



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 73001-31-03-004-1999-00227-01

Con el acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria, me permito exponer las razones que me llevaron a disentir de la decisión de casar la sentencia del 16 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Familia, en el proceso promovido por La Costeña Jaime Laserna & Cía. S.C.A. y otros contra Cementos Diamante de Ibagué S.A. y Cementos Diamante del Tolima S.A., y en sede de instancia confirmar los numerales primero a quinto, octavo y noveno de la sentencia apelada; declarar civil y extracontractualmente a las demandadas y las condenó a pagar las sumas indicadas allí.

En el presente asunto se decretó la inspección judicial con intervención de perito, diligencia en la que se recaudaron documentos relacionados con la contabilidad de la parte actora, conforme se dejó constancia en el acta correspondiente, y se rindió la experticia solicitada, allegando con ésta legajos adicionales a los aportados en la prueba referida.

Debiendo definirse si la labor del perito debía limitarse a lo recaudado en la diligencia en cita, o si, como se afirmó en la providencia, *«la labor para el perito no se agotará en la mera inspección, ni con la información allí recabada»*.

Para tal efecto, el artículo 239 del Código General del Proceso, prevé que *«cuando la inspección deba versar sobre cosas muebles o documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros se aplicarán también las disposiciones de la exhibición»* y, respecto de esta última, el artículo 268 *ibidem*, regula la exhibición de libros y papeles del comerciante, que debe concordarse con el canon 266 del estatuto en cita, que desarrolla el trámite de esa exhibición, precisando, en su inciso 4º, que: *«presentado el documento el juez lo hará transcribir o reproducir a menos de que quien lo exhiba permita que se incorpore al expediente»*.

En esas precisas circunstancias, la exhibición de documentos y el dictamen pericial que se emita a continuación, no son pruebas independientes, sino que la experticia, depende de los documentos que se exhiban, pues son éstos, y no otros, los incorporados al proceso.

Ahora bien, el perito, es un auxiliar de la justicia, que desarrolla un oficio público ocasional [Art. 47 del C.G.P.], y generalmente se trata de personas o instituciones calificadas, distintas e independientes de las partes y del juez, por sus especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos [inc. 1º del art. 226 del C.G.P.] a través del cual suministra al juez explicaciones para la formación de su conocimiento, respecto de hechos que escapan a sus conocimientos, y que se encuentra regulada en los artículos 226 a 235 *ejusdem*.

En ese orden estimo que el perito no está autorizado por la ley para introducir documentos que las partes debieron

allegar dentro de las oportunidades probatorias, pues de lo contrario se estaría vulnerando el artículo 173 del C.G.P.¹, y mucho más grave, el derecho de defensa, pues el legislador no prevé la contradicción de los documentos arrimados con el dictamen, a efectos de poder ser tachados o desconocidos por las partes.

Es cierto que los peritos pueden allegar documentos «*que le sirven de fundamento y aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito*», por lo que no genera discusión la aportación de documentos necesarios para acreditar la idoneidad y experiencia del perito, acorde con el numeral 3º del artículo 226 del C.G.P., pero no resulta claro si lo dispuesto en el numeral 10º del artículo en cita, que dicta: «*relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen*» está autorizando a que dichos auxiliares de la justicia alleguen elementos probatorios que correspondía aportar a las partes.

Para resolver tal aspecto recuérdese que uno de los principios más relevantes en materia probatoria es el de contradicción, consagrado en el artículo 29 de la Carta

¹ «Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

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

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción.»

Política que desarrolla el derecho de toda persona a presentar y controvertir las pruebas que se allegan en su contra, tratándose de una garantía para la realización del debido proceso y el derecho de defensa. Temática sobre la cual la doctrina ha precisado que «los jueces no pueden darle a una prueba el mérito de convicción que en si misma merezca, por perfecta que intrínsecamente sea [...] si frente al adversario o contraparte tal prueba no se ha ajustado al trámite procesal previsto para presentarla, decretarla y practicarla»².

De suerte que, los documentos así allegados, devendrían en pruebas ilícitas al no haberse aportado en la forma dispuesta por el legislador, temática que ha sido analizada por esta Corporación al referir que:

«La prueba ‘ilícita’ difiere de la ‘ilegal’ o ‘irregular’, que ‘no pretermite un precepto constitucional fundamental sino uno de índole legal, en sentido amplio, de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos o garantías fundamentales. Si es la Carta Política la quebrantada, particularmente uno o varios derechos de la mencionada estirpe, la prueba se tildará de ilícita, mientras que si la vulnerada es una norma legal relativa a otra temática o contenido, se calificará de ilegal o irregular distinción significativa por sus consecuencias, ‘ad exemplum, se señala que la prueba ilícita, en línea de principio, no es pasible de valoración judicial, como quiera que carece de eficacia demostrativa -desde luego, con algunas puntales excepciones a partir de la adopción del criterio o postulado de la proporcionalidad-, al paso que la ilegal o irregular si lo será, aspecto éste, por lo demás, no pacífico en el derecho comparado»³

No desconozco que la decisión de la que me aparto se profirió en cumplimiento de lo resuelto por la Corte

² ANTONIO ROCHA. *De la prueba en derecho*. Tomo 1, pág. 149

³ Cas. Civ., sentencia de 29 de junio de 2007, expediente No. 2000-00751-01

Constitucional en sentencia de unificación 455 de 2020, la que en su numeral 3º dispuso: *«REMITIR el expediente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que, con fundamento en la totalidad de las pruebas recaudadas, tase los perjuicios probados dentro del proceso.»*

Determinación que se tomó bajo el entendido de que debió darse aplicación al principio de la Constitución ecológica, en cuanto que, *«quien contamina paga»*, amén de que se estimó que esta Sala *«al avalar la valoración probatoria hecha por el juez de segunda instancia, negando eficacia a un documento que probaba hechos determinantes en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, por la ausencia de unas firmas que posteriormente fueron estampadas en los estados financieros, sin alterar su contenido, incurrió en un exceso ritual manifiesto»*, a lo que se agregó que se omitió valorar otros medio de prueba y **«no decretar pruebas de oficio para llegar al grado de convicción (sic) requerido»**.

Por lo que, si en las pruebas obrantes en el expediente existían falencias a efectos de poder determinar de manera certera, cuál era el monto del perjuicio sufrido por la demandante, lo que procedía era el decreto de pruebas de oficio, en los términos en que se autorizó en la providencia a la que se le está dando cumplimiento, pues, como se viene de explicar, los documentos arrimados por el perito, atinentes a la contabilidad de la actora, cumpliendo los requisitos legales, es una prueba ilegal, al haberse aportado fuera de los cauces previstos por el Legislador.

Amén de lo antedicho, la Sala no ha sido ajena a la necesidad de decretar pruebas de tal linaje para la búsqueda de la verdad material, al precisar que:

«Por ello es que repetidamente esta Corporación ha resaltado la importancia y alcances de la atribución de decretar oficiosamente pruebas, para indicar sobre el particular, entre otras cosas, que “a los órganos jurisdiccionales en el orden civil no les está permitido ... desentenderse de la investigación oficiosa con el fin de llegar a la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiendo cómodas actitudes omisivas, por lo general puestas al servicio de una desapacible neutralidad funcional que el estatuto procesal en vigencia repudia siempre que por fuerza de las circunstancias que rodean el caso, llegare a hacerse patente que decretando pruebas de oficio puede el juez, mediante la práctica de las respectivas diligencias y aun a pesar de que hacerlo implique suplir vacíos atribuibles al descuido de las partes, lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia. En consecuencia, no es facultativo del juzgador obrar de este modo ‘... sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor ... es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los Arts. 37 Num. 4, 179 y 180 del C. de P. C. ..’ ” (G.J. t. CCLII, pag. 399)⁴.»

Voluminosa doctrina y jurisprudencia ha precisado que el juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio, entre otros, en los siguientes casos: (i) la prueba genética en los procesos de filiación o impugnación de maternidad o paternidad; (ii) la inspección judicial en los procesos de pertenencia; (iii) las necesarias para realizarse condena en

⁴ SC 26 de julio de 2004, exp. 7127.

concreto respecto de los frutos, mejoras o perjuicios⁵, correspondiendo a esta última hipótesis el caso en estudio.

De manera que, si las pruebas allegadas no permitían deducir, de manera cierta, el monto de los perjuicios padecidos por la parte actora, por el actuar de la demandada que contaminó los terrenos en los que realizaba sus actividades de cultivo, por tratarse de documentos allegados de manera extemporánea, en mi opinión, debió hacerse uso de la facultad oficiosa que trae el artículo 169 y 170 del C.G.P. y, así, garantizar la introducción de los referidos documentos de manera legal, como lo refirió la Corte Constitucional en su sentencia SU455 de 2020.

Con el debido respeto, así dejo consignada mi divergencia.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

⁵ Sobre el particular ver entre otras: SC11337 de 2015 y SC22036 de 2017

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 439BA0CB38B13F1FD14C9BFA0623B14EB1E88A53EB388B848038A897C5A57D51

Documento generado en 2022-05-27