

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

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese

se en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente al Tribunal.

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

PERJUICIOS.—ABUSO DEL DERECHO

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

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

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos pertinentes en casación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fundamentos del recurso de casación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estudio de los cargos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

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