

## SALA DE CASACION CIVIL

## RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.—DEMANDA POR PERJUICIOS

Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido la CAUSA del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester una relación NECESARIA entre la culpa y el perjuicio. Cuando el daño o el perjuicio no es resultado de una causa UNICA, sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubiesen reunido no habría habido daño, en tales casos, de acuerdo con la teoría de la CAUSALIDAD OCASIONAL, basta que entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera daño, exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En el caso frecuente de pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. En la hipótesis de pluralidad de causas, quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación TOTAL del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas a causar el daño, el demandado culpado, que ha indemnizado la totalidad del perjuicio, puede recurrir contra esas otras personas para que éstas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización pagada. Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea DIRECTO, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa PROXIMIDAD EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre diecisiete de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

## I

## Hechos

1) Por documento privado de 1º de abril de 1924, se celebró entre el Municipio de Bogotá, debidamente representado por su

Personero Municipal, por una parte, y Sady González y Lucio García, por la otra, un contrato por medio del cual estos últimos se comprometieron a construir el colector del río San Francisco, en el trayecto comprendido entre las carreras 6ª y 7ª. En ese contrato, entre otras cosas, se estipuló lo siguiente: a) Que los contratistas González y García aceptarían como obligatorias las indicaciones que en la marcha de los trabajos les hiciera la Dirección de Obras Públicas Municipales; b) Que los mismos contratistas aceptarían el veto que la ingeniería municipal pusiera a los maestros albañiles y a la calidad de los materiales; c) Que los contratistas darían principio a la obra el día 21 de abril de 1924 y la entregarían terminada cuatro meses después.

2) Por documento privado de 12 de junio del mismo año, se celebró, entre las mismas partes, un contrato análogo al anteriormente mencionado, para la construcción del colector del río San Francisco, en el trayecto comprendido entre las carreras 4ª y 6ª, contrato que contiene las mismas estipulaciones de las letras a) y b) del punto anterior y conforme al cual los contratistas debían dar comienzo a esa obra después del día 16 de julio y entregarla terminada 150 días después.

3) De conformidad con el primero de los citados contratos se construyó, antes del mes de marzo de 1925, el colector, con sus alcantarillas laterales, en el trayecto comprendido entre las carreras 6ª y 7ª.

4) Los contratistas González y García, por su parte, habían desviado, antes del mes de marzo de 1925, las aguas del río San Francisco, de su cauce natural, hacia el norte, entre las carreras 5ª y 6ª por medio de un tambre.

5) Asimismo, antes del citado mes de marzo de 1925, y por cuenta y orden de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, se habían ejecutado las siguientes obras en la misma zona: a) Relleno, con tierra, del cauce del río, que había dejado libre el colector entre las carreras 6ª y 7ª; b) Relleno de la luz del puente de Latas o de Gutiérrez en la carrera 6ª; c) Terraplén o levantamiento del nivel de la carrera 6ª entre dicho puente y el Parque de Santander.

6) El día 5 de marzo de 1925, debido a una fuerte avenida del río San Francisco que hizo represa contra el Puente de Latas o de Gutiérrez (cuya luz estaba tapada, según lo antes dicho), contra las obras de canalización del río y contra el terraplén de la carrera 6ª, a que se refiere la letra c) del punto anterior, el agua invadió la casa N° 376 de la misma carrera, habitada por el doctor Manuel Sarmiento Castillo, y, como consecuencia de ello, se derrumbó esa casa y se destruyeron los muebles, enseres y demás objetos que en ella había, pertenecientes al doctor Sarmiento.

7) La referida casa tenía más de treinta años de construída, y en ningún tiempo, antes de empezarse las obras de canalización, había sufrido daños por avenidas o inundaciones del río San Francisco.

8) Es de advertir que la obra del colector se ejecutó, primero, en el trayecto comprendido entre las carreras 6ª y 7ª, y, después, en el trayecto comprendido entre las carreras 4ª y 6ª, y que el 5 de marzo de 1925, cuando ocurrió la grande avenida del río San Francisco, estaba concluída la obra en el primero de los sectores indicados, pero no en el segundo, y que todo ello obedeció a la circunstancia, ya antes apuntada, de que el Municipio contrató en abril de 1924 los trabajos referentes a la zona comprendida entre las carreras 6ª y 7ª, y varios meses después, en junio del mismo año, los otros trabajos.

9) En la esquina de la carrera 6ª se había dejado una abertura para procurar que por allí entraran las aguas al colector; pero en el momento de la avenida del río, y como consecuencia de la misma, ella fue obstruída por palos y basuras arrastrados por el agua.

## II

### Sentencia acusada

En el juicio que el doctor Manuel Sarmiento Castillo inició contra el Municipio de Bogotá para que se obligara a éste a pagar a aquél los perjuicios sufridos por motivo de los hechos relatados, el Tribunal de Bogotá, ante el cual se había apelado de la sentencia de primera instancia, condenó al expresado Municipio a pagar al actor los perjuicios sufridos por éste como consecuencia inmediata y directa de la destrucción de los bienes enumerados en la parte resolutive de la sentencia, debiéndose fijar el importe de la condena en la ejecución del fallo. La misma sentencia del Tribunal declara no probada la excepción de fuerza ma-

yor propuesta por el demandado, y absuelve a éste de lo demás que se pide en la demanda.

## III

### Fundamentos del recurso interpuesto

El apoderado del Municipio de Bogotá, al interponer el recurso de casación contra la expresada sentencia, alegó contra ésta la causal primera del art. 520 del C. J., así:

**Primer cargo.**—No se ha demostrado la relación de causalidad entre las obras ejecutadas por el Municipio y los daños o perjuicios sufridos por el demandante, pues no pueden aceptarse, como pruebas al respecto, ni lo que dicen los testigos sobre las causas de la inundación, ni el dictamen pericial, que figura en el folio 97 del cuaderno 2º, rendido por los señores Eliseo Pinto y Sabas Parra. Las declaraciones de los testigos, en cuanto éstos hacen apreciaciones sobre las causas del siniestro, no pueden tomarse en consideración, como lo reconoció el mismo Tribunal, porque “esa cuestión no es objeto idóneo de la prueba testimonial sino de la pericial”; y el precitado dictamen pericial tampoco puede tomarse en cuenta, porque un dictamen pericial no hace plena prueba sino en el caso en que los peritos estén de acuerdo en los puntos sometidos a su dictamen. Así, el Tribunal, al dar por probada esa relación de causalidad de que se ha hablado, violó los artículos 2341 y 2347 del C. C. y, además, violó, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, los arts. 705 de la ley 105 de 1931 o el 651 del antiguo C. J.

**Segundo cargo.**—Al sostener el Tribunal que no hubo fuerza mayor o caso fortuito, violó, por errada interpretación, los arts. 1º de la ley 95 de 1890 y 1604 del C. C., pues en la misma sentencia se reconoce que quienes construían el colector del río dejaron una abertura en éste para que por ella penetraran las aguas; que tal abertura, en el momento de la avenida y como consecuencia de la misma, fue obstruída por palos y basuras arrastrados por las aguas; que el día 5 de marzo de 1925 cayó sobre la ciudad de Bogotá un torrencial aguacero que produjo una fuerte avenida del río San Francisco, y que la inundación producida por la avenida de un río es un caso fortuito.

Por otra parte —agrega el recurrente—, el Tribunal violó el referido art. 1604, no sólo en cuanto afirmó que el caso fortuito sobrevino por culpa del Municipio, sino también por haber aplicado al caso del pleito el inciso 1º de dicho artículo, a pesar de que la ejecución de las obras sólo era útil al acreedor o demandante, de manera que para

hacer al Municipio responsable se necesitaba la demostración completa de que a éste le era imputable la culpa lata. Por esto mismo, concluye el recurrente, hubo violación del art. 63 del C. C.

Por su parte, el apoderado del doctor Sarmiento Castillo interpuso recurso de casación y alegó contra el fallo en referencia la causal primera de las enumeradas en el art. 520 del C. J., con respecto a la cual expuso los siguientes fundamentos: a) Al sostener la sentencia que no es responsable el Municipio de los actos de los contratistas o de sus agentes, violó los arts. 2341 y 2347 del C. C., así como el 17 de la ley 99 de 1922, por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito, pues sostuvo el fallador que el Municipio, para la elección de los contratistas, no tenía completa libertad, y que ellos no estaban, con respecto al Municipio, en circunstancias o condiciones de dependencia que le permitieran a éste una intervención en la dirección de la obra tendiente a asegurar las precauciones que debían ser tomadas para no causar perjuicios a terceros, todo lo cual, en concepto del recurrente, es inaceptable, en primer lugar, porque fue el Municipio quien contrató las obras como consecuencia de las cuales se produjo la inundación; en segundo lugar, porque el Municipio sí gozaba de libertad para escoger los contratistas; en tercer lugar, porque los contratistas sí dependían del Municipio, y, finalmente, porque el Municipio ha debido estipular en los contratos la obligación de tomar todas las precauciones tendientes a evitar daños a terceros. b) Error de hecho en la apreciación de la prueba pericial y de la de testigos en que se fundamenta aquélla, por cuanto el Tribunal, al considerar arbitrario el dictamen de los peritos e insuficientes los datos suministrados por los testigos en los cuales se basó el dictamen pericial, dejó de tomar en cuenta el dicho de los testigos en relación con el estado de uso o de servicio de las cosas avaluadas, siendo así que las afirmaciones de tales testigos son parte integrante del dictamen y que éste no puede analizarse con prescindencia de las declaraciones en que se basa. c) Error de derecho, en cuanto el fallo desconoce la propiedad de un segundo piso y una pared edificadas por el demandante, pues al sostener el Tribunal que no se había acreditado perjuicio por ese concepto, por no saberse si el demandante era propietario de la casa o simplemente arrendatario u ocupante de ella, desconoció el principio legal sentado en el art. 762 del C.

C., de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, con lo cual violó el Tribunal ese texto, así como los arts. 2341 y 2342 del C. C., ya que el doctor Sarmiento Castillo probó plenamente la propiedad y posesión de las mejoras, que era lo único necesario para el caso, pues para nada había que tener en cuenta la propiedad de la finca en que se habían hecho las mejoras. d) Error de hecho, en cuanto el fallo estima que el lucro cesante demandado carece de demostración en los autos y el dictamen pericial acerca de él carece de explicaciones y de pruebas, pues, por una parte, existen en autos declaraciones de las cuales se deduce que el doctor Sarmiento Castillo sí era médico en ejercicio, y, por otra parte, el lucro cesante demandado no lo fue por la privación del ejercicio profesional sino por la privación a que quedó sometido el demandante, de los objetos destruidos, que representaban para él un capital determinado, y con respecto a este lucro cesante demandado el dictamen de los peritos no puede considerarse arbitrario, pues él está fundado en las pruebas del expediente, en los conocimientos personales de los mismos peritos y en las deducciones de una sana lógica. Al sostener, a ese respecto, el Tribunal, que el dictamen de los peritos carece de explicaciones necesarias y también de pruebas y que, por tratarse de bienes distintos del dinero, no puede concluirse que el demandante dejara de percibir renta alguna por causa de la destrucción de las cosas, el Tribunal incurrió, además, en un error de derecho y violó los artículos 1613, 1615 y 2341 del C. C.

#### IV

#### Examen de los fundamentos aducidos por el Municipio

En relación con los fundamentos de casación aducidos por el Municipio —fundamentos que la Corte considera conjuntamente, por la íntima relación que hay entre ellos, ya que en todos los problemas de causalidad entre la culpa y el perjuicio, lo primero que hay que investigar es si una fuerza mayor excluye esa causalidad—, la Corte considera:

Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría produci-

do. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubieran reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de pluralidad de causas, cada una de éstas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas a causar el daño, el demandado culpable, que ha indemnizado la totalidad del perjuicio, puede recurrir contra esas otras personas para que éstas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización pagada. La Corte de Casación francesa, sobre la base de una legislación menos amplia y comprensiva que la nuestra en esta materia— como que la nuestra contiene todo lo que aquella contiene y además otras disposiciones tendientes a ensanchar todavía más el dominio de la responsabilidad civil extracontractual—, ha hecho, en sentencias recientes, interesantísimas aplicaciones de las ideas que acaban de exponerse, entre las cuales pueden citarse, por vía de ejemplo, para ilustrar la cuestión, estas dos:

a) El dueño y conductor de un automó-

vil, sin cerrarlo debidamente y sin tomar ninguna otra precaución adecuada, lo dejó solo en la vía pública. Aprovechando esa negligencia, un ladrón que por allí pasó tomó el carro, lo puso en marcha y a las pocas cuadras atropelló gravemente a un peatón. La Corte francesa condenó, como responsable de los perjuicios sufridos por el peatón, al dueño del vehículo. Entre la culpa de éste y el daño era evidente para dicha Corte la relación de causalidad. Sin esa culpa el perjuicio no se habría producido.

b) Debido a la excesiva velocidad a que iba un tranvía, uno de los pasajeros, creyendo que el vehículo se iba a estrellar, se arrojó al suelo y con ello sufrió grave daño. La Corte francesa estimó que era responsable de este daño la empresa de tranvías por la relación de causalidad entre la culpa del conductor, que conducía a una velocidad irreglamentaria, y el perjuicio sufrido por el pasajero.

Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea directo, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa proximidad en el espacio y en el tiempo. En la que pudiera llamarse cascada de perjuicios que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, deben ser reparados, por el autor del hecho culpable, todos aquellos de los cuales se pueda afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin la culpa.

En el caso que se estudia —suponiendo que la corriente o avenida del río San Francisco, ocurrida el día 5 de marzo de 1925, pudiera considerarse como un acontecimiento súbito, imprevisible, lo suficientemente improbable para que no fuera necesario precaverse contra él al emprender trabajos de canalización como los que emprendió el Municipio—, la responsabilidad extracontractual de éste y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio siempre existirían, porque ese acontecimiento concurrió con una culpa del Municipio, sin la cual el daño no habría ocurrido. La culpa del Municipio consistió en haber efectuado, en la forma y en las condiciones en que las hizo, —sin las precauciones necesarias para evitar inundaciones como la que ocasionó el derrumbamiento de la casa que ocupaba el demandante—, las obras del terraplén de la carrera 6ª, relleno del cauce del río, relleno de la luz del Puente Gutiérrez, etc. Fue por el modo como estas obras se ejecutaron, por la falta de medidas adecuadas para prevenir inundaciones y por la negligente orga-

nización y disposición de los trabajos, por lo que pudo producirse, al ocurrir la avenida del río, la inundación que destruyó los muebles, enseres y objetos de la casa del demandante.

En tales condiciones es obvio, según lo antes expuesto, que el Municipio debe responder de la integridad del perjuicio causado.

En cuanto a la prueba de la relación de causalidad, el asunto no es menos claro en el presente negocio.

Puesto que se trata de establecer la existencia de un hecho y no de un acto jurídico, son admisibles todos los medios de prueba y aún las simples presunciones que en casos como éstos desempeñan un papel decisivo (inciso final del artículo 9º de la ley 153 de 1887).

De acuerdo con el artículo 666, lo esencial es que los hechos que suministran los indicios o conjeturas relativos al hecho investigado estén plenamente probados. En cuanto a las deducciones que el juez hace de esos hechos, él tiene completa libertad de apreciación.

En el caso presente el tribunal, fundándose —no propiamente, como lo dice el recurrente, para fundar su recurso, en el concepto emitido por los testigos, sobre relación de causalidad entre la culpa del Municipio y el daño—, sino en los hechos positivos acreditados por los mismos testimonios y que constituyen indicios o conjeturas sobre el hecho principal investigado, que es el de la relación de causalidad, dedujo la existencia de ésta con absoluta independencia de las conclusiones que a su vez habían sacado los mismos testigos de los hechos por ellos afirmados.

El Tribunal rechazó, como prueba adecuada de la relación de causalidad, las opiniones expuestas por los testigos al respecto; pero, sobre la base de las diversas afirmaciones concordantes de éstos en relación con hechos concretos susceptibles de ser plenamente establecidos por la prueba testimonial, dedujo la relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, encontró, y con razón, que esa relación estaba acreditada por medio de presunciones.

Entre esos hechos concretos hay varios tan significativos, en orden al establecimiento de la referida presunción, como el de que la casa existía hace más de treinta años, sin que nunca hubiera sido afectada por una inundación, a pesar de que en ese lapso habían ocurrido varias avenidas o crecientes del río que, no encontrando barreras infranqueables, como las creadas por el Municipio durante la construcción de los colec-

tores, no causaban inundaciones. En el caso que se estudia, en cambio, las obras efectuadas por el Municipio represaron las aguas, causando con ello la inundación, sin que la pequeña abertura que se había dejado, dizque para que penetraran las aguas al colector, evitara la represa y la consiguiente inundación, pues tal abertura se obstruyó rápidamente con palos y basuras arrastrados por las mismas aguas, como lo reconoce el propio recurrente. De tal suerte que la referida abertura, lejos de servir de disculpa al Municipio, relieves la negligencia, el descuido, la culpa de éste, ya que —dada la circunstancia obvia de que toda avenida o creciente de ese río arrastra palos y basuras— la rápida obstrucción, por ese motivo, de la pequeña abertura está pregonando que en lugar de haber empleado el Municipio, las diligencias y precauciones necesarias para evitar posibles represas e inundaciones, hubo por parte de él, ese “error de conducta” de que habla Geny como característico de la culpa, en el cual no habría incurrido una persona diligente y prudente colocada en las mismas circunstancias.

De todo lo cual resulta que el Tribunal no violó los arts. 2341 y 2347 del C. C. al hallar probada la relación de causalidad entre la culpa del Municipio y el daño del demandante, ni violó los arts. 705 de la ley 105 de 1931 o el 651 del antiguo C. J., porque el Tribunal no le dio alcance de prueba pericial a la testimonial sino que, sobre la base de los hechos demostrados por medio de ésta, dedujo la relación de causalidad; ni violó los arts. 80 de la ley 105 de 1890 y 722 de la ley 105 de 1931, porque no fundó la existencia de la relación de causalidad en el dictamen al cual le niega el recurrente el valor de plena prueba.

Tampoco violó los arts. 1º de la ley 95 de 1890 y 63 y 104 del C. C. al establecer que el Municipio no probó la excepción de fuerza mayor porque aun suponiendo que el acontecimiento invocado por tal demandado hubiera reunido evidentemente las características de irresistibilidad e imprevisibilidad, indispensables para la fuerza mayor, dicho acontecimiento no fue la causa única del perjuicio, sino una de las causas que concurrió a producir el daño con una culpa del Municipio sin la cual aquél no habría ocurrido.

En lo atinente al cargo de violación del art. 1604, por no haber aplicado al caso del pleito el inciso 1º, exigiendo, para deducir la responsabilidad del Municipio, una culpa lata, bastará observar que aquí no se trata de un caso de responsabilidad civil contrac-

tual sino de un caso de responsabilidad contractual al cual es extraño dicho inciso. Y que —aun cuando no fuera— tampoco es exacto que las obras ejecutadas por el Municipio sólo fueran útiles al demandante, el cual no era siquiera dueño de la casa.

## V

#### Examen de los fundamentos aducidos por el actor

Con respecto al primero de los fundamentos aducidos por el apoderado del doctor Sarmiento, la Corte considera que, como lo dice acertadamente el representante del Municipio, “los conceptos del fallo que acusa en este cargo el recurrente, no le infieren agravio alguno porque la sentencia condenó al Municipio de Bogotá como responsable de las inundaciones que determinaron la destrucción de la casa. Por una u otra razón, el Tribunal halló culpable al Municipio por las inundaciones; los concetos que se acusan en este cargo no le infieren agravio alguno al recurrente, pues, aun en el caso en que la Corte no los encontrara conformes con el derecho, no podría revocar la sentencia para disponer lo mismo que el fallo recurrido dispuso”.

Con respecto al segundo de los fundamentos, la Corte se limita y tiene que limitarse a manifestar que en la apreciación que hizo el Tribunal del dictamen pericial, no sólo no aparece manifiestamente en los autos el error de hecho de que habla el recurrente, sino que el Tribunal, para llegar a la conclusión a que llegó de que el dictamen “no estaba debidamente fundamentado”, como lo exige la ley, se apoyó en lo mismo que los peritos dijeron sobre la falta de fundamentos suficientes para el desempeño de su misión. En efecto, éstos afirmaron: “Hacemos presente la dificultad que encontramos a fin de establecer la clase, calidad, estilo y estado de los aludidos muebles, objetos y edificaciones, para haber podido así dictaminar con más acierto. Únicamente consta en la demanda y en las declaraciones que el estado de uno de los muebles era nuevo y el de otros usado y antiguo, sin decir si la madera de los muebles era de nogal, su construcción tallada y forrados en cierta clase de tela”. Y al referirse en detalle a cada uno de los muebles, advierten que no saben si era extranjero o de construcción nacional, ni saben si era de madera fina o de madera ordinaria ni si era forrado en hule o forrado en tela, si era tallado o no, etc. Mediando tales advertencias de los peritos, mal puede haber incurrido en error de hecho el

Tribunal al apreciar, como apreció, que el dictamen no estaba debidamente fundamentado como lo exige el art. 721 para que haga plena prueba. Ni vale agregar, como lo hace el recurrente, que “en la apreciación de la prueba pericial el Tribunal cometió error de hecho, desestimando las declaraciones en que el dictamen se apoya y no tomando en cuenta el dicho de los testigos en relación con el estado de servicio o de uso de las cosas avaluadas”, pues en tales declaraciones no se encuentran los datos concretos, que los mismos peritos echaron de menos, en relación con los materiales empleados en la construcción de los muebles, con la calidad de la construcción, etc.

Por lo que hace al tercero de los fundamentos aducidos por el demandante, la Corte considera que el Tribunal no incurrió en error de derecho al estimar que no se había acreditado la existencia de perjuicios por razón de la destrucción del segundo piso y de la pared”. “El demandante no ha alegado ni probado —dice con mucha razón el Tribunal— que la casa mencionada y el lote correspondiente fueran de su propiedad. Tampoco se ha demostrado ni intentado demostrar a qué título tenía la finca en su poder, para deducir si a las edificaciones llevadas a efecto por él le son aplicables las reglas de la accesión, del arrendamiento u otras, para deducir si las edificaciones eran o no de su propiedad y, por consiguiente, si la destrucción de tales mejoras ocasionó perjuicios al demandante o a una persona distinta de él”. El mismo recurrente reconoce “que el demandante no alegó ni probó la propiedad de la casa y el lote en que estaba edificada, porque el inmueble es de pertenencia de una sucesión ilíquida en la cual el demandante es heredero”. En tales condiciones —dado lo que disponen los arts. 739, 1993 y 1994 del código civil, y no sabiendo el fallador en cuál de los varios casos previstos por tales artículos estaba el demandante—, no era posible decretar indemnización en favor del actor por razón de la destrucción del segundo piso y de la pared de que se ha hablado. El texto legal según el cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, no habría podido ser aplicado por el Tribunal, al caso, en la forma en que lo pretende el recurrente, porque se trataba de edificaciones, reparaciones o mejoras en un inmueble con respecto al cual ni siquiera se alegó propiedad y que, según la afirmación del propio recurrente, no pertenece a quien dice haber hecho tales mejoras, reparaciones o edificaciones. Cuando éstas se hacen en inmueble

ajeno —y como tál lo tenía que considerar el Tribunal, dado el tenor de la demanda— se rigen, según el caso, por alguno de los citados arts. 739, 1993 o 1994, y en consecuencia, aunque se sepa que han sido hechas por determinada persona, no hay lugar a aplicar la presunción del art. 762 del mismo código.

Finalmente, con respecto al cuarto de los fundamentos aducidos, la Corte considera que tampoco hubo error de hecho “en cuanto el fallo estima que el lucro cesante carece de demostración en los autos y que el dictamen pericial acerca de él carece de explicaciones y de pruebas”. El Tribunal encontró con razón que el avalúo de \$ 3,000.00 dado por los peritos al lucro cesante, no está, en el peritazgo, “debidamente fundamentado”. No incurrió el Tribunal en error de hecho al hacer esa afirmación, desde luego que los peritos se limitaron a decir lo siguiente: “Y teniendo en cuenta por una parte la profesión de médico que ejerce el demandante, y la circunstancia de haberse paralizado forzosamente la explotación de sus actividades profesionales, por causa de la destrucción de todos los elementos con que podía atender decorosamente a sus clientes; y por otra, la privación a que quedó sometido de esos mismos elementos que representaban para él un capital determinado, el lucro cesante de que habla la demanda, lo estimamos en \$ 3,000.00”. Suponiendo que, como lo dice el recurrente, estuviera probado que el doctor Sarmiento Castillo ejercía la profesión de médico, no se sabe, ni los peritos le insinúan siquiera, por cuánto tiempo y en qué condiciones se vio privado del ejercicio de su profesión, por consecuencia inmediata y directa de la inundación de la casa, ni cuál fuera aproximadamente la utilidad pecuniaria que derivara de la misma profesión, así como tampoco se sabe— porque los peritos nada dicen al respecto— qué factores tuvieron en cuenta para concluir que el actor dejó de reportar una ganancia o provecho de \$ 3,000.00 por razón de la destrucción de sus muebles. Tampoco incurrió el Tribunal en error de derecho que lo condujera a la violación de los arts. 1613, 1615 y 2341, al sostener, para llegar a la conclusión de que el avalúo de \$ 3,000.00 dado al lucro cesante por los peritos no estaba debidamente fundamentado que, “tratándose de bienes distintos del dinero, que estaban destinados al uso del demandante, no puede concluirse que éste dejara de percibir renta alguna por causa de la destrucción”. Los peritos habían expuesto, como fundamento del avalúo del expresado lucro

cesante, “la privación a que quedó sometido (el demandante) de esos mismos elementos que representaban para él un capital determinado”. El Tribunal, sin perder de vista que una cosa es la pérdida sufrida (*damnum emergens*) y otra lo que se haya dejado de ganar por la destrucción de las cosas (*lucrum cessans*), y sin olvidar que la reparación o indemnización del daño o perjuicio abarca uno y otro elemento, pero en cuanto ellos aparezcan demostrados y en la medida en que lo estén, no consideró que fuera el caso de decretar el pago de la suma fijada por los peritos como monto del lucro cesante, porque la prueba de éste y la fijación de su cuantía requieren que el respectivo dictamen pericial sea “debidamente fundamentado”, y es obvio que, en lo concerniente al elemento del lucro cesante, el dictamen— como se ve claramente por la misma transcripción antes hecha—, lejos de estar debidamente fundamentado, carece en absoluto de fundamento, pues no puede considerarse como tál la aseveración de que el demandante, **fuera del daño que recibió por la pérdida sufrida, dejó de ganar \$ 3,000.00 por la privación de sus muebles.** En realidad, el dictamen con otras palabras contiene esa aseveración como fundamento único del avalúo de \$ 3,000.00 dado al lucro cesante.

Siendo el lucro cesante uno de los elementos constitutivos del perjuicio, el Tribunal, al condenar al Municipio de Bogotá “a pagar el valor de los perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia inmediata y directa de la destrucción” de los bienes enumerados en la parte resolutive del fallo, es claro que no excluyó en principio el lucro cesante que efectivamente haya podido existir y en la medida en que haya existido. A lo que se negó el Tribunal, con razón, fue a condenar al Municipio de Bogotá a pagar —por concepto del lucro cesante que haya podido sufrir el actor— la suma de \$ 3,000.00, y para ello el Tribunal consideró que un dictamen pericial no “debidamente fundamentado” no podía constituir prueba suficiente sobre el hecho concreto de que el actor hubiera dejado de ganar \$ 3,000.00 por razón de la destrucción de los muebles, enseres y útiles de su casa de habitación.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no infirma el fallo acusado, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el día cinco de septiembre de mil novecientos treinta y tres.**

Como el Municipio no puede ser condenado en costas, se condena únicamente al actor al pago de las que se hayan causado por virtud de su recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insérte-

se en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente al Tribunal.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Miguel Moreno J. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

#### PERJUICIOS.—ABUSO DEL DERECHO

El uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituye un caso de culpa civil. Notorio es el sistema de la ley colombiana de enjuiciamiento civil de imponer al vencido la obligación de resarcir las costas procesales al vencedor sólo en el caso de que aquél haya sido TEMERARIO o MALICIOSO al sostener la acción, excepción, oposición o incidente (artículo 575 del C. J.), salvo las excepciones legales. El exceso de daño sufrido posiblemente, distinto de costas, a consecuencia de una acción judicial temeraria o maliciosamente ejercitada, es necesario demostrarlo como objetivamente cumplido, a causa y con motivo de aquella actuación, en acción ordinaria y distinta, con audiencia del litigante temerario o malicioso y ya dentro de las normas generales de responsabilidad que informan el artículo 2356 del C. C. Los hechos invocados como base de la acción ejercitada en el juicio no constituyen abuso del derecho. Ni estudiando el asunto a la luz de la concepción clásica o INTENCIONAL (presentada, en la doctrina, por Ripert, y en la legislación por el código alemán); ni estudiándolo a la luz de la concepción FUNCIONAL (proclamada en la doctrina por Josserand y en la legislación por el código soviético), puede clasificarse el caso como abuso del derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

#### Hechos pertinentes en casación.

1º El Juzgado 2º en lo Civil del Circuito de Medellín decretó el 11 de mayo de 1932 el embargo preventivo y el secuestro de un almacén de cacharros, denunciado por el doctor Alfonso Restrepo Moreno, con poder especial que le confirió la señorita María de Jesús Jaramillo V., como de propiedad de don Manuel Restrepo L., deudor de la señorita Jaramillo de una suma de pesos.

2º En el acto de verificarse el secuestro reclamó don Eduardo Restrepo E. esos bienes como de su pertenencia y de su hermano Alberto, y el Juzgado, obrando de acuerdo con lo previsto en el artículo 278 del C. J., dejó al tercero reclamante, señor Eduardo Restrepo E., como secuestre del almacén, a quien le previno que debía cumplir los deberes de mandatario remunerado, según lo dispone el segundo aparte del artículo 287 del código citado.

3º Durante la misma diligencia, a pesar de la oposición, insistió el doctor Restrepo Moreno, como apoderado de la señorita Jaramillo V., en el embargo de los bienes, y durante el inmediato y posterior juicio ejecutivo de ésta contra don Manuel Restrepo L. se ventiló la correspondiente articulación, en la cual, conforme al artículo 1021 del Código de Procedimiento, "sólo se controvierte si el tercero, en este caso Eduardo y Alberto Restrepo E., es legítimo poseedor cuya posesión debe respetarse conforme a las leyes".



4º Cinco meses después, o sea el 10 de octubre de 1932, el juez a quo falló la discusión levantando el secuestro de la cacharrería, por considerarla, dice, de propiedad de Hijos de Manuel Restrepo L., o sea de Eduardo y Alberto, y condenó a la acreedora señorita Jaramillo al pago de las costas de la articulación.

5º Su apoderado, doctor Restrepo Moreno, apeló de esa decisión, diciendo: "El colmo de lo que le puede pasar a un litigante honrado, es que a fuerza de defender una causa tan justa como es ésta, en contra de un deudor inescrupuloso, resulte debiéndole dinero a los hijos de éste, de quienes se valió aquél para eludir el pago... Se pondrá la justicia en su punto, revocando el embargo y sobre todo esa odiosa condenación en costas".

6º Sabido es que el cuarto aparte del artículo 1021 del C. J. dispone al efecto que "si se resuelve a favor del tercero, se pone fin al secuestro, y si hay temeridad (subraya la Corte), se condena al ejecutante en las costas y a pagar al tercero una multa de diez a mil pesos..." En estos autos no hay constancia alguna de que el juez a quo hubiera impuesto multa, sino apenas costas, a cargo de la ejecutante señorita Jaramillo V.

7º El Tribunal Superior de Medellín confirma las conclusiones del inferior en cuanto a posesión y propiedad de la cacharrería a favor de los señores Alberto y Eduardo Restrepo E., pero no en cuanto a las costas impuestas por él a cargo de la ejecutante. A este respecto, después de analizar las pruebas de una y otra parte, el auto del Tribunal se expresa así: "Esta circunstancia, que es notoria, debió haberla tenido en cuenta el señor juez a quo para no haber condenado en costas, ya que así desaparece la apreciación de que se hubiera sostenido maliciosamente y sin fundamento, de una manera temeraria, el incidente sobre secuestro. En este particular cabe reformar la providencia recurrida, porque hubo exceso en la estimación de la prueba de una de las partes en perjuicio evidente para la otra, que también aportó elementos probatorios suficientes para explicar su procedimiento. En virtud de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado que lleva fecha 10 de octubre del año en curso, proferido por el señor Juez Segundo del Circuito en lo Civil, con la reforma de que no hay lugar a condenar en costas, en la primera instancia. Sin costas".

8º Los señores Eduardo y Alberto Restrepo E. afirman que al embargarse el almacén de su propiedad y al inventariarse los bienes que en él se encontraban, se les causó graves e irreparables perjuicios, ya en las ventas, que por el cierre se perjudicaron, ya y sobre todo, en el crédito, que han visto considerablemente mermada (hecho décimo de su demanda), y agregan también textualmente: "Estos inconvenientes que se nos han causado en todo orden, no tenemos por qué sufrirlos sin culpa de nuestra parte, y claro está, no habiendo causa sin efecto, habrá alguna persona responsable de ellos, persona que necesariamente debe satisfacerlos, ya que a nadie se puede dañar injustamente" (hecho undécimo). En consecuencia, en el mes de febrero de 1933, demandaron por la vía ordinaria a la señorita María de Jesús Jaramillo para que se declare judicialmente:

"Que la señorita María de Jesús Jaramillo V. está obligada a pagarnos la suma de seis mil pesos oro (\$ 6,000), lo que se determine por peritos, valor de los perjuicios causados con el embargo de la cacharrería de nuestra propiedad. Que la misma señorita está obligada a pagarnos los gastos de este juicio, si se empeña en la litis".

9º Correspondió desatarla en primera instancia al mismo juez, que además de haber practicado el embargo preventivo y el secuestro decidió de la articulación de embargo, coincidencia que la Corte estima importante dada la naturaleza de la acción incoada en el presente juicio, quien absolvió a la señorita Jaramillo, sin costas, de los cargos de resarcimiento de daños formulados por los Restrepos aquí. Y en cuanto a la manera como había estimado la temeridad de la insistencia en el embargo y secuestro, que lo llevó entonces a condenar a la ejecutante en costas, aunque no a la multa, según se anotó, dice que rectifica y que "reconoce ampliamente la buena fe con que obró el apoderado de la opositora".

Y agrega: "Pero ello se debe a que el Juzgado, después de un nuevo estudio de la cuestión, llegó a convencerse ahora de que no hubo malicia ni hubo temeridad en aquel secuestro (así lo reconoció el suscrito Juez en el auto de 17 de octubre de 1932) y, por lo mismo, la absolución de la demandada es un verdadero imperativo legal. Queda así rectificada la sanción impuesta a la señorita Jaramillo en aquella oportunidad, y se hace contar que esta rectificación la hace gustosamente el Juez y reconoce su error, ya que el entendimiento humano no es infalible".

10º **Sentencia de segunda instancia.**—Es de fecha 25 de abril de 1934. El Tribunal acoge la tesis del Juez de que la acción aquí ejercitada requiere, para su prosperidad, la demostración de la mala fe de quien ejercitó la acción accesoria del secuestro y del embargo, o al menos su intención dolosa e injustificable con relación al verdadero propietario de los bienes embargados. Dice que quien ejercita un derecho y obra de buena fe, merece protección y no viola derecho ajeno; que hubo motivos suficientes para explicar el proceder del doctor Restrepo Moreno como apoderado de la señorita Jaramillo y que “ha quedado flotando la duda de si real y positivamente la venta que el señor Restrepo L. les hizo a sus hijos Eduardo y Alberto fue real y no con miras indebidas” (folio 38, C. pal.)

Considera que la acción ejercitada por éstos se sale de las normas escritas del derecho colombiano y que invade el campo científico de la teoría moderna conocida con el nombre de **abuso del derecho**. Hace referencias a la manera como la plantea M. Joserand, para concluir que es “la intención de causar daño, la malicia en el obrar, la mala fe al ejercitar un derecho, lo que debe aparecer evidentemente demostrado para que una pretensión como la de los demandantes pueda prosperar”. Pero encuentra que, al contrario, lo que resalta es la buena fe con que obró el doctor Restrepo Moreno en lo relacionado con el secuestro y la legitimidad de la medida que acordó tomar en defensa de los derechos de su poderdante.

Además advierte que ni con testigos ni con peritos se demostró la existencia de perjuicios, necesarios para la viabilidad de la acción, y al analizar la exposición pericial encuentra que uno de ellos ha podido incurrir en delitos y ordena que la autoridad correspondiente investigue la responsabilidad. **Confirma** pues el fallo de primera instancia, y condena en costas a los apelantes (folio 39 vto.)

#### Fundamentos del recurso de casación

En nombre de los demandantes Eduardo y Alberto Restrepo, su apoderado formula contra la precitada sentencia del Tribunal Superior de Medellín los cargos que en seguida se resumen y a la vez se ordenan:

1º Violación del artículo 2341 del Código Civil (no dice si directa o indirectamente):

En concepto del recurrente este precepto consagra una **responsabilidad objetiva**, de manera que para reparar el perjuicio no se

debe tener en cuenta si hubo voluntad o malicia al causarse el daño, sino que sólo se requiere la comprobación de que el daño se causó. Y estima que el daño se causó con la temeridad inherente a la insistencia en el embargo y el secuestro del almacén de cacharros, y en no haberlo apreciado así el Tribunal, por una parte, y en no haber visto la merma del crédito de los Restrepos y el trastorno de los negocios, por otra parte, del sólo escándalo consiguiente al secuestro, encuentra el recurrente un error de hecho y uno de derecho, porque de no palpar el daño dejó de aplicar, para repararlo, el artículo 2341 ya citado.

2º Violación directa del artículo 2343 del C. C. en cuanto dice: “**Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos**”, que el Tribunal **dejó de aplicar** en contra de quien hizo el daño, que fue la señorita Jaramillo, al secuestrar bienes que no eran de su deudor sino de terceros, aunque no hubiera tenido mala intención ni malicia, ni hubiera incurrido en negligencia o imprudencia.

3º Violación del artículo 2356 del C. C., en cuanto establece que “**por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta**”.

Al respecto el recurrente sostiene dos puntos de vista opuestos: 1º Dice que el incidente sobre secuestro lo sostuvo el apoderado de la señorita Jaramillo de una manera **temeraria** y sin fundamento alguno, porque en el momento de consumarlo tuvo ocasión de conocer todos los documentos que justificaban la propiedad de los bienes a favor de un tercero y no del deudor a quien perseguía la señorita Jaramillo; que “no hay lugar a duda que la **malicia** de parte del ejecutante aparece claramente por el solo hecho de haber insistido en el secuestro y en el embargo de bienes que pertenecían a un tercero y no al ejecutado”, y más adelante dice que “la insistencia en el secuestro hace desaparecer la equivocación y convierte esa actitud en **temeraria y maliciosa**”.

2º Al mismo tiempo sostiene en seguida el recurrente que en la responsabilidad civil incurre el embargante y secuestre que insiste en el secuestro y embargo cuando el verdadero dueño de los bienes es absuelto de la demanda correspondiente, según doctrina de la Corte Suprema de fecha 27 de septiembre de 1899, y por el solo hecho del vencimiento, es decir, por **responsabilidad objetiva**.

No obstante que por ambos conceptos considera el recurrente violado por el Tribunal el mencionado artículo 2356 del C. C., es decir, por no haberlo aplicado siendo el caso ya de responsabilidad inherente a la malicia o negligencia, ya al daño mismo causado sin la concurrencia de esas circunstancias, no obstante esa vacilación del criterio del recurrente, parece aclarado finalmente diciendo que la temeridad inherente a la insistencia en el secuestro da lugar al mero pago de las costas del juicio y a una multa, según el artículo 1021 del C. J., "en tanto que para condenar al que ha causado perjuicios, de acuerdo con el Código Civil, sólo se requiere que se haya causado el daño y esté comprobado. La multa debe aplicarse dentro del mismo juicio ejecutivo, agrega el recurrente, en tanto que los perjuicios deben serlo en juicio aparte, por lo cual no hay lugar a confundir un caso con el otro".

### Estudio de los cargos

La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las trasgresiones del derecho entre los particulares (artículo 194 del mismo código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sanciona con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida.

El Código Judicial al no autorizar el embargo y secuestro de bienes sino en la cantidad suficiente para seguridad del pago (artículo 274, inciso 1º), al permitir la reducción del secuestro en el exceso que se compruebe (artículo 283) al exigir fianza previa al acto del embargo (artículo 274, inciso 3º), para asegurar al verdadero due-

ño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios, y no ya solamente de las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de diez a mil pesos (artículo 1021), en todos esos casos el código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos de administrar; gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque, no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor.

Notorio es el sistema de la ley colombiana de enjuiciamiento civil de imponer al vencido la obligación de resarcir las costas procesales al vencedor sólo en el caso de que aquél haya sido temerario o malicioso al sostener la acción, excepción, oposición, o incidente (artículo 575 del C. J.), salvo las excepciones legales. Notorio es que, desde el derecho romano, litigante temerario o malicioso, es el que, consciente de su injusticia, conecedor de su propia falta de razón, persigue o defiende en juicio un derecho (*de temere: sciens se non habere ius*). Y que las costas procesales, así responden al sistema del vencimiento objetivo que consagran los códigos de procedimiento francés e italiano, o al español y colombiano que sancionan la temeridad, tienden a que la defensa del derecho no mengüe su contenido, y son una parte, pero no todo el daño sufrido por éste, especialmente si ellas se limitan, como las limita el artículo 579, a las costas útiles y necesarias.

Las costas, pues, forman parte del daño, como la especie del género, y no siendo posible incluir como integrantes de la especie sino las que limitadamente autoriza el artículo 579 del C. J., el resto del daño, sufrido posiblemente a consecuencia de una acción judicial temeraria o maliciosamente ejercitada, es necesario demostrarlo como objetivamente cumplido, a causa y con motivo de aquella actuación, en acción ordi-

naria y distinta, con audiencia del litigante temerario o malicioso y ya dentro de las normas generales de responsabilidad que informan el artículo 2356 del C. C. En efecto: si por razón de la temeridad se imponen las costas, si obrar con temeridad o malicia implica culpa, si la culpa obliga al resarcimiento y si las costas procesales son apenas una parte del daño, hay que acudir a dichas normas generales para buscar la reparación del exceso de daño sufrido y no pagado con las costas.

La cuestión planteada en este pleito adquiere una modalidad más concreta y definida, en presencia de los artículos 274, 294 y 1021 del Código de Procedimiento Civil, al tenor de los cuales la temeridad del que pide un embargo y secuestro preventivo puede traerle consigo, en caso de vencimiento, no sólo la obligación de pagar las costas procesales, sino además la de **indemnizar de los perjuicios** que el embargo y secuestro puedan causar al demandado o a terceros, y en caso de insistencia en que esas medidas se mantengan, la temeridad trae consigo **una multa de diez a mil pesos** a cargo del ejecutante que insiste, y que se impone dentro del mismo juicio ejecutivo, al decidirse la articulación de desembargo a favor del legítimo tercer poseedor, como una sanción a la temeridad de la insistencia del ejecutante.

La sanción de la multa no existía bajo el sistema de la Ley 105 de 1890, y del artículo 374 del C. J. anterior, pero sí la de pago de perjuicios a cargo del ejecutante malicioso, deducida en acción separada y en desarrollo de la teoría general de resarcimiento de daños. Y de ahí que la Corte Suprema de Justicia, según la doctrina citada por el recurrente, decidiera en 1899 (G. J. N° 721, año XIV), que es obligación del que haya obtenido el depósito de los bienes de otro, en los casos de los artículos 374 del C. J. y 19 y 20 de la Ley 105 de 1890, de indemnizarle al dueño de los bienes depositados los perjuicios que éste pruebe le causó el depósito, porque con el secuestro puede acusarse daño al propietario, privándolo por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos; pero la citada jurisprudencia subordina la obligación del resarcimiento de daños a la **imprudencia** del peticionario que **no estuviera seguro del derecho** que pretendía afirmar con aquellas medidas, de manera que la responsabilidad siempre era **subjetiva**, aunque el daño era preciso demostrarlo a la vez como objetivamente realizado. Hoy subsisten los mismos pre-

ceptos sustantivos del C. C. que entonces interpretó la Corte, pero han variado las circunstancias procedimentales en que tienen aplicación. (Nuevo Código Judicial-1931).

El fallo materia del recurso no se aparta de las normas establecidas por los artículos 274, 294, 575 y 1021 del C. J. vigente, y 2356 del C.C.).

Considera que el ejecutante, lejos de haber insistido en el embargo y secuestro del almacén con temeridad, tuvo motivos suficientes para estimar que pertenecía al deudor Restrepo L., y por tanto para perseguirlo ejecutivamente; que los graves indicios de la simulación de la venta hecha por el deudor a sus hijos subsistían, al revisarlos en este nuevo juicio, como suficientes para explicar la creencia del ejecutante de que pertenecían todavía al vendedor; en seguida considera el fallo que los hijos del deudor, que demandan el pago de los perjuicios del embargo y del secuestro, no los demostraron, no probaron el daño que dicen haber sufrido. No está demostrado, pues, ni la temeridad, que es elemento subjetivo (artículo 1021 del C. J.) ni el daño mismo, que es elemento objetivo (artículo 2356 del C. C.).

Sobre esas dos bases se apoya el fallo absolutorio: falta de comprobación del daño o perjuicios, y de imputabilidad de la responsabilidad. Es verdad que el Tribunal no cita siquiera el artículo 2356 del C. C. en que ha podido apoyarse, pero tampoco lo desconoce. El Tribunal encuentra que al demandado no le es imputable el daño, caso de que éste se hubiere comprobado objetivamente, porque el abogado doctor Restrepo Moreno, como mandatario de su clientela la señorita Jaramillo, obró dentro de derecho al insistir en el secuestro de los bienes, es decir, que no abusó de su derecho, que se mantuvo dentro del ejercicio regular de su acción de acreedor a que se refiere el aparte 1° de esta providencia. Pero el Tribunal, al no dilucidar la cuestión como una simple aplicación del artículo 2356 del C. C., como un simple problema de responsabilidad civil, lo hizo dentro de la teoría más general del abuso del derecho, que comprende aquella cuestión de la responsabilidad por daño, y como una faz de ella suele presentársele ordinariamente.

En efecto, de las dos concepciones fundamentales sobre el abuso del derecho: la que investiga en cada caso el fin con que el derecho ha sido otorgado y el designio con que se ha ejercido, para que el Juez controle los móviles de su ejercicio y pueda

decidir si el titular ha obrado de un modo conforme con la destinación económica y social de ese derecho; y la que presenta el ejercicio del derecho como un deber moral bastante a impedirlo cuando la **intención de perjudicar** a otro es lo que resulta para el titular del derecho, sin utilidad para éste, caso en el cual el Juez está investido de un cierto poder para descubrir aquella intención; el Tribunal optó por esta última concepción clásica de la teoría, analizó las circunstancias en que el doctor Restrepo Moreno insistió en el secuestro, revisó las pruebas de la articulación de desembargo, encontró que él procedió con motivos suficientes que excluyen toda temeridad de la medida judicial en que insistió y aun consignó el siguiente aparte de su sentencia:

“Quien ejercita un derecho y obra de buena fe, merece protección, y con ese proceder no viola derecho ajeno, tanto más, como en el caso de autos, cuando fue esa súbita transformación del estado jurídico del almacén, como se deduce de la prueba aportada, lo que motivó el resultado del desembargo, y esto con la duda que ha quedado flotando de si real y positivamente la venta que el señor Restrepo E. les hizo a sus hijos Eduardo y Alberto fue real y no con miras indebidas” (folio 38, C. ppal.).

Persiguiendo esa misma **intención de perjudicar** y la utilidad o inutilidad de las medidas judiciales que tomó el apoderado de la acreedora señorita Jaramillo, el Juez de primera instancia informa también el sentido absolutorio de su fallo ante todo en la noción de falta de temeridad en la insistencia del secuestro. Dice en efecto el citado Juez:

“Como se ve, el doctor Restrepo Moreno, al insistir en el secuestro y embargo de la cacharrería, no obró temerariamente. Es cierto que resultó vencido en el incidente, pero las conjeturas que sobre la simulación del contrato logró establecer, demuestran que no hubo, por su parte, malicia ninguna, ni existió intención positiva de inferir injuria a los derechos de los señores Eduardo y Alberto Restrepo” (folio 26 vto. C. ppal.).

Agréguese que, como ya lo anotó la Corte en el hecho 9° de los pertinentes para dictar esta sentencia, correspondió dictar el fallo de primera instancia al mismo Juez que practicó el secuestro preventivo y que decidió también de la articulación de desembargo, en la cual se estudia principalmente la temeridad para el efecto de imponer costas y multa (artículo 1021 C. J.) y que ese funcionario tuvo así ocasión de

recapacitar a fondo sobre la temeridad de la insistencia, ocasión en que rectifica sus anteriores apreciaciones y concluye sentando en definitiva la tesis de la no temeridad, en párrafos transcritos atrás por la Corte.

Estas apreciaciones del Juez las acoge expresamente el Tribunal en el fallo recurrido (folio 38), de manera que fundan la parte resolutive, y si bien el Juez de primera instancia no menciona la teoría del abuso del derecho en que sí se apoya el Tribunal, es evidente que el pensamiento es el mismo en ambas providencias de indagar y perseguir a través de un auto la intención de perjudicar a otro para sancionar su ejercicio como abuso del derecho. Y como dentro de esa teoría palpita una faz de la responsabilidad civil, las consideraciones hechas por la Corte no responden a un medio nuevo en casación, como lo sostiene el opositor al recurso refiriéndose a la acusación del recurrente respecto del artículo 2356 del C. C.

El otro fundamento del sentido absolutorio del fallo acusado es la falta de comprobación del daño o perjuicios que dicen haber sufrido los señores Restrepo E., ya en las ventas, ya en el cierre del almacén mientras se verificó la diligencia de secuestro, ya, y especialmente, en el crédito comercial (hechos 10 y 11 de la demanda). El sentenciador es perentorio en su afirmación de la falta de prueba de esos daños, ora porque los testigos que hablan sobre perjuicios deponen sobre suposiciones y no sobre hechos, ora porque las que hacen los peritos también son apreciaciones personales sin respaldo en autos, y además porque encuentra reprobable y delictuosa la actuación de uno de los peritos.

Esta parte del fallo basta para sostenerlo y para estimar el recurso como ineficaz, pues conviene advertir que perduran en todo su valor afirmaciones tan concretas como la siguiente del Juez:

“Sea dicho de paso que el secuestro del almacén de los demandantes se llevó a cabo en una forma acorde con la mayor prudencia. No se suspendieron las ventas, pues el almacén no fue cerrado, y se pusieron todos los medios adecuados para impedir la difusión de la alarma que la diligencia pudiera causar”. (Folio 27, C. ppal.).

**En resumen:** El artículo 2341 del C. C. no era aplicable al caso del pleito y en no aplicarlo hizo bien el Tribunal, por no ser el hecho alegado como fuente de reparación de perjuicios, ni el delictuoso ni el culposo penal o civilmente que contempla ese precepto. El 2343 del mismo código, por refe-

rirse a los mismos casos de delito o culpa, tampoco pudo ser violado por falta de aplicación. La doctrina que entrañan estos preceptos no informa el derecho de la demanda, ni fue materia de debate en las instancias, y por tanto su alegación, aunque la Corte la contesta en el aparte anterior de esta providencia, es un medio nuevo ineficaz en casación. El artículo 2356 del C. C. sí era aplicable al caso del pleito, en que la temeridad de una actuación judicial se invocaba como la fuente de un daño imputable a malicia de otro para buscar su reparación. Y aunque el Tribunal no funda en ese precepto su fallo absolutorio, sí lo comprende dentro de la teoría que esboza de abuso del derecho, más comprensiva que la de mera responsabilidad civil, de manera que el estudio del cargo de violación de ese precepto, por falta de aplicación expresa, no constituye un medio nuevo eficaz en casación. Y no violó su contenido el sentenciador, porque no habiendo encontrado temeraria la actuación judicial, ni pudiendo serlo porque la no temeridad era cosa juzgada a su tiempo, faltaba la imputabilidad que exige ese artículo 2356; y porque dentro de la concepción que el Tribunal tiene de la teoría del abuso del derecho, halló que el demandado no tuvo la intención maliciosa de perjudicar a otro al usar de su derecho como litigante, sino que antes bien obró con motivos suficientes; sin el dolo y culpa lata que suponen los artículos del C. J. citados por la Corte en aparte anterior de este fallo. Y, finalmente, el fallo se sostiene por la falta de pruebas del daño, concepto no atacado en casación.

El sentido absolutorio del fallo no significa que la Corte rechace la teoría del abuso del derecho, ni que deje de ver en artículos como el 8º de la Ley 153 de 1887 y 2356 del C. C., suficiente base legal para la aplicación de tal teoría, que, por lo demás, desde el año de 1889 fue aplicada por ella (sentencia atrás citada).

Lo que ocurre es que los hechos invocados como base de la acción ejercitada en este juicio no constituyen abuso del derecho. Ni estudiando el asunto a la luz de la concepción clásica o intencional (presentada, en la doctrina, por Ripert, y en la legislación por el código alemán); ni estudiándolo a la luz de la concepción funcional (proclamada en la doctrina por Josserand y en la legislación por el código soviético), puede clasificarse este caso como abuso del derecho.

Por lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no infirma** la sentencia de fecha 25 de abril de 1934 proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente al Tribunal de su origen, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

**Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.**—El Conjuez, **Antonio José Montoya.**—**Pedro León Rincón,** Srio. en ppad.