

1506, 1443, 1496, 1497, 1618, 1521 y demás que cita el recurrente en su escrito de fecha veintitrés de febrero del año próximo pasado, porque no siendo los menores parte en el juicio, no se puede, sin audiencia, declarar que lo pactado por la señora Martínez fue una donación o una compraventa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.  
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

**Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero dos de mil novecientos treinta y dos.**

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

El día doce de junio de mil novecientos veinticinco, el señor Francisco García estableció ante el Juez del Circuito de Honda juicio ordinario contra la Compañía de Energía Eléctrica de Honda.

“El día dos de febrero del corriente año—dice el demandante—a eso de la una de la tarde, poco más o menos, me encontraba yo en mi casa de habitación de esta ciudad, que es la marcada con el número 74 de la calle llamada de *Ayacucho*, carrera 6ª de la actual nomenclatura; estaba en pleno uso de mis funciones fisiológicas—sano del cuerpo—cuando al pasar por un corredor, tomé en las manos un alambre galvanizado, del que se usa para los hilos telegráficos, que había en aquel corredor, aplicado para extender allí la ropa, y sin conexión con los alambres del alumbrado.

“Al tomar tal alambre en las manos, recibí una fuerte corriente eléctrica, que me contrajo las manos y me mantuvo en peligro de ser electrocutado, de manera que si mi sobrino, el señor Sergio Troncoso, no se orienta de lo que me estaba ocurriendo, y corta el alambre o la corriente eléctrica que me tenía poseído, por el empleo de los mayores esfuerzos para arrancarme del alambre electrificado que me tenía sujeto, habría perecido irremisiblemente, pues no obstante haberme aislado, quedé con partes moradas de la piel, y como si hubiera estado sometido a una combustión continua; quedé con los brazos paralizados por largo tiempo, y fuera de la larga cama que he padecido, he quedado con adormecimiento en todo el cuerpo y especialmente en los brazos; y como no he vuelto a mi anterior estado, considero que me quedará incapacidad vitalicia para ciertas funciones orgánicas.

“Vamos a averiguar ahora qué causa obró sobre mí para sufrir tan grave trastorno: en mi referida casa tengo instalación de luz eléctrica, conexiónada con la planta de Energía Eléctrica de esta ciudad, de que eran propietarios los señores Pedro A. López & Compañía, y que forma hoy la Compañía denominada Energía Eléctrica de Honda. La referida Empresa dio luz el día en referencia, a la misma hora en que ocurrió mi accidente; y ocurre que la citada Compañía no tiene perfectamente aislados los alambres conductores, de manera

que ocurren escapes de energía, que tomando otras vías, causan o pueden causar a los particulares graves males, como el que dejo narrado.

“En el caso concreto en que me ocupo sucedió esto: en varios puntos el alambre conductor no estaba defendido, y de él pasó a una teja metálica de mi casa la corriente, y de allí al alambre de extender la ropa, y de éste a mí por el empleo de los actos que quedan expresados.

“En esta situación, no puede remitirse a duda el hecho de que los daños recibidos por mí y los consecuentes perjuicios, fueran causados por la corriente eléctrica desarrollada en la Planta Eléctrica de Honda.

“Veamos ahora si lo ocurrido fue efecto inmediato y necesario del servicio corriente de la energía de aquella Planta, aplicada a dar luz a la ciudad.

“Si así fuere, es de suponer que no se daría luz a las poblaciones, con la sola existencia del peligro; pero no sólo no es así, sino que la fuerza, el calor y la luz a que se aplica la energía eléctrica, se hallan captados y reducidos a términos definidos y fijos, por medio de aislamiento y seguridad.

“En consecuencia, no siendo, como no es, efecto necesario del servicio de alumbrado el causar daños como los recibidos por mí, es claro que los empresarios de la Empresa de Energía Eléctrica de Honda son responsables de aquellos daños y perjuicios, por mediatos que sean, de que fui y estoy siendo víctima.

“Con este preámbulo, que sirve para dar la clave de todos los hechos, y en vista de que la Empresa no se ha prestado a un arreglo amigable del asunto, vengo, en mi propio nombre, a demandar a la Compañía de Energía Eléctrica de Honda, representada en esta ciudad por los señores Roberto Suescún Escobar y José D. Neira, varones, mayores de edad, vecinos de Honda, cuya naturaleza ignoro, para que con su audiencia y previa la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, sea condenada tal Empresa, domiciliada en esta ciudad y en la de Bogotá, a hacerme estas prestaciones:

“Primera. A pagarme la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente, en que estimo los daños que se me causaron con reducirme a la cama en cuatro meses y con los gastos de médicos y medicinas que he tenido que emplear.

“Segunda. A pagarme la suma de diez mil pesos moneda corriente, en que estimo los perjuicios que he recibido con la invalidez vitalicia, procedente de la conmoción y electrocución parcial.

“Estas dos cantidades están sometidas a lo que se aprecie por peritos.

“Tercera. A pagarme las costas del juicio que por medio de la presente demanda promuevo.

“El derecho, causa o razón de esta demanda, lo deduzco del Título XXXIV, Libro 4º, del Código Civil, y especialmente del artículo 2359 de allí, que dice:

“Por regla general, se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno, amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo algunas de éstas podrán intentar la acción.”

Son hechos fundamentales los siguientes:

“1º La Compañía a quien demando es dueña de la Planta de Energía Eléctrica de esta ciudad.

"2° La misma Compañía, por descuido o negligencia, dejó de revisar la instalación que construyó y colocó en mi casa, situada como lo expresé al principio.

"3° Por esa negligencia, la corriente eléctrica de la Planta de la misma Compañía, invadió las tejas de mi casa y el alambre de extender ropa, que indiqué antes.

"4° Al tomar yo el referido alambre, recibí una descarga eléctrica, que me produjo enfermedad grave y la electrocución de que he hablado.

"5° Los daños me fueron causados por la Compañía demandada.

"6° Los daños recibidos por mí y los perjuicios consecuenciales, valen la suma de quince mil pesos moneda corriente, o lo que se fije por peritos.

"7° Toda oposición a esta demanda será temeraria."

El Juez de la causa, en sentencia de once de octubre de mil novecientos veintisiete, absolvió a la Compañía de los cargos formulados en la demanda.

En virtud de apelación interpuesta por el demandante, el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de siete de abril de mil novecientos treinta, revocó el fallo del Juez, según consta en la parte resolutive, que literalmente dice así:

"En tal virtud, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **revoca** la sentencia de que se trata, y en su lugar condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Honda a pagar a Francisco García, oportunamente, los daños que se le causaron por razón de la conmoción eléctrica de que fue víctima el dos de febrero de mil novecientos veinticinco, los gastos médicos y las medicinas que fue necesario emplear debido al accidente que sufrió, inclusive los perjuicios causados por la invalidez vitalicia que le ha quedado a García, procedente de la conmoción y electrocución de que dan cuenta los autos. Estos perjuicios serán valuados en actuación separada.

"Con costas en la primera instancia a cargo de la Empresa demandada. Dése cumplimiento al artículo 150, Ley 40 de 1907."

La Compañía demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, recurso que la Corte acepta, por ajustarse a la ley.

Violación de la ley sustantiva por indebida aplicación al caso del pleito, y por interpretación errónea de ley sustantiva.

Primer motivo: indebida aplicación.

"De lo que hasta aquí se lleva historiado—dice el Tribunal—se deduce que el caso del pleito se encuentra contemplado tanto por el artículo 2341 del Código Civil como por el 2356 del mismo, que dan acción para demandar perjuicios en todos los casos en que éstos se causen por negligencia o falta de previsión y cuidado en la persona que debe tenerlos, pues como dice la Corte en casación de 15 de julio de 1912, el artículo 2356, así como otros varios del Código Civil, tanto se refiere a los delitos como a toda especie de culpas, tanto a los actos en que haya malicia como a los en que ésta no exista.

"Son estos dos preceptos legales los que regulan la teoría de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, según la legislación colombiana. Al respecto dice la Corte Suprema:

"Con estas disposiciones el legislador no ha hecho otra cosa que establecer una sanción a la violación del principio de equidad y de orden social de no ofender a nadie (*neminem lae dere*), ya que la acción preventiva de la

Policía y las sanciones penales no bastan siempre para impedir toda negligencia y asegurar el respeto de todos los derechos ajenos." (Casación de 14 de mayo de 1917, tomo XXVI, página 63).

"En relación con estos dos artículos, dice don Fernando Vélez lo siguiente:

"Esos daños pueden originarse de un hecho que constituya un delito, o que no lo constituya, ni siquiera sea punible criminalmente, porque no es una culpa o cuasidelito. De modo que el individuo que sea perjudicado en su persona o en sus bienes por otro, tiene derecho a exigir de éste que le indemnice el daño correspondiente.

"Si el daño que recibe una persona se origina de un cuasidelito, o de una culpa, o de negligencia, o descuido o imprudencia de un tercero, el perjudicado puede demandar civilmente la indemnización del caso, la cual no depende del resultado de ningún procedimiento criminal, porque no se basa en la ejecución de un delito. De otro modo: en este caso la indemnización se debe, no porque el autor del daño haya violado el Código Penal, pues sin violarlo puede causarse un daño que tenga sanción civil" (tomo IX, páginas 8 y 9). Tan amplia ha quedado ser la ley colombiana en este asunto de indemnización de perjuicios por descuido, culpa o negligencia, que aun en el caso que la persona damnificada se haya expuesto imprudentemente al peligro, siempre se reconoce acción para demandar a la persona que los ha causado directamente o por medio de sus agentes, como lo consagra el artículo 2357 del Código Civil, al aconsejar reducción de tales perjuicios, si la imprudencia es imputable a la persona que los cobra. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

"Tenemos, pues—dice el recurrente—que el Tribunal aplica al caso del pleito las disposiciones del Código Civil sobre culpa extracontractual o aquiliana, y no los preceptos sobre culpa contractual. Pero como en este negocio se trata de una culpa contractual, según se echa de ver con la simple lectura de la demanda iniciada, y no de una culpa extracontractual o aquiliana, resultan erróneamente aplicadas al caso del pleito las aludidas disposiciones, y es procedente infirmar el fallo recurrido."

Más adelante agrega:

"Como el Tribunal, en lugar de considerar la culpa con el carácter de contractual, le dio la fisonomía de extracontractual o aquiliana, aplicó indebidamente al caso del pleito los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, debiendo haber aplicado los artículos 1602, 1603, 1606, 1609 y 1620 de la misma obra."

La argumentación del recurrente se basa en que hubo un contrato innominado entre García y la Compañía sobre suministro de luz, y que el demandante no cumplió la estipulación siguiente:

"En caso de daño en la instalación, avisar inmediatamente a la Compañía."

Se considera:

El demandante apoyó su acción en las disposiciones del Título 34, principalmente en el artículo 2359, como consta en la parte transcrita de la demanda. Estos preceptos contemplan obligaciones legales, extrañas en absoluto a las obligaciones contractuales. El juzgador, por ende, estaba en el ineludible deber de ceñirse a la acción ejercitada, ora para absolver, ora para condenar,

El daño en la instalación no fue conocido por García sino cuando cogió el alambre y fue víctima de la descarga eléctrica. Por consiguiente, el demandante no violó la estipulación en referencia. Si la Compañía hubiera probado, prueba que no existe en autos, que García había conocido el daño antes de coger el alambre, la parte demandada no tendría responsabilidad alguna. En este evento, la acción sería improcedente, por no tratarse de una obligación legal sino de una contractual, y por haber sido violado el contrato por García.

Si en lugar de García, un visitante de la casa de éste hubiese cogido el alambre, recibiendo la corriente eléctrica, de seguro que tendría acción para pedir el pago de perjuicios, en armonía con nuestra legislación. Esto patentiza la diferencia que existe entre la culpa contractual y la legal.

Es obligación legal de la Compañía emplear una constante diligencia para defensa del público y de los arrendatarios de luz, so pena de incurrir en la sanción civil de pagar perjuicios. La Compañía no ha probado tal diligencia. Al contrario, en autos existe la prueba de que por su descuido han ocurrido graves accidentes.

El Tribunal, por consiguiente, no aplicó indebidamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, y de modo jurídico se abstuvo de aplicar los artículos 1602, 1606, 1608, 1609, 1615 y 1620 de la misma obra.

Segundo motivo: errónea interpretación de la ley sustantiva.

El recurrente funda la acusación en las siguientes razones:

1° En que para que un hecho pueda castigarse, es menester que sea voluntario y libre, en armonía con la escuela clásica.

2° Que a la Compañía no le es imputable el daño que hubo en la instalación de la casa de García, y que, por tanto, no está obligada a pagar perjuicios.

3° Que se aplicaron erróneamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, disposiciones que consagran la responsabilidad por la culpa **aquilliana**, siempre que sea imputable.

4° Que se aplicó erróneamente el artículo 1604 del Código Civil, que trata de la culpa contractual, y de ahí que la Compañía no esté obligada a probar la diligencia o cuidado.

5° Que el Tribunal violó el artículo 2357 del Código Civil, en cuanto ha debido ordenar la reducción que contempla esta disposición.

Se considera:

Los dos primeros puntos, concernientes a la imputabilidad, a la voluntad y malicia en la ejecución del hecho, están resueltos por la ley y por la jurisprudencia. Según el artículo 34, inciso 4°, Ley 57 de 1887, "si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa." Entre otras fuentes de las obligaciones, el artículo 1494 del Código Civil señala las que nacen "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona." De acuerdo con las disposiciones citadas, la culpa civil da derecho para pedir indemnización, aun cuando no haya habido voluntad y malicia.

La Corte Suprema, inspirada en el texto de la ley y en altos principios de justicia social, ha establecido la doctrina de que la "culpa civil o cuasidelito es un hecho ejecutado o no con voluntad y malicia, que ha inferido daño a otro, quien tiene derecho a indemnización." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo I, número 1054).

✓ "Las entidades de derecho público (como el Gobierno) y las personas jurídicas, no son capaces de cometer los

delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas sino sus agentes o representantes legales, y por tanto, son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometan." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo II, número 614).

Dice el recurrente que se aplicaron erróneamente los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, disposiciones que consagran la responsabilidad por la culpa **aquilliana**, siempre que sea imputable.

Atrás se demostró que la culpa civil genera la obligación de pagar perjuicios, haya o no voluntad y malicia.

"El Título 34 del Libro 4° del Código Civil (sobre **responsabilidad por los delitos y culpas**), no se refiere solamente a las culpas de carácter criminal, sino a toda especie de culpas; pues varias de sus disposiciones tratan de culpas meramente civiles." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo I, número 1056 bis).

En relación con el punto cuarto, se observa que la Corte, con argumentos incontrovertibles, ha establecido la doctrina de que incumbe la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo.

"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearlo, ya se trate de culpa contractual ya de culpa **aquilliana** o extracontractual. El artículo 1604, inciso 3°, del Código Civil, que tal regla establece, pertenece al Título 12 del Libro 4° de este Código, que trata del efecto de las obligaciones, e incluye en éstas las que provienen de un hecho que ha inferido injuria o daño a un tercero, de conformidad con el artículo 1494 del mismo Código, que determina la fuente de las obligaciones." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 1027).

"Tratándose de culpa no contractual o culpa **aquilliana**, a que se refieren los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, es aplicable, *a fortiori*, lo que, para la prueba de la diligencia o cuidado, estatuye el artículo 1604 del citado Código respecto de la culpa contractual." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo II, número 616).

Por lo que respecta al último punto, observa la Corte que no existe prueba de que García se hubiese expuesto al accidente imprudentemente. Por tanto, no se ha violado el artículo 2357 del Código Civil, según el cual "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

Error de derecho y de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

#### Primer motivo—Error de derecho.

Como al demandante—dice el recurrente—tocaba probar los hechos de la demanda, "lo primero que debe examinarse es si realmente está probado en los autos que Francisco García tomara en sus manos el alambre de extender ropa, que se dice estaba electrizado, o sea cuáles fueran los fundamentos probatorios que tuviera el Tribunal sentenciador para hallarlo acreditado, ya que si faltara dicha comprobación desaparecería nada menos que el punto básico primero o primordial que debe contemplarse en la cuestión debatida, comoquiera que todos los aspectos y consecuencias arrancan de él como su causa primera."

"No se remite a duda—dice el Tribunal—que el accidente sufrido por García el día dos de febrero citado, fue ocasionado por la corriente eléctrica que a la una de la tarde de ese día circulaba por los alambres de la Empresa, destinados a llevar luz a las habitaciones de aquella ciudad; y en cuanto al escape de la corriente

eléctrica del alambre conductor a las tejas metálicas del techo de la casa de García o del canal de la misma casa, y de allí al alambre o percha de donde se cogió el demandante, parece que no es de difícil comprobación, si se anota que la teja o lámina de cinc es un cuerpo conductor de electricidad, y a ese respecto se encuentran en autos los testimonios de José Joaquín Bernate y José Joaquín Lara, hábiles en electricidad, que acudieron inmediatamente al lugar del siniestro, y quienes afirman que tanto en el techo de la casa como en la canal y ganchos que sostienen a ésta, circulaba corriente eléctrica en ese momento. Los testigos Luis Vanegas, Marcos Gómez, Antonio Espinosa, Heliodoro Gómez, Guillermo Vía y Tiburcio Roza sostienen que la corriente eléctrica motivó la enfermedad de García....."

Fundado el recurrente en la parte preinserta de la sentencia del Tribunal, afirma que éste incurrió en error de derecho al declarar probado el hecho de haber cogido García el alambre electrificado, puesto que los testigos que llegaron inmediatamente después del accidente declaran que encontraron al demandante tendido en el suelo y sin conocimiento, y que oyeron decir que ello provenía de una descarga eléctrica. Y agrega que sólo un testigo vio a García coger el alambre.

Se considera:

Un conjunto de pruebas, directas e indirectas, confluyen a probar el hecho de que García sí cogió el alambre electrificado. Los distinguidos médicos Rafael Motta Salas y José D. Arévalo certifican bajo juramento:

"Que el día dos de febrero del presente año (mil novecientos veinticinco), examinamos al señor don Francisco García, quien presentaba en el momento del examen una conmoción cerebral ocasionada por una descarga eléctrica."

Marcos Gómez afirma que fue testigo presencial del accidente, y que vio cuando García cogió el alambre. Un número plural de testigos concurrieron a la casa de García inmediatamente después del accidente, quienes lo encontraron tendido en el suelo y sin conocimiento. Aunque afirman que la causa del accidente provino de estar electrificado el alambre, agregan que ellos no vieron sino que oyeron decir que García cogió el alambre. Dos hábiles electricistas declaran que examinaron el alambre momentos después del accidente, y que lo encontraron electrificado.

Como se ve, el Tribunal no incurrió en el error de derecho de que habla el recurrente, ni la Corte tiene facultad para apreciar las pruebas citadas, en conformidad con la siguiente doctrina, que conviene mantener:

"Como el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas del proceso, no puede atacarse una sentencia por error de hecho o de derecho a causa de que el juzgador haya estimado como suficiente una prueba que no lo es a juicio del recurrente." (Jurisprudencia de la Corte, tomo I, número 3260).

#### **Segundo motivo—Errores de hecho evidente en la apreciación de determinadas pruebas.**

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en evidentes errores de hecho en la apreciación de algunas pruebas:

1º Porque declaró que la incapacidad de García es total, absoluta, desechando claras pruebas que establecen una incapacidad relativa.

2º Porque sin existir prueba alguna condenó a la Compañía a pagar los gastos médicos y las medicinas que fue necesario emplear.

3º Porque el Tribunal dio por probado el hecho de que García tomó con las manos el alambre electrificado.

Se considera:

El Tribunal "condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Honda a pagar a Francisco García, oportunamente, los daños que se causaron por razón de la conmoción eléctrica de que fue víctima el dos de febrero de mil novecientos veinticinco, los gastos médicos y las medicinas que fue necesario emplear, debido al accidente que sufrió, inclusive los perjuicios causados por la invalidez vitalicia que le ha quedado a García, procedente de la conmoción y electrocución de que dan cuenta los autos."

El Tribunal, como se observa, habla de invalidez vitalicia, de que dan cuenta los autos, sin calificarla de total o parcial. En la parte motiva de la sentencia, que habrá de tenerse en cuenta al avaluarse los perjuicios, el Tribunal aprecia, con toda nitidez, la naturaleza de la invalidez.

"Fuera de que muchas de las personas que depusieron en este asunto—dice el Tribunal—refieren el estado en que se encontraba García en la mañana del dos de febrero de mil novecientos veinticinco, y el estado en que quedó después del suceso, los médicos, doctores Motta Salas y Arévalo, en exposiciones juradas, relatan ese mismo estado, e indican las lesiones orgánicas vitalicias con que quedó el demandante García por razón a la conmoción eléctrica de que fue víctima. Además de la inspección ocular practicada por el señor Juez del conocimiento, con intervención de los peritos doctores Camilo Tavera, Rafael Motta Salas y Carlos Aguirre Plata, en la persona del demandante, a los diez y siete meses y once días de haber ocurrido el desgraciado suceso (trece de julio de mil novecientos veintiséis), aparece que García sufre una lesión funcional, que consiste en una pequeña limitación de los movimientos de elevación y circulación del miembro superior derecho, tráqueo, en la circulación del hombro, que se observa al tacto y al oído, y una limitación de los movimientos de supinación del antebrazo del mismo lado, que pueden ser explicables estos últimos por la luxación interna del puño."

Y más adelante observan que hay una incapacidad relativa en el señor Francisco García para su trabajo profesional, que es el de la joyería.

Al apreciar globalmente el Tribunal la prueba testimonial, dedujo los perjuicios provenientes del pago de médico y medicamentos. En el juicio, además, existe un certificado de los doctores Motta Salas y Arévalo, ratificado bajo juramento, en el cual expresan estos dos distinguidos médicos que el dos de febrero de mil novecientos veinticinco examinaron al señor García.

El reparo consistente en que en autos no hay prueba de que García tomase con las manos el alambre electrificado, está suficientemente tratado atrás, de suerte que no hubo el error evidente de que trata el recurrente.

Merced a lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué el siete de abril de mil novecientos treinta.

2º Se condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández.  
Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

**Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos treinta y dos.**

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Al Juez 2° del Circuito de Cali, Departamento del Valle, correspondió conocer del juicio ordinario que el señor José Joaquín Gamboa inició para que con audiencia del señor Miguel Calero S. se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que no existe ni ha existido el contrato de mutuo de cuatro mil pesos (\$ 4,000) oro legal a favor de Miguel Calero S. y a cargo mío, de que trata la escritura número 507, de 7 de mayo de 1925, extendida en la Notaría primera de este Circuito Notarial;

"b) Que igualmente no existe ni ha podido existir el contrato accesorio de la hipoteca de que trata la misma escritura;

"c) Que consecuencialmente se ordene la cancelación de dichos contratos y la cancelación de dicha escritura y sus registros;

"d) Que se condene al mismo señor Calero S. al pago de las costas si afrontare este pleito."

En apoyo de esta demanda el actor relacionó los siguientes hechos:

"1° Mi hijo Guillermo Gamboa era empleado en el almacén del señor Miguel Calero S. y se ocupaba especialmente en llevar la contabilidad de dicho establecimiento.

"2° El señor Calero S. hacía algunas introducciones o importaciones de carácter fraudulento, con lo cual aleccionó a mi mentado hijo en el fraude, hasta que un día mi hijo cayó en la tentación y en una forma u otra dispuso de parte de ese fraude perteneciente al señor Calero S.

"3° Como mi hijo fuese amenazado por el señor Calero, éste me propuso le garantizara la cantidad de cuatro mil pesos (\$ 4,000) oro legal, con la hipoteca de mi finca ubicada en el Distrito de Restrepo, dándole al contrato principal la forma supuesta de un mutuo.

"4° Sin conocer los antecedentes que dejo relatados y estando yo en la creencia de que mi hijo Guillermo había lesionado los intereses legítimos del señor Calero S., en mi carácter de padre quise protegerlo, y esa protección dio por resultado que yo me declarase deudor a título de mutuo del señor Calero, por la cantidad de cuatro mil pesos (\$ 4,000) oro, en los términos dichos, sin haber recibido yo cantidad alguna.

"5° La finca hipotecada para garantizar el supuesto mutuo, tiene los siguientes linderos: Oriente, quebrada al medio, con fincas de Juan Gregorio Franco y Moisés Bermúdez; Norte, rastros al medio, con el camino que conduce a Zabaletas; y por el Sur, con fincas de Froilán Ramírez, Belisario Herrera e Ismael Salazar, río Calimita al medio.

"6° Yo no tenía conocimiento de que contratar o transigir sobre un delito doble cometido por el señor Calero, por una parte, y por mi hijo, por otra, estaba y está prohibido por la ley.

"7° Para firmar el contrato de que habla la escritura número 507, no busqué al señor Calero sino que él se valió primero de otras personas, y después me llamó en los términos de la carta de 6 de mayo de 1925."

Como fundamentos de derecho alegó los siguientes:

"Solamente los contratos legalmente celebrados son leyes para las partes y obligan a su cumplimiento (artículo 1602 del Código Civil).

"Para que una persona se obligue a otra, es necesario, además de otros requisitos, que su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga la obligación sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita (artículo 1502 ibídem).

"En los contratos prohibidos por las leyes, como cuando se contraviene al derecho público, hay un objeto ilícito y dichos contratos no pueden producir efectos (artículos 1519, 1523 y 1524 ibídem).

"Por otra parte, el mutuo es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa, de suerte que no hay préstamo y consecuencialmente obligación de pagar o restituir, si no ha habido entrega por parte del acreedor (artículos 2221 y 2222 del Código Civil).

"Bien sea que el mutuo se considere en sí o como resultado de una novación o transacción, no puede producir ningún efecto si sus requisitos esenciales no han sido cumplidos."

Admitida dicha demanda y antes de que fuera contestada por el demandado, el actor la corrigió para que después del punto d) de aquélla se tuvieran como hechas estas peticiones:

"Que es nulo y debe rescindirse por esa causa, el contrato contenido en la escritura 507 de fecha 7 de mayo de 1925, tanto el principal de mutuo como el accesorio de hipoteca que lo asegura, por causa de fuerza empleada contra el deudor hipotecario para inducirlo a celebrar esas convenciones.

"Que como consecuencia de esa rescisión, ambas partes deban ser restituidas a la situación anterior existente antes de la celebración de esos actos."

Fundóse esta corrección en los siguientes hechos:

"1° El supuesto acreedor, señor Calero S., obtuvo de parte de mi mandante el que le firmara esos contratos, amenazándolo con que si no lo hacía, denunciaba a su hijo por haberle robado, hurtado o estafado dineros o bienes, y mi mandante, bajo la presión de esa amenaza, guiado por sus sentimientos paternos, con el único móvil de evitar los planes del señor Calero, no tuvo otro medio de evitar el poner su firma en ellos. Eso está probado suficientemente en la relación de lo declarado por el señor Calero en las posiciones que rindió en relación con su carta autógrafa que figura en los autos."

Admitida la corrección, se dio traslado de ella con la demanda primitiva al demandado, quien la contestó negando el derecho del demandante, y en cuanto a los hechos dijo:

"El hecho primero: Es cierto.

"El hecho segundo: Es falso y como tal cosa afirmo, considero que la parte actora tiene la obligación ineludible de probarlo.

"El hecho tercero: No es cierto. Como el señor Guillermo Gamboa adeudada, por razones que yo quisiera callar, la suma de cuatro mil pesos, su padre, que es el actor, la tomó en préstamo y la garantizó con la hipoteca. Esta es la verdad y toda la verdad.

"El hecho cuarto: No es cierto. Lo ocurrido es como se relata por mí sintéticamente al contestar el numeral



anterior. Es verdad que el señor Calero materialmente no entregó al señor Gamboa la suma de cuatro mil pesos, pero también es cierto que el señor José Joaquín Gamboa ofreció tomar esa cantidad que adeudaba su hijo Guillermo, y por esa razón se efectuó la operación que consta en la escritura pública, en virtud de la cual Guillermo Gamboa dejó de ser deudor del señor Miguel Calero, sustituyéndolo su padre señor José Joaquín Gamboa, quien recibió esa cantidad en mutuo o préstamo.

"El hecho quinto: Es falso en cuanto a lo del supuesto y es cierto en relación con los linderos de la finca hipotecada.

"El hecho sexto: No puedo afirmar ni negar lo que sabe o ignora el señor José Joaquín Gamboa, porque ello es un hecho del dominio de dicho señor.

"El hecho séptimo: No es cierto. El señor Calero llamó al señor Gamboa no fue para celebrar ese contrato sino para ponerlo en conocimiento de algún hecho ejecutado por su hijo.

"Y como entre el señor José Joaquín Gamboa y el señor Miguel Calero S. se celebró legalmente un contrato, como esas personas eran legalmente capaces y como el contrato fue lícito, debe darse cumplimiento estricto por parte del señor Gamboa.

"Las razones de derecho alegadas por el actor a nada conducen.

"En cuanto al hecho fundamental de la corrección a la demanda, digo: No es exacto. El señor Gamboa obró de manera voluntaria, consciente de lo que hacía y de sus consecuencias. La historia del asunto la he consignado yo al contestar el hecho tercero."

Adelantado el juicio por la tramitación que le correspondía, el Juez le puso término con la sentencia de fecha trece de agosto de mil novecientos veintiocho, en que absolvió al demandado tanto de los cargos de la demanda principal, como de los de la subsidiaria.

De este fallo apeló el apoderado de la parte demandante para ante el Tribunal Superior de Cali, quien, previa la actuación de segunda instancia, dictó la sentencia de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos veintinueve, por la cual confirmó la del Juez, aunque por motivos diferentes.

Contra esta sentencia interpuso el demandante recurso de casación, que la Corte encuentra admisible y pasa a estudiar.

Se alegó la primera causal con tres cargos al fallo del Tribunal.

Primer cargo. Tanto al interponerse el recurso ante el Tribunal como al ampliarlo en la Corte, se fundó dicha causal en que al desconocer el sentenciador la personería del demandante para todo lo demandado, interpretó erróneamente el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, e indirectamente lo violó dándole aplicación indebida al caso del pleito, por estos motivos:

Primero. Porque la demanda plantea dos cuestiones: una principal sobre inexistencia del contrato de mutuo y otra subsidiaria sobre nulidad o rescisión del mismo contrato por causa de nulidad relativa producida por un vicio de fuerza en el consentimiento. Que el Tribunal profirió una sentencia totalmente absolutoria en que sienta la doctrina de que la omisión de la entrega del dinero materia del mutuo y la violencia en el consentimiento son causas de nulidad absoluta, y que como el demandante señor Gamboa intervino en el contrato ma-

teria de la litis, no puede alegar esas nulidades, lo que es erróneo, porque, aunque se ha alegado en el caso de autos que se omitió el requisito o formalidad indispensable para la perfección del contrato de mutuo, o sea la entrega del dinero, y obra en autos confesión del demandado, y aunque se considere también que es lo mismo demandar la inexistencia de un contrato que la nulidad absoluta del mismo, como lo ha dicho la Corte últimamente, al demandante señor Gamboa no se le puede aplicar la sanción establecida en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque él establece una sanción penal, y no siendo el mutuario la parte que debe entregar el dinero en el mutuo, no es el demandante citado el que debe soportar las consecuencias de esta omisión, o la pérdida de su derecho, estando colocado en campo diametralmente opuesto al de la otra parte.

Segundo. Porque la disposición citada establece que no puede pedir la anulación del acto o contrato el que lo ejecutó o celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, lo que implica que no a todos se les aplica la disposición, sino a los que conociendo el vicio proceden sin embargo a la consumación del contrato; y que por el solo hecho del otorgamiento de la escritura y de su firma no puede concluirse que el contratante Gamboa conociera el vicio de la omisión en la entrega del dinero, ya que ésta pudo verificarse después. Que el conocimiento del vicio debe ser el tiempo del contrato y bien puede darse el caso de que el mutuario no sepa que no se le entrega el dinero.

Se observa:

En el libelo primitivo se demandó la inexistencia tanto del contrato de mutuo como del de hipoteca contenidos en la escritura número 507 de siete de mayo de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría de Cali; en la adición a dicha demanda se pidió la nulidad o rescisión de los mismos contratos por haber ocurrido fuerza en el consentimiento de una de las partes al celebrarlos. La sentencia del Tribunal fue totalmente absolutoria y para fundar esta absolución total el sentenciador razonó así:

"Por medio de la escritura pública número 507 de 7 de mayo de 1925, el señor José Joaquín Gamboa constituyóse deudor del señor Miguel Calero, a título de mutuo, por la cantidad de cuatro mil pesos oro legal, cantidad que dijo el mutuario haber recibido a su entera satisfacción.

"Atácase ahora esta escritura alegando que el consentimiento del otorgante Gamboa estuvo viciado de nulidad porque obró la fuerza de su contrario en el acto del otorgamiento, y el consentimiento es requisito esencial para la validez del convenio. En otros términos, inténtase obtener la anulación de la escritura de que se ha hecho mérito y para esto se invocan los artículos 1502, 1508, 1513 y 2222 del Código Civil.

"Verdad es que de acuerdo con el artículo 1740 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su esencia y la calidad o estado de las partes. También es cierto que entre las causales que pudieran alegarse para conseguir la nulidad absoluta de un contrato, figuran las señaladas por el actor, como que la fuerza es uno de los vicios de que puede adolecer el consentimiento, y la tradición de la cosa que se da en mutuo determina el perfeccionamiento del contrato. Mas, no es suficiente que existan las nulidades absolutas para que la parte las pueda alegar en

juicio, sino que es menester que quien las demande no haya intervenido en la ejecución del acto o contrato que se tacha de nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo afectaba. Obsérvese, en el caso presente, que es uno de los otorgantes el que ha pedido la rescisión del contrato de mutuo y del accesorio de hipoteca. De modo que, habiendo sido Gamboa uno de los otorgantes de la escritura número 507 citada, carece de personería para promover la acción a que alude su libelo, ya que es presumible que debía conocer los vicios que podían invalidarla...."

Observa la Corte que si se tiene en cuenta la primera acción instaurada y que una y otra parte dicen que el contrato principal de mutuo no tuvo causa por no haberse entregado el dinero materia de él, el concepto del Tribunal por este aspecto no es erróneo, porque entonces se trataría de una nulidad por falta de causa, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1º del artículo 1741 y en el 1524 del Código Civil, es decir, de la falta de uno de los elementos esenciales para que haya contrato, en consideración a su naturaleza, no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran, lo que acarrearía nulidad absoluta en el contrato de mutuo y consecuentemente en el accesorio de hipoteca, la que no podía alegar Gamboa por haber intervenido como parte en ellos. Por este aspecto el juzgador no podía ni puede entrar a estudiar dichos contratos en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Pero como el demandante ejercitó también con el carácter de subsidiaria la acción de nulidad por haberse empleado fuerza en la celebración de aquellos dos contratos, a este vicio no puede aplicarse la prohibición contenida en la última disposición citada, porque, en regla general, la fuerza no destruye el consentimiento sino que lo vicia. En la acción subsidiaria no se ha alegado que hubiera faltado absolutamente el consentimiento por parte del contratante Gamboa para que por ello se tratara de una nulidad absoluta por falta de uno de los elementos esenciales de todo contrato. Se alegó apenas que el consentimiento de Gamboa fue dado bajo una presión o amenaza que lo vició, o sea, de una causa que produce únicamente nulidad relativa, porque conforme al aforismo de derecho *coacta voluntas est etiam voluntas*; porque precisamente en caso de fuerza es la víctima de ella quien puede hacerla valer; porque la disposición del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 se refiere a los casos que taxativamente enumeran los incisos 1º y 2º del artículo 1741 del Código Civil, cuyo inciso último establece que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato; porque el contrato celebrado por Gamboa es saneable por ratificación o por el transcurso del tiempo; y en último término, porque si fuera exacto el dilema que pone la parte opositora de que cuando hay vicio en el consentimiento sólo puede existir nulidad absoluta, o que no ha habido contrato, quedarían por fuera los casos de error y dolo que no vician siempre y de modo total el consentimiento, según lo prevé el artículo 1508 del Código Civil.

A lo demandado en subsidio no puede, pues, aplicarse la prohibición establecida en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Por consiguiente, al hacer extensiva el Tribunal dicha disposición al caso de fuerza que no destruye totalmente el consentimiento, incurrió en error de derecho, con lo cual violó tanto ese precepto legal como el de los artículos 1508, 1741, inciso último; 1743 y 1750 del Código Civil, el primero, por indebida aplicación y los de-

más, por no haberlos aplicado, lo que daría lugar a casar la sentencia, si apareciera probada la fuerza que se alega, en los términos de la ley. Caso de no estarlo, sólo habrá lugar a rectificar la doctrina que establece el fallo, sin casarlo, por llegar la Corte a la misma conclusión que el Tribunal por otros motivos (inciso 6º del artículo 6º de la Ley 90 de 1920).

En esa acción subsidiaria se demandó la nulidad del contrato de mutuo y del accesorio de hipoteca contenidos en la escritura número quinientos siete (507) de siete de mayo de mil novecientos veinticinco (1925), Notaría de Cali, por haber intervenido fuerza de parte de uno de los contratantes, o sea, de parte del acreedor Calero.

Conforme al artículo 1513 del Código Civil, la fuerza, sea material o moral, no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. "Se mirará como fuerza de este género—dice la misma disposición—todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave."

De acuerdo con esta disposición, hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación con la persona sobre la cual se ejerce.

En orden al acto mismo de la fuerza, si bien los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, ésta debe ser de tal naturaleza que inspire a la persona amenazada un vivo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave, capaz de quitarle su libertad de decisión en el acto del contrato. (V. Planiol y Ripert. Tratado de Derecho Civil Francés. De las obligaciones. Tomo VI, página 255).

Baudry Lacantinerie cita el caso de que un marido sorprenda a su mujer en in flagranti delito de adulterio y con arma en mano amenaza de muerte al cómplice si no le suscribe un pagaré en que reconozca una indemnización a título de préstamo, y en que se coloca al segundo en situación de firmar tal compromiso o de morir. Dice este autor que comprobados esos hechos, el Juez, sobre la demanda de nulidad del compromiso presentada por el cómplice, no vacilará en reconocerla. (Précit de Droit Civil. Tomo II, página 560). Lo cual quiere decir que no toda amenaza o intimidación es suficiente para decretar la nulidad de un contrato.

Por lo que hace a la persona víctima de la fuerza, se exige que sea una persona de sano juicio atendida su edad, sexo y condición, pues es claro que el temor no impresiona lo mismo a un varón fuerte y sano que a un enfermo o a una mujer, sin que ello quiera decir que el primero no pueda ser susceptible de sufrir una presión moral o material que vicie su consentimiento, siempre que así se compruebe.

Sentados estos principios, resta ver las condiciones del caso concreto de que se trata.

De autos aparece que con fecha seis de mayo de mil novecientos veinticinco, Miguel Calero S. dirigió a José Joaquín Gamboa la siguiente carta que su autor reconoció en este juicio:

"Señor don Joaquín Gamboa—Presente.

"Muy señor mío:

"Deseo hablar con usted antes de que se regrese a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad, en

lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el señor doctor Irigorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decirselo.

"Soy de usted atento, seguro servidor,

"Miguel Calero S."

En las posiciones que Miguel Calero absolvió a petición de Gamboa ante el Juez 1º del Circuito de Cali el seis de febrero de mil novecientos veintiséis, Calero confesó que Gamboa concurrió a la casa del primero en la noche del mismo día en que aparece fechada la carta anterior, y que como resultado de la conferencia que allí tuvieron los dos, al día siguiente, siete del mismo mes y año, Gamboa le suscribió la escritura número quinientos siete (507), de la Notaría de Cali, en la cual Gamboa se reconoció deudor de Calero S. por la suma de cuatro mil pesos (\$ 4,000) moneda corriente, a título de mutuo, con plazo de diez y ocho meses, sin intereses durante él, y con la seguridad hipotecaria de una casa y unas plantaciones de pastos y cafetales puestos por Gamboa en terrenos baldíos situados en el punto de Calimita, del Distrito de Restrepo, por los linderos que determina dicha escritura. En las mismas posiciones se interrogó a Miguel Calero S. (posición sexta), así:

"Diga cómo es cierto el absolvente para obtener que el preguntante le otorgara la escritura de hipoteca a que alude la dicha escritura número 507, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel y evitarse así un mal irreparable y grave." A lo cual Calero contestó: "Es cierto y aclaro que el señor José Joaquín Gamboa fue a mi casa de habitación voluntariamente, es decir, sin ser llamado por mí, para manifestarme que sabiendo que su hijo me había robado una suma mayor, él iba a decirme que se hacía responsable por la suma de cuatro mil pesos (\$ 4,000) para pagármelos él y librar así a su hijo de ir a la cárcel, pero que como no tenía la expresada suma en el momento, iba él a garantizarme la responsabilidad de esa deuda con la hipoteca de una finca que posee en el Distrito de Restrepo. Este hecho tuvo lugar en la noche del 6 de mayo de 1925 en mi casa de habitación, a donde, como he dicho, ocurrió él voluntariamente." En la posición séptima se le interrogó así: "Como es cierto, el preguntante no ha recibido del absolvente por causa del contrato a que se refiere la escritura citada antes, ni un solo centavo, y por consiguiente no ha habido tal préstamo, y tal escritura por lo mismo no contiene un hecho cierto y verdadero." A lo cual Calero contestó: "Es cierto y aclaro: como lo he dicho en mi respuesta anterior, yo no he entregado al preguntante la expresada suma en dinero efectivo sino que él voluntariamente aceptó la responsabilidad y pago de dicha suma en los términos de la respuesta anterior."

Posteriormente en el término de prueba de este juicio se volvió a interrogar a Miguel Calero S. en esta forma:

"Posición segunda). ¿Diga cómo es cierto si o nó, y yo lo afirmo, que, cuando hubo la entrevista entre el señor Gamboa y el absolvente, por la noche del mismo día en que fue escrita la carta del seis de mayo de mil novecientos veinticinco, el absolvente manifestó al señor Gamboa que su hijo Guillermo, que venía siendo su dependiente, le había robado una fuerte suma de dinero y que la única manera de evitar el escándalo, la vergüenza y la cárcel contra el hijo, era que su padre se comprometiera a responder por una suma hasta donde fuera posible equivalente a lo que el absolvente decía

que le había sido robada?" Calero contestó: "No es cierto y aclaro: que en la entrevista de que se trata en esta pregunta, cuando el señor Gamboa acudió a ella, ya él tenía conocimiento de que su hijo me debía algún dinero de pago inmediato, por cuyo motivo él (el señor Gamboa padre), me ofreció espontáneamente pagarme esa deuda, dándome en prenda o garantía una de sus propiedades. Advierto también que el señor Gamboa vino espontáneamente de Restrepo con el fin indicado."

Posición tercera. "Diga el absolvente, ¿cómo es cierto, si o nó, y yo lo afirmo, que como resultado de esa entrevista tenida entre el señor Gamboa y el absolvente el día seis de mayo de 1925 por la noche, al día siguiente, siete de mayo de 1925, se extendió la escritura de préstamo con hipoteca, número 507, de 1925?" Calero contestó: "Es cierto. Pero aclaro que no fue como resultado de la entrevista en la forma dada en la pregunta respectiva, sino en virtud de reconocimiento que el señor Gamboa hizo de la deuda y sin que mediaran extorsiones de mi parte.

El Juez sostiene que la confesión de Calero en la sexta de las primeras posiciones que absolvió en 1925, es explicada, y que el confesante la aclaró satisfactoriamente, y que por consiguiente no aparece comprobado que Calero empleara fuerza sobre Gamboa para obtener que firmara el contrato de mutuo con la hipoteca de que habla la escritura número quinientos siete (507) antes citada.

Por su parte el recurrente sostiene en extenso y erudito alegato que tal confesión es divisible, porque la aclaración agregada por el absolvente es separable del hecho principal una vez que constituye un hecho distinto de aquél y la debió comprobar Calero, como lo exige el artículo 568 del Código Judicial, lo sostienen numerosos expositores de Derecho y ha sido reconocido por la jurisprudencia de otros países; que aunque se admitiera que Gamboa concurrió voluntariamente a la casa de Calero a la conferencia del seis de mayo de 1925 por la noche, siempre existe el hecho de que Calero lo intimidó para que suscribiera el contrato de mutuo con el accesorio de hipoteca.

La Corte observa:

Gamboa concurrió voluntariamente a la conferencia con Calero, pero no como el último lo afirma, de que hubiera sido sin llamamiento suyo, porque la carta antes transcrita establece lo contrario. Tampoco comprobó Calero la otra circunstancia agregada a su confesión, o sea que cuando Gamboa fue a la conferencia, ya tenía conocimiento de que su hijo "le debía a Calero una suma de pago inmediato," como lo sostiene el último en las segundas posiciones, y que por esto Gamboa reconoció la deuda con la garantía hipotecaria. Contradicha la primera aclaración y no comprobada la segunda, queda en pie el hecho principal confesado, o sea, que Calero dijo a Gamboa que debía firmar la escritura del contrato para evitar que su hijo Guillermo fuera a la cárcel.

Pero aunque se tome tal confesión en relación con lo expresado por Calero a Gamboa en la carta del seis de mayo, o sea, que en la conferencia de la noche del mismo día y en esa carta, el primero hizo al segundo una especie de intimidación para que reconociera al día siguiente la deuda de los cuatro mil pesos (\$ 4,000) con la garantía hipotecaria, materia de la nulidad demandada, a juicio de la Corte tal amenaza no es suficiente para



anular los contratos de que se viene hablando, por estos motivos:

1° Porque, si como dice el artículo 1513 del Código Civil, por regla general la fuerza no vicia el consentimiento, cuando se trata de la excepción debe ésta probarse plenamente.

2° Porque no aparece que dicha amenaza hecha por Calero a Gamboa hubiera sido de naturaleza tal que hubiera dejado al último sin manera de adoptar otra determinación que la de suscribir los contratos, lo que es indispensable para concluir que obró bajo la presión de un mal irreparable y grave, como lo requiere la doctrina de los tratadistas. Aparece que esa presión se hizo a Gamboa en la noche del día anterior al en que se firmaron los contratos, lo que le dejó algún tiempo para resolverse a suscribirlos.

3° Porque en tales circunstancias dicha amenaza tiene un carácter equívoco, y a falta de prueba clara en contrario, puede tomarse como simple medio de convicción o persuasión empleada por Calero S. para que Gamboa optara por aceptar los contratos y evitar que su hijo se sometiera a una investigación y posible sanción de la autoridad. La confesión de Calero S. de haber hecho a Gamboa tal amenaza implicaría entonces, de parte del primero, una advertencia de aquellos posibles males, y el reconocimiento de la deuda con la garantía hipotecaria, de parte de Gamboa, un acto, no sólo justo sino plausible en un hombre honrado y por lo mismo exento de nulidad, ya que no sería sino el reconocimiento de una indemnización.

4° Porque existiendo esa duda sobre el alcance de la amenaza de Calero S. en los actos que precedieron al día del otorgamiento de los contratos por parte de Gamboa, hay que resolverla en favor del demandado Calero, conforme a los principios en materia de pruebas.

5° Porque no hay tampoco en autos prueba de que por un lado, el contratante Gamboa sea una persona que por sus condiciones personales especiales hubiera podido decidirse a suscribir aquellos compromisos con la sola prevención de Calero de que el hijo de aquél podía ir a la cárcel; ni de otro, que Calero, por sus antecedentes y condiciones personales también, fuera persona de inspirar vivo y serio temor a Gamboa si no accedía a sus pretensiones. Esas pruebas habrían sido decisivas en el particular, como lo exige la ley y lo anotan los expositores; y

6° Porque si fuera cierto que al firmar Gamboa los contratos en debate se propuso evitar el conocimiento público de los hechos atribuidos a su hijo, no habría promovido esta controversia.

Todo lo anterior inclina a la Sala a decidir, después de madura meditación, que no se está en el caso de reconocer que en los contratos materia de la demanda subsidiaria hubiera intervenido fuerza material o moral bastante a viciarlos de nulidad relativa, y por esos motivos llega a la misma conclusión a que llegó el Tribunal para no reconocer tal vicio, y por consiguiente para no casar la sentencia materia del recurso.

En tal virtud, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar y no infirma la sentencia de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el presente juicio.

No hay costas en el recurso (numeral 2°, artículo 6°, Ley 39 de 1921, y numeral 6°, artículo 12 de la Ley 90 de 1920).

Notifíquese, cópiese, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

#### SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Tancredo Nannetti.

En la oportunidad debida manifesté mi impedimento legal para conocer de este negocio, de suyo delicado para mí, por ser mi hijo Guillermo Nannetti apoderado del señor José Joaquín Gamboa en el recurso de casación. Desgraciadamente la parte a quien interesaba mi retiro allanó expresamente el impedimento, haciendo con ello una venia a la rectitud del Magistrado, pero poniéndome al mismo tiempo en una situación embarazosa que sube de punto por hallarme en desacuerdo con la mayoría de mis colegas de la Sala, y verme forzado, en consecuencia, a salvar el voto.

Ante la ley y mi conciencia jurídica, he hallado faltas las razones de la mayoría de la Corte para absolver al señor Miguel Calero de los cargos de la demanda, mejor dicho, para declarar que éste no empleó la coacción moral con el fin de obtener del señor Joaquín Gamboa la firma de la escritura número 507 de mayo de 1925, otorgada en Cali, por la cual Gamboa se constituyó deudor de Calero por cuatro mil pesos y le hipotecó su finca de campo, situada en el Municipio de Restrepo.

Dice el artículo 1513 del Código Civil:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.”

Los datos que arroja el expediente son de una claridad deslumbradora para establecer que don José Joaquín Gamboa, quien no recibió el dinero que dice en la escritura deber al señor Calero, obró bajo el justo temor, infundido por éste, de ver expuesto a su hijo, si no otorgaba tal escritura, a un mal irreparable y grave.

Vivía Gamboa en su finca de campo situada en el Municipio de Restrepo, y estando de paso en Cali recibió esta carta de Calero:

“Cali, mayo 6 de 1925

“Señor don Joaquín Gamboa—Presente.

“Muy señor mío:

“Deseo hablar con usted antes de que se regrese a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad en lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el señor doctor Irigorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decírsela.

“Soy de usted atento, seguro servidor,

“Miguel Calero”

Ese mismo día al anochecer concurre Gamboa a casa de Calero, y lo que ocurrió entre los dos nos lo dice este

último en las posiciones que rindió el 6 de febrero de 1926, al contestar la pregunta sexta, concebida así:

"Diga cómo es cierto el absolvente (Calero) para obtener que el preguntante (Gamboa) le otorgara la escritura de hipoteca a que alude dicha escritura número 507, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, y evitarse así un mal irreparable y grave."

Contestó Calero a la sexta:

"Es cierto y aclaro que el señor José Joaquín Gamboa fue a mi casa de habitación voluntariamente, es decir, sin ser llamado por mí, para manifestarme que sabiendo que su hijo me había robado una suma mayor, él iba a decirme que se hacía responsable por la suma de cuatro mil pesos para pagármelos él y librar así a su hijo de ir a la cárcel, pero que como no tenía la expresada suma en el momento, iba él a garantizarme la responsabilidad de esa suma con la hipoteca de una finca que posee en el Distrito de Restrepo. Estos hechos tuvieron lugar en la noche del seis de mayo de 1925, en mi casa de habitación, a donde, como he dicho, ocurrió él voluntariamente. Leída, la aprobó."

De esta respuesta se desprende con nitidez meridiana que para obtener Calero que Gamboa le otorgara la escritura de hipoteca materia del pleito, le hizo saber que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, y evitarse así un mal irreparable y grave.

La aclaración consistente en que Gamboa fue voluntariamente a casa de Calero sin ser llamado, queda desvirtuada con la carta que se transcribió atrás y en la cual consta que Calero se dirigió a Gamboa el mismo día seis de mayo de 1925, diciéndole que deseaba hablar con él antes de regresar a Restrepo, para decirle toda la dura y amarga verdad en lo que se relaciona con su hijo Guillermo, ya que el doctor Iragorri Isaacs y don Ezequiel no se resolvieron a decírsela.

Al día siguiente Gamboa otorgó la escritura.

La mayoría de la Sala admite que a pesar de las aclaraciones de Calero queda en pie el hecho principal confesado, o sea que Calero dijo a Gamboa que debía firmar la escritura del contrato para evitar que su hijo Guillermo fuera a la cárcel.

Ante semejante dilema: o la firma de la escritura, o el deshonor, la vergüenza y la cárcel para su hijo, no cabe duda de la presión fulminante sobre el corazón de un padre, de la amenaza hecha a éste de un mal irreparable y grave para su descendiente, si no entregaba a Calero parte considerable de su patrimonio como resarcimiento de un daño de que Gamboa no era responsable.

Y sin embargo la Corte no ve la fuerza en este acto:

"1º Porque si como dice el artículo 1513 del Código Civil, por regla general la fuerza no vicia el consentimiento, cuando se trata de la excepción debe estar probada plenamente."

A esto observo que la respuesta de Calero a la posición sexta que se deja transcrita, esto es, que es cierto que para obtener la escritura le hizo saber a Gamboa que debía hacerlo para que su hijo Guillermo no fuera a la cárcel, es la prueba completa de la excepción, esto es, que no se trata de una fuerza cualquiera sino de aquella capaz de infundir a una persona un justo temor de verse expuesta ella o alguno de sus descendientes a un mal irreparable y grave,

"2º Porque aparece que esta presión se hizo a Gamboa en la noche del día anterior al en que se firmaron los contratos, lo que le dejó algún tiempo para resolverse a suscribirlos."

Observo que la coacción moral, la amenaza de la cárcel para el hijo, no cesó durante la noche que debió ser aciaga para el padre, constreñido a escoger únicamente entre dos caminos: o la deshonra y la cárcel para el hijo, o la pérdida de su finca, fundada por su esfuerzo personal durante varios años.

Continúa la Sala:

"3º Porque en tales circunstancias dicha amenaza tiene un carácter equivoco, y a falta de prueba clara en contrario, puede tomarse como simple medio de convicción o persuasión empleada por Calero S. para que Gamboa optara por aceptar los contratos y evitar que su hijo se sometiera a una investigación y posible sanción de la autoridad. La confesión de Calero S. de haber hecho a Gamboa tal amenaza, implicaría entonces, de parte del primero, una advertencia de aquellos posibles males, y el reconocimiento de la deuda con la garantía hipotecaria, de parte de Gamboa, un acto, no sólo justo sino plausible en un hombre honrado, y por lo mismo exento de nulidad, ya que no sería sino el reconocimiento de una indemnización."

Estoy en desacuerdo absoluto con este considerando, pues admitir que la alternativa en que Calero puso a Gamboa de otorgarle una escritura por suma que éste no le debía, y asegurarle la supuesta deuda con la hipoteca de su finca de campo, o, en caso de no hacerlo, la cárcel y la deshonra para su hijo, fue una simple advertencia, equivale a destruir en todo caso el concepto de la fuerza que vicia el consentimiento. Con la misma lógica podría decirse que un individuo que le pone a otro una pistola en el pecho amenazándolo con matarlo si no le firma un testamento o un documento cualquiera, le advierte simplemente que la omisión en la firma puede costarle la vida. Quien desea conservarla, aprovecha la advertencia, y firma contra su voluntad el testamento.

Sigue la Sala:

"5º Porque no hay tampoco en autos prueba de que por un lado, el contratante Gamboa sea una persona que por sus condiciones personales especiales hubiera podido decidirse a suscribir aquellos compromisos con la sola prevención de Calero de que el hijo de aquél podía ir a la cárcel; ni de otro, que Calero, por sus antecedentes y condiciones personales también, fuera persona de inspirar vivo y serio temor a Gamboa si no accedía a sus pretensiones. Esas pruebas habrían sido decisivas en el particular, como lo exige la ley y lo anotan los expositores."

A mi entender, basta la prueba de que se trataba de un padre amenazado con la cárcel y el deshonor de su hijo, esto es, de un mal irreparable y grave, para quien lleva su sangre y su apellido, para medir la magnitud de la amenaza, para darse cuenta de la enormidad de la coacción moral ejercida sobre un padre para obtener la firma de la escritura que exigía Calero.

Y concluye el fallo:

"6º Porque si fuera cierto que al firmar Gamboa los contratos en debate se propuso evitar el conocimiento público de los hechos atribuidos a su hijo, no habría promovido esta controversia."

Precisamente el hecho de este pleito demuestra que en el ánimo de Gamboa no obró la consideración moral de

que estuviera obligado a pagar una suma a título de indemnización por hechos delictuosos de su hijo, como se supone en la sentencia; fue el temor de ver a éste deshonrado y expuesto a ir al presidio lo que determinó un acto que después fue inútil porque ese mal no pudo evitarse, como se desprende de la publicidad de los autos.

En las razones que dejó expuestas fundo mi salvamento de voto, con el cual, no sin pena, me aparto de las conclusiones de la sentencia anterior, pues creo en conciencia, por fuero de la ley y en justicia, que es nulo, por vicio en el consentimiento, el contrato que acrece el haber de la parte demandada a costa del patrimonio de un padre desgraciado.

Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos treinta y dos.

Tancredo Nannetti—Tafur A.—Martínez—Augusto N. Samper, Secretario.

**Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y dos.**

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Eliecer Vargas G. demandó al Colegio de Boyacá para que se hicieran estas declaraciones:

"1° Que la mencionada entidad debe pagarme, tres días después de ejecutoriada la sentencia respectiva, la suma de cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 4,400) moneda corriente, y los intereses legales de esta cantidad, desde el día primero de agosto de mil novecientos veintiséis hasta la fecha en que se verifique el pago; y

"2° Las costas del presente juicio."

Los hechos fundamentales de la acción están relacionados así:

"1° Por contrato celebrado legalmente con el señor doctor don Rafael Bernal Jiménez, Secretario de Instrucción Pública del Departamento de Boyacá, y Presidente nato de la Consiliatura del Colegio de Boyacá, que funciona en esta ciudad, me hice cargo de suministrar a los superiores y alumnos del expresado Colegio la alimentación en el año lectivo de mil novecientos veintiséis.

"2° Tal contrato fue debidamente aprobado por el señor Gobernador del Departamento, porque era condición esencial de él dicha aprobación.

"3° En ejercicio de tal contrato empecé a cumplirlo en la misma fecha señalada, y de acuerdo en un todo con las estipulaciones respectivas.

"4° Mientras estuvo a mi cargo lo cumplí religiosamente al pie de la letra, sin que hubiera lugar a reclamo alguno por parte de los encargados de velar acerca de su cumplimiento, que lo eran los respectivos superiores del expresado Colegio.

"5° Como en el mes de marzo, dentro de la vigencia del contrato, se presentó un alza exorbitante del precio de los víveres que podía llevarme al desastre y a la ruina, opté por dirigir a la Consiliatura del establecimiento un memorial razonado, en que le pedía el aumento transitorio del precio de las pensiones, para no ponerme así en la imposibilidad de cumplir el contrato.

"6° La Consiliatura del Colegio, que es la que representa la entidad autónoma que demando, lejos de atender mi reclamo, resolvió por su propia cuenta, y sin fa-

cultad ninguna legal, declarar resuelto el contrato, y me ordenó la entrega de él.

"7° Meditadas las cosas por mí un poco más, antes de que la Consiliatura declarara resuelto el contrato retiré la manifestación que había hecho de separarme del contrato si no se me aumentaba el precio de las pensiones, lo que hice por medio de un memorial en que pedía, además, una audiencia para explicar mi conducta.

"8° Reunida la Consiliatura para considerar mi petición, el Consiliario doctor Eladio Gómez sentó una proposición en que se establecían condiciones onerosas para mí, y se me exigían fuertes cauciones para cumplirlas.

"9° Aunque tales condiciones eran impuestas de modo arbitrario por una sola de las partes contratantes, no vacilé, al serme comunicadas por la Secretaría del Colegio, en aceptarlas, porque tenía en mira dejar a salvo mi buen nombre.

"10. A pesar de esto, la Consiliatura, una vez que estaba aprobada y comunicada de antemano la proposición del doctor Gómez, volvió nuevamente a reunirse, y con los votos negativos de los Consilarios doctor Eladio Gómez y Nebardo Rojas, por dos afirmativos, declaró resuelto el contrato y retiró la orden de entrega.

"11. Ante este despojo sin precedentes, hube de someterme y hacer la entrega del mencionado contrato.

"12. Inmediatamente que me arrebataron el contrato, la Consiliatura se reunió y aumentó a dos pesos más el precio de las pensiones.

"13. El contrato fue cumplido por mí en su totalidad y a satisfacción general de empleados y alumnos del Colegio, sin interrupción alguna, desde el primer día hasta la fecha en que me fue arrebatado arbitrariamente.

"14. El Colegio dejó de pagarme la suma de cuatrocientos cincuenta pesos moneda corriente (\$ 450), valor del completo de las pensiones del mes de junio.

15. Aunque el reglamento del establecimiento no señala vacaciones intermedias, el Colegio concedió quince días en el mes de julio, y como ya estaba pagado todo el mes de pensiones, se me obligó a devolverle a los alumnos el valor de los quince días, es decir, la suma de mil quinientos pesos moneda corriente (\$ 1,500).

"16. La mencionada suma me pertenecía de derecho, porque yo tuve que anticipar dineros para la consecución de víveres, desde el principio del mes para todo el mes de julio, como era costumbre, en la seguridad de que había tareas durante todo él; por lo tanto, sufrí la pérdida de esos dineros, fuera de los víveres que tenía acopiados para todo el mes, por los asuetos concedidos ilegalmente.

"17. El Colegio terminó sus tareas el quince de noviembre, debiendo serlo el treinta; y como de acuerdo con el contrato, todo el mes de noviembre, si no se me arrebató el contrato, habría obtenido una utilidad de dos mil pesos, teniendo, además, en cuenta el descenso que de agosto en adelante se produjo en el precio de los víveres.

"18. El Colegio me propuso venta de los enseres que allí tenía para el servicio, y fue acordado el precio de cuatrocientos cincuenta pesos moneda corriente (\$ 450).

"19. El Síndico del Colegio, don Enrique Azula Gómez, recibió a su satisfacción dichos enseres.

"20. El Colegio no ha querido pagarme dicha cantidad.