundamentales. En compendio la decisión ignora el cambio de paradigma que gira desde una concepción puramente antropocéntrica y tecnocrática, a un modelo de sociedad ecocéntrica-antrópica.

2. Los hechos relevantes, base del litigio sometido al escrutinio de la Sala, son los siguientes:

2.1. Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Guamo - Tolima, Alfonso Rodríguez Yara, solicitó declarar civilmente responsable a Emgesa S.A. E.S.P., por los daños causados a un cultivo de plátano sembrado en su predio, el cual está ubicado en el río Magdalena, zona Magdalena medio. En consecuencia, la condena en perjuicios.

2.2. En respaldo de sus pretensiones, arguyó que, para julio de 1989, tenía sembradas 30 hectáreas de plátano, las cuales fueron destruidas por el río Magdalena, tras la apertura imprevista de las compuertas de la represa de Betania por parte de sus operarios, sin observar lo dispuesto en el Manual de Operaciones, para la temporada de lluvias.

2.3. En sentencia de 1 de febrero de 2017, el *a-quo* accedió a las pretensiones.

2.4. Esa determinación, fue confirmada en sede de apelación, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 26 de febrero de 2018; empero, modificó las condenas.

El colegiado *ad quem*, luego de analizar el elemento daño adujo que, de lo declarado por los testigos se podía inferir que el demandante era propietario del inmueble y lo explotaba económicamente a través de la siembra de plátano, la cual quedó destruida tras la inundación generada por el aumento repentino de las aguas del río Magdalena durante el mes de julio de 1989.

Frente a la aclaración del dictamen pericial indicó que, el experto no precisó cual era el caudal necesario para que el fundo se inundara; empero, señaló, con los “*caudales vertidos*” para esa fecha, “*ese predio se tenía que inundar*”.

Adujo, que si bien en la experticia se aseveró que la heredad del actor se encuentra ubicada dentro de una isla en el centro del río Magdalena, no se logró acreditar que fuera proclive a inundarse, pues tal característica no lo hacía inidóneo para la agricultura o la ganadería.

Atinente con la zona de ronda, sostuvo que no halló demostrada la distancia exacta entre la ribera del río y el cultivo de plátano; sin embargo, afirmó, sí existían medios suficientes para establecer su dimensión aproximada.

Al apreciar la zona de protección señaló que esta tenía un ancho de 10 a 15 metros, diferente a *“que esa fuera la distancia entre la orilla del río y el cultivo, lo que permite concluir que, si dicha franja se anteponía entre el río Magdalena y la siembra, la distancia entre aquél y esta no podía ser menor al trecho aludido”*.

2.5. La Corte, casó parcialmente el proveído objeto de censura, tras considerar que el Tribunal, tomó las conclusiones de la experticia, sin evaluar su fundamentación, por tanto, provocó su cercenamiento, al suponer el *quantum* del perjuicio; desliz que resultaba ser trascendente.

En síntesis, indicó que el auxiliar no explicó ni mostró los métodos o experimentos que realizó para llegar a los resultados que presentó, o las fuentes de información consultadas. La experticia, estuvo huérfana de fundamentación y no reveló porqué utilizó una investigación realizada en Costa Rica para establecer la cantidad de racimos de plátano que se iban a recolectar en el terreno del

demandante. Tampoco estableció si la producción agrícola de ese país era similar a la colombiana.

En consecuencia, previo a decidir la pretensión indemnizatoria, decretó pruebas de oficio, con el propósito de establecer el monto de los perjuicios.

3. Disiento, como ya lo adelanté. La decisión y la postura de la Sala desconoce numerosos preceptos legales, constitucionales y convencionales que derruyen de tajo la pretensión del demandante en el litigio cuestionado. Son entre otras, algunas de mis razones, las siguientes:

3.1. Las islas que se encuentran en los ríos y quebradas del país son bienes de uso público de la Nación y no puede sobre ellas ejercerse acto de posesión o de dominio alguno. La sentencia se rebela abiertamente contra la regla 677 del C.C. que establece claramente: *“Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios. Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños”*.

El texto dispone que todas las aguas y cuanto en su interior se halla y que corren por cauces naturales son bienes

de uso público y, por tanto, pertenecen a la Nación. El mandato debe entenderse en coherencia con el art. 684 *ejúsdem* donde señala que “*no obstante, lo prevenido en este capítulo y en el de la accesión, relativamente al dominio de la Unión sobre los ríos, lagos e islas, subsistirán los derechos adquiridos por particulares, de acuerdo con la legislación anterior a este Código*” (subrayas fuera de texto).

De modo que en la estructura del Código en lo tocante con las islas, son todas de la Nación, salvo (i) las que se hallen en, “(...) las vertientes *que nacen y mueren dentro de una misma heredad* (...)” según el art. 677 ya citado, porque pertenecen a los particulares; y (ii) la hipótesis aludida del art. 684, excepciones que de ninguna manera cobijan la situación del demandante, en relación con quienes poseyesen títulos de dominio sobre ellas, con antelación a la entrada en vigencia del C. C. del 26 de mayo de 1873.

La premisa 677 pretranscrita se encuentra desarrollada en el Decreto 2811 de 1974, Código de los Recursos Naturales Renovables, expedido con fundamento en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 23 de 1973. Allí se consigna la proposición jurídica de los preceptos 80 a 84, textos que abundan la naturaleza de bien público de las islas que se encuentran en los ríos y caños que recorren el territorio nacional, que inclusive se extiende hasta un área que no es respetada, a pesar de su imperativo legal, concerniente a “[u]na faja paralela a la línea de mareas

máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho”. Señala la normativa en cuestión:

“Art. 80. Sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles.

“Cuando en este Código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público.

“Art. 81. De acuerdo con el artículo 677 del Código Civil, se entiende que un agua nace y muere en una heredad cuando brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad.

“Art. 82. El dominio privado de las aguas se extingue por ministerio de la ley por no utilizarlas durante tres años continuos a partir de la vigencia de este código, salvo fuerza mayor.

Para declarar la extinción se requerirá decisión administrativa sujeta a los recursos contencioso administrativos previstos por la ley.

“Art 83. Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:

a). El álveo o cauce natural de las corrientes;

b). El lecho de los depósitos naturales de agua.

c). Las playas marítimas, fluviales y lacustres;

d). Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;

e). Las áreas ocupadas por los nevados y los cauces de los glaciares;

f). Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas.

“Art. 84. La adjudicación de un baldío no comprende la propiedad de aguas, cauces ni, en general, la de bienes a que se refiere el artículo anterior, que pertenecen al dominio público”.

De tal modo que la zona sobre la cual recae la controversia carece de fundamento legal y constitucional porque corresponde a un bien público respecto del cual nadie puede obtener utilidad o ventaja, sino que debe ser conservada por el papel que representan frente al ecosistema y si sobrevino una avalancha, el particular que la explotaba

nada tiene que reclamar para sí, porque ello no formaba ni puede formar parte de su patrimonio. Toda la reclamación y la indemnización que la avalancha o apertura de las compuertas que la represa genera, y que se haga en forma irresponsable, como acontece en el caso, debió disponerse pero a favor de la Nación con destino al restablecimiento del ecosistema por la irresponsable administración de la represa que afecta el patrimonio público de la Nación y de todos los colombianos, pero de ninguna manera a favor del activo del demandante.

Los únicos que puede explotar zonas de esa naturaleza son quienes hayan cumplido los requisitos y obtenido la autorización expresa del Gobierno Nacional, según lo prescrito en el art. 69 de la Ley 160 de 1994, que fue modificado por el art. 4 de la Ley 1900 de 2018, acreditando lo establecido en los arts. 4 y 5 del Decreto 902 de 2017, para el ejercicio de derecho de acceso a tierra y formalización a título total o parcialmente gratuito, la adjudicación de un baldío, en relación con las “(...) *islas, playones y madre viejas desecadas de los ríos, lagos y ciénagas de propiedad nacional solo podrán adjudicarse a campesinos y pescadores de escasos recursos, en las extensiones y conforme lo disponga la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (Aunap) o la entidad que la reemplace o sustituya*”.

El precepto añade que en “(...) *igualdad de condiciones, se debe preferir a quienes sean campesinos o pescadores ocupantes*”.

Además, como muchas de las islas situadas en los ríos colombianos por la sequía y cambios climáticos abruptos causados por la irresponsabilidad de los hombres y las comunidades humanas azuzadas por el capitalismo devorador, la criminalidad, el narcotráfico y los explotadores de los recursos naturales en forma ilícita, genera desecamiento de ríos, quebradas, caños, ciénagas, lagunas, humedales, desaparición de vertientes hídricas y con la indolencia de autoridades y decisiones como de la que ahora disiento, surgen sabanas y playones comunales; dispone el art. 69 aludido que allí “(...) *no se adelantarán programas de adquisición de tierras*”, añadiendo que en “(...) *las reglamentaciones que dicte el [gobierno] sobre uso y manejo de las sabanas y playones comunales, deberán determinarse las áreas que pueden ser objeto de ocupación individual, pero solo para fines de explotación con cultivos de pancoger*”.

Además, allí terminantemente se dispone que “[l]os *playones y sabanas comunales constituyen reserva territorial del Estado y son imprescriptibles. No podrán ser objeto de*

*cerramientos que tiendan a impedir el aprovechamiento de dichas tierras por los vecinos del lugar*³.

En coherencia se halla el Decreto 1541 de 1978, el cual dispone: Art. 15. compilado en el artículo 2.2.3.2.3.5 del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015⁴, a cuyo lado debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1076 de 2015, en lo tocante con la variación de un río, y formación de nuevas islas, que se rige por lo dispuesto en el Título V, Capítulo II del Libro II del Código Civil, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 83, letra d, del Decreto - Ley 2811 de 1974.

3.2. La decisión igualmente infringe la Convención de Ramsar sobre la naturaleza de bien publico universal y nacional de los humedales e islas. En el párrafo 1 del artículo 1 y en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971⁵) la expresión “humedales” se define como *“Las Extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya*

³ Art. 69 de la Ley 160 que revivió al ser declarada inexecutable la Ley 1152 de 2007 por sentencia C-175 de 2009, al no haberse sometido al trámite de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

⁴ Decreto único Reglamentario 1076 de 2015, del sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, Diario oficial 49523 del 26 de mayo de 2015. Artículo compilado en el artículo 2.2.3.2.3.5, así como el 3.1.1 de éste ordenamiento.

⁵ Aprobada por el Estado colombiano mediante Ley 357 de 1997

profundidad en marea baja no exceda de seis metros”. Párrafo 1 del artículo 1. A su vez el párrafo 1 del artículo 2 estipula que los humedales: “podrán comprender sus zonas ribereñas o costeras adyacentes, así como las islas o extensiones de agua marina de una profundidad superior a los seis metros en marea baja, cuando se encuentren dentro del humedal”.

Se trata de un principio angular existente en el Derecho nacional, pero también el comparado desde el derecho romano, defiriendo su titularidad al Estado, en forma inalterada y que la Sala no puede desconocer, por tratarse del agua derecho fundamental siempre y en todo lugar de la humanidad y por tanto, de todo cuanto se halla en ella, sus humedales, islas, islotes y ecosistema. De esa estructura ecológica no puede osarse dominio privado por tratarse de bienes de beneficio común. Su dominio público fue reconocido en la Constitución de 1863 y en los códigos de los Estados que se federaron en 1863; y en este punto, no pueden existir derechos adquiridos.

Por tanto, las únicas excepciones de islas en las aguas públicas, y concretamente en los ríos como el Magdalena que son de particulares, son aquellas que se formen en aguas privadas, en cuanto nacen y mueren en una misma heredad, según el art 677 del C.C. y el 81 del Decreto 2811 de 1974, y las adjudicadas por el antiguo Incoder, hoy por la Agencia Nacional de tierras, según la Ley 160 de 1994 trasuntada e el segmento respectivo del art. 69.

Ahora respecto de la primera excepción no resiste hoy constitucionalidad alguna por el imperativo de derecho fundamental del agua, recurso hídrico de protección mundial y local por las generaciones actuales y como obligación jurídica y moral para con las generaciones futuras. Y respecto de la segunda excepción si no se protege el medio ambiente o pierden la finalidad deben reversar al dominio del Estado.

3.3. No solamente las islas, sino también la faja paralela a la línea de mareas, al cauce permanente de ríos y lagos hasta treinta metros de ancho y área de protección o conservación aferente son bienes de uso público. El derecho al medio ambiente sano es patrimonio común de la nación (art. 1° del Decreto 2811 de 1974), de allí emana la obligación del Estado y los particulares de “(...) *participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social* (...)” (art. 30 C.N.)

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2245 del 29 de diciembre de 2017, emitido por el Ministerio del Medio Ambiente, una ronda hídrica “(...) *se constituye en una norma de superior jerarquía y determinante ambiental*” y está integrada por la “(...) *faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, **hasta de treinta metros de ancho*** (...)” y por “(...) el área de

protección o conservación *aferente (...)*”, para cuyo cuidado la autoridad competente debe establecer “*directrices de manejo ambiental*”, según la Guía Técnica elaborada para tal efecto⁶.

A voces del artículo 206 de la Ley 1450 de 2011, corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y los Establecimientos Públicos Ambientales efectuar, en el área de su jurisdicción y en el marco de sus facultades, el acotamiento de las referidas zonas de preservación.

Al respecto, la Corte Constitucional en SU No. 842 de 2013, destacó:

“La protección al medio ambiente obliga al Estado a adoptar medidas encaminadas a evitar o minimizar su deterioro y a que el desarrollo económico y social se realice de manera armónica con el ambiente. Este mandato de conservación impone la obligación de preservar ciertos ecosistemas, así como también las áreas de especial importancia ecológica, y admitir como usos compatibles con los mismos aquellos que resulten armónicos o afines con su salvaguarda y distantes de su explotación. Dentro de las áreas de especial importancia ecológica se encuentran los humedales, precisamente por las funciones regenerativas, de preservación y equilibrio ambiental que cumplen, a nivel de flora, fauna y sistemas hídricos, con miras a lograr mejores condiciones naturales de vida digna. Son definidos por la Convención de Ramsar, aprobada mediante la Ley 357 de 1997, como “Las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de agua, sean éstas de régimen natural y artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”. Los humedales no solo están conformados por el cuerpo de agua o

⁶ Último inciso del numeral 4° del artículo 2.2.3.2.3ª.2., del Decreto 1076 de 2015, adicionado por el Decreto 2245 de 2017.

zona de inundación, sino por áreas de transición tales como la ronda hidráulica y la zona de manejo y preservación ambiental.”
“El constituyente de 1991 consideró necesario brindar al espacio público una protección constitucional. Esto lo concreta en los artículos 82, 63 y 102 de la Carta Política, entre otros, cuando (i) le atribuye al Estado el deber de velar por su protección e integridad y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el particular; (ii) le asigna la calidad de inalienable, imprescriptible e inembargables a los bienes de uso público; y (iii) consagra que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la nación. Respecto de estas disposiciones la Corte ha dicho que con ellas el Constituyente de 1991 amplió la idea tradicionalmente aceptada en los artículos 674 y 678 del Código Civil, teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva.”

Queda claro, entonces, que todo terreno adyacente al margen paralelo de un caudal hídrico, en extensión máxima de treinta metros, **forma parte de una zona de especial protección** por su importancia para la preservación de un medio ambiente sano y, por tanto, **es considerado como espacio público** no susceptible de apropiación por particulares, situación que se encuentra establecida hace décadas, y en la Carta Política de 1991.

Desde el año 1974 el Decreto Ley 2811 preveía en su artículo 83, perentoriamente, la inalienabilidad e imprescriptibilidad de las siguientes porciones de terreno, entre ellas, la que aquí nos interesa:

“a.- El álveo o cauce natural de las corrientes;

- b.- El lecho de los depósitos naturales de agua;*
- c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres;*
- d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;*
- e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares;*
- f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas” (S. N.).*

El artículo 594 del Código General del Proceso, en forma congruente con las disposiciones anteriores, indica que son bienes inembargables, además de los señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, “(...) [l]os *bienes de uso público* (...)”.

4. Atañedero a la naturaleza jurídica de los predios ubicados en el territorio nacional, esta Corporación en pretérita oportunidad conceptuó:

“(...) Entre las clasificaciones que nuestro sistema jurídico hace de los bienes, se encuentra la distinción entre bienes susceptibles de dominio particular y bienes de dominio o de uso público. Esta diferenciación se remonta al Derecho Romano, que distinguía entre cosas que pueden entrar al patrimonio privado y cosas por fuera de él (...)”.

“(...) Desde aquella época hasta nuestros días las cosas públicas han estado por fuera del régimen de la propiedad privada, siendo su titular el Estado (...)”.

*“(...) Así lo dispone el artículo 102 de nuestra Constitución Política, a cuyo tenor: “El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, **pertenecen** a la nación”. Y más adelante, el artículo 332 ibídem señala: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes” (...)”.*

*“(...) Por su parte, el artículo 674 del Código Civil estatuye: “Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio **pertenece** a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales” (...).”*

“(...) La potestad del Estado sobre las cosas, sin embargo, no se limita a los bienes que son de su propiedad, sino que ejerce además un dominio eminente sobre todo el territorio nacional en razón a su soberanía. Este concepto no excluye el de propiedad privada, porque no se refiere a la titularidad sobre las cosas, sino a un poder de ordenación sobre los bienes que se encuentran dentro de los límites del Estado (Art. 101 C.P.), bien sean de propiedad pública o privada (...).”

“(...) Actualmente, la definición de bien público va más allá de la tradicional clasificación que se hacía de las cosas a partir de la titularidad que el Estado o los particulares ejercen sobre ellas, para incluir también elementos que conciernen a la afectación o destinación de los bienes según las necesidades y fines del Estado Social de Derecho y de la función social que cumple la propiedad. A tal respecto, la Corte Constitucional explica:

“(...) Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (art. 1° C.P.), relacionados con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público (...).”

“(...) Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del destino o de la afectación del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público (Sentencia T-292 de 1993) (...).”

“(...) Los bienes públicos (de propiedad pública, fiscales, de uso

público o afectados a uso público), están desligados del derecho que rige la propiedad privada, y en cuanto tales comparten la peculiaridad de que son inembargables, imprescriptibles e inalienables (...)”.

*“(...) En efecto, el artículo 63 de la Constitución Política señala: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, **son inalienables, imprescriptibles e inembargables**” (CSJ SC1727, 15 Feb. 2016, Rad. 2004-01022-00(...))” (destacado del texto original).*

Ahora, ante las evidentes afectaciones a los sistemas naturales, que han conllevado a la crisis climática mundial, paulatinamente, se ha abierto paso a las ideas que propenden por la conservación de aquellas zonas de gran relevancia para las especies animales y vegetales, por lo cual, se diseñan políticas públicas que, a riesgo de afectar la propiedad privada, propenden por la restricción a las actividades económicas que pudieran afectar el ecosistema del lugar.

Frente al punto, esta Sala, en una sentencia hito sobre los derechos de conservación de los recursos naturales, reflexionó:

“(...) Por múltiples causas simultáneas, derivadas, conexas o aisladas que impactan el ecosistema negativamente, las cuestiones ambientales ocupan un lugar preponderante en la agenda internacional, no sólo de científicos e investigadores, sino también de políticos, de la gente del común y, como no podía ser de otra manera, de los jueces y abogados. Día a día abundan las múltiples noticias, los artículos e informes de diferentes

estamentos, poniendo presente la variación gravísima de las condiciones naturales del planeta. Hay amenaza creciente, inclusive, a la posibilidad de existencia del ser humano (...)”.

“(...) Esos inminentes peligros se hacen evidentes en fenómenos tales como el aumento excesivo de las temperaturas, el deshielo de los polos, la extinción masiva de especies animales y vegetales o la ocurrencia cada vez más frecuente de eventos meteorológicos y desastres por fuera de los márgenes anteriormente considerados normales. Hay inusitadas e imprevistas temporadas de lluvia, permanentes sequías, huracanes o tornados destructores, fuertes e impredecibles, maremotos, desecamientos de ríos, desaparición creciente de especies, etc (...)”.

“(...) Los ecosistemas están expuestos a situaciones muy extremas que impiden su subsistencia; ello trae consigo un agotamiento de los recursos naturales, sean o no renovables. Nos enfrentamos a i) una ascendente dificultad para obtener los medios indispensables de subsistencia para la población mundial; y ii) a la contaminación y mutación de nuestro entorno por la colonización irracional de bosques y ampliación de las fronteras urbanas, agrícolas, industriales y extractivas que aumentan la deforestación.

“(...) La humanidad es la principal responsable de este escenario, su posición hegemónica planetaria llevó a la adopción de un modelo antropocéntrico y egoísta, cuyos rasgos característicos son nocivos para la estabilidad ambiental, a saber: i) el desmedido crecimiento demográfico; ii) la adopción de un vertiginoso sistema de desarrollo guiado por el consumismo y los sistemas político-económicos vigentes; y iii) la explotación desmedida de los recursos naturales (...)”.

“(...) No obstante, paulatinamente ha venido creándose conciencia de la obligación de cambiar nuestros comportamientos. Hay surgimiento de movimientos favorables a una nueva ideología de sociedad “ecocéntrica antrópica”, que supere la desmedida “homomensura”⁷ “autista” antropocentrismo; que tome en consideración al medio ambiente dentro del ideal de progreso y de

⁷ PROTÁGORAS DE ABDERA: “El hombre es la medida de todas las cosas, de las que existen en cuanto existen y de las que no son en cuanto no son”. CALVO T. “De los Sofistas a Platón. Política y Pensamiento”. Madrid: Cincel. 1986.

la noción efectiva de desarrollo sostenible, para alcanzar “(...) un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el entendido de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir (...)”⁸.

“(...) [A]nte la existencia de [los] riesgos y problemas de carácter planetario (...)”⁹, la judicatura debe propugnar en el Estado Constitucional, por el reconocimiento efectivo de los derechos que aun cuando en principio pareciera “(...) se orient[a]n a la protección de intereses colectivos y a la satisfacción de necesidades generalizables (...)”¹⁰, sustancialmente, apuntan a la defensa de los derechos esenciales de la persona (...)”.

“(...) Lo anterior significa que todos los individuos de la especie humana debemos dejar de pensar exclusivamente en el interés propio. Estamos obligados a considerar cómo nuestras obras y conducta diaria incide también en la sociedad y en la naturaleza. En palabras de Peces- Barba, es necesario pasar de una “ética privada”, enfocada al bien particular, a una “ética pública”, entendida como la implementación de valores morales que buscan alcanzar una cierta concepción de justicia social¹¹, para esto, deben redefinirse los derechos, concibiéndolos como “derechos-deberes”. Según el citado autor:

“(...) [E]l titular del derecho tiene al mismo tiempo una obligación respecto de esas conductas protegidas por el derecho fundamental. No se trata que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber. Se trata de derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad sino que el Estado

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2016.

⁹ RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, “Claves para entender los nuevos derechos”.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ PECES BARBA, Gregorio, “Ética pública- ética privada”, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, N° XIV (1997), págs. 531- 544.

*establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos*¹² (...) ¹³.

5. La decisión de la que me separo ofende los derechos fundamentales y el régimen del orden público ecológico nacional y mundial previsto en la Constitución.

En el marco de las regulaciones constitucionales sobre la protección ambiental, es pertinente resaltar la naturaleza constitucional del derecho fundamental a un ambiente sano y de la obligación de conservar el ecosistema:

El **artículo 8 de la Constitución Política**, estipula: *“Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”*.

Aunado a ello, **el artículo 79 ejúsdem**, consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, estableciendo: *“(...) Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”*.

Con el fin de salvaguardar el medio ambiente de daños irremediables, se regula la función preventiva de las autoridades ambientales en el **artículo 80** de la Carta al

¹² PECES-BARBA, Gregorio. *“Escritos sobre Derechos Fundamentales”*. Eudema Universidad. Madrid 1.968. Pág. 209. Citado por la Corte Constitucional en la sentencia T-411 de 1992.

¹³ CSJ, STC4360 de 2018.

imponer el deber del Estado de planificar el aprovechamiento y manejo de los recursos naturales, con el fin de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; asimismo, dispone que le corresponde prevenir y controlar los factores de riesgo ambientales.

Del mismo modo, el **artículo 88** *ibídem* respecto de los deberes y obligaciones del Estado con el fin de proteger y salvaguardar los recursos naturales, señala:

“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

Asimismo, el **artículo 95 numeral 8 de la Carta**, reitera el compromiso del Estado y de las personas para preservar el ambiente, instituyendo:

“(...) El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;”

En el **canon 226 de la C.N.**, se aboga por la internacionalización de las relaciones ecológicas, por los

deberes de protección y prevención de los daños al medio ambiente, en consonancia con los arts. 78, 79 y 80 de la C.N.

Desde el plano legislativo y administrativo, la defensa del medio ambiente es un imperativo legal aún en disposiciones anteriores a la Carta del 1991, como obligación de proteger los recursos naturales. Por ello, se expidió una regulación que priorizara el interés público sobre el privado en materia ambiental.

En **la Ley 23 de 1973**, se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección del medio ambiente, y se señaló en su **artículo 2:**

“El medio ambiente es un patrimonio común; por lo tanto su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la presente Ley, se entenderá que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables”.

En el mismo sentido, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente- **Decreto 2811 de 1974**, antes ya citado, en su artículo 1° dispone: *“El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social”.*

En el desarrollo legislativo posterior al cambio constitucional, la **Ley 99 de 1993** creó el ministerio del medio ambiente, y organizó el Sistema Nacional Ambiental - SINA.

En su **artículo 107**, los cánones ambientales constituyen normas de orden público, innegociables e intransigibles en las relaciones jurídicas que puedan surgir entre los particulares o las autoridades, disponiendo: *“Las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares”*.

Siguiendo en esa línea de pensamiento, **la Ley 1333 de 2009**, consagró que las medidas preventivas tienen como fin prevenir, impedir o continuar la ocurrencia de hechos dañinos ambientales, la realización de actividades que atenten contra el medio ambiente, contra los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

En su **precepto 13** determina cómo debe procederse: *“Iniciación del procedimiento para la imposición de medidas preventivas. Una vez conocido el hecho, de oficio o a petición de parte, la autoridad ambiental competente procederá a comprobarlo y a establecer la necesidad de imponer medida (s) preventiva (s), la (s) cual (es) se impondrá (n) mediante acto administrativo motivado”*.

La **regla 32** de esta Ley, establece: “*Las medidas preventivas son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio, surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar*”.

El **artículo 36** ejúsdem señala los

“(…) *Tipos de medidas preventivas. Mediante acto administrativo motivado y de acuerdo con la gravedad de la infracción alguna o algunas de las siguientes medidas preventiva: “[1] Amonestación escrita. [2] Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción. Apreensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres. [3] Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos*”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-703 de 2010, analizando la Ley 1333 de 2009, en relación a las medidas preventivas en materia ambiental, plasma:

“(…) [L]as medidas preventivas responden a un hecho, situación o riesgo que, según el caso y de acuerdo con la valoración de la autoridad competente, afecte o amenace afectar el medio ambiente y que, como su nombre lo indica, su propósito consiste en concretar una primera y urgente respuesta ante la situación o el hecho de que se trate, para precaver la eventual ocurrencia de un daño irreversible o de muy difícil o costoso tratamiento que podría generarse si no se interviene oportunamente o para hacer cesar la actividad o situación causante de la afectación

previamente valorada por la autoridad ambiental que adopta la medida.

“De conformidad con lo expuesto la medida preventiva, si bien exige una valoración seria por la autoridad competente, se adopta en un estado de incertidumbre y, por lo tanto, no implica una posición absoluta o incontrovertible acerca del riesgo o afectación, tampoco un reconocimiento anticipado acerca de la existencia del daño, ni una atribución definitiva de la responsabilidad, razones por las cuales su carácter es transitorio y da lugar al adelantamiento de un proceso administrativo a cuyo término se decide acerca de la imposición de una sanción (...)”¹⁴.

Las medidas preventivas de protección ambiental, son una manifestación del principio de precaución ambiental, siguiendo los parámetros internacionales para la protección del medio ambiente, instituidos en el ordenamiento interno en **el artículo 1.1 de la Ley 99 de 1993**, al disponer que el proceso de desarrollo económico y social se orientará conforme a los principios universales y de desarrollo sostenibles previstos en la Declaración de Río de 1992. Abordando el daño ambiental el instrumento internacional, en el artículo 15 orienta:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”¹⁵.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 6 de septiembre 2010.

¹⁵ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Habiéndose Reunido del 3 al 14 de junio de 1992.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-293 de 2002 siguiendo el *corpus iuris ambiental* formuló los siguientes parámetros para la aplicación del principio de precaución:

“(...) Al leer detenidamente el artículo acusado, se llega a la conclusión de que, cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.

“(...) Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos:

- 1. Que exista peligro de daño;*
- 2. Que éste sea grave e irreversible;*
- 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta;*
- 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.*
- 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado. (...)”¹⁶.*

En esa línea, en el ámbito internacional se han creado instrumentos de defensa del medio ambiente, tales como:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su canon 12 concedió a las personas la prerrogativa de “*disfrut[ar] del más alto nivel posible de salud física y mental*”, y en pro de garantizar tal mandato, asignó a los Estados el deber de propender por el

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-293 de 23 de abril de 2002.

“(...) mejoramiento, en todos sus aspectos, (...) del medio ambiente (...).”

La Declaración de Estocolmo de 1972¹⁷, que introdujo en la agenda política global la dimensión ambiental, entendiéndola como condicionante del modelo tradicional de crecimiento económico y del uso de los recursos naturales.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo realizada en Río de Janeiro en 1992: Concertada con el objetivo de *“(...) elaborar estrategias y medidas para detener e invertir los efectos de la degradación ambiental en el contexto de los esfuerzos dirigidos a promover un desarrollo sostenible y ambientalmente equilibrado, realizados tanto en el plano internacional como nacional (...).”*¹⁸.

A ese evento asistieron 176 Estados y, como principales resultados, se conformó la Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y se elaboraron los siguientes instrumentos: i) la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo; ii) la Declaración Autorizada de Principios para un Consenso Mundial respecto de la Ordenación, la Conservación y el Desarrollo Sostenible de los

¹⁷ Documento disponible en:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%20005.pdf>, consultado el 20 de febrero de 2017.

¹⁸ BARREIRA, Ana y otras, *“Medio Ambiente y Derecho Internacional: Una guía práctica”*. Ed. Caja Madrid, 2007. Pág. 5.

Bosques de Todo Tipo: iii) la Convención sobre la Diversidad Biológica; y iv) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático¹⁹.

Acorde con lo anterior, en el ámbito local, se han adoptado diversas normativas tendientes a dar preponderancia a la protección de los derechos ecológicos, imponiendo ciertas restricciones al uso de zonas de especial representatividad ambiental, cual se expuso en pretérita oportunidad²⁰:

“(...) El “Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”²¹, se funda, según así lo preceptúa el artículo 2º, en el principio de que «el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos», razón por la cual «El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo», que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social» (...).”

“(...) El compromiso del Estado y de los particulares frente a la protección del medio ambiente se consagró en la Carta Política de 1991, que tiene una clara concepción ecologista, y muestra de ellos las previsiones contenidas en los artículos 2, 8, 49, 58, 67, 79, 80 y 95 (numeral 8), conjunto normativo de que la jurisprudencia constitucional ha dicho:

“(...) mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas – quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación–, por la otra se le imponen al Estado los deberes

¹⁹ *Ibidem*, pág. 6.

²⁰ CSJ, SC 14425 de 2016.

²¹ Decreto 2811 de 1974

correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente, y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera (C.C., C-431-00, 12 Abr. 2000, Rad. D-2589) (...)”.

“(...) De acuerdo con el artículo 3° del Decreto 2811 citado, son recursos naturales renovables: la atmósfera y el espacio aéreo nacional; las aguas en cualquiera de sus estados; la tierra, el suelo y el subsuelo; la flora; la fauna; las fuentes primarias de energía no agotables; las pendientes topográficas con potencial energético; los recursos geotérmicos; los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la república; y, los recursos del paisaje (...)”.

“(...) Algunos de los recursos naturales son bienes de dominio público; otros, sin embargo, pueden ser de dominio privado, tal como lo previenen los artículos 4° y 43 de esa regulación, a cuyo tenor: «Se reconocen los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la Ley sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables» (...)”.

“(...) Sin embargo, esos preceptos estatuyen que en cuanto a su ejercicio, tales derechos «estarán sujetos a las disposiciones de este Código» (...)”.

“(...) La exequibilidad de esas disposiciones fue declarada por la Corte Constitucional de manera condicionada, pues debía entenderse que «conforme al artículo 58 de la Constitución, la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables está sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad» (CC, C-126, 1° Abr. 1998, Rad. D-1794) (...)”.

“(...) En el citado pronunciamiento de control de constitucionalidad

se indicó que “(...) se entiende que cuando el artículo 4° de ese mismo estatuto reconoce “los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la ley sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables”, está aceptando también la propiedad que algunos particulares pueden haber adquirido sobre determinados recursos naturales (...)”.

“(...) Y añadió:

“(...) La Constitución establece límites a la propiedad privada sobre ciertos bienes. Así, frente a determinados bienes, el ordenamiento puede establecer una reserva al dominio privado, pues la Carta establece que determinados bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables (CP art. 63). Igualmente la Constitución establece que los recursos no renovables o que se encuentren en el subsuelo son propiedad del Estado, sin perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes preexistentes (CP art. 322). Sin embargo, en la medida en que la Constitución reconoce de manera genérica la propiedad privada (CP art. 58), se entiende que en principio ésta puede recaer sobre los recursos naturales renovables, que no hayan sido sometidos por la ley a la reserva de dominio privado previstas por la Carta (CP art. 63) (...)”.

“(...) Luego, en el ordenamiento jurídico colombiano es posible que los recursos naturales renovables y las zonas necesarias para su protección sean de propiedad privada, aunque eso puede conllevar ciertas limitaciones o restricciones (...)”.

Y se insistió:

“(...) Ese reconocimiento a los derechos adquiridos de forma legítima por los particulares, tanto sobre recursos naturales como respecto de otros elementos ambientales, se consagró expresamente en el artículo 42 (...)”.

“(...) Empero, en todo caso, la propiedad privada debe ejercerse, según lo estatuido por el artículo 43, como una función social y sujeto a las limitaciones impuestas por el ordenamiento constitucional y legal, particularmente las que derivan de su

función ecológica (C-126 de 1998) (...)”.

“(...) Conforme al artículo 80 de esa codificación, «sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Cuando en este Código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público» (...)”.

“(...) Y establece el artículo 83 que salvo los «derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:

- a.- El álveo o cauce natural de las corrientes;*
- b.- El lecho de los depósitos naturales de agua;*
- c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres;*
- d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;*
- e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares;*
- f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas (se subraya) (...)*”.

“(...) El citado decreto ley rige a partir de la fecha de su expedición, esto es, desde el 18 de diciembre de 1974, sin que sea viable aplicarlo retroactiva o retrospectivamente, pues por regla general, las normas rigen hacia el futuro, para evitar desconocer los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas antes de su entrada en vigor (...)”.

*“(...) El artículo 11 del Decreto 1541 de 1978 definió el cauce natural como «la faja de terreno que ocupan las aguas de una corriente al alcanzar sus niveles máximos por efecto de las crecientes ordinarias» y el lecho de los depósitos naturales de aguas como «el suelo que ocupan hasta donde llegan los niveles ordinarios por efectos de lluvias o deshielo», en tanto la **playa fluvial** es «la superficie de terreno comprendida entre la línea de las bajas de aguas de los ríos y aquellas a donde llegan éstas, ordinarias y naturalmente en su mayor incremento» (artículo 12). Esa misma norma reglamentaria señala que son aguas de uso público, cuyo dominio no se prescribe en ningún caso, las siguientes:*

- a. **Los ríos** y todas las aguas que corran por cauces naturales de modo permanente o no;
- b. Las aguas que corran por cauces artificiales que hayan sido derivadas de un cauce natural;
- c. Los lagos, lagunas, ciénagas y pantanos;
- d. Las aguas que estén en la atmósfera;
- e. Las corrientes y depósitos de aguas subterráneas;
- f. Las aguas y lluvias;
- g. Las aguas privadas, que no sean usadas por tres (3) años consecutivos, a partir de la vigencia del Decreto-Ley 2811 de 1974, cuando así se declara mediante providencia del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, previo el trámite previsto en este Decreto, y
- h. Las demás aguas, en todos sus estados y formas, a que se refiere el artículo 77 del Decreto-Ley 2811 de 1974, siempre y cuando no nazcan y mueran dentro del mismo predio (artículos 5 y 9) (...).

“(...) Según el artículo 126, se considera «de utilidad pública o interés social la preservación y el manejo del recurso agua al tenor de los dispuestos por el artículo 1° del Decreto-ley 2811 de 1974», de ahí que el artículo 209 establezca que es deber de los propietarios, poseedores o tenedores de fundos «en los cuales nazcan fuentes de aguas o predios que están atravesados por corrientes o depósitos de aguas o sean aledaños a ellos» el de «cumplir todas las obligaciones sobre practica de conservación de aguas, bosques protectores y suelos de acuerdo con las normas vigentes» (el subrayado es propio) (...)”.

5. En el asunto objeto de disenso, se practicó una prueba pericial, acompañada de un levantamiento topográfico, donde se determinó que el fundo denominado El Godoyuno, ubicado en la vereda Tamirco del Municipio de Natagaima- Tolima, “(...) se encuentra ubicado dentro de una

isla hacía el centro del río Magdalena, lo que quiere decir que está rodeado por dos brazos del citado río y por la topografía del mismo se puede decir que es una isla fluvial”.

Así, por tratarse de una *“una isla dentro del cauce del río Magdalena, se concluye que el predio se localiza en un área de inundación”*; adicionalmente, se señaló la existencia del riesgo, *“que tiene cualquier cultivo que se produzca en las riveras o islas de un río, [esto es] inundarse en épocas de altas precipitaciones por crecientes ordinarias en forma pasajera, mientras que por crecientes extraordinarias, los predios permanecen mayor tiempo inundados dañándolos”.*

Según el experto, por *“obvias razones, plantar cualquier cultivo en zonas muy cerca de cuerpos de agua corriente implica algún tipo de amenaza”*, pues es difícil prever *“el comportamiento hidrológico de las zonas donde se encuentran los cultivos y por ende la magnitud de las riadas o creciente de las mismas”.*

6. Con todo, el Tribunal en su análisis en torno a ese punto, se limitó a indicar:

“(...) Si bien es cierto, en el dictamen se señaló que la heredad del demandante se encuentra ubicada dentro de una isla en el centro del río Magdalena, también lo es que no obra dentro del expediente ninguna prueba seria y bien fundamentada que acredite que aquella fuera proclive a inundarse, pues por el solo hecho de que el predio tuviera esa característica no lo hacía inidóneo para la agricultura o la ganadería (...)”.

7. Desde esa perspectiva, en el caso bajo estudio, se hacía imperativo negar las súplicas resarcitorias a favor del particular. Por el contrario, debió condenarse a la demandada a favor de la Nación para invertir dichos recursos en el restablecimiento de los derechos de la naturaleza. Al mismo tiempo, debían ordenarse conductas u obligaciones de hacer para la recuperación de los bienes de uso público y restauración de la zona de la represa y del cauce y riberas del río Magdalena. La decisión desconoce que esa isla es un bien de uso público nacional inapropiable por el demandante y se hacía necesario revertir los derechos al Estado y a la ciudadanía. Se resolvió el problema jurídico en forma totalmente errada, como si se tratara de un bien privado, cuando todo lo contrario, se imponía hacer eficaz el ordenamiento del régimen publico ecológico nacional y mundial.

Los jueces renunciaron a la guardianía de la Constitución, al carácter nomofiláctico de la Casación y a la tarea de proteger los derechos de la Nación y de los habitantes del territorio nacional, contribuyendo indirectamente por inacción a la crisis nacional y mundial del calentamiento climático.

La Corte debió hacer uso de las facultades oficiosas que le otorga la Constitución y el C. G. del P. para corregir y restablecer los derechos afectados.

7. Con lo anterior dejo fundamentado mi disenso sobre este asunto.

Fecha, *ut supra*.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado