

---

---

# **JURISPRUDENCIA**

---

---

# JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN

## II

### XIV. LA ACCION NEGATORIA O CONFESORIA DE SERVIDUMBRE DEBE TRAMITARSE POR LA VIA ORDINARIA Y NO POR LA ESPECIAL DE QUE HABLA EL ARTICULO 872 Y SIGUIENTES DEL CODIGO JUDICIAL

La señora Laura Ramírez demandó al señor Pedro Pablo Salazar, mediante los trámites del artículo 872 y siguientes del código judicial, a fin de que se declarara extinguida una servidumbre de acueducto que grava su predio en favor de la propiedad del demandado.

El Tribunal sienta que las demandas sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, se tramitan por vía especial. En cambio, las acciones confesorias o negatorias de servidumbre deben tramitarse por vía ordinaria. La diferencia radica en que la acción negatoria como la confesoria son simplemente acciones de condena, es decir se limitan a reconocer un estado anterior preexistente. Al contrario, las acciones de imposición, variación o extinción de una servidumbre son constitutivas, es decir, crean una nueva relación jurídica, la modifican o la extinguen.

Como la acción de la señora Ramírez es de orden constitutivo, según se deja explicado, ya que se dirige a extinguir un estado preexistente, puede tramitarse por la vía especial. (Auto de 25 de julio de 1941, proferido por el Magistrado doctor Rodríguez).

**XV. EN LA ETAPA DE LOS INVENTARIOS Y SIEMPRE QUE TODOS LOS HEREDEROS ESTEN DEBIDAMENTE REPRESENTADOS, PUEDE PEDIRSE LA VENTA DE BIENES EN PUBLICA SUBASTA PARA EFECTO DE PAGAR EL PASIVO DE LA SUCESION.**

El Tribunal en decisiones anteriores había sentado la norma de que la etapa de los inventarios no era el proceso propio para la venta de bienes relictos. El Tribunal, acogiendo una tesis de la Corte, cambia de parecer y así fue como en el juicio de Zoila Sarrazola, a petición del Síndico del impuesto de sucesiones y de algunos herederos y no obstante la oposición de otros, decretó la venta en almoneda del único bien relicto avaluado en \$ 3.500.00, a fin de pagar los impuestos que ascendían a la suma de \$ 28.44 y un pasivo de \$ 555.10.

El Tribunal ahija el mismo razonamiento de la Corte, que a continuación transcribimos:

“Desde antes del código hoy vigente se podía proveer por el recaudador del impuesto de sucesiones y antes por el Síndico del Lazareto a todos esos pasos y aun al remate de bienes, por sí solo, en la mira de hacer efectivo el impuesto. Además, si en este código figura hoy en el capítulo “PARTICION DE LA HERENCIA” el artículo 967, que es el relativo a remate, del propio modo la disposición correspondiente del código anterior (artículo 1292) figuraba en ese mismo Capítulo. Se observa desde luego que mientras rigió la disposición a que acaba de aludirse fue constante su aplicación en causas mortuorias aunque no se estuviese ya en la partición o sin que ocurriera formular o tener por válida una objeción por extemporaneidad”.

Aquel artículo (1967) comienza su inciso pertinente con esta frase: “Para facilitar la partición” y concluye: “puede pedirse al juez que, previos los trámites de una articulación, autorice la venta en pública subasta de determinados bienes”. Pero no debe olvidarse que el primer periodo de ese inciso contiene a más de aquélla, otra frase de la mayor significación. El dice: “Para facilitar la partición, o cuando ello sea necesario para pagar deudas hereditarias o testamentarias” (subraya la Corte). Y de estos dos motivos claramente se ve que el de mayor predicamento es el último, puesto que

el primero se refiere sólo a facilitar. Este fin no puede compararse en su trascendencia con el de pagar, a que la ley consagra singular atención insistentemente, como se ve en conocidas disposiciones tanto sustantivas como adjetivas de innecesaria cita aquí.

Es inadmisibles interpretar la ley en forma que por hallarse el artículo 967 en el Capítulo expresado y por comenzar su citado inciso con el transcrito complemento circunstancial (para facilitar la partición), quedara reducida la potestad, que en las más de las ocasiones es deber, de enajenar los bienes para pagar las deudas y que esa reducción fuera tal que a los herederos se les impidiese aprovechar oportunidades para un remate ventajoso tan sólo porque a la sazón la partición no estuviese adelantada o demandada; que por esto se les impusiese el pago de intereses demorándoles la manera de apresurar el de la deuda; que se les obligase a gestionar y costear la partición misma que en muchos casos la ley les evita, como por ejemplo, cuando el producto de los bienes se va en aquel pago y consiguientemente nada queda por partir, o por ejemplo también, cuando no hay sino un solo heredero y media decreto de posesión efectiva, caso en el cual para disponer él de los bienes este decreto le basta (C. J., artículo 968).

Si la ley vela por los acreedores a fin de que la efectividad de sus créditos no sufra por la muerte del deudor, si impone las concomitantes obligaciones a los herederos, si expresamente faculta a éstos y al albacea en su caso para enajenar los bienes relictos por ante el juez con ese fin, no se ve razón jurídica para entender la disposición adjetiva que provee a esa venta en forma que, apartándose de la realidad de la vida de los negocios, sacrifique la conveniencia y el interés de los acreedores y, sobre todo, de los mismos herederos.

Esa interpretación conduciría también a sacrificar el fisco o al menos a imponerle dificultades donde la ley brega por allanarle la vía, puesto que en muchos casos sólo enajenando bienes relictos es como una sucesión puede cubrir el impuesto. Obsérvese que esa enajenación ha de ser en remate y que si éste no pudiera verificarse sino dentro del incidente de partición, en manos de los herederos estaría evitarlo con sólo abstenerse de demandarla.

Es lo natural que sólo con previo inventario y avalúo de los bienes pueda procederse a un remate, ya que para éste son indispensables ciertos elementos que sólo con aquella diligencia se procura en forma fehaciente. Pero es muy distinto que por eso haya de exi-

girise también una previa demanda de partición, cuya inconducencia para aquel fin salta a la vista.

El Tribunal mira la posibilidad de que el incidente de inventarios y avalúos se surta sin los herederos y ve en esto un peligro para el caso de remate anterior a la demanda de partición, o por mejor decir, fuera del incidente de partición, en el cual todos ellos han de estar presentes. Ese peligro, esa posibilidad, esa contingencia será acertado considerarlos en su caso, pero de que puedan existir no cabe deducir la prohibición de rematar antes; ni menos puede deducirse la nulidad de un remate por el solo hecho de no haberse celebrado dentro del incidente de partición, aunque a pedirlo, decretarlo y hacerlo se procediera con intervención o presencia en juicio de todos los herederos, como sucedió con el que es materia del presente juicio, según el mismo Tribunal, que les desechó la pretensión de reputarlos ausentes por haberles renunciado el mandatario su poder. (Sentencia de fecha 17 de diciembre de 1938, Gaceta Judicial número 1943, página 471). (Auto del magistrado doctor Fidel Rodríguez de 28 de julio de 1941, juicio de sucesión de Zoila Rosa Sarrazola).

#### **XVI. SI SE HA EMPEZADO A POSEER A NOMBRE AJENO, NO PUEDE CAMBIARSE ESA CALIDAD POR ACTO ÚNICO DEL TENEDOR. LA PERENNIDAD DE LO PRECARIO.**

El Conde de Bourmont adquirió un bien raíz, sito en jurisdicción del Municipio de San Roque, en 1859. El señor Ramón Giraldo fue designado mayordomo de tal finca como así lo reconoció en 1904, pero este mismo señor Giraldo fue usurpando por partes aquel inmueble, y vendió a la compañía minera del Nare en 1927 y 1928 varios lotes. A pesar del lapso transcurrido, el Tribunal decretó la reivindicación estableciendo que un mero tenedor no puede cambiar por sí y ante sí su posición.

Dice tal proveído que el artículo 780 del código civil enseña que si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas y el 777, que el lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, por lo que al señor Giraldo le era imposible, por su simple voluntad, la intervención del título de ocupación, esto es, tornarse por su solo querer y mala fe, de mero tenedor o administrador en dueño de la cosa encomendada a su cuidado.

“Por más que las normas francesas sobre prescripción extraordinaria sean un poco distintas de las nuestras y, por lo mismo, inaplicables en un todo las transcripciones de sus expositores, lo jurídico es interpretar la circunstancia primera del artículo 2.531, acerca de interversión del título de ocupación, en una forma que consulte el artículo 777 precitado y la ética social, como hacen los autores chilenos, o sea, en el sentido de que un simple tenedor no puede por sí y ante sí mejorar su condición jurídica mudándose de tenedor en poseedor o dueño.

La perennidad de lo precario, según explica Josserand, consagrada en el artículo 777 de nuestro Código, impide la reversión del título en el tenedor, mientras no se hayan operado actos de parte de éste y del propietario, que cambien su situación jurídica u otras situaciones similares.

A este propósito, el profesor Alessandri Rodríguez, (tomo 2o., página 191): “Un título de mera tenencia no da lugar a prescripción alguna, porque la mera tenencia es indeleble y el que comenzó siendo tenedor, seguirá siendo tenedor, conforme a la presunción del artículo 719, inciso 2o. (780 del nuestro). Esto está conforme con el artículo 716 (igual al 777 nuestro), según el cual el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, porque nadie puede mejorar su propio título por un acto de exclusiva voluntad. La disposición del artículo 2.510, No. 3o. (igual al 2.531 del nuestro) no es sino una confirmación forzosa de los artículos 716, 719 y 730, porque nadie puede mejorarse su propio título, por obra de su exclusiva voluntad; de manera que el tenedor no puede llegar jamás a ser poseedor, por un acto propio de su voluntad. El cambio de tenencia en posesión, en este caso, sería meramente subjetivo, es decir, dependería de la voluntad del tenedor, del cambio de su ánimo y la ley no puede acatar este cambio de ánimo. No obstante esto, pudiera creerse que el artículo 2.510 contiene una excepción del artículo 716. Sin embargo, dados los términos de uno y otro artículo, podemos decir que no hay tal excepción y que el artículo 2.510, lejos de ser una excepción al artículo 716, es su más amplia y clara confirmación, porque si bien es cierto que el artículo 716 dice que el lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, también es cierto que el artículo 2.510 señala un caso en que la tenencia se muda en posesión; pero este cambio no se opera por el simple lapso de tiempo, sino con la concurrencia de otros hechos que no dependen de la sola voluntad del tenedor. Si tal cambio se opera, es porque

se han realizado actos de parte del tenedor y del propietario que cambian por completo la situación jurídica de ambos”.

(Sentencia de 27 de junio de 1941, Magistrado Ponente doctor Germán Orozco Ochoa, juicio del Conde de Bourmont contra la compañía minera del Nare).

### **XVII. LA ACCION CIVIL POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR DELITO O CULPA PURAMENTE CIVIL NO ESTA SUJETA A PRESCRIPCION DE CORTO TIEMPO, A PRESCRIPCION TRIENAL, SINO VEINTENARIA.**

La señora Sofia Serna demandó a Francisco Antonio Alvarez por los perjuicios sobrevenidos por la muerte de su hijo Libardo Serna, ocurrida por causa del desprendimiento de la cornisa de un edificio de propiedad del demandado. Tal accidente ocurrió en 1936 y la demanda apenas se estableció en mayo de 1940. El demandado alegó la excepción de prescripción trienal, pero el Tribunal la desestimó. Dice así:

“Históricamente la acción civil por daños y perjuicios estuvo sujeta a prescripción de corto tiempo. Así el proyecto de don Andrés Bello decía textualmente que las acciones por daño o dolo prescribían en dos años, contados desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo; pero que en todo caso podría oponerse una prescripción de cinco años (artículo 2.496).

De acuerdo con el código chileno, a decir de Barros Errázuriz, las acciones civiles derivadas de un daño o dolo; trátese de delito o cuasidelito, prescriben en cuatro años; y respecto de las faltas, en seis meses.

Pero estos principios fueron desatendidos por el legislador nuestro, porque el artículo 2.358, en su inciso primero, se refiere a los delitos y cuasidelitos punibles, fijando para las acciones públicas y privadas un mismo lapso de prescripción. De esta manera conságranse variados términos para la prescripción, los cuales podrían oscilar, según el código penal antiguo, desde dos a cuarenta años y según el nuevo, de cinco a treinta.

El segundo inciso de este mismo artículo 2.358 no es aplicable en ningún caso contra las personas directamente responsables de un

daño que constituye un delito o un cuasidelito puramente civil. Interpretese tal inciso como lo sugiere el doctor Fernando Vélez o sea, en el sentido de que se refiere como el inciso primero únicamente a culpas y delitos punibles, o interpretese en el sentido estricto o literal, en cuyo caso esa prescripción de corto tiempo sólo cubija a terceros, en ningún caso, hay margen para decidir que rija como regla general la prescripción de tres años para las faltas puramente civiles.

Dice Fernando Vélez que el artículo 2.358 parece que sólo trata de la prescripción de daños originados de delitos o culpas que castiga el código penal. Por tanto si el daño proviene de actos no punibles como de descuidos o negligencias, en los casos de los artículos 2353 a 2357, la prescripción debe regirse por las reglas generales del Derecho (artículos 2535 y siguientes).

Don Fernando omitió citar los casos contemplados por el artículo 2350 relativo a la responsabilidad del dueño de un edificio por los daños que ocasione su ruina, y el 2351, disposiciones que igualmente pertenecen al grupo de las reglas de responsabilidad por el hecho de las cosas, de acuerdo con la doctrina de nuestra Corte.

El concepto de terceros tratándose de responsabilidad, lejos de ser vago e impreciso, como ocurre cuando se habla de actos jurídicos, tiene una fisonomía definida y concreta. El artesano maestro o director será tercero responsable de los actos del aprendiz; el comitente un tercero responsable de los actos del mandatario.

Este silencio de la ley en materia de prescripción para las acciones originadas por dolo o culpa puramente civiles, conduce a sentar que quedan sometidas a las reglas generales.

En esta materia de prescripción, el código nuestro desatendió las innovaciones chilenas y prefirió seguir el derecho francés. Dicen los hermanos Mazeaud que al lado de las excepciones al principio de la prescripción treintenaria de la acción por responsabilidad, hay una que merece especial mención por su importancia y las dificultades que comporta. Es el caso en que la falta reúne los elementos constitutivos de una infracción, en que la acción civil prescribe en los mismos términos que la acción pública. Al tenor de los artículos 637, 638 y 640 del código francés de instrucción criminal, la acción pública y la civil prescriben simultáneamente o sea a los diez años, si ha habido crimen, tres años, si ha mediado delito y uno, si sólo ha existido contravención.

La prescripción penal es aplicable siempre que el demandante

con acción civil se queje de un daño causado por una infracción. En cambio, la acción civil debe triunfar cada vez que el juez civil puede motivar su indemnización sin constatar la infracción prescrita. La acción civil ha estado sometida a la prescripción de la acción pública para evitar el escándalo que resultaría de la constatación de una infracción que se ha quedado impune. Siempre que el juez civil pueda evitar esa constatación, la acción privada queda sometida a la prescripción treintenaria (Mazeaud, pág. 239, tomo III).

La Corte de Casación francesa ha ido más allá. Sostiene que la prescripción penal consagrada por el Código de Instrucción Criminal se aplica a las acciones civiles cuando quiera que tiene como base exclusiva un delito o una contravención, pero no cuando tiene su principio en un contrato anterior o en una disposición de derecho civil. Esta norma jurisprudencial no ha sido acatada por la doctrina ni por los Tribunales franceses.

Se pudiera argumentar que si las acciones penales pueden prescribir en un corto tiempo, ya de dos años de que habla el anterior código penal, ya de cinco de que habla el código penal vigente, con mayor razón las acciones puramente civiles en que la falta debe ser mucho más leve cuando quiera que el legislador no la ha sancionado con una pena. Resulta paradójal que una acción civil con fundamento en una falta ligerísima esté sujeta a una prescripción de largo tiempo, y en cambio la acción de perjuicios derivada de una contravención, un delito o un crimen, pueda extinguirse por el transcurso de un término corto.

Pero precisamente esta objeción se apunta como crítica a los textos. Esta injusticia está aun más marcada, cuando en el caso de los daños recíprocos, el uno, derivado de una causa civil y el otro de un delito, la prescripción penal puede consumarse, al paso que la civil, no.

Esta duda desaparece por la consideración ya hecha de que sería escandalosa la constatación de una infracción imposible de castigar. De otro lado, el interés de derecho público se impone sobre el interés privado.

Sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas y los animales, sientan los hermanos Mazeaud, en relación con la prescripción: "el mismo motivo nos lleva a descartar necesariamente la prescripción penal para todas las acciones por responsabilidad, delictual o contractual, fundada sobre el hecho de las cosas animadas o inanimadas. El demandante no justifica ciertamente su acción

por una infracción: el juez ciertamente no tiene que constatar una infracción para motivar su condenación. Basta para que la acción prospere que el perjuicio haya sido causado por la cosa o el animal que están bajo la guarda del demandado. Este no es admitido a probar que él no ha cometido ninguna falta. Tiene culpa por el solo hecho de haber faltado a su obligación de guarda. Sin duda que dejando escapar a su guarda la cosa o el animal y causar el daño, el demandado bien ha podido cometer una infracción, como el chofer cuyo carro arrolla un pasajero. De esta manera se ve muy claro por qué no tienen que andar parejas la prescripción de la acción civil con la infracción, porque ésta bien puede no efectuarse.

La indemnización nacida de un accidente en que se considere culpa extracontractual, en que, por otra parte, no se den los elementos suficientes para caracterizarse un verdadero delito o cuasidelito penal, se convierte en un mero crédito, que como tal se rige por el derecho común y que sólo interesa de manera privada a las partes.

(Juicio de Sofía contra Francisco Antonio Alvarez, sentencia del Magistrado doctor Rodríguez de 9 de julio de 1941).

**XVIII. LOS PERJUICIOS MORALES AL PAR QUE LOS MATERIALES DEBEN INDEMNIZARSE PLENAMENTE. LA REPARACION DE LOS PRIMEROS NO EXCLUYE LA DE LOS SEGUNDOS. ES EL JUEZ QUIEN DEBE FIJAR A SU ARBITRIO LOS PERJUICIOS MORALES. EL TRIBUNAL FIJO ESOS PERJUICIOS SIGUIENDO LA CORTE, EN QUINIEN- TOS PESOS. TRATABASE DE LA MUERTE DE UNA PERSONA QUE TENIA EL CARACTER DE MADRE Y ESPO- SA DE LOS DEMANDANTES**

El Tribunal Superior había sentado, acogiendo una teoría de la Corte, que cuando había lugar a reparación de perjuicios materiales, se excluía la indemnización de los perjuicios morales. (Sentencia de fecha 27 de julio de 1940, juicio de Joaquín Cifuentes contra el Municipio de Medellín). Salvó su voto el Magistrado doctor Rodríguez, en los siguientes términos:

“El fallo ordena la reparación de los perjuicios materiales o pecuniarios sobrevenidos a los demandantes, pero no tiene en cuenta los perjuicios de orden moral, el dolor, el sufrimiento psíquico, la honda tristeza de los padres ancianos por la muerte del hijo. Se ha

hecho la tasación del rendimiento económico que representaría la vida del hijo, considerado como elemento de producción, como factor de riqueza, como se avalúa una industria, una mina, una vaca. Se ha hecho una reparación de daños pecuniarios, pero dónde está la satisfacción integral de los damnificados, el llamado *pretium doloris* de los latinos.

Mis compañeros de sala se han dejado influenciar por la doctrina alemana. Yo reparo que la doctrina germana obedece a que el legislador de manera expresa ha prohibido la indemnización de perjuicios morales para los miembros de familia (artículos 844 y 845).

Nuestro estatuto civil es bien distinto en este particular a la abundante legislación germánica. El código nuestro es similar al francés que sólo habla de que todo aquel que ocasiona un daño debe repararlo. Creo que la doctrina francesa o en todo caso la latina está más acorde con nuestra juridicidad.

Me haré un poco extenso precisamente por el respeto que debo a mis compañeros de sala, respeto que me obliga a fundamentar debidamente mi salvamento que si no obedeciera a un sentimiento de convicción demasiado arraigado, no se justificaría frente a la autoridad de la mayoría.

Entre las acciones penales de los romanos descuella la *actio injuriarum* que tenía por objeto proteger la personalidad contra ataques intencionados y antijurídicos. Esos ataques podían afectar directamente la persona del lesionado ofendiendo su honor, menoscabando su libertad o dañando su cuerpo, o también podían realizarse indirectamente sobre ciertos derechos, principalmente de orden patrimonial.

La acción de injurias tenía por primordial función indemnizar el daño patrimonial ofreciendo una satisfacción al perjudicado por los disgustos sufridos, las vejaciones y el mismo interés de afección.

El derecho alemán a pesar de la recepción del derecho romano, se mostró reacio a la satisfacción de los perjuicios morales, y sólo conservó la llamada indemnización *pecunia doloris* que arranca desde la ley Carolina y la "acción de estupro".

El derecho inglés sigue un sistema similar al alemán, aunque se contemplan casos de verdadera anarquía. A veces permite la indemnización de perjuicios no patrimoniales, en otras no. Entre éstas, el caso precisamente de la muerte del padre, los hijos o el cónyuge. Los doctrinantes ingleses hacen una distinción en cuanto a perjuicios: perjuicios nominales y perjuicios sustanciales. Por daño nomi-

nal se entiende aquel del cual puede hablarse, pero que no puede ser apreciado en cantidad (a sum of money that may be spoken of, but has not existence in point of quantity).

El código austriaco limitó a los campesinos y clase media, la acción de indemnización de perjuicios morales.

En cambio la doctrina francesa siguió una trayectoria mucho más amplia y razonable. Trataremos de desarrollarla guiándonos sobre todo por la colosal obra de Mazeaud, puesta en boga por nuestra honorable Corte de Justicia (*Traité de la responsabilité civile et delictuelle*, páginas 322 a 330).

Escriben los hermanos Mazeaud que el código habla de que todo hecho del hombre que causa a otro un perjuicio, da lugar a reparación. El texto está concebido en términos demasiado genéricos: un perjuicio. Puede por tanto ser moral o pecuniario. En el discurso de Tarrible al Cuerpo legislativo, hablando del artículo 1382 del código civil francés, el orador decía que esa disposición comprende en su latitud más basta todo género de daños. Sin embargo se admite que los redactores del código no soñaron en los perjuicios morales. El estudio de los trabajos preparatorios deja esa impresión, pero como el legislador empleó una fórmula demasiado general, no hay razón para excluir los perjuicios extrapatrimoniales.

Meynial y Esmein sostienen que no hay lugar a perjuicios morales sino cuando ocasionan un perjuicio material. Aubry y Rau admiten la reparación moral distinta de todo perjuicio pecuniario, cuando el daño moral ha sido causado por una infracción penal. Magin, Laborde, Trebutien distinguen entre la parte social del patrimonio, moral: atentados contra el honor y la reputación; y la parte afectiva de ese patrimonio, es decir, los atentados contra los sentimientos de afección. Ellos admiten una reparación en el primer caso, y la desechan en el segundo. Se fundan en que los atentados contra el honor entrañan casi siempre perjuicios pecuniarios, en cambio, los atentados contra los sentimientos afectivos, no. También se dice que los atentados contra el honor pueden traducirse en dinero, en cambio, los otros, no.

La teoría de los que niegan de manera absoluta la reparación moral se funda en que la indemnización tiene por objeto borrar el perjuicio, reparar en lo posible las cosas a su estado primitivo. Ahora: cómo se pretende que con dinero se restablezcan las cosas a su estado primitivo; cómo lograr con una suma de dinero compensar una difamación odiosa, o el dolor causado al padre por la muerte

de su hija. El mal está hecho. El patrimonio pecuniario podrá restablecerse y aumentar, pero no el patrimonio moral. De otro lado, habría algo de inmoral y anticristiano tratar de tasar en dinero tales daños. Cómo se tasarían. La condenación graduada según la importancia de la falta y no la del daño sería una verdadera pena privada y vendría a confundirse nuevamente la responsabilidad civil con la penal. Según esto, el juez civil no va a reparar, va a imponer una pena.

Pero debe observarse que el dinero es capaz, al menos en ciertos casos, de compensar completamente o al menos en parte, un perjuicio aunque no tenga carácter pecuniario. Una suma de dinero permitirá, por ejemplo, a quien ha padecido un sufrimiento no disminuir su capacidad de trabajo, dirigirse a un médico cuya ciencia pueda aliviarle. La inserción en un periódico de la retratación de una difamación pagada con el dinero de la reparación, puede atenuar las consecuencias de la difamación.

Es cierto que el dinero no puede volver las cosas a su situación anterior. Pero el hecho de que no pueda repararse en un sentido estricto no excluye la indemnización. Quienes dicen que la indemnización tiene por objeto reparar el daño, refiriéndose a que las cosas deben restituirse a su estado anterior, tienen un concepto demasiado restringido de la reparación. Para ellos reparar significa reponer las cosas a su estado; hacer desaparecer el perjuicio, reemplazar aquello que ha desaparecido. Pero si esto fuese así, entonces la reparación en muy pocos casos podría obtenerse. Cómo reparar la vista a un ciego; cómo suprimir las consecuencias de un incendio que ha consumido una casa. Reparar aquello sería solamente obra divina. Pero el hombre es llevado a contentarse con un equivalente. El equivalente más apropiado es, en general, el dinero, porque con el dinero la víctima tiene un campo de acción ilimitado. Es cierto que el dinero no lo puede todo, pero es la manera más eficaz de reparar el perjuicio en el verdadero sentido del término. Reparar no es rehacer lo destruido. También es dar a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes y ella es libre de buscarlas donde le plazca.

No puede ponerse en duda que en ciertos casos, como en el sufrimiento psíquico, puede encontrarse un equivalente en un viaje o distracción que se procure la víctima con la suma de dinero que le pague el victimario. Para algunos como Demogue parece aberrante que se trate de reparar con dinero el dolor del padre privado de

su hija, o del marido engañado, pero esta duda es un resto de interpretación viciosa dada a la palabra reparar. Ciertamente que el dinero no sería capaz de borrar ciertos dolores, aun procurando las diversiones más elevadas, pero no se trata de esto, de suprimir el pasado. Se trata solamente de encontrar un equivalente, de colocar en el patrimonio moral un elemento activo igual a aquel que se ha destruído, y esto lo puede siempre el dinero.

La última objeción se refiere a cómo el juez fijará una cifra. Será preciso estimar la falta y no el daño? Será hacer de una condenación civil una pena privada? Pero es lo cierto que el juez se encuentra frente al mismo inconveniente cuando va a estimar los perjuicios sufridos por quien ha perdido la vida. Hay necesidad de contentarse con una solución imperfecta, sin desechar la reparación porque no haya medio satisfactorio de apreciarlo. Hay que dejarlo a la decisión del juez, quien juzgará de manera equitativa y humana (*ex equo et bono*): Sería más injusto privar a la víctima de un resarcimiento por miedo a la arbitrariedad del juez, cuando ha de saberse que éste como tal debe ser hombre de buena fe, inspirado en las virtudes de la equidad, de la caridad universal.

Aceptan la reparación moral tratándose de delitos y cuasidelitos Colin y Capitant, Planiol, Ripert, Esmein, Jossierand, Beudant, Baudry Lacantinerie, Sourdat, Cardenat, Ricci, Ganot.

Así lo ha aceptado igualmente la jurisprudencia francesa. Es cierto que el Consejo de Estado de Francia parece decidido a no tener en cuenta sino el perjuicio pecuniario, o al menos, a rehusar toda reparación de daño moral, cuando este daño se presenta solo, cuando no hay lugar a un daño material.

La Corte de Casación no vacila, al contrario, en conceder acción a la víctima de un perjuicio moral. Su jurisprudencia fue fijada mediante sentencia de 1833, dictada de acuerdo con el procurador general Dupin. Este señalaba con vehemencia la injusticia que entraña la tesis que rehusa el pago de los perjuicios morales, según la cual quien mata a un anciano que está al cuidado de su hija, no solamente no debe a ésta ningún perjuicio moral, sino que la ha librado de una carga, le ha prestado un excelente servicio. Las Cortes de apelación vacilaron en seguir la Corte Suprema, pero posteriormente de manera unánime rehusaron hacer distinción entre los perjuicios pecuniarios y morales. Así se han amparado los derechos de familia, como la patria potestad, la potestad marital, el honor, los sentimientos de afección, las convicciones religiosas, las ideas morales.

Es verdad que en ciertos casos, los Tribunales optaron por una condenación platónica, ínfima, como compensación del perjuicio moral. Esto se acepta para cuando la víctima se contenta con una simple reparación de orden igualmente moral, pero no cuando pide algo más.

¿Tendrían acción para pedir reparación del dolor, el cónyuge, los ascendientes, descendientes, cuñados, cuñadas, suegros, yernos, nueras? Este ha sido otro escollo de la reparación **pretium doloris**, pero ha de saberse que todo aquel que haya experimentado un profundo dolor por el daño tiene derecho a resarcimiento. Ese dolor debe ser profundo, porque de lo contrario no implica daño. Ese dolor se presume en los padres, los hijos, la cónyuge. No necesita demostración. Es hecho que incide dentro de las presunciones de hombre (*presumptio hominis*, presunciones judiciales).

Interminable me haría aduciendo la parte pertinente que sobre perjuicios morales trae Lalou. Habla él de varios casos de reparación por la muerte de infantes, y personas que no representan provecho económico alguno.

El código suizo en su artículo 49 sienta que el que sufre un atentado ilícito en sus intereses personales puede reclamar en caso de culpa (delictual o cuasidelictual) daños y perjuicios y además una suma de dinero a título de reparación moral cuando ésta se justifica por la gravedad de los perjuicios sufridos y de la culpa. El código polaco (artículo 166) igualmente concede acción de perjuicios a los parientes más cercanos por concepto de satisfacción en caso de muerte.

La jurisprudencia belga registra el caso (Tribunal de Casación de Bruselas, de 17 de marzo de 1881 confirmatorio de un fallo del Tribunal de Apelación), en que el padre de una muchacha muerta en un accidente ferroviario recibe la cantidad de tres mil francos como indemnización por el perjuicio material, más diez mil francos y mil francos para cada uno de los hermanos, en concepto de daño moral. El Tribunal de Apelaciones de Luxemburgo condenó a los culpables de la muerte del padre a indemnizar a sus hijas jóvenes no sólo el daño moral producido por el dolor de la muerte, sino el perjuicio que les causa el privarlas para siempre de la dirección y consejo del padre (de la direction et l'influence salutaire du chef de famille).

En Italia se ha seguido una trayectoria análoga. Así se han a-

signado indemnizaciones por la muerte de una persona amada, y por "la fine deploravole d'un capo di famiglia".

Entre nosotros, el código se limita a decir, como el francés, que quien ha inferido un daño a otro (por delito o culpa) es obligado a la indemnización. El Código Penal nuestro hace alusión a reparación de perjuicios morales en forma expresa. La jurisprudencia ha aceptado asimismo ampliamente la teoría de los perjuicios morales. Nuestra misma Corte cita a Nicolesco y reproduce de él los conceptos de que el dinero constituye el único medio de reparación. El dinero llena una función de equivalencia cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, o una función puramente satisfactoria cuando se trata de un perjuicio no patrimonial. Bien entendido que no serán reemplazados el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero haciéndolos menos sensibles, borrando si ello es posible, las consecuencias de esas sensaciones; no colocando al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí abriéndole una nueva fuente de alivio y bienestar. Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que ha experimentado.

Asimismo nuestra Corte cita una jurisprudencia de 1929 del Tribunal de París en que se reconoció que los perjuicios morales y materiales estaban mezclados. "... en caso de accidente mortal acaecido a un hijo, el pesar que sus padres experimentan y los gastos funerarios que estos se ven precisados a realizar, así como también la privación de una posible ayuda o socorro más o menos próximo" (véase Gaceta Judicial número 1926, páágina 384).

Tal es el salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez a la sentencia referida; pero posteriormente el Tribunal cambió de parecer y en sentencia de 23 de julio de 1941 sostiene que deben indemnizarse simultáneamente los perjuicios morales y materiales. Se trataba de un juicio de José Abel Posada, María de la Columna, María de los Angeles y Carmen Emilia Posada contra el Distrito de Medellín sobre perjuicios causados por la muerte de la señora María del Carmen Pizarro, cónyuge y madre respectivamente, muerte ocurrida cuando viajaba en el tranvía de propiedad del municipio. Actuó como ponente el Magistrado doctor José Manuel Mora Vásquez. Cabe anotar que el cambio jurisprudencial operado por el Tribunal coincide con una determinación igual de la Honorable Corte, como puede verse de la sentencia proferida por esta entidad el 20

de junio de 1941. Se transcribe a continuación la tesis de la Honorable Corte (Magistrado ponente doctor Hernán Salamanca).

“Perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama **patrimonio moral** de una persona. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en **perjuicios morales propiamente dichos** que son los que afectan la “parte social del patrimonio moral”, como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en **perjuicios de afección** que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. Ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar; la última, fundada en un mero interés sentimental o de afecto, que Jossierand llama **pretium doloris** y que Ripert combate por considerar inconveniente e inmoral ponerle precio al dolor, se admitió por la Corte, a pesar de la evidente dificultad para su apreciación que siempre resulta arbitraria y a pesar de que carece de naturaleza compensatoria, desde el año de 1922 en sentencia de 21 de julio, en la que estableció que para la fijación del **quantum** debe tenerse en cuenta la posición social de los interesados, el grado de su cultura y la magnitud del pesar causado.

“En todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que se demande, para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio.

“El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinitud de formas y grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los jueces, si no se determina y adopta algún criterio diferencial que sirva para definir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y los autores.

“No se puede decir en forma absoluta y general, como lo afirma el recurrente, haciendo referencia a una sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, que “cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción de los perjuicios morales”, porque tratándose de dos fuentes o causas de indemnización diferentes y diferenciables por su origen y su naturaleza, pueden coexistir y dar lugar y base a la reparación separada por cada uno de los daños, el material, y el que afecta directamente el patrimonio moral, en alguno de los elementos que legítimamente lo integran (el honor, la reputación, los afectos, las creencias, el pensamiento), pero siempre que haya bases probatorias que sirvan para estructurar independientemente cada uno de esos detrimentos jurídicos”. (G. J. tomo 2 pág. 795).

El caso que hoy ocupa la atención de la Corte puede ilustrar como ejemplo esta posibilidad jurídica de la coexistencia de las dos especies de daño y su reparación separada; el perjuicio patrimonial representado en una suma equivalente al apoyo pecuniario que los padres demandantes dejaron de recibir por causa de la muerte culposa de su hijo Juan de Dios Cifuentes, a cuya apreciación se refirió el aparte anterior de este fallo, y el detrimento—dolor de amor filial, podría decirse—que les causó la muerte de su hijo en las trágicas condiciones ya recordadas, y para cuya demanda les confiere personería el establecimiento procesal de sus vinculaciones de sangre con la víctima.

El problema que frecuentemente se confronta en los juicios en que se busca hacer efectiva la responsabilidad civil originada en un daño moral consiste en la dificultad que generalmente ofrece la evaluación en cifra numérica del perjuicio, la determinación de su cuantía para los efectos de la condena a su reparación, dificultad que varía y es mayor o menor según las diversas formas y peculiaridades que puede asumir el daño moral. Desde este punto de vista estrictamente probatorio ha establecido la jurisprudencia una división del perjuicio moral, en objetivado, que es el susceptible de concretarse probatoriamente en detrimentos patrimoniales sin perder su naturaleza original, e inobjetivados, que son aquellos que por permanecer en el campo estrictamente espiritual no pueden traducirse o representarse en deterioros patrimoniales que

den base cierta y apreciable para su evaluación, que por este motivo tiene que ser irremediabilmente arbitraria. En varias decisiones de la Sala de Negocios Generales de la Corte, de muy reciente data, se ha expuesto esta teoría. De la fechada el 23 de abril del año que corre se copian los siguientes pasajes atinentes al punto que se considera:

“Parece que la falta de una diferenciación, necesaria e indispensable, entre las diversas clases de daño moral, según la naturaleza de éste, ha llevado confusión a las exposiciones de los tratadistas, por entender a veces el intérprete a la luz de aquéllas que allí se generaliza un concepto sobre todas las clases de daño moral. Esa generalización, que no es fundada filosófica ni jurídicamente, produce oscuridad y dificultad en el examen del asunto. Como no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas para hacer su valoración tampoco son las mismas en todos los casos. Conviene detenerse en el estudio de este asunto, para ilustrar el criterio que debe regir la estimación del perjuicio moral.

“Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

“El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la “parte social del patrimonio moral”, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y repercusiones objetivas del daño moral. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño este inestimable pecuniariamente, y puede recibir también un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio debido a su inhibición para el trabajo que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas porque la pérdida de su crédito le trastorna su negocio. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena naturales a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflitivo o depresivo, una merma o disminución de sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan sus

esfuerzos y afecten consecucionalmente su patrimonio.

“El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito causada por la difamación o por su inhibición para el trabajo; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado.

“Estas diferencias, en lo tocante a la indemnización por el daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas según el género del perjuicio. Las repercusiones objetivas del daño moral han de indemnizarse siempre aplicándose las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objective y concrete, y por esa vía se llega a la reparación debida. En esta categoría cabe la mayor parte del daño moral; muchos casos de perjuicios de esta clase se comprenden en ella, y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación..... De conformidad con esta definición del daño moral admitida por los más admirados expositores, hay perjuicio moral cuando se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento. Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, y no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral hay daño moral; si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material. De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por el ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecucionalmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda esa gama consecucional del daño moral es perjuicio moral, aunque se presente en forma objetivada.

Debe observarse que hasta aquí el campo recorrido para la determinación del daño es cierto, seguro y no arbitrario.

No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo. Es la pena misma, el dolor, el sufrimiento en el sujeto pasivo del daño lo que se considera. Hay en tales circunstancias un daño cierto, evidente, producido por el agente responsable del acto delictual o culposo.

No puede negarse que en las hipótesis ya vistas, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afección, en un orden subjetivo únicamente, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, en forma que adolece de generalidad, pero que son adecuadas e inobjectables cuando se trata de ese género de daño moral. Si se quisiera medir esa pena para evaluarla habría que llegar, como único medio para hacerlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a lograr ese objetivo sería ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica, compleja y múltiple de los agentes receptores del perjuicio moral.

Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por eso, si de reparación del daño moral se trata, ha de admitirse que como tal no es posible lograrla sino en la medida de su objetivación.

En la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque la estimación social y pública no es artículo de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por la lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el **pretium doloris** para compensar económicamente el daño subjetivo es aceptar un absurdo en lo moral y en lo jurídico. Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llama Jossierand y con él otros expositores.

Tal criterio de la satisfacción por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto por la ley colombiana, en relación con

la especie de daño de que ahora se trata. En efecto, al decir el artículo 95 del código penal que "cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos", parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no la daría el dictamen de terceros, sino la estimación del propio lesionado, ya que el daño moral subjetivo resulta en realidad de la receptividad de la víctima, como lo observa Ripert. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante el criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuera completa, debería basarse en la estimación del lesionado. Mas si éste rigiese, el **quantum** de la indemnización sería el que por aquél se señalase y no se hallaría limitado a la suma que fija la ley. Sin embargo, el sistema colombiano es el que mejor armoniza con las concepciones más recientes del derecho y de los principios que dentro de él inspiran la reparación del perjuicio. Como ella no puede alcanzarse en forma completa y aplicando las reglas ordinarias para la fijación del monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha dicho, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho, ya que en el fenómeno jurídico que se analiza, como con propiedad lo anota Demogue, la indemnización representa "una necesaria afirmación de la injusticia cometida más que la reparación del quebranto causado al derecho de la víctima, puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación". Por ser procedente la **satisfacción** de que se habla, y no la reparación común y completa establecida en la ley civil como norma general para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley nacional, es también acertado. Y queda, finalmente por considerar en la norma legal a que se alude, la forma de disposición al arbitrio del juez, que allí se establece, en orden al señalamiento del **quantum**. Este procedimiento es el aconsejable para estos casos, en que, dentro de una suma reducida, podrá el juez apreciar si las circunstancias del lesionado imponen la entrega de la cantidad total o de una parte o si ellas permiten o indican como mejor la mera condenación simbólica aplicada en algunas ocasiones por ciertos tribunales, en una cantidad ínfima, que generalmente es la unidad más pequeña en la moneda respectiva, pero con cuya condenación se obtiene el propósito que se quiere alcanzar, según queda explicado.

Dedúcese de lo dicho que la ley patria que establece la indemnización del perjuicio moral subjetivo ha introducido en nuestro derecho positivo una reforma que traduce las más modernas concepciones jurídicas y que marca una evolución saludable en el campo complejo y arduo de la responsabilidad civil por delitos y las culpas.

Resumiendo lo dicho en este capítulo sobre perjuicios morales, se tiene que ellos deben repararse, en general, mediante su objetivación; y que para el daño no objetivable se admite una pequeña satisfacción pecuniaria que se gradúa prudencialmente por el juez según las circunstancias de cada caso, dentro de la cuantía señalada en el artículo 95 del código penal".

También es de interés destacar la fijación hecha por el Tribunal en la sentencia de los perjuicios morales sufridos por los demandantes, en la suma de quinientos pesos. Recuérdese que la extinta tenía el carácter de esposa y madre.

## **XX. EL MANDATO PARA ENAJENAR O CONSTITUIR DERECHOS SOBRE BIENES RAICES DEBE OTORGARSE POR ESCRITURA PUBLICA.**

El Tribunal acoge la tesis chilena (Barros Errázuriz y Alessandri Rodríguez) de que el mandato para vender o comprar bienes raíces debe constituirse por escritura pública. El consentimiento para vender o comprar bienes inmuebles debe expresarse en forma solemne, como que el contrato es solemne. La ley exige la solemnidad en interés público y de las partes mismas. El legislador quiere llamar la atención de los otorgantes y es natural que si el mandante pretende celebrar mediante su mandatario un acto solemne, manifieste de la misma manera su intención al conferir el mandato. (Sentencia de 10 de agosto de 1940, juicio de Aureliano Vélez contra Elisa González. Ponencia del Magistrado doctor Rodríguez).

**XXI. EN LOS JUICIOS DE LANZAMIENTO DE ARRENDATARIO O DE TENEDOR A TITULO DISTINTO SI EL DEMANDADO NO SE OPONE, SI NO CONTESTA LA DEMANDA, POR EJEMPLO, LA SENTENCIA SERA NECESARIAMENTE CONDENATORIA. LA CONTUMACIA O RENUENCIA A COMPARECER EN JUICIO NO ESTA SANCIONADA DENTRO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. SIN EMBARGO HAY EXCEPCIONES.**

The Carmen Valley Gold Mines Limited demandó en juicio de lanzamiento al señor Alfredo Alvarez respecto de un lote de terreno que le había entregado mediante contrato de aparcería. No se fijó plazo para el contrato. El señor Juez absolvió diciendo que el demandado no había sido desahuciado ni se había demostrado de manera alguna la terminación del contrato. El Tribunal revocó diciendo que como el demandado no se había opuesto a la demanda, el Juez no tenía otro camino que sancionar esa renuencia o rebeldía.

No puede decirse—sostiene el Tribunal—que en derecho colombiano rija el principio de que si el demandado no contesta la demanda debe tenerse por confeso. La contumacia se sanciona en el derecho canónico (el que calla otorga) y en legislaciones modernas como la italiana, según la cual si el demandado no contesta la demanda, la sentencia se dicta de acuerdo con las pretensiones de la parte instante. Entre nosotros, si el demandado no contesta la demanda no por eso se entiende que asiente a que se dicte la sentencia de acuerdo con la demanda. Sin embargo, hay excepciones como cuando el demandante fija la cuantía de una obligación exigible pero indeterminada, si el demandado no la objeta se entiende por cierta. Asimismo si no se objeta la rendición de cuentas se tiene por demostrada, y si se quiere un ejemplo más claro, ahí está el caso del artículo 1098 del código judicial. Si en principio no rige en nuestro derecho el postulado de origen canónico de que el silencio es asentimiento, sino que hubo de seguirse el derecho romano por reformas acogidas después de 1890, ya que antes regía un principio opuesto (artículo 940 del Código Judicial de 1897), eso no obsta para que la sentencia sea condenatoria en los casos de excepción mencionados.

Un caso de excepción se da igualmente en los juicios de lanzamiento en que el juzgador decretará lanzamiento si el inquilino no se

opone a la entrega, lo mismo que si no consigna una mensualidad, cuando el desahucio b asase en la falta de pago.

En la aplicación de estos principios, nuestra H. Corte ha ido mucho más allá. Sienta este alto Tribunal que contrariamente a los sistemas acusativo e inquisitivo, hoy postergados, se ha aceptado el sistema llamado dispositivo, cuyas consecuencias son:

1a. Las peticiones de las partes condicionan los poderes del juez y determinan los límites y el contenido de los distintos actos de protección jurídica. Naturalmente salvo en los casos en que la ley obliga al juzgador a obrar más o menos independientemente de la actividad de las partes. Tales son entre nosotros, por ejemplo, los casos de los artículos 575, 724, 728, 1204, 1205 y otros muchos del Código Judicial.

2o. Las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia: *judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet*.

3o.—La alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia, con excepción naturalmente de los hechos referentes a los presupuestos procesales; capacidad para ser parte, jurisdicción y competencia del juez, representación, etc., o de aquellas exigencias legales a que las partes no pueden renunciar, por ser de orden público o estar estatuidas en el interés de terceros; o de hechos notoriamente ilícitos o contrarios al orden físico natural.

4o. El reconocimiento y la renuncia de la acción vinculan al juez.

Eminente expositor extranjero observa que los jueces son muy propensos a fundarse en hechos que las partes no han alegado con el pretexto de que "surgen de los autos" temiendo no estar a la altura de su cargo si no ejercitan con absoluta independencia su poder en todas las resultas del proceso. "Este desenfrenado ejercicio es peligroso. Si al juez le repugna sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar, por lo menos, el vínculo de una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellas, qué hechos deben alegar y cuáles no. Las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes.

De esta manera, si el demandado no contest  la demanda, si no alegó siquiera excepciones ni defensas, este Tribunal teniendo en

cuenta, no solamente el texto de la ley (artículos 1103 y 1105), sino también el mérito jurisprudencial de la tesis sostenida y mantenida por la Honorable Corte, habrá de condenar.

No corresponde, pues, al Juez en juicios de lanzamiento la indagación oficiosa de excepciones perentorias, de acuerdo con el artículo 344 del Código Judicial, no solamente por una quiebra general del principio acogido por este artículo 344 sino también porque la doctrina ha fijado el alcance restringido y limitado de tal principio. (Sentencia de fecha 17 de julio de 1941. Magistrado ponente doctor Fidel Rodríguez).