

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — COMPETENCIA DEL JUZGADOR DE SEGUNDO GRADO EN RELACION CON LA REVISION DE LA PROVINCIA APELADA. — FACULTADES CONSTITUCIONALES DE LAS ASAMBLEAS EN RELACION CON LOS INTERESES SECCIONALES. — RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS QUE SE TIENEN BAJO GUARDA. — RESPONSABILIDAD POR CULPA. — PERITAZGO. — FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO. — NOCION DE LUCRO CESANTE

1.—Es de ley que al Superior no le es dado enmendar la providencia apelada en las partes de ella que no son objeto del recurso (artículo 494 del C. Judicial).

2.—Facultad constitucional tienen las corporaciones administrativas de los Departamentos para dirigir y fomentar, por medio de Ordenanzas, cuanto se refiere a los intereses seccionales y el adelantamiento interno. En ejercicio de tal facultad la Asamblea del Departamento Norte de Santander podía dedicar parte de sus propios recursos para esa urgente necesidad seccional (artículo 54, Acto Legislativo número 3 de 1910).

La promoción de obras públicas y el fomento de empresas útiles le han correspondido primordialmente a la Rama Legislativa del Poder Público desde cuando regía la Constitución de 1886.

El arreglo de los cauces naturales y la erección de murallas y diques sobre las riberas de los ríos, son obras que la Nación puede ordenar y emprender, como suprema administradora de los bienes de uso público (artículo 674 y siguientes del C. Civil). Pero la realización de tales empresas puede encomendarla a las administraciones departamentales.

3.—Como lo ha dicho la Sala de Casación Civil, "el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su capítulo XXII que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil, dándoles una naturaleza esencialmente objetiva, y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general" (sentencia de 1º de julio de 1948,

G. J., Tomo LXIV página 480).

4.—Las obras dedicadas a impedir la entrada de aguas a los predios están autorizadas por el Código Civil (artículo 995), cuando el dueño del predio no está obligado a recibirlas. Para que la construcción de esas obras de defensa puedan dar a terceros acción para hacerse indemnizar, es necesario que el tercero demuestre que el constructor tuvo intención de causar daño a sus tierras o edificios.

5.—Cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que le sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil Chileno. En ninguno de los proyectos elaborados por el señor Bello se habla de responsabilidad "por las cosas que se tienen bajo guarda" como lo dice el Código Civil francés en el artículo 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que "se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda" que es lo que ha dado motivo para que se diga que el legislador francés admitió la responsabilidad objetiva. La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad "por las cosas".

Cuando nuestros Tribunales han esbozado en sus fallos la teoría de la responsabilidad objetiva han buscado asidero en la disposición del artículo 2356 del Código Civil. Al amparo de tal disposición han resuelto reclamaciones por daños causados en actividades

o explotaciones peligrosas tomando como ejemplo de tales actividades o explotaciones las de los vehículos de transporte, las de las empresas industriales de energía eléctrica, etc.

6.—Desde el derecho romano se ha considerado que el hecho que infiere injuria o daño a otra persona es genitor de la obligación reparadora. No es preciso que el hecho dañino se haya cometido de manera voluntaria y maliciosa para que origine la reparación. Puede faltar la intención de dañar, y sin embargo el lesionado por el solo hecho de haber sido víctima del daño tiene en principio acción para hacerse indemnizar. Esta norma de equidad en vez de sufrir mengua, ha adquirido consistencia y cobrado incremento con el influjo del derecho social contemporáneo.

El progreso en todas sus manifestaciones impone hoy, con más apremio que antes, la regla de conducta del cuidado y atención en las empresas y negocios propios para que no vayan a refluir en perjuicio de los demás. El Estado mismo —y en esa expresión quedan comprendidas todas las entidades de derecho público que de élemanan— ya no puede escudarse en el concepto de soberanía para obrar o dejar de obrar, si el hecho o la abstención hieren a personas o a patrimonios causándoles perjuicio.

La conducta que chocca con esas normas, o que se aparta de ellas, es la que legisladores y jurisperitos vienen en llamar culpa.

Los expositores franceses anotan que el Código Civil no da una definición de culpa civil. Hacen esa observación Planiol y Ripert para dar en seguida la idea que ellos tienen de culpa. "Se incurre en ella —dicen— cuando se actúa de modo diverso de como debía obrarse". Los hermanos Mazeaud hallan que hay culpa en "todo error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida, colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio. Otros autores consideran que hay culpa en "la carencia de precauciones que la prudencia hubiera inspirado a un hombre cuidadoso y diligente".

El Código Civil colombiano dice en el artículo con que inicia el libro reglamentario de las obligaciones y los contratos, que el hecho que ha inferido o infiera daño a otra

persona, da nacimiento a una obligación civil. Pero al tratar de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, no da tampoco una definición de éstas. En el artículo 63 del Título Preliminar había dicho: "La ley distingue tres especies de culpa o descuidado"; y al describir lo que es culpa grave, lo que es culpa leve y lo que es culpa levisima, las relaciona con normas de conducta.

Inseparable la noción de culpa de la responsabilidad moral, se explica que se la quiera configurar como un error de conducta.

"Toda la teoría de la responsabilidad —enseña Jossérand—, no es otra cosa que una vasta empresa de equilibrio de derechos rivales en permanente conflicto a los cuales importa conservar en su lugar, localizarlos y controlarlos en su expresión". Las disposiciones que el C. C. destina a la reglamentación de los delitos y cuasidelitos, le permiten al Juez conducir y desenredar la lucha de intereses que en cada caso se le ponga de presente (Obra citada, T. 2º, número 426).

"Para justificar una demanda de perjuicios fundada sobre el artículo 1382 del C. Civil, no basta invocar un perjuicio y atribuir una causa determinada a ese perjuicio, sino que es preciso establecer que la causa invocada tiene efectiva relación con el perjuicio sufrido". Esta doctrina informa un gran número de fallos proferidos por los tribunales franceses.

La Sala podría aquí rememorar los diversos fallos que los tribunales de Colombia han propunciado en el mismo sentido, cuandoquiera que se les han propuesto demandas por perjuicio, fundadas en la disposición general del artículo 2341, que en su esencia es el mismo artículo 1382 del Código Civil francés.

Ya con lo dicho puede advertirse que la responsabilidad en materia civil está configurada por tres elementos esenciales: el hecho culposo, el perjuicio y la relación de causalidad entre uno y otro.

7.—También cuando los llamados a cooperar en la investigación de cuestiones sometidas a la justicia, al evacuar su cometido lo hacen apoyados en lo que presumen, infieren, juzgan o deducen, y no en principios inconcisos de su ciencia o profesión, la ley les admite sus exposiciones y quiere que se

tengan como experticias. Pero a tales exposiciones, como producto que son de un proceso mental, las subordina a la apreciación del juez de la causa. En otros términos: la ley les da entrada a las presunción, inferencias, juicios y deducciones de los expertos, pero al juez le asigna la muy delicada función de hacer el análisis de todo ese proceso. Por el tamiz de la crítica del juez han de pasar entonces: "la calidad, fama e ilustración de los peritos; la imparcialidad con que desempeñan el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Tal es el meollo y el espíritu de la disposición contenida en el artículo 723 del estatuto de Procedimiento civil. En la exposición de motivos de la Comisión que lo redactó se lee: "El proyecto acepta la doctrina consignada en el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, que le da fuerza obligatoria al dictamen pericial en el pleito en que se produce, porque hemos considerado en atención a los constantes y graves errores en que se suele incurrir en materia de inferencias y presunciones, por extraordinaria que sea la competencia del perito, que dicha regla aplicada en toda su amplitud daría lugar a fallos desacertados e injustos, en lo cual está de acuerdo la opinión casi unánime de distinguidos magistrados y eminentes jurisconsultos".

El artículo, de la ley 105 citada — que en su esencia quiso acoger la comisión, y que el legislador de 1931 prohijó — usa del término INCONCUSO, que equivale a evidente, palmario, firme o que no da lugar a duda ni contradicción.

Adviértese así que los dos estatutos de procedimiento nombrados están de acuerdo en establecer que al esclarecimiento de los hechos fundamentales de una demanda pueden cooperar peritos: unas veces lo harán exponiendo en forma magistral y decisiva, vale decir, como expositores, de lo que la ciencia ha definido. La ley en tal evento le rinde pleitesia a la ciencia. Y, si por querer de las partes solamente un perito ha intervenido, el único dictamen de éste basta para tener como definida la cuestión de hecho. Si más de uno ha intervenido, la ley exige uniformidad en la exposición.

Puntos habrá de los sometidos al debate judicial en que los llamados a dictaminar sobre hechos o cosas, no pueden hablar como expositores o maestros, sino que debiendo discernir sobre tales cosas o tales hechos, tendrán que conocerlos, analizarlos, inquirir por sus causas y medir y pesar sus efectos, para así estar en capacidad de pronunciar un veredicto sobre ellos. Esa serie de operaciones que en tal caso tiene que realizar el perito para formarse un juicio y sacar deducciones, tiene que someterse al conocimiento del juez de derecho. Aquí ya entra a actuár éste como crítico, en ejercicio de la función de que se ha hablado atrás.

8.—Nuestra jurisprudencia ha sido constante en sostener que los hechos expuestos en la demanda y en la contestación o al proponer excepciones perentorias, sirven para fijar el campo del litigio; lo determinan entre las partes y en la consideración del juzgador. Por lo que toca al actor, la ley le impone el deber de expresar con claridad y precisión los hechos en que funda la demanda. La prosperidad de ella depende de la demostración de tales hechos (artículos 203, 471 y 593 del C. Judicial).

9.—El Gobernador, en lo que mira al remedio de necesidades nacionales, es apenas agente del Ejecutivo. El Presidente de la República es quien tiene, constitucionalmente, la obligación de conservar en todo el territorio el orden público; y para obrar en consecución de ese fin, no necesita esperar las sugerencias de sus subordinados.

10.—El artículo 64 del C. C. —dijo la Corte en sentencia de Casación Civil de 26 de mayo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, página 581)— definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o que no es posible resistir. Con la conjunción O, que en esta vez no separa, sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la Ley 95 de ese año, cambió la conjunción, en donde se leía "es lo mismo", por la preposición A, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de "el imprevisto" O "que no es posible resistir", dijo, "el imprevisto A que no es posible resistir". Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres

de la fuerza mayor o caso fortuito a saber: imprevisto e irresistible.

11.—En todos los tiempos han entendido los legisladores y los doctrinantes que la reparación por daños no se puede salir de los límites que marca la equidad.

12.—Lucro cesante. Lucro o logro, del latín LUCRUM, encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es LUCRATIVA cuando produce rendimientos a quien la ejercita. Y como éstos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea de lucro se confunda con la del interés que produce el capital.

Entendido así el LUCRO, la actividad o cosa que lo produce deja de ser lucrativa cuando deja de producir utilidades. En el lenguaje mercantil e industrial se dice que una empresa deja de ser lucrativa cuando no se le saca al capital invertido el interés que le corresponde.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

La señora Virginia Soto de Faccini, mayor y vecina de Bogotá, demandó al Departamento Norte de Santander y al Municipio de Cúcuta para que previa la tramitación de un juicio ordinario, se declare:

1º—Que el Departamento Norte de Santander y el Municipio de Cúcuta son solidariamente responsables de perjuicios causados por la inundación ocurrida en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, perjuicios que enumera el hecho vigésimo tercero de la demanda.

2º—Que las mencionadas entidades públicas deben repararle e indemnizarle a la señora de Faccini los referidos perjuicios, indemnización que debe comprender el daño emergente y el lucro cesante.

3º—Que las mencionadas entidades le deben pagar a la señora de Faccini, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de dinero en que tales perjuicios sean evaluados pericialmente durante el curso del juicio.

Como subsidiarias contiene el libelo las siguientes peticiones:

a) Para el caso de que no se considere que es solidaria la responsabilidad de las mencionadas entidades públicas, que se fije la responsabilidad en la proporción que determine el Tribunal, y que se hagan las demás declaraciones solicitadas.

b) Para el caso de que se considere que no hay lugar a las anteriores declaraciones contra el Municipio de Cúcuta, que esas mismas declaraciones sean hechas contra el Departamento Norte de Santander, es decir, que se declare a dicho Departamento como único responsable de los perjuicios y que se le condene a repararle e indemnizarle a la señora de Faccini el valor íntegro de ellos, y a pagarle como monto de la indemnización la cantidad de dinero en que tales perjuicios sean evaluados pericialmente durante el juicio.

Las disposiciones del Título 34, Libro 4º del Código Civil las halló atinentes la demandante y las invocó como fundamento de derecho, lo mismo que el artículo 1494.

Como hechos invocó los siguientes:

1º—El de haberle comprado a la señorita Ana Francisca Marciales una finca denominada "Sacamiles", ubicada en el Municipio de Cúcuta y determinada por linderos especiales. De esa compra-venta, según la demanda, da testimonio la escritura número 962 otorgada ante el Notario Primer de Cúcuta el 25 de noviembre de 1936.

2º—El de haberle vendido al señor Julio Briceño G., la mencionada finca como lo atestigua la escritura número 101 por ante el mismo Notario pasado el 10 de febrero de 1938, y el haberla recibido en calidad de arrendataria del mismo señor Briceño.

3º—El haber comprado nuevamente la demandante la finca en referencia al señor Julio Briceño según lo delata la escritura número 453 otorgada ante el mismo Notario el 18 de junio de 1938.

4º—El no haber enajenado la demandante el mencionado inmueble con posterioridad al 18 de junio de 1938.

5º—La extensión o cabida aproximada del inmueble es de cinco hectáreas, incluyendo tierras, cauce y playa del río, de las cuales hectáreas tres eran totalmente cultivables.

6º—El inmueble por sus condiciones climáticas, topográficas, geológicas y físico-químicas era especialmente apropiado para el cultivo de la vid y para el beneficio de hortalizas antes de la inundación.

7º—Ni aún en las mayores crecidas o avenidas

del río Pamplonita el inmueble de "Sacamiles" había sido destruido en su zona cultivable, ni sus plantaciones amenazadas, por dos circunstancias:

a) En las más grandes avenidas del río, producidas con una periodicidad aproximada de siete años, las aguas, en el sector comprendido entre el inmueble en referencia y el puente llamado de San Rafael, hacia la margen izquierda, se extendían considerablemente sobre predios adyacentes sin defensas sólidas, existentes en esas épocas y situados al nivel de la playa normal del río, moviéndose naturalmente con un mínimo poder erosivo que no constituía ni siquiera para aquellas ruina de su capa geológica superficial, sino únicamente anegación y empozamientos de las aguas.

b) El área del predio de "Sacamiles" en su parte apropiada para el cultivo formaba, en cambio, una plataforma alta de tres metros sobre el nivel ordinario de la playa, de aluvión grueso, protegida frente a la margen izquierda del río, especialmente por una vegetación sólida, circunstancia ésta que agregada a la de la altura, la había hecho prácticamente inaccesible a las inundaciones provenientes de las más fuertes crecientes del río.

8º—La mencionada finca, destinada por su dueño al cultivo de viñedos y hortalizas en una extensión de dos hectáreas sobre la plataforma alta, tenía una plantación de tres mil quinientas matas de uva, de las cuales estaban en vía de producción dos mil en noviembre de mil novecientos treinta y ocho. Estaban instaladas sobre espalderas de madera de "anacao" y alambre liso galvanizado; y las mil quinientas restantes estaban de seis meses de edad.

9º—Con el esmero y cuidado que la técnica aconseja, fue hecha la plantación. Entre el cultivo y el borde de la plataforma que limitaba con la playa se dejó una zona de quince metros de ancho, dedicada a la siembra de hortaliza, lo mismo que otras regiones laterales en producción durante el mes de noviembre de mil novecientos treinta y ocho. Cada mata de uvas estaba instalada a dos metros de distancia de la otra y dispuestas en hiladas con calles intermedias de dos metros. La uva cultivada era de las mejores clases.

10º—La Ordenanza número 44 de 26 de abril de 1928, dictada por la Asamblea del Departamento del Norte de Santander ordenó lo siguiente:

"Artículo 1º—Vótase la suma de treinta mil pesos oro para atender a la construcción de defensas sólidas en el barrio de La Playa de la ciudad de Cúcuta a fin de contener las avenidas del río Pamplonita. — Artículo 2º Esta suma se pagará

por anualidades de a \$ 10.000 oro y se incluirá en los presupuestos de la próxima y sucesivas vicencias. — Artículo 3º Para que se hagan efectivas estas sumas, es necesario que el Concejo Municipal de Cúcuta apropie cada año en su presupuesto y haga efectiva una cantidad por lo menos de 25% del auxilio departamental y con destino a las mismas obras de defensa. — Artículo 4º El mismo Concejo Municipal de la ciudad de Cúcuta nombrará una junta especial encargada del manejo de los fondos y organización de los trabajos respectivos a la cual se pagarán, cumplidas las formalidades legales, las sumas destinadas para el cumplimiento de la presente Ordenanza..... — Artículo 6º Esta Ordenanza regirá desde su sanción".

11.—El Concejo de Cúcuta nombró la Junta a que se refiere el artículo cuarto de la citada Ordenanza.

12.—De acuerdo con la misma Ordenanza los funcionarios del Departamento Norte de Santander planearon la construcción de una gran muralla sobre la margen izquierda del río Pamplonita, la que, de acuerdo con el proyecto elaborado posteriormente por el ingeniero del Departamento, debía tener una longitud aproximada de 700 metros partiendo desde el estribo occidental del Puente de San Rafael, hacia el Norte.

13.—Los aludidos funcionarios al planear la obra debieron tener en cuenta que ella debía construirse en tal forma que, al evitar las avenidas del río Pamplonita sobre la ciudad de Cúcuta, no fuera a causar perjuicios especialmente a los riberanos que, por cualesquiera circunstancias topográficas o hidrográficas, no habían tenido amenazados sus predios, antes de la construcción de la muralla, por las mayores crecientes del río Pamplonita.

14.—Según el plano, la muralla de defensa debía terminar dentro de los linderos del predio de la demandante, incrustándose en el borde oriental de la plataforma alta.

15.—La Ley 122 de 1931 dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º—Con destino a la defensa de la ciudad de Cúcuta contra las inundaciones del río Pamplonita, destíñase la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000,00). — Parágrafo. La cantidad de que trata esta ley se pondrá a órdenes de la Gobernación del Departamento Norte de Santander, para que sea invertida por la Dirección de Obras Públicas del Departamento a cuyo cargo queda la realización de la obra. — Artículo 2º Autorízase al Gobierno para hacer los trasladados necesarios dentro del presupuesto actual, a fin de dar

cumplimiento inmediato a la presente ley, que regirá desde su sanción".

16.—El Departamento Norte de Santander inició la construcción de la muralla en el año de mil novecientos treinta y dos. En el informe presentado al Gobernador del Departamento por el ingeniero de Obras Públicas correspondiente al año de mil novecientos treinta y tres, dice este funcionario lo siguiente:

"Defensa de Cúcuta contra las avenidas del Río Pamplonita.—Para la realización de esta importantísima obra se ha dispuesto de recursos nacionales, departamentales y municipales. En virtud de la ley 122 de 1931, la Nación destinó la suma de \$ 20.000, de los cuales pagó \$ 10.000, quedando debiendo el resto. El Departamento destinó la suma de \$ 4.805.81 de acuerdo con la Ordenanza número 50 de 1931 aprobada en sus sesiones extraordinarias; e invirtió esas sumas como consta en el informe rendido el año pasado. De la partida de \$ 20.000.00 asignada por la ley 122 de 1931, como ya se dijo anteriormente, la Nación quedó debiendo a esta obra \$ 10.000.00 que aparecen asignados en el presupuesto nacional para la vigencia de 1934 (Capítulo 58, artículo 185-bis del ramo de Obras Públicas). El Departamento destinó la suma de \$ 10.000 con el mismo objeto y para cumplir la Ordenanza número 44 de 1928, en la cual se expresa claramente en el artículo 3º lo siguiente: "Artículo 3º Para que se hagan efectivas estas sumas, es necesario que el Concejo Municipal de Cúcuta apropie cada año, en su presupuesto y haga efectiva una cantidad por lo menos del 25% del auxilio departamental y con destino a las mismas obras de la defensa". En 1933 dictó el H. Concejo de Cúcuta el Acuerdo número 29, por medio del cual destinó la suma de \$ 3.500 para la defensa de Cúcuta. El Municipio de Cúcuta estaba comprometido en virtud del Acuerdo número 11 de 1932, a suministrar la suma de \$ 2.500 pero no pudo hacerlo no sé por qué razón. La obra cuenta con el dinero suficiente para su terminación, pues aparte del dinero que suministrarán el Departamento y el Municipio de Cúcuta, la Nación le destina una suma de \$ 25.000 en virtud de la Ley 36 del corriente año, cuyo artículo cuarto dice: "Auxíliase al Municipio de Cúcuta con la suma de veinticinco mil pesos (\$ 25.000) que se incluirán en el presupuesto de la actual vigencia, para la defensa de la ciudad, contra las avenidas del río Pamplonita...". La Gobernación del Departamento promovió varias juntas, a las que invitó destacadas personalidades del Concejo de Cúcuta para

ver de obtener que éste invirtiera algunos fondos en la obra mencionada, pero no fue posible conseguirlo. Solamente el nuevo Concejo, en vista de la inundación de diciembre último, resolvió destinar una partida para esos trabajos. Con esta resolución del H. Concejo, el Departamento cumplirá legalmente al invertir parte de los \$ 10.000 incluidos en el último presupuesto. Fue muy de lamentarse que el H. Concejo no hubiera invertido los \$ 3.500 del último acuerdo citado, pues hubiera obligado al Departamento a invertir una suma considerable desde el mes de julio, con lo cual se hubiera evitado la entrada del río Pamplonita, y por consiguiente los daños causados en varias propiedades particulares, la mayor parte de gentes pobres...".

17.—La muralla fue construida con algunas interrupciones en una longitud de unos quinientos metros hasta mediados de mil novecientos treinta y seis, año en que por gestiones de los representantes del Departamento se hizo traslado de la correspondiente partida del auxilio nacional para atender a otra obra que interesaba al mismo Departamento.

18.—Posteriormente se siguió la construcción de la muralla hasta un punto situado a cincuenta metros aproximadamente del lindero sur de propiedad de la demandante. En esta situación se encontraba la muralla en noviembre de 1938.

19.—Por el modo como se ejecutó la obra de construcción de la muralla; por no haberse construido la parte que aparece en los planos primitivos como necesaria, y en general por culpas y negligencias del Departamento Norte de Santander, en el terreno de la demandante se produjo la inundación.

20.—El Municipio de Cúcuta, por su parte, incurrió en omisiones respecto a la contribución que le correspondía en la ejecución de la obra de que se trata.

21.—En la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, las aguas del río Pamplonita, que nunca antes habían inundado el terreno de Sacamiles, en lugar de desbordarse, como se desbordaban antes, en casos de avenidas o crecientes, por los terrenos bajos situados en la margen izquierda del río, entre el puente y el inmueble de Sacamiles, se desbordaron sobre éste, a pesar de su apreciable altura sobre el nivel del río.

22.—El hecho anotado anteriormente, que en tiempos anteriores no se había presentado, tiene la siguiente explicación:

a) La existencia de la muralla hacia la parte sur del predio de Sacamiles redujo considerable-

mente el encauzamiento de las aguas aumentando la velocidad y el nivel de las mismas y por consiguiente el poder erosivo de la corriente en un alto porcentaje, debido a que la margen derecha del río, en todo ese sector, está constituida por estribaciones rocosas de cerros cercanos que de contragolpe lanzaron el caudal de las aguas sobre la margen izquierda en dirección a Sacamiles, desviando el curso del río.

b) Inconclusa la muralla en la parte comprendida por el predio de la demandante y el sector inmediatamente anterior a él, y no atendida la defensa en una forma completa y acertada conforme a un proyecto científico, el caudal violento de las aguas no encontró frente al terreno de Sacamiles defensa propia para resistir el ímpetu y la nueva fuerza de arrastre de la corriente.

23.—A la inundación ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, le atribuye la actora los siguientes perjuicios:

a) Pérdida total de la aludida plantación de vid;

b) Pérdida total de las hortalizas;

c) Pérdida de toda la capa vegetal del terreno, la cual fue completamente arrastrada por las aguas;

d) Destrucción completa de la plataforma en que existían los cultivos;

e) Imposibilidad absoluta de poder volver a sembrar en el terreno, o de aprovecharlo o de utilizarlo en cualquiera otra forma, debido no sólo a la circunstancia anotada de haber arrasado el río la capa vegetal sino también por haberse destruido la plataforma;

f) Transformación del terreno alto formado de uvión grueso y protegido por una vegetación lida, especialmente para cultivos como los que si existían, en una playa inutilizable e inexplicable económicamente.

24.—El poder erosivo de la corriente del río Pamplonita, sin el encauzamiento producido por la muralla, habría sido muchísimo menos de lo que fue con la existencia de ella. Ese poder de erosión hubiera podido ser resistido —y lo fue evidentemente en otras avenidas de gran volumen—, por el terreno formado de aluvión grueso y protegido por una vegetación sólida. Si la muralla no hubiera existido, las aguas no habrían podido alcanzar un nivel suficientemente alto para cubrir el terreno, y en ese caso no habría tenido lugar la destrucción de los cultivos, ni habría destruido la capa vegetal, ni se habrían causado los demás perjuicios de que se ha hablado.

25.—El Departamento Norte de Santander, al emprender la construcción de la muralla, creó un riesgo excepcional.

26.—En las labores de planificación o en las de construcción de la obra en referencia, se incurrió en culpa o negligencia por parte del Departamento Norte de Santander. Hubo mala organización y funcionamiento defectuoso del correspondiente servicio público o culpa del servicio público.

27.—El Municipio de Cúcuta incurrió también en negligencia por lo que respecta a la participación que le correspondía en la obra de que se trata.

Tal es el resumen de los hechos fundamentales de la demanda propuesta por la señora Virginia Soto de Faccini contra el Departamento Norte de Santander y el Municipio de Cúcuta.

Sin contestar la demanda, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona devolvió los autos que en traslado se le habían pasado, y propuso la excepción dilatoria de inepta demanda. El incidente respectivo fue coronado con un auto por el cual declaró el H. Tribunal no probada la excepción propuesta, ordenándoles a los demandados que contestasen la demanda. Tal auto fue confirmado por la Corte.

El señor Fiscal del H. Tribunal en obedecimiento a lo dispuesto en el auto que se acaba de rememorar, descorrió el traslado de la demanda en la forma siguiente:

De los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º, 9º, 11, 17 y 18, dijo que no están demostrados y que por tanto no se pueden aceptar ni negar.

Del 6º, dijo que no lo aceptaba por no estar demostrado que los terrenos fueran especialmente apropiados para el cultivo de la vid y para beneficio de hortalizas.

Negó el hecho 7º apoyado en la razón de que los terrenos no fueron amenazados nunca con inundaciones del río Pamplonita, y de que estaban protegidos por una vegetación sólida.

El 14, no lo aceptó por el motivo de que el plano de la defensa de Cúcuta no termina precisamente dentro de los linderos del predio de la demandante.

Rotundamente negó el 19.

Negó lo relativo a la apreciable altura sobre el nivel del río del terreno de la demandante, afirmado en el hecho 21.

De igual manera negó que fuera cierto lo relativo a la desviación del curso del río por contragolpe hacia la margen izquierda de la derecha por estar constituida por

rocosas de cerros cercanos, de que habla el hecho 22.

Igualmente negó que fuera cierto lo consignado en los apartes a), b), c), d), e) y f) del hecho 23, afirmando en cambio, que allí subsisten matas de vid y que el terreno de la demandante carecía de protección por la vegetación sólida de que se habla y que si hay la posibilidad de utilizarlo en plantaciones de vid, hortalizas o en otra forma.

Que no se ha demostrado ni se puede demostrar que el terreno de la demandante sin la muralla, hubiera resistido toda inundación sin que se le causara daño alguno, es la razón que da para negar el hecho 24.

Que al emprender el Departamento la construcción de la obra, lentamente como lo permitían sus recursos fiscales y circunstancias de otro orden, no creó ningún riesgo excepcional, es la razón que tiene para negar el hecho 25.

Y que los perjuicios que pudo recibir la demandante fueron obra de una avenida excepcional y extraordinaria del río, y no obra de la muralla en construcción, es el motivo que expone para negar el hecho 26.

Del 20 y del 27 dijo que no le constaban a la entidad departamental demandada.

Convino, en cambio, pero haciéndoles observaciones de fondo, con los hechos 10, 12, 13, 15 y 16.

Y dio término a la contestación proponiendo "de acuerdo con instrucciones recibidas la excepción de fuerza mayor".

Con el siguiente párrafo cierra la contestación de la demanda: "Por tanto, ni sólo ni solidario con el Municipio de Cúcuta, el Departamento Norte de Santander es responsable por los perjuicios que pudiera sufrir la señora Virginia Soto de Faccini en la noche acabada de citar de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, por la avenida del río Pamplonita y en consecuencia, no tiene obligación alguna de indemnizarla. Como su representante, me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas por la parte actora contra la entidad mencionada".

El señor Personero Municipal en su condición de tal, contestó en su oportunidad, manifestando que se opone a que se hagan las declaraciones pedidas por el demandante. En cuanto a los hechos de la demanda aceptó únicamente los de los numerales 10, 13 y 15.

Negó rotundamente los de los ordinarios 6º, 7º, 24, 25, 26 y 27; dijo que no le constaban ordinarios 1º, 2º, 3º, 4º, 8º, 9º, 11, 16,

17, 18 y 21; y a todos los demás les hizo reparos de fondo.

También propuso el señor Personero excepciones perentorias: la de ilegitimidad de la personalidad sustantiva de la demandante y la de fuerza mayor, a más de una que denominó de inepta demanda, "por estar dirigida contra diversa persona de la obligada a responder por el hecho que se demanda".

El juicio continuó luego su curso ordinario. En la primera instancia hubo debate probatorio del cual usaron las partes, como usaron del de alegatos.

La sentencia de primer grado fue pronunciada por el H. Tribunal el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en la siguiente forma:

"1º Absuélvese al Municipio de Cúcuta de los cargos de la demanda;

"2º Condénase al Departamento Norte de Santander al pago de la suma de diez y nueve mil pesos (\$ 19.000) en favor de la señora Virginia Soto de Faccini, como único responsable de los perjuicios sufridos por ésta y a los cuales se ha hecho referencia, pago que se verificará, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"3º No hay lugar a condenar en costas a la actora por cuanto no se aprecia temeridad en la demanda contra el Municipio de Cúcuta".

Apelaron de la sentencia el representante judicial del Departamento Norte de Santander y el apoderado de la señora Virginia Soto de Faccini, y el recurso les fue concedido.

Se dio el traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil y se fijó en lista, abriendose luego a pruebas a petición del apoderado del Departamento Norte de Santander. El Municipio de Cúcuta constituyó apoderado ante la Corte.

En segunda instancia hubo trámite de pruebas, del cual aprovecharon la parte actora y el representante del Departamento Norte de Santander. Los representantes judiciales de los mismos, presentaron alegatos y lo propio hizo el representante judicial del Municipio de Cúcuta. Audiencia pública no se surtió porque a ella no se presentaron las partes.

De las suplicaciones de la demanda la que prosperó, por lo visto, fue la segunda de las subsidiarias, puesto que el H. Tribunal solamente condenó al Departamento Norte de Santander, y absolió al Municipio de Cúcuta.

Aquella entidad se ha hecho presente ante la Corte para obtener la revocación del fallo que la condena; la parte actora se ha presentado con la

aspiración de qué la condena pronunciada contra el Departamento revista más amplias proporciones. A la Corte le pide el apoderado que la condena contra el Departamento de Santander se extienda a todos los perjuicios que la demanda hace aparecer como sufridos por la señora de Faccini. No insiste en hacerla extensiva al otro demandado.

No obstante, el absuelto Municipio se ha presentado aquí y tiene constituido apoderado para que sostenga el fallo que le fue favorable. El apoderado, que lo es el doctor Ricardo Silva, ha hecho presente en su alegato que está descartada la responsabilidad del Municipio y hace resaltar esa circunstancia para darle a la acción el calificativo de temeraria en lo que concierne al Municipio.

Antes de avanzar en el estudio de fondo, es preciso dilucidar si el Tribunal ha tenido facultad legal para conocer de este negocio.

La competencia.—El H. Tribunal de Pamplona al pronunciar su fallo, se creyó facultado por las disposiciones de los artículos 76, 156 y 209 del C. Judicial (Ley 105 de 1931). En el capítulo que la sentencia dedica a tratar de la procedencia de la acción, se lee:

Responde la entidad a cuyo cargo ha estado la ejecución de la obra que ha originado la reclamación. Esto se debe a la circunstancia de que, tratándose desde luego de una obra o gestión lícita, el daño ha sido causado por defecto de ella: por su mala construcción, por su inoportunidad, por su interrupción o por cualesquiera de tantas causas que se pudieran presentar. Es principio jurídico de incombustible basamento en la equidad y que tiene raíces milenarias en el derecho, el de que toda persona debe responder de los perjuicios que causare a otra con intención o sin ella salvo los muy raros casos en que la fuerza mayor o caso fortuito están exentos de toda acción. La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo, la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona resultante de la actividad o gestión en el servicio público, ha de ser adecuadamente separado. Justificar el daño por el bien público, es tergiversar el principio constitucional que es la estructura jurídica de la Nación, o sea, la igualdad de todos ante la ley civil".

Para abundar en razones hizo presente el H. Tribunal que el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos —fecha de la expedición del fallo— no regía aún en la República la ley 167 de 1941 orgánica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De seguro el Tribunal quiso referirse especialmente a lo que el Capítulo XXII del mencionado estatuto dispone sobre "indemnizaciones por trabajos públicos".

La cuestión de competencia ofrece dos aspectos, en los cuales debe pararse la atención: el que le dan las disposiciones generales a ella atañederas en el Código de Organización Judicial, y el de la especialidad de la acción.

Primer aspecto.—Tomada la competencia por lo que dicen las disposiciones generales, habría que decir: a los Tribunales de Distrito Judicial les atribuye el estatuto procesal civil el conocimiento en primera instancia de los asuntos contenciosos en que sea parte un departamento y en que se controvertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea su cuantía, salvo los juicios de expropiación y los que versan sobre controversias provenientes de contratos que celebre la Nación:

De modo que como en la demanda no se encuentra referencia alguna a expropiación ni a contrato celebrado por la Nación, a prima faciae podría afirmarse que el H. Tribunal de Pamplona sí tenía competencia para asumir el conocimiento.

Segundo aspecto.—De la prospectación de una muralla, del acometimiento de la obra y del modo que ésta se adelantó, se ocupan la mayor parte de los hechos de la demanda, a partir del décimo, como ya pudo observarse. Y, como en tratándose de indemnizaciones por daños causados con ocasión de trabajos públicos acometidos por la Nación, los Departamentos o los Municipios, ha habido leyes que atribuyen al contencioso administrativo el conocimiento de las respectivas reclamaciones, se impone el examen de si en realidad se trata de indemnización por el simple hecho del acometimiento del trabajo de la muralla, o si son otros los hechos generadores del reclamo formulado por la señora de Faccini:

Cuando el a quo concedió la apelación, ya regía en la República la Ley 167 de 1941, que en su artículo 54 dispone: Los Tribunales Administrativos "conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:... 7º De las indemnizaciones a cargo de los Departamentos o Municipios por causa de trabajos públicos, cuando el valor de lo reclamado ascienda a más de mil pesos". De la segunda instancia conoce el Consejo de Estado de

acuerdo con el artículo 35 de la misma ley. Si la indemnización por causa de trabajos públicos se la cobra al Estado, la suprema entidad de lo Contencioso Administrativo conoce privativamente, y en una sola instancia (artículo 34 ibidem).

Pero el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y dos—fecha del fallo apelado—no era aplicable la Ley 167. Con menos razón podía el H. Tribunal a quo servirse de las reglas de ese estatuto, para aplicarlas a la admisión de la demanda (mayo 28 de 1940) y a la tramitación del primer grado, puesto que el actual Código de lo Contencioso Administrativo no entró a regir sino desde el primero de abril de mil novecientos cuarenta y dos.

Se dirá que ya existía una ley —la 38 de 1918, primera en proveer especialmente “sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización de expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas”— (G. J. T. XXXI, pág. 90), y que allí se atribuye el conocimiento de tales negocios a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Cabe observar, en primer término, que no hay en autos constancia de que a autoridad alguna se hubiera ocurrido cuando se hizo público el proyecto de construcción de la muralla, o cuando ya se había comenzado tal trabajo, para impedir su acometimiento o hacer suspender el avance del mismo.

A la justicia ordinaria se ocurrió en mayo de 1940 cuando habían transcurrido cerca de doce años después de expedida la ordenanza sobre la construcción de la muralla, y cuando la obra había sido ejecutada ya en una extensión mayor de quinientos metros, a ciencia y paciencia de cuantos tienen predios aledaños al río Pamplonita en ese sector. En tales condiciones ya puede afirmarse que no es el trabajo de la construcción de la muralla en sí lo que ha dado lugar a la promoción del presente litigio. El hecho 19 del libelo concreta en los siguientes términos la causa o razón del pleito: “El modo como se ejecutó la obra de la muralla —por no haberse construido la parte que aparece en los planos primitivos como necesaria— y en general las culpas y negligencias en que incurrió el Departamento Norte de Santander...”.

En segundo lugar, y tratándose de la Ley 38, cabe recordar que muy frecuentes fueron los conflictos que entre las dos jurisdicciones suscitó la aplicación de tal ley, como lo apunta en la exposición de motivos la Comisión Redactora del Código de lo Contencioso Administrativo.

Por lo que a la Corte atañe, fue ella siempre sostenedora de la doctrina de que la justicia ordinaria puede inhibirse de conocer de las demandas promovidas por particulares con mira a obtener indemnizaciones por expropiaciones o daños especiales ordenados o ejecutados por autoridades administrativas. Porque ese género de demandas están específicamente previstas en la mencionada ley, como del conocimiento privativo de los Tribunales de lo Contencioso. Demandas por indemnizaciones de otro orden, son del resorte de la justicia ordinaria. Así lo expresó la Corte en sentencias de veintisiete de junio de mil novecientos veinticuatro y cinco de octubre de mil novecientos veinticinco (GACETA JUDICIAL números 31 y 32). Y en la de ocho de septiembre dijo con mayor claridad que la competencia atribuida por la Ley 38 de 1918 a la jurisdicción de lo Contencioso, está limitada a las expropiaciones y daños originados en tiempo de paz por las autoridades administrativas; mas no a las controversias de índole diversa como cuando se cobra indemnización por perjuicios morales, la cual exige una amplia demostración: (V. Jurisprudencia de la Corte, T. V, número 622).

El H. Tribunal a quo apoyado en los antecedentes doctrinarios, aceptó la demanda, atento a que la indemnización solicitada por la señora de Faccini la deduce de hechos que según ella, constituyen una falta en el servicio o una culpa extracontractual imputable a la administración pública. Y esta Sala de la Corte, al pronunciarse sobre las excepciones dilatorias propuestas por el Departamento, halló que la acción ejercitada por la señora de Faccini se hace provenir en efecto “del error o falta en la construcción de la muralla para defender a Cúcuta de las inundaciones del río”.

Han entendido, pues, los juzgadores de ambos grados, que aquí no se trata de resolver sobre expropiaciones a particulares con los daños que esa actitud de la administración les puede acarrear, sino de la indagación de una serie de hechos atribuidos a dos entidades de derecho público y que se señalan como genitoras de responsabilidad civil de entradas exigible.

De la competencia se ha dicho que es el primero de los presupuestos con que ha de contar el juzgador. Y ello no puede remitirse a duda, puesto que de la competencia depende la firmeza de las actuaciones y la eficacia de los pronunciamientos. Por eso, no sobra reproducir aquí lo que esta Sala dijo en reciente fallo sobre competencia, cuando se trató en negocios principal o acci-

dentalmente relacionados con el acometimiento de trabajos públicos.

La Sala de Negocios Generales estudió con detenimiento la mencionada cuestión de competencia al fallar en segunda instancia la demanda entablada contra la Nación por daños a la Hacienda de Casablanca, cuando un pelotón de las fuerzas armadas rompió las murallas que a dicha hacienda protegían contra inminentes inundaciones del río Bogotá.

Dijo entonces la Sala:

"El ordenamiento legal a que atrás se hizo referencia (Capítulo XXII del Código de lo Contencioso Administrativo y sus concordantes) está destinado exclusivamente a regir dos órdenes de fenómenos susceptibles de producirse en el **curso de la ejecución** de los trabajos públicos: la ocupación temporal o permanente de un inmueble del dominio privado y los daños que pueden causarse a la propiedad ajena con las operaciones materiales inherentes a aquella clase de trabajos. Uno y otro fenómeno se regulan por el solo aspecto de las reclamaciones o demandas indemnizatorias contra la administración incoadas por las personas particulares a quienes se ocupe o dañe un inmueble que les pertenezca o que posean a otro título jurídico."

Prescindiendo de lo que concierne a las acciones por los hechos de ocupación, y concretándose por ahora la Corte a la materia propia del litigio—indemnización originada en hechos dañosos— habrá de examinar entonces las modalidades que ese fenómeno ofrece y de las cuales puede surgir un criterio certero para delimitar las respectivas zonas de competencia señaladas por el legislador entre los Tribunales ordinarios y la justicia administrativa.

"En primer lugar habrá de afirmarse, frente a la literalidad de los preceptos del Código de lo Contencioso Administrativo y del de Procedimiento Civil y a la esencia de los principios en que éstos se inspiran, las siguientes reglas generales que dominan la compleja materia de la competencia::

"1º La jurisdicción especial de lo contencioso administrativo está limitada al conocimiento de las controversias resultantes de la ocupación o daño de propiedades inmuebles, originados una u otro, en trabajos públicos que se emprendan o ejecuten por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 2º; 52, ordinal 7º, y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que den ocasión los mismos trabajos, siguen siendo

ventilables ante los jueces ordinarios, por imperio de los mandatos establecidos en el Código Judicial.

"2º La competencia para el reconocimiento del perjuicio por daño la tienen los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según los casos, cuando éste recae directamente sobre una propiedad privada, pues por los de naturaleza distinta —daños a las personas, por ejemplo— corresponde a la jurisdicción común.

"En este particular cabe observar que la ley colombiana se apartó fundamentalmente de la práctica francesa en la cual, según una conocida jurisprudencia del año de 1873 (Arret Blanco), ininterrumpidamente aplicada hasta hoy, la jurisdicción administrativa es competente para resolver las indemnizaciones que se cobran de la administración por los daños sufridos por las personas con motivo de la realización de los servicios públicos de toda especie. En esa ocasión se discutió ante el Tribunal de Conflictos la competencia que tuvieran los jueces civiles o los administrativos para resolver la demanda de indemnización contra el Estado por los daños causados por un vehículo conducido por obreros de una fábrica de tabacos de Burdeos y que lesionó gravemente a la hija del demandante Blanco. El Tribunal de Conflictos falló en favor de la competencia administrativa, sentando al efecto la siguiente doctrina, rectora hasta la época contemporánea de la jurisprudencia de aquél país en materia de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas:

"La responsabilidad que puede incumbir al Estado en razón de la culpa de sus agentes no puede ser regida por los principios que establece el Código Civil para las relaciones de particulares con particulares; esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; ella exige reglas especiales que varían según las modalidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con el de los particulares".

"Otro antecedente en igual sentido es el citado por Walline, en la página 512 de su *Manuel Elementaire de Droit Administratif*; Un camión de caminos y puentes entra en colisión con un automóvil particular; el primero de los vehículos transporta en el momento del accidente, materiales destinados a la ejecución de trabajos públicos; las consecuencias dañosas del accidente son reputadas como resultantes de la ejecución de un trabajo público (Cons. d'Etat, 2 déc. 1931—Panel, pág. 1058).

"Contrariamente a estas doctrinas la ley co-

lombiana ha instituido la competencia general en los Tribunales ordinarios y radicado en los administrativos lo concerniente a la indemnización por trabajos públicos, sólo en cuanto con éstos sobrevenga un daño en la propiedad particular. El contencioso administrativo de los trabajos públicos tiene, pues, dentro del régimen colombiano, un carácter excepcional. Ya se dijo —y ahora se repite— que la responsabilidad de la administración en estos casos surge por ministerio de la ley independiente del delito o la culpa imputable a los agentes o funcionarios públicos que los ejecuten y de ahí que se presente con modalidades particulares o especiales dentro de los principios dominantes en el derecho colombiano sobre responsabilidad extracontractual. En tanto que las demás clases de daños están fundados en la culpa o falta de la administración, la cual deberá demostrarse, o simplemente presumirse en los eventos comprendidos en el artículo 2356 del Código Civil.

"3º Completa la regla general expuesta la circunstancia de que la acción contencioso administrativa que mueve la atención de la Corte sólo opera en relación con los hechos de ocupación de una propiedad o daño de la misma en cuanto ocurrán en el transcurso de los trabajos públicos, extendiéndose por éstos el conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado del trabajo público concluido— son cuestiones ajenas a la jurisdicción administrativa y, por consiguiente, del resorte de la judicatura común. Un ejemplo aclarará mejor la diferencia: Si en el transcurso de las labores de construcción de un ferrocarril nacional o de las que se ejecutan para conservar o reparar la vía se ocupa de hecho una propiedad ajena, o si la misma en alguna forma se daña, el perjudicado tiene la acción indemnizatoria abierta ante la justicia administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querella, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio si una locomotora del mismo ferrocarril ya construido produce un incendio en la zona privada que atraviesa o por efecto de construcción en la vía acaece cualquier daño —siendo indiferente que recaiga sobre las personas o las cosas— la controversia para la indemnización de los perjuicios sólo puede suscitarse ante las autoridades judiciales comunes, las cuales retienen privativamente la competencia

para dirimir el contencioso de la culpa extracontractual provocada por las obras públicas de toda clase.

"También en este punto se distingue nuestra legislación de las aplicaciones de la jurisprudencia francesa, la cual admite la acción contencioso administrativa de los daños causados por los trabajos públicos en forma mucho más lata, pues no sólo provéa a la reparación del perjuicio causado en el proceso de ejecución, sino que se prolonga hasta los que son la resultante de la obra pública construida. Así la competencia administrativa se ha extendido a los hechos dañosos causados por **vicios en la construcción** de una obra pública: accidente ocurrido por señalamiento defectuoso de un paso a nivel al mismo tiempo que la falta de un agente público; **por el modo de construcción** adoptado, aun si falta ni vicio; inutilización de un molino de viento; **por la situación de la obra**: depósito de carbón de una empresa ferrocarrilera que levanta polvo en perjuicio de los vecinos; falta de mantenimiento de una obra y de sus dependencias; **ausencia de construcción de una obra**; los trabajos de protección contra las crecientes efectuados por una ciudad (villa) sobre la ribera izquierda de un río que no se acompañó de las obras correspondientes sobre la ribera opuesta, lo que produjo el efecto de arrojar las aguas sobre esta última orilla; y, finalmente, **por la explotación de la obra**, pues se han considerado dentro de aquel sistema como daños resultantes de trabajos públicos los que son secuela de hechos o aun de faltas o culpas provenientes de la explotación de las obras públicas: colisión de dos navíos durante la ejecución de las maniobras necesarias para utilizar las obras de un puerto.

"No hay dificultad en observar que ninguno de los eventos que acaban de relacionarse como generadores de daños quedarían tutelados por el Código de lo Contencioso Administrativo vigente (Ley 167 de 1941), por ser ajenos a la jurisdicción del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, según los ordenamientos del Código de Procedimiento Civil, y los lineamientos generales que conforman el sistema colombiano".

Los antecedentes doctrinarios hasta aquí reproducidos llevan a la conclusión —ya esbozada— de que el caso que la señora de Faccini somete a la decisión de la justicia, es del resorte exclusivo de la ordinaria.

La personería de las partes

Parte actora.—La señora de Faccini ha comparecido a demandar en propio nombre y para sí,

la indemnización por daños ocurridos en predio que señala por linderos especiales y por cabida. La representación de ella la llevó en el primer grado el doctor Luis Chacón Hernández; en el segundo la han llevado los doctores Eduardo y Alberto Zuleta Angel.

Hase presentado aquella como dueño de la finca de Sacamiles y como credencial de tal carácter exhibe copia registrada de la escritura número 453, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Pamplona el 18 de julio de 1938. Eso por lo que hace a la actualidad. Porque también afirma que fue propietaria en anteriores épocas (hechos 1º y 4º de la demanda), y para demostrarlo ha traído, también en copias registradas los instrumentos números 902 y 101 otorgados ante el mismo Notario con fechas 25 de noviembre de 1936 y 1º de febrero de 1938. Y a esos títulos ha agregado un certificado de la correspondiente Oficina de Registro para establecer su condición de actual poseedora inscrita. Además, como invoca otras situaciones que de más atrás la pudieran vincular al predio, como el haberlo ocupado en calidad de arrendataria, de esas situaciones ha adjuntado documentaciones pertinentes (fols. 54, 56, 61 y 65 del cuaderno número 4).

La fecha en que adquirió la señora de Faccini la finca de Sacamiles —constatada en la nombrada escritura número 453 y aducida en los hechos números 3º y 4º como motivo principal de su demanda de reparaciones— le ha dado pie a la contraparte para que le, haga objeciones de fondo a la acción ejercitada por la señora de Faccini. En su oportunidad se estudiará la excepción correspondiente.

Parte demandada.—La personería adjetiva con que las dos entidades demandadas han querido actuar en el debate no ha sido objeto de reparo, ni la Corte tiene motivos para hacérselos ahora. Hasta cuando se pronunció el fallo de primer grado, y después, durante la ventilación del segundo, las entidades demandadas han estado representadas por sus legales personeros.

Es oportuno, sin embargo, que se observe:

1º La demanda, en la primera de las súplicas, propone que la pedida declaratoria de responsabilidad cobije al Departamento Norte de Santander y al Municipio de Cúcuta como entidades solidariamente comprometidas. La súplica segunda se conforma con una declaratoria de que tales entidades son responsables en partes proporcionales.

2º En el curso de la primera instancia la parte promotora de la demanda acepta que las

obras realizadas por el Municipio de Cúcuta en defensa de la ciudad, son distintas y muy distanciadas de la muralla construida por el Departamento. Y agrega que aquellas obras del Municipio ninguna repercusión han tenido ni a favor ni en contra del predio de Sacamiles. Y tal circunstancia quedó protocolizada como cuestión objetivamente constatada por el Tribunal cognosciente, allá, sobre el propio terreno de la litis, y como realidad reconocida por el apoderado de la señora de Faccini (fol. 17 y vto. cuad. número 4).

3º En fuerza de esa observación que personal y directamente hizo el a quo, y de la consideración de que no halló prueba sobre la cooperación del Municipio en la realización de la obra de la muralla, pronunció la absolución de tal entidad.

4º La parte actora no ha pedido la revocatoria de tal absolución sino que ha circunscrito el objeto de la alzada a una reforma del fallo en el sentido de condenar "al Departamento Norte de Santander al pago de todos los perjuicios sufridos por la demandante".

Esa persistente actitud de la parte actora es bastante para que la Corte se considere relevada de la obligación de indagar por la responsabilidad que pudiera tener el Municipio de Cúcuta por causa de los perjuicios causados al predio de Sacamiles en la fecha tantas veces nombrada. Pues es de ley que al Superior no le es dado enmendar la providencia apelada en las partes de ella que no son objeto del recurso (artículo 494 del C. Judicial).

Concretada la imputación de responsabilidad al Departamento, es conveniente, para metodizar el estudio, que de los autos se destaque primariamente la ubicación del predio de Sacamiles con relación a la ciudad de Cúcuta y con la muralla de defensa; las condiciones del predio; y cómo se sucedieron la iniciación y el adelantamiento de la obra pública que se dice causó el daño al predio de la demandante.

El predio de Sacamiles.—Ninguno de los Magistrados que este fallo suscriben, estuvo presente en las diligencias de inspección ocular de que fue materia la obra de la muralla y el predio de Sacamiles. Pero de los reconocimientos que de éste hicieron el a quo y el señor Magistrado que precedió en la ponencia, y de las descripciones que hacen los peritos que con los funcionarios inspeccionantes cooperaron en el esclarecimiento de los hechos, deduce la Sala que la finca de Sacamiles —cuya cabida aproximada es de cuatro hectáreas— está situada a la margen izquierda u

occidental del río Pamplonita, como lo está la ciudad de Cúcuta.

Eduardo Ramírez Rangel, que fue uno de los antecesores de la señora Soto de Faccini en el dominio y posesión del predio del pleito, en una declaración rendida en esta segunda instancia, hace la siguiente descripción:

“Conozco, por haberlo visto, paseado y recorrido, y por haber sido propietario de él, desde 1907 hasta 1910, el predio o lote de terreno situado en la playa del río, denominado “El Pantano”, hoy día “Sacamiles”, que fue de César Cortés y hermano, luego de Juan B. Corzo y últimamente de la señora Virginia Soto de Faccini, delimitado así: “Por el norte, la callejuela pública que conduce al pantano, de por medio con terrenos de la señora Lía de Vargas (sucesión de don Luis Vargas); por el oriente, con la barranca donde existe una cerca de alambre, de por medio, con terrenos de la sucesión de don Pedro Jara, hoy sucesión de don Josué Canal, hasta el pozo que se conoce con el nombre de La Laja y de aquí en adelante, con el río Pamplonita; por el occidente, cerca de alambre de por medio, con terrenos de la sucesión de don Pedro Jara, hoy propiedades de don Victor M. Pulido; por el sur, con una playa del río Pamplonita”, y por ese conocimiento y por haberlo visto en el transcurso de muchos años, sé y me consta que dicho predio o lote de terreno situado sobre la playa del río ha sido afectado por las crecientes periódicas del río en múltiples ocasiones, pues recién pasada la guerra de 1899, el río penetró por entre la finca de “El Pantano”, hoy “Sacamiles”, y el predio de la quinta de Pedro Jara, que hoy es de Victor Pulido, quedando por efectos del cambio del río el predio de Sacamiles en jurisdicción del corregimiento de San Luis, y en 1904 o 1905, siendo Alcalde de Cúcuta el señor Manuel Jordán, se construyó una muralla cerca de “Sacamiles” para volver el río al antiguo curso. Es cierto que en diversas ocasiones el río ha penetrado en el predio en cuestión, partiendo en dos, o metiendo un brazo por su territorio, lo que ha motivado litigios con los vecinos, como los juicios seguidos entre Luis Vargas y César Cortés, por haberse borrado la callejuela de “El Pantano” por las avenidas del río, que era su límite, o entre la señora Ana Francisca Marciales y los herederos de Luis Vargas, por haber los Vargas sacado una toma o cauce de un brazo del río, que corría por entre el predio de “Sacamiles”. En alguna ocasión, con anterioridad al año de 1931, el predio de “Sacamiles”, que entonces pertenecía al señor Juan B. Corzo, fue dividido

en dos partes, una de las cuales Corzo hipotecó a la señorita Ana Francisca Marciales y la otra al doctor Benito Hernández Bustos. Tiempo después, el río varió nuevamente de cauce, destruyendo en su totalidad el lote o zona situado al oriente del río, que era lo hipotecado al doctor Benito Hernández Bustos (año de 1931). Que en la actualidad, de nuevo, principia a formarse el lote que se hipotecó al doctor Benito Hernández Bustos” (folio 44, cuad. número 8-bis).

Concuerdan con la anterior declaración de Eduardo Ramírez Rangel, las de Federico Maldonado, Antonio J. Rodríguez y Eladio Soto (folios 41, 47 y 52, cuad. número 8-bis).

En el proyecto de construcción de que hablan los informes de los Secretarios de Obras Públicas del Departamento, se dice que el extremo de la muralla debía incrustarse en la plataforma alta de dicha finca de “Sacamiles”. Pero cuando la Corte practicó la inspección, antes de llegar a ese límite, había sido paralizada la construcción quedando entre este punto y el del extremo sur de la finca de “Sacamiles” una distancia de sesenta metros.

El terreno de “Sacamiles” es de la misma constitución geológica del que le sirve de asiento a la ciudad de Cúcuta, como que fue formado por la sedimentación de materiales acarreados por las corrientes de agua. En el terreno de la finca hay una zona especial de la cual hace mención el perito Lucio García para decir que “nunca ha sido cultivada por estar expuesta a ser afectada por las avenidas del río Pamplonita” (folio 6, cuad. número 12).

Concepción, iniciación y adelantamiento de la obra.—Primera en manifestar su preocupación por la defensa de su ciudad capital fue la Asamblea del Departamento Norte de Santander. La Ordenanza número 44 de 1928 en su artículo 4º dispuso que una junta especial nombrada por el Concejo Municipal de Cúcuta se encargara del manejo de los fondos y de la organización de los trabajos que se habían de emprender para contener las avenidas del río Pamplonita sobre la mencionada ciudad. (folios 26 y 28, cuad. N° 4).

Los trabajos no se emprendieron entonces sino posteriormente: en mil novecientos treinta y dos. Las condiciones en que vivía la ciudad de Cúcuta expuesta a frecuentes inundaciones, particularmente en el sector denominado “Barrio de la Playa”, visiblemente se agravaron en el mes de noviembre de mil novecientos treinta y uno. En la exposición de motivos que precedió al primer debate de la que fue Juego Ley 122 de 1931, se lee

que la ciudad de Cúcuta había sido invadida por las aguas desbordadas del río Pamplonita. Graves perjuicios a edificios públicos y a habitaciones particulares se le pusieron de presente al Parlamento. Y tan urgente le pareció a éste el acudir a remediar aquella necesidad, que en el mismo mes fue expedida la Ley 122, que entró en vigencia antes de terminar el año de mil novecientos treinta y uno. (V. *Anales de la Cámara de Representantes*. Noviembre 14 de 1931, pág. 826).

La prevención de un mayor peligro, la defensa del bienestar público, llevó al Legislador a tomar esa medida, que vista por esos aspectos, resulta como el ejercicio de la alta potestad de policía que al Estado le corresponde.

El tenor literal de la Ley 122 (que puede consultarse en el número del *Diario Oficial* agregado al folio 20 del cuaderno número 9), delata el reconocimiento de la urgencia que determinó su expedición: Debió ella empezar a regir desde su sanción; y para que le pudiera dar "cumplimiento inmediato" autorizó ella al Gobierno Nacional para hacer traslados en el presupuesto del mismo año, como medio de evitar las demoras consiguientes a la incorporación del crédito en vencimientos presupuestales ulteriores.

La Ley 122 le dio a la defensa de la ciudad de Cúcuta el carácter de **obra nacional**, y designó como agente ejecutor de esa obra y administrador de los recursos a ella dedicados, al Departamento Norte de Santander.

La Ley 36 de 1933, sin hacerle modificación a la anterior, le asignó a la obra \$ 25.000, pero la legislatura olvidó hacer la apropiación correspondiente en el presupuesto.

Así como la Ordenanza encomendó la organización de los trabajos a una junta especial que debía nombrar el Concejo Municipal de Cúcuta, la Ley 122 se la encomendó a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, junto con el manejo de los fondos.

Las constancias de la Contraloría General del Departamento (folios 140 a 149), y los informes de los Directores de Obras Públicas (folios 26, 28 y 30 del cuaderno número 4), patentizan el hecho de que la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, en cumplimiento de la ley, tomó a su cargo la realización de la obra.

En el informe suscrito por el Ingeniero Civil Leopoldo Monroy V., como Jefe de Obras Públicas Departamentales (folio 136, cuad. número 4), afirma éste que se hicieron los estudios "del río Pamplonita hacia el sur y hacia el norte del puente de San Rafael; se levantó el plano topo-

gráfico, acotado de 50 en 50 cms., y sobre él se proyectó la defensa contra las inundaciones del río, consistente en un muro de mampostería, con dimensiones e inclinaciones que se señalan en el perfil transversal que se adjunta al informe. La longitud aproximada de ese muro, según el proyecto, es de 660 metros. Que en un principio se hizo un presupuesto para la realización completa de la obra de mampostería en esa longitud, y con un perfil transversal semejante al ya citado, resultó ser de \$ 50.000. Despues de haber realizado un poco más de la cuarta parte, se pudo precisar, en cuanto es posible, el presupuesto definitivo de toda la obra".

En el mismo informe se incluyeron cuadros de jornales y gastos causados en el adelantamiento de la obra, y de estadística de lo ya ejecutado, su precio unitario y el valor total del costo. También se ven allí gráficas sobre el perfil transversal de la obra, sobre parte de las excavaciones, sobre porciones del trabajo de mampostería y partes también del muro de defensa, concluido hasta la fecha del rendimiento del informe.

Principiada la obra en mil novecientos treinta y dos, se fue adelantando por etapas, hasta aproximarse en mil novecientos treinta y ocho a la finca de "Sacamiles". Aparte de los informes y demás documentos que se han mencionado, depoñen sobre la iniciación y avance de la obra Víctor M. Pulido, Gotardo Pérez, Lucio Mendoza (folios 108 y 109 del cuaderno número 4) y Carlos A. Ibáñez y Agustín García (folios 8 a 10 del cuaderno número 8-bis).

Tomándose como punto de partida el sitio en donde toca con la margen izquierda del río el puente denominado en otros tiempos de San Rafael y que llamado hoy "Benito Hernández Bustos" forma parte de la carretera que comunica a Cúcuta con la capital de la República. Del punto que se acaba de nombrar avanzó la construcción hasta un punto cercano al extremo sur de la finca de "Sacamiles".

El levantamiento de la muralla y el estado en que ella se hallaba en el día del estrago, pudo constatarse por medio de distintas inspecciones oculares practicadas por las entidades que han tenido a su conocimiento el juicio en sus dos instancias sucesivas, esto, sin contar con la inspección ocular practicada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cúcuta, aun cuando esta última inspección fue verificada a los doce días de ocurrida la inundación.

El ingeniero José Joaquín Cárdenas, en declaración rendida en esta segunda instancia, refi-

riéndose a la construcción de la muralla, se expresa así:

“En los años anteriores a 1938 estuve dirigiendo los trabajos de la muralla del río Pamplonita que sirve para defender la ciudad de Cúcuta de las avenidas de este río. La muralla define hasta dónde puede avanzar el río sobre su margen izquierda. La muralla constituye la margen izquierda del río; su localización se hizo tomando como base la luz total del antiguo puente de San Rafael, es decir, dejando entre las riberas, el espacio suficiente para el movimiento del río en todas sus avenidas. Este criterio se adoptó porque el río siempre cupo por la luz del puente. Al tomar una anchura inferior para el cauce, automáticamente se reducía su capacidad y se aumentaba la velocidad de las corrientes, o sea el poder de excavación por concepto de la mayor erosión. Los rompe olas o espolones tienen por objeto aumentar la resistencia de la muralla y atenuar el ímpetu de las aguas en las avenidas. Dadas las dimensiones de los espolones y la dirección de sus aristas, en ningún caso serían para lanzar las corrientes de agua a la ribera opuesta”. (Folio 78 vto., cuaderno número 8-bis).

Sobre el proceso que tuvo la obra se produce así el apoderado que el Departamento constituyó ante la Corte:

“Aparece plenamente comprobado en el expediente: Que de acuerdo con la Ordenanza número 44 de fecha 26 de abril de 1928, el Departamento Norte de Santander inició en 1932 la construcción de una muralla de 700 metros de longitud, destinada a proteger la ciudad de Cúcuta contra las avenidas o inundaciones del río Pamplonita. Que dicha muralla se hallaba en la fecha de la inundación construida hasta un punto situado aproximadamente 200 metros al sur de la finca “Sacamiles” y que se llevó hasta unos 50 metros antes de tomar el límite sur de la finca “Sacamiles” en los meses de mayo a junio de 1938”.

La Corte cree conveniente, para cerrar este capítulo, recordar las disposiciones tanto legales como constitucionales justificativas de la actitud que en relación con la obra asumieron el Departamento y la Nación.

Facultad constitucional tienen las corporaciones administrativas de los Departamentos para dirigir y fomentar, por medio de Ordenanzas; cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno. En ejercicio de tal facultad la Asamblea del Departamento Norte de Santander podía dedicar parte de sus propios recursos para

esa urgente necesidad seccional (artículo 54, Acto Legislativo número 3 de 1910).

La promoción de obras públicas y el fomento de empresas útiles, le han correspondido primordialmente a la Rama Legislativa del Poder Público desde cuando regía la Constitución de 1886.

El arreglo de los cauces naturales y la erección de murallas y diques sobre las riberas de los ríos, son obras que la Nación puede ordenar y emprender, como suprema administradora de los bienes de uso público (artículo 674 y siguientes del C. Civil). Pero la realización de tales empresas puede encomendarla a las administraciones departamentales.

Podía, por tanto, el Legislador Nacional, encargar a la administración seccional del Norte de Santander la defensa material que halló que debía procurársele a la ciudad de Cúcuta.

La gran avenida y la inundación. — Acerca de la ocurrencia de una enorme avenida en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, no hay desacuerdo; sólo que la parte demandada la opone como un caso imprevisto, e imposible de evitar. De sus consecuencias nocivas sindica al Departamento como autor de una obra mal planificada y anti-técnicamente construida.

La señora de Faccini no solamente alega que su finca no había sufrido detrimiento de la magnitud del registrado en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, sino que afirma la inmunidad de que había gozado la finca contra las avenidas del río Pamplonita. Del acontecimiento ocurrido en aquella noche, dice a su turno la contraparte, que fue una inundación de mayores proporciones que otras registradas en anteriores y posteriores veces, y en ello apoya la excepción perentoria de fuerza mayor.

Que antes de la fecha anotada se hubieran registrado grandes desbordamientos del río, lo dejan comprender, desde luego, las medidas de previsión contenidas en la Ordenanza número 44 de 28 de abril de 1928, “por la cual se provee a la defensa de la ciudad de Cúcuta contra las avenidas del río Pamplonita”, y en la Ley 122 de 1931, de título exactamente igual al de la Ordenanza.

Testimonios sobre la ocurrencia de anteriores inundaciones los hubo en ambas instancias. En la primera, y sobre el propio terreno batido declararon como presenciales Andrés Solano, Marco A. Cacique y Eleuterio Maldonado. Corroboraron el hecho Félix González, Eladio Soto, Pedro Felipe Lara, Campo Aníbal Moreno (folios 13, 15, 16,

cuaderno número 3; y 19 a 22 y 73 del cuaderno número 4). Mario Corona Diaz, José Trinidad Moreno, Víctor M. Camacho, Rafael González, Federico Maldonado, Eduardo Ramírez Rangel, Antonio J. Rodríguez y Angel Ignacio Sáenz (folios 13 a 16, 41 a 49 del cuaderno número 8-bis). Al tratar de la excepción de fuerza mayor, se revisarán más detalladamente las anteriores pruebas.

Con tales antecedentes acude la pregunta: ¿qué relación de causalidad hay entre el hecho de la construcción del muro atribuido al Departamento y el hecho catastrófico de la inundación de "Sacamiles", invocado por la señora dueña del predio como el desideratum de su acción contra el Departamento y el Municipio? He aquí el punto nevrálgico del pleito.

De su establecimiento depende la solución que haya de dársele.

Las fases de la imputación.—El señor apoderado de la parte demandante en el alegato presentado ante esta Superioridad dedica un capítulo al estudio de la responsabilidad del Departamento, y empieza por hablar de la responsabilidad administrativa con citas de profesores que como Rolland y Bonnard son consultados como autoridades de la materia.

De tal estudio se vale el doctor Zuleta Angel para adoptar y alegar las siguientes conclusiones que dice fluyen de las doctrinas de los nombrados profesores:

De Rolland:

"a) Que precisamente la primera y más elemental manifestación de la responsabilidad del Estado, que se produjo cuando todavía se vivía dentro de la idea de la irresponsabilidad de la Nación establecida como consecuencia de la irresponsabilidad del monarca, fue la obligación de indemnizar al particular en el caso de perjuicios o daños causados a los inmuebles por los trabajos públicos, que es cabalmente el caso a que se refiere este juicio;

"b) Que aún en los casos en que de acuerdo con la regla sobre jurisdicción en cada país, son los Tribunales administrativos los llamados a conocer de las reclamaciones por perjuicios contra el Estado, dichos Tribunales, sin necesidad de que existan textos que los autoricen, pueden y deben condenar al Estado a indemnizar los perjuicios, por aplicación de la regla de equidad, por aplicación de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, por aplicación del principio de la inviolabilidad de la propiedad, etc.;

"c) Que en los casos, como éste, en que son

competentes los Tribunales judiciales, pueden éstos y deben condenar al Estado a reparar perjuicios, fundándose, sea en la idea de culpa, reglamentada entre nosotros por los artículos 2341 y ss. del Código Civil, sea en la idea de riesgo, sea en la idea de igualdad ante las cargas públicas que acarrea la obligación de indemnizar a quienes, sin la reparación sufrirían una agravación anormal de esas cargas;

"d) Que el principio, en la materia, es el de que el Estado —en cualquiera de sus divisiones administrativas (Nación, Departamento o Municipio)— está obligado a indemnizar a los particulares perjudicados en sus personas o sea en sus bienes por el funcionamiento de los servicios públicos, sea que el perjuicio se deba a una culpa del servicio, sea que, no existiendo culpa del servicio público (o sea funcionamiento irregular y defectuoso del servicio inferior a la prudencia mediana que puede exigirse normalmente), el particular haya sufrido un perjuicio en el curso del funcionamiento del servicio público".

De Bonnard:

"I.— Que la responsabilidad civil de los patrimonios públicos es mucho más amplia que la responsabilidad civil entre particulares fundada en las reglas del Derecho privado;

"II.— Que éstas últimas —que en nuestro Código aparecen consignadas en los artículos 2341 y ss., y, especialmente, en el 2356— no están descartadas en el Derecho Administrativo, sino que lo que acontece en éste es que, fuera de los casos en que la administración puede ser condenada a indemnizar perjuicios conforme a las reglas del derecho privado, hay muchos otros casos en que la administración debe también indemnizar los daños; todos aquellos en que no habiendo por parte de ella culpa probada o presunta, ha habido un riesgo excepcional creado por ella;

"III.— Que en derecho administrativo, cuando se habla de responsabilidad por culpa debe entenderse "la culpa del servicio público" que consiste en la mala organización o en el funcionamiento defectuoso de un servicio, sih que sea necesario que haya habido culpa de parte de un agente administrativo, pues basta una irregularidad de origen anónimo y de aspecto objetivo en la organización y funcionamiento del servicio público; y

"IV.— Que en consecuencia, la administración es responsable, en cualquiera de estos tres casos: a) cuando conforme a las reglas del derecho privado se debe reparación por culpa probada o presunta; b) cuando el perjuicio resulta de una mala

organización o de un funcionamiento defectuoso del servicio, aunque no haya culpa de ningún agente administrativo sino solamente una irregularidad anónima y de aspecto objetivo, y c) cuando aún a falta de toda culpa, la administración ha creado un riesgo excepcional, entendiéndose por excepcional el que excede los límites de los que resultan normalmente de las relaciones de vecindades".

El trabajo público.—Con el debido detenimiento se expuso atrás el por qué ha avocado la justicia ordinaria el conocimiento de este negocio, que a primera vista parece formular un caso de reparación por trabajos públicos. En desarrollo de esa explicación se recordó que en ninguno de los momentos en que estuvo adelantándose el trabajo público de la muralla se presentó la señora de Faccini ni ninguna otra persona a manifestar interés en que los trabajos se suspendieran en previsión de que con ellos se les pudiera ocasionar perjuicios. Se hizo presente que la obra se realizó, aun cuando se haga capítulo de acusación por no haberse realizado en su totalidad, y aunque a lo realizado se le achaquen los defectos de técnica que el actor erige aquí en errores y faltas constitutivas de culpa aquiliana.

Al ya discutido tema de la competencia se volvería si hubiera de avocarse la cuestión por el simple concepto de indemnizaciones por trabajos públicos acometidos por la administración. Porque como lo ha dicho la Sala de Casación Civil de esta Corte, "el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, materia de su Capítulo XXII que ha sustraído de la aplicación general del derecho común en materia de responsabilidad civil, dándoles una naturaleza esencialmente objetiva, y sacándolas de la competencia de la justicia ordinaria general". (GACETA JUDICIAL. Sentencia de 1º de julio de 1948. Tomo LXIV, 480).

El servicio público.—En su reciente tratado sobre Derecho Administrativo trae el profesor Eustorgio Sarria varias definiciones de lo que se entiende por servicio público, no sin advertir antes que la noción de servicio público, con todo y ser tan esencial, es de las más confusas, y que ha sido difícil dar de él una definición satisfactoria y precisa.

Después de analizar varias definiciones y de cotejerlas entre sí, llega el mencionado profesor a esta:

"Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".

Discurre luego el profesor nombrado sobre los elementos esenciales de los servicios públicos que son: "a) Una actividad; b) una necesidad de carácter general; c) un régimen jurídico especial; d) un gestor".

De la obra sobre Derecho Administrativo de Jéze, destaca el profesor Sarria estas ideas:

"Decir que en un determinado caso existe un servicio público es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos.

"En todo servicio público propiamente dicho, obsérvese la existencia de reglas jurídicas especiales, que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápido y completamente posible satisfacción a las necesidades de interés general. Estas reglas, por estas mismas razones, son susceptibles de modificación en todo instante.

"A veces las disposiciones legales han resuelto expresamente la cuestión disponiendo que tales o cuales reglas especiales rijan ciertos servicios. Pero muy raramente ocurre así, pues lo corriente es que no exista disposición legal especial.

"A falta de disposiciones legales, el jurista deberá averiguar si el servicio a cargo de la Administración es un servicio público al que es necesario aplicar las reglas especiales relativas a esta clase de servicios, o si, por el contrario, no es así y, por tanto, no es pertinente sino la aplicación de las reglas de derecho privado".

Siguiendo el consejo de Jéze y aplicándolo al caso *sub lite*, hay que ver que la obra de la muralla se ideó solamente para defender a la ciudad de Cúcuta y no a todos los predios riberanos de la región. Cuando el Departamento Norte de Santander propendió por esa construcción, la circunscribió a la principal de sus ciudades, obrando así de la misma manera que habría obrado cualquiera de los dueños de los predios riberanos del río Pamplonita que hubiera querido ejecutar el levantamiento de diques para prevenir su heredad contra los desbordamientos de tal corriente. La misma Ley 22 de 1931 no enfocó la cuestión

de defensa contra tales irrupciones como una necesidad de carácter general, sino como una necesidad especial, particular, de la capital del Departamento norteño.

Ni éste último, ni el Municipio de Cúcuta han concebido la obra de la muralla como empresa retributiva o impositiva de tributos cobrables a los habitantes que de tal obra se han de beneficiar. No existen, por lo mismo, reglamentos jurídicos especiales que reliven la obra de la muralla como servicio susceptible de la intervención estatal prevista en el artículo 39 de la Constitución (Revisión y fiscalización de las tarifas y demás reglamentos).

Y, si aceptado ese criterio, no puede catalogarse como un servicio público administrativo organizado el de la existencia de la muralla, no parece lógico que se aborde la cuestión de responsabilidad por el aspecto de una mala organización de un servicio público.

El riesgo.—El doctor Zuleta no se limita a alegar que por trabajos públicos hay acción contra las entidades que los emprenden, sino que plantea esta otra tesis: "La administración es responsable cuando aun a falta de toda culpa, ha creando un riesgo excepcional, entendiéndose por excepcional el que excede los límites de los que resultan normalmente de las relaciones de vecindades".

En el desarrollo de esas tesis dice más adelante:

"Se crea un riesgo excepcional cuando ese riesgo traspasa los riesgos normales de la vecindad. La construcción de una muralla como la de que se trata en este juicio, implica la creación de uno de esos riesgos excepcionales. En efecto no es ni remotamente lo normal en nuestro país que los ríos se encajonen o encaucen por medio de murallas, que les cambien el rumbo o se les corrija, éste por medio de obras de esa naturaleza; que a los riberanos se les ponga en peligro de inundaciones u otros accidentes en virtud de trabajos públicos como los que causaron los daños cuya indemnización se reclama.

"La vecindad de un río no implica normalmente riesgos como los que se crearon para la señora demandante con la obra emprendida por el Departamento. En el caso que se estudia, lejos, pues, de estar el juzgador en presencia de los llamados riesgos normales de vecindad, se encuentra frente a un caso típico de riesgo excepcional que por sí solo y aun independientemente de toda noción de culpa, comprometería, de por sí la responsabilidad del Departamento".

El señor doctor Zuleta habla de anormalidad, típico que merece algún estudio en esta motivación.

La impetuosidad de las aguas puede causar perjuicios a los predios aledaños a los ríos. Es un peligro natural a que están sujetos los fundos riberanos. A los dueños les otorga la ley el uso y goce de las aguas de uso público, pero no los premune contra aquel peligro.

El caudal de agua de los ríos es susceptible de aumentos y disminuciones. Las creces y las bajas se registran como sucesos de natural frecuencia. Así como ocurre que lenta e imperceptiblemente se retiran las aguas de alguna de las orillas, ocurre también que de manera violenta las aguas cambian de rumbo y ocupan cauce distinto al que, antes ocupaban. El caso de la avulsión se ha registrado también: la fuerza de las aguas en una avenida repentina, ha transportado de un sitio a otro porciones del suelo riberano con sus adherencias naturales. Es a todos esos fenómenos, extraña, de ordinario, la acción del hombre.

Los anotados fenómenos han traído la atención del Legislador, quien ha hallado necesaria la reglamentación de los derechos que de tales fenómenos pueden derivarse para los propietarios riberanos. (Título V, Libro II del Código Civil).

El río Pamplonita no podía ser la excepción, y en él se han registrado semejantes fenómenos, como que eso es lo natural en las corrientes de esa naturaleza.

Las avenidas o desbordamientos del río Pamplonita —lo dicen también los autos— no ocurrían a diario; pero sí se registraron en distintas ocasiones y con la periodicidad correspondiente a las épocas de invierno en la región bañada por él.

Riberano el marco destinado a área de población de Cúcuta, periódicamente se veía amenazado por los desbordamientos del río. De ahí que hubiera tomado el Departamento la determinación de amurallar la ribera amenazada. Fue una determinación indicada por la prudencia: había que proteger al conglomerado humano allí residente y a sus propiedades contra el riesgo o inminente amenaza de un mal tan grande como es una inundación. La intención clara que movió al Departamento —apoyada de manera enfática por el Legislador Nacional— fue la de proteger a la ciudad.

Operando, también con intención lícita, los dueños particulares habrían podido tomar a su turno medidas precautelativas para defender a sus predios de violentas irrupciones sin que con ellas violaran el régimen legal de aguas imperante en

la República. Las obras dedicadas a impedir la entrada de aguas a los predios están autorizadas por el Código Civil (artículo 995), cuando el dueño del predio no está obligado a recibirlas. Para que la construcción de esas obras de defensa pueda dar a terceros acción para hacerse indemnizar, es necesario que el tercero demuestre que el constructor tuvo intención de causar daño a sus tierras o edificios.

El levantamiento de la muralla como obra de defensa del área municipal de Cúcuta, no es, pues, anormal dentro de los preceptos del C. Civil.

En la legislación colombiana ulterior al código citado, no faltan disposiciones facultativas de esa clase de obras.

Para no remontar a muy atrás el recuento legislativo sobre la materia, basta recordar que desde 1887 se ha preocupado el Legislador por dictar medidas favorables a las regiones aledañas a los ríos. La Ley 23 de aquel año consideró como **empresa útil** a "las obras que tengan por objeto impedir o al menos disminuir las inundaciones de los ríos que bañen el territorio de más de un departamento o de los lagos que recibiendo aguas de distintos Departamentos aumenten en los inviernos el caudal de las suyas, causando graves estragos a los predios contiguos".

En el mismo propósito, y ya en defensa de los poblados, se pronunciaron las leyes 56 de 1890, y 21 de 1917 en las cuales se califica de **graves motivos de utilidad pública** "la construcción de obras que tengan por objeto evitar inundaciones o prever a una población, caserío u obra pública de cualquiera calamidad".

Y cuando en 1921 creó la ley el impuesto de valorización sobre propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, incluyó en éstas la **limpieza y canalización de ríos y la construcción de diques para evitar inundaciones**.

El Legislador de 1931, en acuerdo con sus nombrados antecesores, proveyó en la Ley 122 a la defensa de la ciudad de Cúcuta mediante la construcción de la muralla de autos; destinó del erario nacional una suma para ello; autorizó al Gobierno Nacional para hacer los traslados necesarios dentro del presupuesto y encargó a la Dirección de Obras Públicas del Departamento Norte de Santander de la realización de la obra.

Todo ello está pregonando que la construcción de defensas como las que vieron los funcionarios inspectores (folios 17, cuaderno número 4); 92, cuaderno número 4, 66, cuaderno número 8-bis), y copiaron las máquinas fotográficas (folios 56 a

60 del cuaderno número 8-bis), obedeció a mandatos legales impuestos por la necesidad de proteger a pueblos y regiones contra la violencia de las fuerzas naturales.

La Ley 122 no fue expedida para proteger a todos los predios particulares que puedan estar en las mismas condiciones en que se hallaba el terreno o área de población de Cúcuta respecto del río Pamplonita. Podría, decirse que esa ley promotora de una obra pública consideró la necesidad urgente de una ciudad, pero dejó sujetos al peligro natural a todos los predios de particulares ubicados en las regiones bañadas por el Pamplonita y sus afluentes. ¿Quiere decir ello que el Legislador con su decisión creó algún riesgo para los últimos? ¿Lo habrán creado los ejecutores de la ley?

La programación previa de la obra con planos levantados por técnicos y presupuestos sobre inversiones de tiempo y de dinero; el sometimiento de esa programación a la ritual aprobación de las oficinas de control; el servicio que para sus fines prestó y ha seguido prestando la muralla, han estado subordinados a la finalidad indicada en la Ley 122, o sea, la defensa de la ciudad de Cúcuta.

La muralla en cuestión, a la medida de su avance, constituye simplemente un obstáculo para los desbordamientos del río Pamplonita sobre Cúcuta. Así considerada, se la puede reputar como fuerza de inercia contrarrestante de otra fuerza física en movimiento. La muralla en sí, carece de toda actividad; no es explotada ni comercial ni industrialmente, para que pudiera decirse que detrás de esa actividad o de esa explotación está escondido el peligro.

No parece, por lo expuesto, que la obra de la muralla considerada en sí, se la pueda calificar de hecho o empresa anormal o peligrosa, o constitutiva de riesgos para el vecindario del lugar.

Al exponer la teoría del riesgo, anotan los Hermanos Mazeaud, que es él un criterio nuevo que ha querido oponerse al de la culpa, y tomando como principales los sistemas llamados del acto anormal y del provecho, discurren así:

"Entre los innumerables sistemas propuestos, no estudiaremos sino los dos principales: el del acto anormal y el del provecho.

"En lugar de establecer una distinción entre el hecho culpable y el hecho no culpable, algunos autores distinguen entre el acto anormal y el acto normal: el primero es el único capaz de comprometer la responsabilidad del autor.

"De esta manera, como lo anota con razón Demogue, esos autores se acercan mucho a las ideas

de Durkheim, quien considera como ideal el hecho normal, es decir el hecho que, para un tipo social dado considerado en una etapa dada de su desarrollo, se produce en el término medio de las sociedades de esa especie en el período respectivo de su evolución.

“En el dominio jurídico, el principal defensor de la tesis ha sido Ripert, quien la descubrió al estudiar un capítulo especial de la responsabilidad: el de la responsabilidad entre vecinos. Son muchos los que consideran al propietario de un fondo responsable del perjuicio que cause a los vecinos sin que sea necesario averiguar si cometió o no una culpa, desde el momento en que la actividad del dueño sea anormal. Ripert creyó que podía extender esta fórmula a todos los casos de responsabilidad: ‘Un acto comprendido dentro de los límites legales compromete, sin embargo, la responsabilidad del autor, quien, al aprovecharse de los beneficios de su derecho, debe soportar sus riesgos. Pero el titular de un derecho sólo puede considerarse como autor responsable del acto cuando no ha obrado de conformidad con las condiciones normales de su época y de su medio... La irresponsabilidad proviene, no del ejercicio de un derecho, sino del hecho de que se obre dentro de las condiciones normales de la época y del medio...’”.

“A primera vista este criterio parecía muy seductor, porque es relativamente sencillo. Pero es fácil ver cómo a nada conduce, si no es a los principios tradicionales de la culpa, que se proponía no obstante demoler. Averiguar si un acto es normal o anormal es simplemente preguntarse si el autor ha cometido o no una imprudencia al ejecutarlo. Se precisa evidentemente que lo que hoy se considera anormal ya no lo será mañana y que el carácter de un acto debe apreciarse a través del medio social; pero los partidarios de la culpa no lo niegan: la noción de culpa se modifica sin cesar, se adapta a todas las transformaciones del mundo económico. ¿Querrá verse otra cosa en la teoría del acto anormal? ¿Podrá afirmarse que hay actos anormales por sí mismos y que se puede redactar la lista de ellos? ¿Se dirá, por ejemplo, que el hecho de circular un automóvil es un hecho anormal? Los partidarios de la tesis así lo creen. Pero entonces la palabra anormal ya no corresponde a la idea que se pretende expresar, porque nada es hoy más normal que servirse de un automóvil.

“Una de dos cosas: el criterio, en sí mismo, carece de sentido, o no es sino la expresión, bajo una forma nueva, de la necesidad de la culpa. La

mejor prueba de ello estriba en que Ripert ha vuelto a la teoría tradicional, a afirmar que la culpa es elemento constitutivo de la responsabilidad civil, principalmente en su obra *La regla moral en las obligaciones civiles*. Asimismo nuestro lamentado colega Gaudemet, al pretender demostrar que la teoría del riesgo se ha infiltrado a cubierto de la culpa, hasta el extremo de que reina hoy entre ambas un acuerdo casi completo, mal disimulado por ciertas divergencias de forma, se ha visto obligado a concluir que el acto anormal, es decir, según él, el acto peligroso, constituye forzosamente una culpa de imprudencia”. (Tomo I, pág. 173).

En el caso de autos encajan admirablemente las observaciones de los Mazeaud. Máxime cuando en verdad lo que persigue la demanda es una declaración sobre la responsabilidad que le puede caber al Departamento por fallas en la técnica y negligencias, elementos configurantes de la culpa civil y básicos de la acción reparadora consiguiente.

El aspecto del provecho lo plantean así los hermanos Mazeaud en su tan consultada obra sobre “Responsabilidad Civil”:

“Entre los hechos perjudiciales comprometen la responsabilidad del autor los que constituyen para éste fuente de provecho: *Ubi emolumentum, ibi onus*. Es la teoría llamada del riesgo-provecho. Pero, ¿qué debe entenderse por provecho? ¿En qué casos puede afirmarse que una persona deriva un provecho de su actividad? ¿Podremos tomar la expresión en un sentido amplio y decir que cualquier persona, que ejecute un acto cuya ejecución tenga algún interés, deriva un provecho del acto?”

Y dándole respuesta a esta última pregunta, dicen:

“El que aprovecha es el que especula económicamente; el que al crear un riesgo para los demás, crea para sí mismo una fuente de riqueza”.

Un interés general, el de amparar a su ciudad capital y a las propiedades amenazadas allí por el río Pamplonita fue el móvil primordial del Departamento. A sus arcas no entró, o al menos no se ha demostrado que haya entrado nada que pueda calificarse de utilidad pecuniaria producida por la obra. Económicamente no se ha explotado en el sentido que se explota un acueducto, una planta eléctrica, un tranvía, un teatro, etc.

El Legislador, en ejercicio de las atribuciones que ha tenido para decretar obras públicas y para fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo o apoyo (artículo 76 de la Constitución

de 1886), decretó, por hallarla útil y benéfica, esa obra de encauzamiento de la corriente del río Pamplonita, en frente de la ciudad capital de Santander del Norte. La Ley 122 de 1931 no es simplemente permisiva. Sino que manda que se proceda a la construcción, encomendando la dirección y el manejo de fondos a una determinada entidad oficial. Con lo cual pone de patente el Legislador su intención de proveer como le incumbe, cuando se trata de bienes nacionales. Porque de la República son los ríos y las aguas que corren por cauces naturales, aunque sea cierto también que pertenecen al uso público en los respectivos territorios (artículos 677 del C. C.).

La ley fue sancionada el veinte de noviembre de mil novecientos treinta y uno, y promulgada el veinticinco de noviembre del mismo año. La obra se inició con posterioridad, pues en el hecho 16 del libelo se dice que se le dio comienzo en el año de mil novecientos treinta y dos.

Cabe decir, entonces, que si la Nación para proteger a la ciudad de Cúcuta —sede de la administración seccional de Norte de Santander y residencia del agente que allí tiene el Gobierno Central (artículo 181 de la Constitución)— quiso sujetar en aquella parte el río Pamplonita a determinado cauce, no dejó de consultar en ello su propio provecho, lo que equivale a decir que si tal provecho podía esconder un riesgo para otros, la responsabilidad por ese riesgo no es solamente achacable al Departamento sino que lo es también a la Nación.

Para terminar el capítulo atañedero al riesgo, debe decirse:

Escuetamente tomada la afirmación de que la muralla en sí constituye un riesgo genitor de responsabilidad, no puede menos de advertirse que un enunciado tal lleva directamente a la tan debatida cuestión de la responsabilidad objetiva. Teoría que no ha tenido un arraigo firme en nuestra jurisprudencia, por no existir disposición expresa en nuestro Código Civil que la tenga consagrada.

Aquí cabe recordar que el Código de Napoleón fue el arquetipo, o al menos el derrotero que le sirvió a don Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno. En ninguno de los proyectos elaborados por el señor Bello se habla de responsabilidad "por las cosas que se tienen bajo guarda" como lo dice el Código Civil francés en el artículo 1384. La disposición correspondiente a tal artículo, adoptada en el Código Civil chileno, copió del francés el principio de que "toda persona es responsable no sólo de sus propias ac-

ciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Pero omitió decir que "se es responsable por las cosas que se tienen bajo guarda" que es lo que ha dado motivo para que se diga que el Legislador francés admitió la responsabilidad objetiva.

La disposición del Código Civil chileno fue literalmente trasladada al Código Civil colombiano. Lo que quiere decir que nuestro Legislador no quiso tampoco consignar en texto expreso la responsabilidad "por las cosas".

Cuando nuestros Tribunales han esbozado en sus fallos la teoría de la responsabilidad objetiva han buscado asidero en la disposición del artículo 2356 del Código Civil. Al amparo de tal disposición han resuelto reclamaciones por daños causados en actividades o explotaciones peligrosas tomando como ejemplo de tales actividades o explotaciones las de los vehículos de transporte, las de las empresas industriales de energía eléctrica, etc. Ya puede advertirse la diferencia entre actividades de tal naturaleza y la de la construcción de una muralla concebida más bien como un medio de defensa y que como tal ha servido a los propósitos legales antes y después de ocurrido el siniestro de la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

No parece necesario ahondar más sobre la cuestión del riesgo. Las mismas voces del libelo relevan de ese ahondamiento. Porque ellas invocan hechos y omisiones configurativos de la culpa aquiliana como son los enunciados en los hechos 17, 18, 19, 20, 24, 26 y 27 del libelo.

Responsabilidad por culpa. — Desde el derecho romano se ha considerado que el hecho que infiere injuria o daño a otra persona, es genitor de la obligación reparadora. No es preciso que el hecho dañino se haya cometido de manera voluntaria y maliciosa para que origine la reparación. Puede faltar la intención de dañar, y sin embargo el lesionado por el solo hecho de haber sido víctima del daño tiene en principio acción para hacerse indemnizar. Esa norma de equidad en vez de sufrir mengua, ha adquirido consistencia y cobrado incremento con el influjo del derecho social contemporáneo.

El progreso en todas sus manifestaciones impone hoy, con más apremio que antes, la regla de conducta del cuidado y atención en las empresas y negocios propios para que no vayan a refluir en perjuicio de los demás. El Estado mismo —y en esa expresión quedan comprendidas todas las entidades de derecho público que de élemanan— ya no puede escudarse en el concepto

de soberanía para obrar o dejar de obrar, si el hecho o la abstención hieren a personas o a patrimonios causándoles perjuicio.

La conducta que choca con esas normas, o que se aparta de ellas, es la que legisladores y jurisperitos convienen en llamar culpa..

Los expositores franceses anotan que el Código Civil no dá una definición de culpa civil. Hacen esa observación Planiol y Ripert para dar en seguida la idea que ellos tienen de culpa. "Se incurre en ella —dicen— cuando se actúa de modo diverso de como debía obrarse". Los hermanos Mazeaud hallan que hay culpa en "todo error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida; colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio". Otros autores consideran que hay culpa en "la carencia de precauciones que la prudencia hubiera inspirado a un hombre cuidadoso y diligente".

El Código Civil colombiano dice en el artículo con que inicia el libro reglamentario de las obligaciones y los contratos, que el hecho que ha inferido o infiera daño a otra persona, da nacimiento a una obligación civil. Pero al tratar de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, no da tampoco una definición de éstas. En el artículo 63 del Título Preliminar había dicho: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido"; y al descriminar lo que es culpa grave, lo que es culpa leve y lo que es culpa levisima, las relaciona con normas de conducta.

Inseparable la noción de culpa de la de responsabilidad moral, se explica que se la quiera configurar como un error de conducta.

"Toda la teoría de la responsabilidad —enseña Josserand— no es otra cosa que una vasta empresa de equilibrio de derechos rivales en permanente conflicto a los cuales importa conservar en su lugar, localizarlos y controlarlos en su expansión". Las disposiciones que el C. C. destina a la reglamentación de los delitos y cuasidelitos, le permiten al Juez conducir y desenredar la lucha de intereses que en cada caso se le ponga de presente. (Obra citada, T. 2º, número 426).

"Para justificar una demanda de perjuicios fundada sobre el artículo 1382 del C. Civil, no basta invocar un perjuicio y atribuir una causa determinada a ese perjuicio, sino que es preciso establecer que la causa invocada tiene efectiva relación con el perjuicio sufrido". Esa doctrina informa un gran número de fallos proferidos por los Tribunales franceses.

La Sala podría aquí rememorar los diversos fallos que los Tribunales de Colombia han pronun-

ciado en el mismo sentido, cuandoquiera que se les han propuesto demandas por perjuicio, fundadas en la disposición general del artículo 2341, que en su esencia es el mismo artículo 1382 del Código Civil francés.

Ya con lo dicho puede advertirse que la responsabilidad en materia civil está configurada por tres elementos esenciales; el hecho culposo, el perjuicio, y la relación de causalidad entre uno y otro.

En los capítulos anteriores quedó ya establecido que la inundación del predio de "Sacamiles" ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, causó el perjuicio que ha dado base a este pleito.

Se ha estudiado también como un hecho procesal demostrado, que antes de tal fecha el Departamento Norte de Santander concibió el plan de defensa de la ciudad de Cúcuta contra las irrupciones del río Pamplonita, y que a partir del año de mil novecientos treinta y dos acometió la empresa bajo la dirección de la Oficina de Obras Públicas del Departamento, porque así lo dispuso la Ley 122 de 1931, que destinó fondos del Tesoro Nacional a tal finalidad.

Procede ahora investigar, con el detenimiento que el caso requiere, si el proceso de la construcción se desarrolló con extralimitación de las normas legales determinantes de la empresa en sí misma; si se procedió con desconocimiento o mala aplicación de los dictados de la técnica; y si esa construcción así ejecutada, fue la causa decisiva y determinante del daño, y si ha de serlo de la reparación consiguiente que demanda la señora de Faccini. De paso habrá de analizarse el tópico de las relaciones de vecindad traído por el doctor Zuleta en su alegato. Pero por sobre todo habrá que examinar la consistencia probatoria de esta tesis afirmada una y otra vez por el doctor Zuleta en aquella pieza procesal: "el río se desbordó por causa de la obra de la muralla".

"Aunque se necesitara —que no se necesita— para la correcta interpretación que la Corte le ha dado al artículo 2356 del Código Civil probar la culpa de los agentes administrativos— dice el doctor Zuleta al cerrar el capítulo sobre la "Responsabilidad del Departamento"— en el presente juicio esa culpa aparece superabundantemente acreditada, con los siguientes elementos: conclusiones de los peritazgos rendidos por los ingenieros doctores Rafael Jaramillo (folio 114), Luis Ibáñez P. (folio 156), Emilio Gaitán Martín y V. Pérez P. (folios 6 vto. cuad. número 4); los conceptos de los doctores Lucio García y Manuel

Archila (cuadernos números 12 y 15); no inversión de saldos disponibles para la obra (letra g); modificación hecha por el Departamento al plano primitivo de la muralla (letra I)".

El análisis de las pruebas demostrativas de los hechos en que apoya la parte actora sus cargos y la opositora su defensa, se hará siguiendo el orden anotado en el aparte transcripto.

Pruebas apreciadas en el primer grado. Prueba pericial—En investigación del daño material causado al terreno de "Sacamiles" con la inundación, y de la influencia que en él haya tenido la muralla, ha habido intervenciones de peritos legalmente nombrados y posesionados.

Operaron como expertos los doctores Rafael Jaramillo, Fernando Taveras y Luis Ibáñez P., con el resultado de que el primero, nombrado por la parte demandante, y el tercero doctor Ibáñez, estuvieron de acuerdo con el punto de vista propuesto por la demanda, a saber: que la finca de "Sacamiles" no habría sido inundada si el Departamento no hubiera construido la muralla que construyó, o si se hubiera comenzado la construcción en dirección opuesta a la que empleó. Fundamento del dictamen de estos peritos es el que suministran los siguientes hechos: que la muralla constituyó un impedimento para que el río se desbordara en la zona contigua al puente de San Rafael como había sucedido en épocas anteriores; que la muralla al limitar el cauce del río, le imprimió mayor velocidad a la corriente; que las aguas así encañonadas tuvieron tal fuerza erosiva, que como avalancha se lanzaron sobre la finca de "Sacamiles" y la destruyeron en parte considerable de su extensión.

Por separado aparece rendido el dictamen de los mencionados expertos Jaramillo e Ibáñez (folios 114 y 116, cuaderno número 4). Las conclusiones a que llegaron, convincentes para el H. Tribunal, consultan unas mismas fuentes de información, a saber: testimonios rendidos en la primera instancia, fotografías y planos tomados y levantados en la misma instancia o traídos a ella. Entre los planos destacan el levantado por el doctor Leopoldo Monroy V. (fol. 53, cuaderno número 4). El doctor Jaramillo se remite a la autoridad de otros expertos que en diligencia extrajudicial habían dictaminado sobre el punto que aquí viene estudiándose (folios 6 v. a 7 v., cuaderno número 4).

De una vez conviene revisar los testimonios y demás elementos de información que dicen haber tenido los peritos, antes de hacer el análisis de tales dictámenes.

Fueron testigos:

Félix González: "Antes de hacerse la muralla —dice— una parte de las aguas del río Pamplonita en varias inundaciones se dividía hacia la izquierda abajo del puente de San Rafael (hoy Benito Hernández Bustos), por una playa o parte baja. Con la construcción de la muralla se logró impedir, a lo menos en la longitud de ella, que las aguas desbordaran en las inundaciones hacia la izquierda como acostumbraban, obteniéndose que quedaran reducidas a un solo cauce".

Eladio Soto: "Con la construcción de la muralla desde el puente de San Rafael (hoy Benito Hernández Bustos) hacia abajo, se logró impedir que esas aguas en las inundaciones se despararan o se explajaran hacia la izquierda, quedando definitivamente encauzadas en una sola corriente, por la derecha, en la longitud de la muralla, y después de ésta las aguas buscaron la vía más recta, causando daños en todas las fincas que encontró (sic) por delante, entre ellas la de la señora Virginia Soto de Faccini".

Pedro Felipe Lara: "Antes de hacer la muralla una parte de las aguas del río Pamplonita en varias inundaciones se dividía hacia la izquierda abajo del puente de San Rafael (hoy Benito Hernández) por el brazo de la toma pública, lo cual constituía para la ciudad de Cúcuta un gravísimo peligro. Con la construcción de la muralla se logró impedir, a lo menos a la longitud de ella, que las aguas desbordaran en las inundaciones hacia la izquierda, como se sucedía anteriormente obteniéndose que quedaran reducidas a un mismo cauce".

Eleuterio Maldonado declaró dentro de una diligencia de inspección ocular y en vista del río y de los terrenos afectados con la inundación, y dijo ante el Magistrado sustanciador: "En las inundaciones anteriores esta finca no sufrió daños por la elevación del terreno en que tal finca estaba, elevación como de unos tres metros con relación al cauce del río, y por los árboles y vegetación que había en ella, que no permitían que el río escarbara en él. (Este testigo dice tener sesenta años de edad y conocer la finca de "Sacamiles" desde hace cuarenta años en la fecha de su declaración).

Andrés Solano —declarante dentro de la misma diligencia— dice: "En años anteriores conocí otras inundaciones del río Pamplonita pero esas inundaciones no perjudicaron la finca de 'Sacamiles' porque el río se explayaba, antes de construirse la muralla, o cuando sólo había un pequeño pedazo de ella, hacia el occidente de la finca

de 'Sacamiles', sin perjudicarla, inundaciones éstas que siempre fueron formidables. Las aguas de estas inundaciones eran recogidas por lo que se conoce con el nombre de brazo del Pamplonita. En las inundaciones anteriores, la finca de 'Sacamiles' no sufrió daños, porque esta finca quedaba en parte alta y el terreno estaba fortalecido por arbustos y diferente vegetación. Al comienzo de la muralla las aguas del río se abrían hacia el occidente; al terminar la muralla yo observé al día siguiente de la inundación que se estrellaban contra la cabecera de la finca 'Sacamiles', por consiguiente en mi concepto la muralla sí influyó en la destrucción de la finca, porque al terminar la muralla las aguas buscaban cauce hacia estos predios. Antes de hacerse la muralla las inundaciones del río hacia (sic) estragos al desbordarse hacia la izquierda, en cambio de 1938 que ya estaba construida la muralla ya no los hacía porque no entraban las aguas hacia ese sector. (El concepto sobre la influencia que la construcción de la muralla tuviera en el predio de "Sacamiles" lo dio este testigo a solicitud del apoderado del actor).

Marco A. Cacique: "Antes de construirse la muralla las aguas buscaban las partes más bajas o sea hacia la toma o brazo del río por donde se encauzaban las aguas desbordadas. La zona intermedia entre el brazo del río y el cauce del río eran inundadas en las partes bajas". A este testigo le preguntó el sustanciador: "¿Cuáles fueron las causas de los estragos causados en esta finca en la inundación de 1938?" Y el testigo contestó: "Eso si no lo puedo justificar yo, tan sólo Dios lo sabe". Y cuando el apoderado del actor le preguntó: "Por lo que usted vio, cree que la muralla fue causa de la inundación de gran parte de la finca?", el testigo contestó: "Yo no tengo conocimiento en eso".

A la creciente de mil novecientos treinta y uno se refiere la fotografía agregada al folio 27 del cuaderno número 4. Es un documento, como las otras que con conocimiento de las partes se han agregado al proceso, que operan como atestación de un hecho, que en este caso es el de la ocurrencia de crecientes en épocas anteriores a mil novecientos treinta y ocho.

La opinión escrita de los doctores Víctor M. Peñaranda y Emilio Gaitán, tomada como un respaldo o antecedente de la que debían emitir los doctores Jaramillo e Ibáñez dentro del presente juicio, no puede operar aquí con la fuerza de convicción atribuida por la ley a dictámenes emitidos por personas llamadas expresamente a in-

tervenir en auxilio del Juez de la causa con el aporte de sus luces y experiencia (artículo 705 del C. Judicial). No fue admitida ante el Juez competente para conocer de este género de controversias en que se ventilan cuestiones en que tiene interés un Departamento, ni a la diligencia en que se surtió fue citado el representante judicial de tal entidad.

El H. Tribunal a quo la admitió como prueba documental en auto de veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno, y como documento corre agregado en copia del folio 42 al 45 del cuaderno número 4.

En cuanto a la inspección ocular de que hace parte el concepto de que se viene hablando, tampoco se le puede atribuir la fuerza probatoria que tiene una inspección ocular practicada por el Juez de la causa o su comisionado "para juzgar con más acierto" (artículo 724, C. J.).

Trasladada a este juicio la exposición que como versados en ingeniería hicieron en su oportunidad los doctores Víctor M. Peñaranda y Emilio Gaitán, libres eran los peritos Jaramillo e Ibáñez de reconocerle autoridad científica y de adherir a las opiniones allí emitidas, con la misma libertad con que hubieran de invocar en respaldo de sus propios pareceres el de consagrados maestros en ciencias exactas o enseñanzas consignadas en textos sobre las mismas materias. Leyendo el dictamen de los doctores Jaramillo e Ibáñez y cojeándolo con las exposiciones de los doctores Gaitán y Peñaranda, se ve que aquéllos siguieron las opiniones de éstos y las reprodujeron como propias.

¿Hay discrepancia esencial entre los peritazgos de los doctores Jaramillo e Ibáñez y el del doctor Fernando Tavera?

Con relación a las causas de la inundación del predio de "Sacamiles" en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, señala éste dos principales y se expresa así:

Primera: el invierno y la creciente del río Pamplonita que "en esa fecha fueron excepcionales, no habiendo recuerdo de haberse registrado otra igual antes; y segunda, a que la muralla de defensa construida en la margen izquierda del río Pamplonita en la parte alta antes de la finca de 'Sacamiles', impidió que las aguas desbordadas en la parte alta antes de la finca en mención, tomaran otros cauces como el del brazo y la toma".

Aclarando luégo su concepto, dice que si la muralla no hubiera existido, siempre la finca de "Sacamiles" hubiera sido inundada debido a la

fuerza de la creciente de esa noche, pero el daño causado a la finca de "Sacamiles" hubiera sido, seguramente, de menores consecuencias".

Para este ingeniero, "si no se hubiera construido la muralla de defensa en la margen izquierda del río Pamplonita, la finca de 'Sacamiles' no se hubiera inundado en la forma en que se inundó en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, sino en una forma menos perjudicial para dicha finca". Y si "la muralla se hubiera comenzado de abajo para arriba, es decir, del lindero de 'Sacamiles' hacia el puente, esta muralla hubiera llegado hasta unos cuarenta metros antes del puente", y explica: "Dada la topografía del terreno en esa parte de la margen del río, y dado que la creciente del río crecido tomó hacia la margen derecha, es decir se cargó a ese lado a su salida del puente, no habría influido para nada la falta de ese trayecto de muralla en los efectos producidos por la avenida del río sobre la finca de 'Sacamiles' en la noche citada".

En seguida contempla las otras situaciones así:

"Si la muralla se hubiera prolongado más abajo de donde estaba en la noche del 25 al 26 de noviembre conforme a lo proyectado, los efectos de la avenida sobre la finca de 'Sacamiles' en la noche citada hubieran sido mucho menores a juzgar por la dirección de la muralla en el proyecto, pues esta prolongación hubiera protegido más la finca, desviando la acometida del río en la cabecera de la finca". "Si la muralla hubiera sido 150 metros más corta de lo que era en la citada noche, con toda seguridad la gran avenida del río hubiera desbordado por esa parte del terreno que quedaba fuera de la protección de la muralla, por dos razones: primera, porque el terreno en esa parte según lo muestran los perfiles transversales tomados por el ingeniero Monroy en 1932, es el más bajo de la margen izquierda del río, habiendo sido por esta parte por donde desbordaba el río en otras ocasiones; y segundo, porque la mayor acometida del río en esa gran creciente venía precisamente dirigida a esa parte de su orilla. En el caso de haberse realizado la hipótesis de la falta de muralla en esa parte, es imposible prever los efectos de la avenida del río sobre la finca de 'Sacamiles', ya que seguramente la mayor fuerza de la creciente hubiera tomado la finca 'Sacamiles' por detrás, es decir, por su lindero occidental. En este supuesto, los efectos habrían podido ser muy diferentes: o el desbordamiento por esa parte hubiera podido servir de aliviadero al cauce del río y atenuar así los efectos destructores de su corriente sobre la margen izquierda,

o, dado el enorme volumen de esa corriente, haber causado mayores estragos en toda la finca 'Sacamiles'".

Como se ve, el doctor Tavera hace mérito de los mismos hechos que a los doctores Jaramillo e Ibáñez parecieron determinantes de la inundación del predio de "Sacamiles".

Pero hay algo más: en otro peritazgo en el que actuó con el señor Francisco Santos, peritazgo de que luego se hablará, repitió el doctor Tavera sus puntos de vista que conviene reproducir aquí:

"La parte de la finca 'Sacamiles' que da al río Pamplonita es en la actualidad fácilmente anegable en las fuertes avenidas del río, como puede constatarse a simple vista; en cuanto a la influencia de la muralla de defensa con respecto a la anegación de la finca, la existencia de dicha muralla hace que la finca sea mayormente anegable en caso de fuerte avenida del río, y menos anegable, de lo que es hoy, si dicha muralla no existiera, por la evidente razón de que la actual muralla de defensa reduce el cauce del río en una gran extensión antes de su llegada a 'Sacamiles', dando así mayor velocidad a la corriente, haciendo subir el nivel de las altas aguas, e impidiendo que aguas desbordadas en las grandes crecientes arriba de la finca 'Sacamiles', tomen otros cauces, como el de La Toma y el de El Brazo".

Intervinieron también peritos para reconocer la cabida de la finca; la posición de ella con respecto a la factura de ingeniería hidráulica llamada puente Benito Hernández; el estado que ya por entonces revelara en orden a su productibilidad agrícola; la muralla construida sobre la margen izquierda del río Pamplonita desde el mencionado puente aguas abajo.

El ya nombrado ingeniero Fernando Tavera y el señor Francisco Santos actuaron como peritos y de común acuerdo dictaminaron sobre la cabida, la ubicación geográfica de la finca, su posición respecto del río y de la muralla, diciendo a ese respecto lo mismo que atrás apuntó el fallo. Y agregaron:

"c) Estado en que se encuentra la finca e inutilidad actual de ella para cualquier explotación agrícola: la finca en una cuarta parte, que es una faja situada hacia el costado occidental, tiene terrenos aptos para cualquier cultivo de ese clima; en las tres cuartas partes restantes o sea hacia el oriente de la finca, el terreno es de arena y piedra, sin capa vegetal y por consiguiente inútil para cualquier cultivo. d) Causa del estado expropio para cualquier explotación agrícola en

que se encuentra la finca: las tres cuartas partes impropias para el cultivo de la finca, se hallan en ese estado debido a que el río en sus grandes avenidas pasó por allí.

Lo transcritó es, pues, parte de un dictamen rendido por peritos debidamente nombrados y posesionados. En cuanto al reconocimiento material de los hechos sobre los cuales dictaminan los señores Tavera y Santos, el mismo Tribunal a quo intervino en él, como que fue hecho en diligencia de inspección ocular llevada a cabo en la finca de "Sacamiles" el catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y uno. (Folios 17 v. y siguientes, cuaderno número 4). También tuvieron en cuenta los expertos, los testimonios de los nombrados Eleuterio Maldonado, Aurelio Velasco, Andrés Solano y Marco A. Cacique.

Hechas así las investigaciones que autorizan los artículos 728 y 730 del Código Judicial, pudo el Tribunal dejar constancia de que la finca en el estado en que la había encontrado, apenas era explorable y cultivable en una extensión calculada como en una cuarta parte de la cabida total, porque las partes restantes mostraban aún señales de haber sido arrasadas por la avenida del río Pamplonita en su capa vegetal.

Ninguna prueba hay tan adecuada para establecer los daños causados por las avenidas de un río y asentar bases para las indemnizaciones que por causas de esa índole se deban, como la de la inspección ocular. En el caso de autos, el H. Tribunal inspector racionalmente se persuadió del paso del río por sobre una parte considerable del predio de "Sacamiles". El reconocimiento del Tribunal estuvo auxiliado como lo permite el artículo 728 del C. Judicial.

Debe agregarse que en el curso de la primera instancia obraron, aparte de los testimonios transcritos anteriormente, los de Elpidio Bruno, Carlos Sus, Francisco Santos (folios 37, 38, 40, 85 y 86 del cuaderno número 4), que como conocedores de la finca de "Sacamiles" desde antes de la inundación la revelan como una finca productiva y de perspectivas económicas.

Puede decirse, en suma, que en la primera instancia se llevó al juzgador a que observara directamente los estragos; que se le suministraron conceptos sobre la causa y los efectos de éstos; que no faltaron testimonios de personas que, diciéndose conocedoras de los hechos y cosas por aplicación de los sentidos, pudieron relatarlos con fielidad y que todo ello en conjunto produjo en el a quo la convicción de que la construcción de la muralla si influyó en el daño que recibió la

finca de "Sacamiles" en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho. En ese convencimiento, e impresionado principalmente por las conclusiones de los peritos, llegó a decir:

"Si bien la destrucción de los plantíos de vid y hortalizas se debieron a la acción de las aguas del río, ello no se debió a la creciente o avenida —ya que había resistido otras iguales o mayores— sino directamente a la manera como fueron encauzadas las aguas y luego abandonadas".

Pero tampoco puede pasarse por encima de estas observaciones que hace el Tribunal sentenciador: "nadie —dice en el fallo— podría afirmar que se pudo prever todo cuanto aconteció, como tampoco que la actora estuviera a salvo de todo riesgo sin la construcción de la muralla. En la misma demanda se admite que el daño hubiera sido menor sin la muralla".

Conviene aquí insistir en que el Departamento se limitó a demostrar con testimonios la magnitud de la inundación ocurrida en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, consecuente con su propósito de escudarse en la ocurrencia de una fuerza mayor para obtener su absolución. Esas pruebas del Departamento en la primera instancia obran en el cuaderno número 3, de pruebas.

El Municipio de Cúcuta apenas coadyuvó la actitud del Departamento, porque su único interés era y es el que se declare que él es ajeno a toda responsabilidad. En su actitud de coadyuvante adhesivo ha perseverado ante la Corte.

Esta, a su turno, no puede desconocer el establecimiento del daño en términos generales, porque la demostración objetiva de él es completa. Lo que a esta Superioridad le incumbe investigar con un mayor detenimiento es la relación de causalidad que existe entre la construcción de la muralla y los perjuicios sufridos por la dueña de la finca de "Sacamiles". Y ha de hacerlo con mayor detenimiento porque a esta segunda instancia se han traído nuevas pruebas y se han expuesto mayores argumentos de parte y parte. De la actora, para fijar en cabeza del Departamento la responsabilidad y la obligación de indemnizar; y de parte de la entidad demandada para establecer qué causa a ella extraña produjo el efecto dañino y la excusa de responsabilidad.

Pruebas del segundo grado.—Del proceso probatorio en la segunda instancia puede decirse ya que la parte actora se esforzó por completar dentro de él la demostración del daño sufrido, suministrándole al juzgador datos más detallados so-

bre la naturaleza de ese daño, y sus repercusiones hacia lo futuro. Con ese fin aportó testimonios, peritazgos y documentos.

También con documentos de carácter público y privado se propuso demostrar: que hubo gestiones de los representantes del Departamento para que se aplicaran a otros menesteres administrativos fondos que debieran haberse invertido en la obra de la muralla.

Prueba de la misma naturaleza usó en la segunda instancia la parte demandada con el tangible objeto de establecer el hecho extraño y la fuerza mayor, y subsidiariamente para reducir las proporciones que al daño ocurrido en la finca de "Sacamiles" le asigna la parte promotora de la acción.

Como la prueba pericial fue la que más honradamente parece haber impresionado al Juez de primera instancia, por el examen de esa prueba aportada a la segunda debe iniciarse el presente capítulo de los considerandos de la Corte:

Los conceptos de los peritos sobre la causa del daño.—No fue posible que los ingenieros Lucio García y Luis M. Salamanca —nombrados peritos principales por los demandantes y el Departamento, respectivamente— uniformaran su criterio acerca de las cuestiones sometidas a su dictamen, y hubo de intervenir el tercero, ingeniero Manuel Archila M. Todos concurrieron a la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, pudiéndose decir que en el proceso de investigación actuaron juntos.

Los dictámenes de los mencionados peritos constituyen cada cual un cuaderno separado de la actuación, y son los marcados con los números 12, 13 y 15.

Todos hacen en un primer capítulo consideraciones generales. En otro capítulo absuelven punto por punto los cuestionarios a ellos propuestos por el abogado del Departamento. En otro capítulo consignan datos solicitados durante la inspección ocular practicada por la Sala de Negocios Generales. En un último capítulo absuelven el cuestionario formulado por el abogado del actor. Los peritos principales adjuntan a sus dictámenes planos y diseños que los complementan.

La primera parte de los dictámenes está dedicada a relacionar los hechos verificados durante la inspección ocular llevada a cabo en los días doce a diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos (actuación ésta que forma el cuaderno número 8-bis). Como apuntes preliminares consignaron los peritos los siguientes: el río Pamplonita en el trayecto comprendido entre

la desembocadura de la quebrada Juana Paula y el límite norte del predio de "Sacamiles", corría en la época de la inspección por un valle de estructura geológica que los expertos llaman "sinclinal"; que esa corriente es portadora de considerable volumen de material de acarreo que se aumenta especialmente en la época de lluvias torrenciales, como se ha registrado desde épocas antiguas; que en el trayecto del río que queda abajo del puente Benito Hernández Bustos se han observado cambios de velocidad y ensanchamientos del cauce que ocasionan la deposición del material de acarreos y dan lugar a la formación del aluvión que se extiende posiblemente hasta debajo del suelo de gran parte de la ciudad de Cúcuta; que las capas de aluvión van engrosando, y que encima van colocándose materiales de acarreo cada vez más finos; que en algunos sitios aparece vegetación que contribuye a defender los terrenos así formados y a darles cierta estabilidad que los defiende de las erosiones dando lugar a orillas o bancos de alguna resistencia que definen el curso de las aguas o a islas que diversifican o dividen la corriente; y que también dejan playas que sin consistencia suficiente aparecen o desaparecen con el transcurso de las épocas de incremento del régimen del río.

Tales, en sus puntos esenciales, las descripciones que hacen los peritos sobre la formación de los terrenos que en aquella región son riberanos del río Pamplonita, y entre los cuales está el predio de "Sacamiles".

Respecto del segundo capítulo, o sea el que dedican a absolver el cuestionario propuesto por el Departamento, hay discrepancias y acuerdos que el perito tercero destaca en su informe. En los puntos de discrepancia entra él a dar su personal opinión.

En número de veintiuna son las cuestiones que el apoderado del Departamento somete a peritación en la segunda instancia. Los peritos principales, doctores Lucio García y Luis M. Salamanca concuerdan, según lo advierte el tercero, doctor Manuel Archila M., en la solución de las siguientes:

1º En que no hay razón para suponer que la corriente principal del río Pamplonita después de pasar por debajo del puente Benito Hernández pudiera partir de la margen derecha hacia la muralla situada a la izquierda para dirigirse allí, encauzado por la muralla, a la margen derecha contra los espolones naturales o rocas situadas en la ribera oriental y de allí precipitarse por contragolpe, sobre el predio de "Sacamiles". La

inundación de tal predio, en concepto de los doctores García y Salamanca, no fue producida por un efecto de acción y reacción. Los pequeños espolones de la muralla, en concepto de esos profesionales, no son lo suficientemente grandes para que puedan afectar un cambio apreciable en la corriente del río.

2º En que los rastros y señales que existen como dejados por el río tanto en los estribos del puente como en sus orillas, aunque perceptibles a la vista, no indican que ellos hayan sido precisamente el resultado de la creciente del río en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, pues bien pueden ser efectos de crecientes anteriores o posteriores a dicha fecha. Después de esa fecha se encuentran como datos más próximos los tomados por el ingeniero J. R. Córdoba, que aparecen en los planos presentados por él (folio 44, cuaderno número 4). Los peritos convienen en que lo más probable es que en noviembre de mil novecientos treinta y ocho las corrientes principales fueran las indicadas en los planos del ingeniero Córdoba.

3º En que la muralla construida no pudo empujar la corriente del río en la gran avenida del 25 al 26 de noviembre contra las rocas o espolones naturales de la orilla opuesta. Esta conclusión contradice lo aseverado en el hecho 22.

4º En repetir e insistir en que los pequeños espolones que de trecho en trecho tiene la muralla, no tienen poder suficiente para desviar y lanzar el río sobre las rocas de la margen derecha.

En la primera parte del 8º: por cuanto convienen en qué el cauce actual del río se reduce considerablemente frente al predio de "Sacamiles".

9º En que los cálculos del ingeniero José Faccini no son los que verdaderamente corresponden al caso especial del río Pamplonita y que las fórmulas y los datos tomados por él, no están bien aplicados.

11. En afirmar que la formación de "Sacamiles" pertenece a terrenos sedimentarios, lo mismo que la mayor parte de los terrenos en que está levantada y construida la ciudad de Cúcuta, o sea, por terrenos que han sido formados por la sedimentación de materiales acarreados por las corrientes de aguas. Anotan al respecto que las lluvias producían erosión de materiales en las partes altas e inclinadas de las cordilleras, y que arrastrándolas las depositaban en las partes bajas, en sitios en que ocurría una disminución apreciable de la pendiente de los terrenos.

15. En la aseveración de que las variaciones

de los cauces de los ríos y que obedecen a muchos factores o circunstancias, como el caudal de aguas, la calidad y cantidad del material de acarreo y las pendientes.

16. En que el río Pamplonita presenta primero una pendiente fuerte y por consiguiente una velocidad apreciable desde Pamplona hasta el valle de Cúcuta; que después del Puente Benito Hernández Bustos la sedimentación se asentaba antes de la construcción de la muralla; que al llegar al predio de "Sacamiles" el cauce actual se reduce; y que todo esto hizo indispensable la construcción de la muralla por la margen izquierda del río Pamplonita para proteger a la ciudad de Cúcuta, que en otras ocasiones se había inundado por fuertes avenidas del río en épocas de invierno.

17. En negar, por una nueva vez, que la muralla de la margen izquierda lanzara al río sobre la derecha sobre determinados espolones, y que por contragolpe lanzara el río a la margen izquierda y de que sea ésta la causa exclusiva de la inundación del predio de "Sacamiles".

18. En la afirmación de que la cantidad de terreno que le quedó en buenas condiciones a la señora de Faccini fue la de ocho mil metros cuadrados.

19. En la afirmación de que el río Pamplonita formaba el límite oriental de "Sacamiles" en la fecha en que remató la señorita Ana Francisca Marciales, y que el lote tenía más o menos la forma que hoy tiene.

21. En el concepto de que el plano presentado por la señora Soto de Faccini no concuerda con lo indicado en las escrituras anteriores a la fecha del remate, ni tampoco está de acuerdo con las dimensiones señaladas en éste.

La primera discrepancia entre los peritos principales aparece en la contestación al punto 5º del cuestionario del Departamento. La hace anotar el perito doctor Manuel Archila M., así:

"El perito doctor García dice al contestar esta pregunta: 'Los espolones de la roca del pozo de las Alcántaras reducen el cauce del río y hacen cambiar la dirección de la corriente principal, en las crecientes, precisamente hacia la madre vieja occidental situada aproximadamente a quinientos metros del puente; pero al cerrarse la entrada a esta madre-vieja por medio de la muralla, la corriente toma un rumbo más hacia el Norte, en dirección del predio de 'Sacamiles', tal como aconteció en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, cuando el río penetró en el lote mencio-

nado produciendo la erosión que dejó el terreno en las condiciones que se observaron por el personal de la diligencia en la inspección ocular que tuvo lugar en el mes de diciembre próximo pasado'. En lo que acabo de transcribir se ve claramente que el doctor García considera que la causa inmediata de la destrucción del predio de 'Sacamiles' en noviembre de 1938 no fue otra que la existencia de la muralla que modificó el régimen del río, por haber cerrado la madre-vieja occidental por donde tenía lugar la evasión de parte del cauce del río en las grandes avenidas del mismo. El pensamiento del doctor Salamanca sobre este importante tópico se halla consignado en los siguientes párrafos de su informe, página 2^a: 'La dirección de la corriente principal está claramente determinada por la curva que existe en el pozo de las 'Alcántaras' y por el espolón rocoso que de ese sitio en adelante la fija de un modo definido y la dirige hacia el predio de 'Sacamiles'. De este hecho no queda duda al mirar desde las rocas las aguas visiblemente encaminadas hacia el vértice de 'Sacamiles', al examinar el plano del ingeniero Monroy, las aerofotografías, y el plano del ingeniero Córdoba donde, en trazo de líneas y punto, se indicaba el sitio del canal más profundo o *talweg* del río, por el cual se precipitaba la corriente principal.'

'Ahora bien, siendo el terreno de 'Sacamiles' sedimentario, es decir, formado por el acarreo del río, como aparece evidentemente, la explicación lógica de este hecho no puede ser otra sino que la corriente principal del río, en sus grandes crecientes, ha pasado no una sino muchas veces en el decurso de los años por sobre el mencionado predio'.

Continúa el doctor Salamanca desarrollando su tesis de la formación de 'Sacamiles' para concluir que 'Sacamiles' está dentro del 'lecho mayor del río'. Finalmente el doctor Salamanca, a la página 22 de su concepto, dice: 'Pero aún hay más: si se observan con algún cuidado las aerofotografías se ve que los dos antiguos cauces señalados, por el Instituto Geográfico Militar, y principalmente el segundo de occidente a oriente, están en la dirección del *talweg* que arranca del pozo de las 'Alcántaras'; este *talweg* es evidentemente predominante en casos de crecientes o aguas máximas; por tanto el sentido y la dirección que en una ocasión semejante lleva la masa principal del río, están encaminadas hacia el predio de Sacamiles'.

Entra, en vista de esa discrepancia, a dictaminar el doctor Archila, y dice:

'Considero que: a) La construcción de la muralla introdujo un nuevo elemento en el régimen del río, que antes no existía y que produjo efectos en la creciente de noviembre de 1938; b) El predio de 'Sacamiles' formado como se explica en las consideraciones generales de mi informe, estuvo sometido antes de la construcción de la muralla a inundaciones del río Pamplonita, de cuyo acarreo es un producto, quizás mayores que la de 1938, pues fueron capaces de depositar sedimentos en el lugar que ocupa la casa y que según aparece del expediente, no fue inundado en 1938. En relación con la teoría de formación del predio de 'Sacamiles' expuesta por el doctor Salamanca, manifiesto mi conformidad, con la salvedad de que él no mencionó el hecho de la consolidación de los acarreos de los ríos por la cementación efectiva entre los cantos rodados, gravas, gravillas, arenas y limos ayudadas por las raíces de la vegetación, que en el caso de 'Sacamiles' le dieron estabilidad relativa al acarreo y la protegieron contra la erosión constante del río y acentuada en las épocas de grandes avenidas, anteriores a la construcción de la muralla; c) Es indudable que el predio de 'Sacamiles' está dentro de la planicie de inundación del río Pamplonita, entendiéndose por tal el área en donde el río en el transcurso de los años ha depositado acarreos, como lo está probablemente parte del área de la ciudad de Cúcuta, y si el doctor Salamanca llama a esta planicie lecho mayor, me halle de acuerdo con su opinión; d) La muralla cegó en parte la madre-vieja occidental por donde tenía evasión parte del caudal del río en sus grandes incrementos, pues entre otras razones, éste fue el motivo de su construcción; e) El cauce del río se angosta en forma tal que produjo un aumento del nivel de la superficie líquida, incremento de la velocidad y una resultante de fuerzas que afectó el predio del litigio; f) El espolón o roca de las 'Alcántaras' había podido ser volado sin mayor costo mediante el empleo de dinamita eliminando o disminuyendo así los efectos sobre la dirección de la corriente y por ende sobre el predio de 'Sacamiles' y esta obra ha debido incluirse en el proyecto de protección de Cúcuta; g) La construcción incompleta de la muralla y su influencia sobre el régimen del río en las grandes avenidas es sólo, un factor de los varios que intervinieron en la destrucción del predio tantas veces mencionado y es imposible de-

finir en qué porcentaje pudo influir sobre este hecho. En efecto, debe advertirse que no es imposible que la creciente del 25 al 26 de noviembre de 1938 pudiera ser excepcional, pero si la muralla no hubiera existido parte del caudal habría corrido por la madre-vieja y los efectos hubieran sido menores. En esto están de acuerdo los peritos principales".

La discrepancia que el perito tercero anota en orden al 6º de los puntos sometidos a la peritación, tiene menos trascendencia que el anterior, porque si el doctor García sostiene que el nivel de las aguas frente a "Sacamiles" hubiera sido menor si la muralla hubiera sido 150 metros más corta y que por lo mismo hubiera sido menor la velocidad y fuerza de arrastre de la corriente, concluye que "los efectos sobre el predio de 'Sacamiles' habrían sido mucho menos perjudiciales" en ese supuesto. El doctor Salamanca dice que en tal caso —en el de que la muralla hubiera sido 150 metros más corta— siempre hubiera entrado el río en el predio de "Sacamiles" o el Pantano. La diferencia está en que el doctor Salamanca afirma que en el caso del supuesto siempre hubiera penetrado el río en "Sacamiles". El otro perito no lo afirma, sino que deja entender que si se hubiera verificado esa penetración, los efectos para el predio de "Sacamiles" habrían sido menos perjudiciales. Con el doctor García está de acuerdo el perito tercero doctor Archila.

La discrepancia en cuanto a la segunda parte del punto 8º, consiste en que el perito doctor García no convine en que el predio de "Sacamiles" haga parte o esté localizado en tierras que ocupa el río en sus crecientes periódicas, y, se funda para ello en las escrituras número 3 de 1854 de la Notaría de Cúcuta, 501 de 1877 y 147 de 1899 de la misma Notaría. Anota que de tales escrituras no resulta comprobado "el hecho de que el río Pamplonita haya dividido o haya atravesado el predio de 'Sacamiles' tal como aconteció en la creciente que tuvo lugar en el mes de noviembre de 1938".

El ingeniero Salamanca, en cambio, dedica una gran extensión de su informe a la demostración de que el predio de "Sacamiles" no estuvo a cubierto de toda inundación antes del 25 de noviembre de 1938, sino que las inundaciones y los cauces ordinarios del río han pasado por él. En apoyo de su dicho trae el estudio teórico de la formación sedimentaria del predio de "Sacamiles"; el estudio de los talwegs del río en esa parte; el estudio de las aerofotografías y testimo-

nios y pruebas deducidos en la historia del predio.

El perito tercero se refiere a los conceptos del doctor Salamanca, y dice:

"a) No se ha comprobado que el predio de 'Sacamiles' antes de la construcción de la muralla estuviera en condiciones muy desfavorables, pues de realizarse la hipótesis del doctor Salamanca sobre curso de la corriente principal del río por curvas, alineamientos, restos y contracurvas, sin influencia del resto del caudal, el predio nunca se habría formado o habría sido destruido por crecientes de magnitud en épocas pretéritas. b) El predio fue formado como se explica al principio de mi concepto pericial por sucesivas capas depositadas por el río, hasta llegar el momento en que la diferencia de nivel entre su superficie y el fondo del río fue tal que quedó a cubierto de la inundación y se consolidó por el procedimiento atrás indicado y el río pudo correr ya por el Oriente, ya por el Occidente del mismo, por la madre-vieja o por el cauce principal según aparece de los linderos de los títulos mencionados en el expediente".

Como se ve, la discrepancia entre los dos peritos principales consiste en que para el uno, el Dr. Salamanca, sí hay pruebas de que el terreno de "Sacamiles" fue ocupado por el río en ocasiones anteriores, a tiempo que el perito Dr. García no encuentra tales pruebas. El perito tercero adhiere a la opinión del doctor García y forma con él mayoría. Este punto, en que los peritos se dedican a hacer apreciación de pruebas, será materia de capítulo especial en la presente provisión.

La discrepancia entre los principales que el perito tercero anota respecto del punto 10, trata de puntos de vista dilucidados con anterioridad, y no hay que volver sobre ellos.

La discrepancia sobre el punto 12 la hace notar el perito tercero en los términos siguientes:

"Por lo que hace a la primera parte de la pregunta dice el doctor García (folio 10 de su informe): 'Si se hubiera dejado un trayecto de cien (100) metros a partir del puente 'Benito Hernández Bustos' sin que se hubiera construido la muralla es evidente que —dada la altura a que llegaron las aguas en la mencionada creciente del mes de noviembre de 1938— una parte de la creciente hubiera pasado por este trayecto hacia los terrenos relativamente bajos que fueron inundados en otras ocasiones, antes de levantarse la muralla; por consiguiente, es evidente que los efectos, en este caso, sobre el predio de 'Sacamiles'

hubieran sido de menor magnitud'. El doctor Salamanca dice (página 15 de su informe): 'Lo primero que ocurre pensar como cosa evidente al examinar este punto es que si no hubieran existido los 100 primeros metros de la muralla a partir del puente, una parte del caudal del río hubiera salido por la abertura lateral que habría dejado la falta de muralla en este sitio. El caudal restante habría seguido corriendo por el cauce y se trata ahora de investigar si este caudal hubiera podido producir la inundación del predio de 'Sacamiles'".

Ambos peritos están de acuerdo en el concepto de que la abertura de cien metros de la muralla no habría evitado la inundación de "Sacamiles", sólo que los efectos habrían sido de menor magnitud, según el doctor García, y a ello adhiere el perito doctor Archila, con lo cual resulta uniforme el concepto de dos de los peritos sobre este hecho en particular.

La discrepancia sobre el punto 14 radica en el concepto de técnica aplicado a la construcción de la muralla. El perito doctor Salamanca afirma que fue técnicamente proyectada en cuanto a su finalidad, o sea a la defensa de Cúcuta. El doctor García la considera desde otro punto de vista, o sea el de la señora de Faccini y demás ribeteanos, y dice:

"Si se hubiera procedido con un criterio verdaderamente técnico, se ha debido calcular la sección o secciones transversales del trayecto Norte para que pudieran contener las grandes avenidas sin que se produjeran desbordamientos de las aguas hacia el occidente; se ha debido aumentar la altura de la muralla en la cantidad suficiente para que al llenar las aguas la sección transversal del cauce en las proximidades del puente, se obtuviera en la parte Norte, el mismo resultado sin rebasar la parte superior de la muralla".

La última discrepancia en orden a los puntos sometidos a peritación por el abogado del Departamento, la destaca el perito tercero en estos términos:

"El doctor García dice (folio 13 de su informe): 'El río Pamplonita separaba los dos predios mencionados (el de 'Sacamiles' del hipotecado al doctor Benito Hernández Bustos, folio 18, cuaderno número 9-bis), sin dividir el lote de 'Sacamiles', pues queda comprobado al analizar los títulos referentes a 'Sacamiles', que la baranca oriental que mencionan los alinderamientos, se refieren a la barranca en la margen izquierda del río', y el doctor Salamanca asevera (página 39 de su infor-

me): 'El río Pamplonita separaba los dos predios mencionados probablemente sin dividir el lote de 'Sacamiles', la situación de la barranca oriental que mencionan los alinderamientos, aunque se puede entender que es la de la margen derecha del río, tal situación no concuerda con las medidas del predio'. En el fondo y en mi concepto las opiniones de los peritos principales son semejantes y yo me adhiero a la del doctor García."

La parte demandante propuso cuestionario aparte para que lo absolvieran los peritos. Ese cuestionario puede considerarse dividido en dos partes: en la primera los requiere para que digan si les es posible afirmar de manera terminante "que en el caso de que no se hubiera construido la muralla o en el caso de que se hubiera construido con todo el cuidado posible para evitar inundaciones en la finca de 'Sacamiles' siempre se habría inundado esta finca en la forma en que lo fue como consecuencia de la avenida o creciente ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938". En la segunda parte les pide que digan si "faltando la muralla las aguas en parte habrían buscado la 'madre-vieja' que pasa por el occidente de 'Sacamiles' y que, construida la muralla con las debidas precauciones y diligencia, se habrían podido evitar las consecuencias que la creciente tuvo en relación con 'Sacamiles', como se evitó que se inundaran los terrenos más bajos situados entre el puente y 'Sacamiles' que se inundaban siempre antes de la construcción de la muralla?".

El doctor García se remite a los conceptos que ya había emitido al responder al interrogatorio formulado por el apoderado del Departamento Norte de Santander en relación con la influencia que ejerció la muralla en la destrucción de la zona dedicada en "Sacamiles" a cultivos de vid; a la deficiencia del proyecto del ingeniero Monroy para contener en la parte norte todas las aguas provenientes de avenidas de aguas máximas como las registradas en los años de 1931 y 1938; y a las ventajas que habría tenido una modificación propuesta por el ingeniero J. R. Córdoba para la construcción de la muralla de defensa del barrio oriental de Cúcuta. Agrega que si se hubiera proyectado la obra con las tres especificaciones adecuadas para evitar perjuicios a terceros y al mismo tiempo para defender a Cúcuta de las inundaciones —cosa que en concepto del doctor García era posible— se habrían podido evitar, no en parte solamente, sino en su totalidad, las consecuencias de la corriente en relación con "Saca-

miles" en la noche de noviembre tantas veces citada.

El doctor Salamanca —después de advertir que afirmaciones terminantes respecto del fenómeno que caen dentro del dominio de la física, pueden hacerse cuando el sujeto que afirma ha tenido o tiene la evidencia inmediata o mediata del fenómeno— dice que en el caso questionado, o sea el acontecimiento de la noche de la inundación, no es posible tener evidencia inmediata porque para ello habría sido necesario presenciar el acontecimiento con ánimo de investigador; y que en cuanto a la evidencia mediata, que para él consiste en llegar a consecuencias y demostraciones concluyentes basándose en datos ciertos y siguiendo una cadena rigurosa de deducciones, tampoco es posible obtenerla por no permitirlo la misma complejidad del problema. Asentados esos postulados, contesta:

"1º Si no se hubiera construido la muralla. Habiendo dejado establecido en las páginas anteriores que el predio 'Sacamiles' es susceptible de inundarse, que está muy desfavorablemente colocado respecto de los *talwegs* del río y en especial del espolón de roca de las 'Alcántaras', que la creciente fue excepcional, decir que en esa creciente el predio no hubiera sido inundado equivaldría a admitir que probablemente nunca fue inundado, puesto que si en la mencionada avenida, que ha sido una de las más catastróficas que se han registrado, no fue inundado, sería probablemente que nunca lo hubiera sido antes; esto último no es posible admitirlo; por consiguiente, tampoco se puede aceptar que probablemente no hubiera sido inundado".

Hace luego hincapié sobre la restricción que contiene la pregunta en cuanto habla de la inundación "en la forma en que lo fue". Y contesta:

"2º Es natural pensar que si no hubiera existido la muralla, las aguas al expandirse sobre un espacio mayor, aun en el caso de inundación del predio 'Sacamiles', hubieran alcanzado una altura menor sobre el mismo, y por consiguiente los efectos destructores hubieran sido menores". Pero no se podría asegurar que la fuerza de arrastre que se hubiera producido en tal caso hubiera sido capaz o incapaz de causar efectos destructores".

Discurre largamente sobre este último tópico invocando autoridades en hidráulica, y concluye:

"3º En consecuencia, respondo que en este primer supuesto, dada la magnitud de la creciente, es probable que el predio se habría inundado, no con los mismos efectos que se produjeron en la

de mil novecientos treinta y ocho, pero que es imposible saber si al no existir la muralla tales efectos hubieran sido destructores".

"4º Si se hubiera construido la muralla con todo el cuidado posible para evitar inundaciones en el predio 'Sacamiles'... Respondo, pues, al segundo supuesto diciendo que los constructores de la muralla no tenían motivos especiales para hacer la muralla con todo el cuidado posible para evitar inundaciones en 'Sacamiles', ya que las precauciones efectivas hubieran sido o imposibles de haber sido previstas, o imposibles de llevar a la práctica".

El doctor Salamanca insiste al contestar este punto en que "probablemente parte de las aguas hubieran buscado la madre vieja occidental a que se refiere el cuestionario, pero este hecho no implica que 'Sacamiles' se habría salvado de la inundación".

El perito tercero, que como se ha anotado ya, comparte en su mayoría los conceptos del perito de la parte demandante, llama la atención a lo siguiente:

"a) El doctor Salamanca reconoce que aunque el predio se hubiera inundado al no existir la muralla no se habrían producido los mismos efectos de la creciente de 1938. Este concepto es a mi entender fundamental y lo destaco en este lugar como base a mi opinión posterior sobre el particular".

b) Que los dos peritos principales concuerdan en que si tuvo influencia la muralla en el régimen del río; y en que una madre-vieja occidental servía de aliviadero al río en las grandes crecientes.

Durante la inspección ocular las partes sometieron algunas cuestiones a los peritos, y éstos las absolvieron por haberlo dispuesto así el señor Magistrado sustanciador.

En orden a estas cuestiones los peritos principales estuvieron de acuerdo: en señalarle un ancho de 55 metros al río en el sitio de la discusión; en que el muro de pedraplén estaba destruido en una longitud de 18 metros, y que su construcción era de canto rodado o piedra, arena, alambre y rieles.

Los hechos capitales de la demanda qué han de ser materia fundamental del fallo en relación con la obra de la muralla, son los siguientes:

"1º Que constituyendo el río una amenaza permanente para la ciudad de Cúcuta, y para liberar a esta ciudad de las grandes avenidas del río, concibió la Asamblea Departamental la idea de

la construcción de la muralla, idea que fue patrocinada y tomada como propia por la Ley 122 de 1931.

2º Que de las tres clases de defensas que se emplean contra las inundaciones —a las cuales se refiere el perito doctor Salamanca en su dictamen (folio 36)— hubo de adoptarse el de la muralla o dique lateral, porque la hoyuela del Pamplonita no se presta para hacer colectores o embalses en condiciones económicas; y porque el procedimiento del dragado para la limpieza y ahondamiento del cauce, aplicado por una sola vez, resultaría ineficaz, dados el activo acarreo y la sedimentación constante del mismo.

3º Que el proyecto de la muralla se elaboró en la Dirección de Obras Públicas Departamentales por el ingeniero Leopoldo Monroy, y es el que en copia aparece agregado al folio 43 del cuaderno número 4.

4º Que ese proyecto fue elaborado en el año de 1929, o sea, con posterioridad a la Ordenanza que dispuso la construcción.

5º Que a esta obra se le dio comienzo, y se la adelantó hasta ponerla en el estado en que la encontró la gran avenida de 1938.

6º Que en relación con la finalidad que a la obra le asignaron la ley citada y la Ordenanza número 44 de 1928, el constructor aplicó los preceptos de la técnica, como lo demuestra la circunstancia de que la ciudad ha estado amparada contra desbordamientos del río Pamplonita.

Se tuvieron en cuenta esos preceptos de la técnica al calcular la capacidad del cauce; y al levantamiento del dique se procedió sobre la base de conservarle al lecho mayor una capacidad suficiente para que por él pudiera pasar el río en sus voluminosas crecientes? Ese es el busilis de la controversia.

El dictamen rendido en la segunda instancia por los mencionados peritos ingenieros, contiene puntos generales en los cuales no discrepan y que no requieren un examen más detenido que el que se ha hecho. De esos conceptos generales puede decirse que autorizan para asentar ya estos postulados:

1º Que la muralla se proyectó primero y luego se adelantó en todo el trayecto que alcanzó a cubrir hasta el día de la inundación, puesta la mira únicamente en la necesidad urgente de la ciudad de Cúcuta;

2º Que así procedió el Departamento urgido por la necesidad impostergable de ponerle remedio a

una calamidad pública ya experimentada y en palpable posibilidad de repetirse; y

3º Que absorta en esa preocupación la entidad encargada de realizar la obra protectora, no previó la ocurrencia de desbordamientos del río Pamplonita de las proporciones que revistió el de la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938. ella debía proceder la administración seccional por ella debía proceder la administración seccional por imperio de la ley, la deducción de la responsabilidad depende ahora del esclarecimiento de estas cuestiones que, sometidas a los peritos, han dado lugar a discrepancias entre ellos:

1º Si por causa de la muralla se produjeron cambios en el régimen o modo como en aquel sector se gobierna el río Pamplonita; 2º Si medió obstáculo natural, es decir, extraño a toda industria humana, para que se produjera la desviación de la corriente hacia la margen izquierda donde está ubicado el predio del litigio; 3º Si determinado el cauce y hallado suficiente en épocas normales, podía el constructor reputarlo suficiente también para contener las aguas en las grandes avenidas; 4º Si técnicamente se habría podido proyectar y desarrollar la obra protectora de Cúcuta en condiciones de no causarle daños a predios aledaños.

A estas últimas investigaciones —que según la mente de la parte actora la han de llevar al último triunfo de sus tesis sobre imprevisión y error de técnica— se agregarán, llegado el caso, estas otras: si el Departamento dejó de aplicar voluntariamente fondos destinados a la conclusión de la obra; y si la atención a otras necesidades de la administración debe tenerse en cuenta como factor de culpabilidad achacable al Departamento. Criterio de la Sala.—Antes de avanzar, es preciso fijar el criterio que la Corte tiene en lo que respecta a la apreciación de la prueba pericial, que tan preponderante papel desempeña en este fallo:

“Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal”, dice el artículo 601 del C. Judicial.

A la estimación de la de peritos por el Juez, corresponden las reglas de los artículos 721 a 723 del mismo Código.

Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba.

Hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a

los sentidos y lo que expongan según su arte, profesión u oficio sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos.

También cuando los llamados a cooperar en la investigación de cuestiones sometidas a la justicia, al evacuar su cometido lo hacen apoyados en lo que presumen, infieren, juzgan o deducen, y no en principios inconcusos de su ciencia o profesión, la ley les admite sus exposiciones y quiere que se tengan como experticias. Pero a tales exposiciones, como producto que son de un proceso mental, las subordina a la apreciación del juez de la causa. En otros términos: la ley les da entrada a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones de los expertos, pero al Juez le asigna la muy delicada función de hacer el análisis de todo ese proceso. Por el tamiz de la crítica del Juez han de pasar entonces: "la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes, y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Tal es el meollo y el espíritu de la disposición contenida en el artículo 723 del estatuto de Procedimiento Civil. En la exposición de motivos de la Comisión que lo redactó, se lee: "El proyecto acepta la doctrina "consignada en el artículo 80 de la Ley 105 de 1890, que le da fuerza obligatoria al dictamen pericial en el pleito en que se produce, porque hemos considerado en atención a los constantes y graves errores en que se suele incurrir en materia de inferencias y presunciones por extraordinaria que sea la competencia del perito, que dicha regla aplicada en toda su amplitud daría lugar a fallos desacertados e injustos, en lo cual está de acuerdo la opinión casi unánime de distinguidos Magistrados y eminentes jurisconsultos".

El artículo de la Ley 105 citada —que en su esencia quiso acoger la Comisión, y que el Legislador de 1931 prohijó— usa del término **inconsciente**, que equivale a evidente, palmario, firme o que no da lugar a duda ni contradicción.

Adviétese así que los dos estatutos de procedimiento nombrados están de acuerdo en establecer que al esclarecimiento de los hechos fundamentales de una demanda pueden cooperar peritos: unas veces lo harán exponiendo en forma magistral y decisiva, vale decir, como expositores de lo que la ciencia ha definido. La ley en tal evento le rinde pleitesía a la ciencia. Y, si por querer de las partes solamente un perito ha inter-

venido, el único dictamen de éste basta para tener como definida la cuestión de hecho. Si más de uno ha intervenido, la ley exige uniformidad en la exposición.

Puntos habrá de los sometidos al debate judicial en que los llamados a dictaminar sobre hechos o cosas, no pueden hablar como expositores o maestros, sino que debiendo discernir sobre tales cosas o tales hechos, tendrán que conocerlos, analizarlos, inquirir por sus causas y medir y pesar sus efectos, para así estar en capacidad de pronunciar un veredicto sobre ellos. Esta serie de operaciones que en tal caso tiene que realizar el perito para formarse un juicio y sacar deducciones, tiene que someterse al conocimiento del juez de derecho. Aquí ya entra a actuar éste como crítico, en ejercicio de la función de que se ha hablado atrás.

La Sala de Casación Civil de esta Corte, ha asentado la siguiente doctrina que viene a reforzar los postulados que se acaban de asentar:

"El perito es un auxiliar técnico del Juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza *sui generis* de sus funciones y como lo tiene consagrado la doctrina universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del Poder Judicial, en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (art. 716 del C. J.).

"No obstante estar llamados los peritos —dice Dellepiane— a suplir o completar los conocimientos del Juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieran saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni le dispensa del deber crítico..."

"Pero la propia esencia de esta prueba, que busca completar la capacidad intelectual del juzgador para su función jurisdiccional, señala por sí misma el radio de apreciación judicial de su mérito o fuerza de convicción que será más o menos grande en relación, a más de las condiciones y calidades personales del experto, con el mayor o menor grado de tecnicismo o especialización científica o artística que distinga el punto concreto sometido a dictamen y que de esta manera resulte más o menos lejano y extraño a la órbita ordinaria y normal en que se muevan los conocimientos de un Juez.

"Casos habrá naturalmente en que el sentenciador ha de acoger como fuente de certidumbre completa los conceptos o afirmaciones perento-

rias que unánimemente le presenten dos peritos, como consecuencias indudables sacadas a base de sus conocimientos especiales, de hechos sujetos a los sentidos, por no estar en capacidad de asumir el papel de técnico en materias totalmente extrañas a su formación de jurista; pero al lado de estas ocurrencias, colocadas por su tecnicismo riguroso más allá de las posibilidades críticas del Juez, hay casos en que no tienen características exigentes de especialización intelectual o de técnica que los cierre al buen criterio y a la prudente apreciación del juzgador, que es a quien en definitiva corresponde determinar el alcance, importancia y fe que merezca el dictamen pericial en cada caso concreto.

"Un Juez culto —como dice Stoppato— no es presumible siquiera que pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado, o rechace lo que ha sido inevitablemente aceptado, sustrayéndose arbitrariamente a los resultados inequívocos que necesariamente proceden de hechos determinados". (Casación. 9 de mayo de 1938. G. J. número 1935, pág. 422).

Rindiéndole la Sala todas las consideraciones que le son debidas a los expertos que en este juicio han intervenido como autoridades en su profesión, tendrá que anotar que hay en las exposiciones conceptos que no pertenecen propiamente a la técnica en que ellos son expertos, y hará uso de la facultad de apreciación que al juzgador le otorga el artículo 723, en lo que respecta a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que contengan las exposiciones.

El dictamen en frente de los títulos.—Lo que éstos demuestran.—El apoderado de la parte actora hace resaltar ante la Corte las opiniones que los peritos emiten en vista de documentos traídos a la instancia segunda. Refiérese en especial a las deducciones que éstos sacan del estudio de documentos aducidos a los autos en ambos términos de prueba. Tales deducciones no son otra cosa que inferencias sacadas de los mismos títulos y que ellos aplican cuando se ven en el caso de responder a estas cuestiones: cuál fue la influencia del río sobre el predio de "Sacamiles" antes de construirse la muralla, y cuál la influencia de ésta en el desastre que sobre tal finca produjo la avenida de mil novecientos treinta y ocho?

Del conjunto de títulos que en estos autos vienen a establecer la serie de tradiciones por las cuales ha pasado el predio de "Sacamiles", se saca esta conclusión que en el debate es de notoria importancia: el río Pamplonita no solamente

ha cambiado de posición en relación con ese predio —pues unas veces lo citan los títulos como límite arcifinio de uno de sus lados, y en otros lo citan como el límite del lado opuesto— sino que los hay demostrativos de que, por lo menos una parte considerable del caudal del río lo atravesó seccionándolo en dos porciones perfectamente determinadas y sobre las cuales pudieron constituirse gravámenes reales que dieron lugar a acciones ventiladas ante la justicia.

Tómese la tradición hasta donde la remontan los títulos:

En la escritura pública número 3 de 1854, otorgada ante el Notario del Cantón de Cúcuta, conforme a la cual José Joaquín Castro le enajenó a Angel Corzo un potrero cercado en el sitio de la playa del río Pamplonita, aparece el citado río como lindero oriental (folio 35, cuaderno número 9-bis). La alinderación completa de conformidad con ese título, es la siguiente: "Por el oriente, el río Pamplonita; por el Norte, camino que conduce al Rosario, de por medio, con potrero de José Joaquín Castro; por el poniente el potrero denominado La Quinta; y por el Sur, con un pedazo de playa del mismo vendedor".

Ese potrero situado en la playa del río Pamplonita le fue adjudicado a la muerte de Angel María Corzo a su hijo Vicente, según consta de escritura número 334 otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 31 de agosto de 1865 (folio 32, cuaderno número 9-bis). La hijuela no contiene ninguna especificación distinta, de modo que hasta entonces determinaban la finca los mismos linderos.

Vicente Corzo le vendió el potrero que se le había adjudicado a Cristóbal Rangel por medio de la escritura número 171, otorgada ante el mismo Notario de Cúcuta el 25 de abril de 1871 (folio 31, cuaderno número 9-bis). Los linderos que esta escritura le asigna al potrero vendido, son los mismos de la adjudicación.

A la escritura número 171 hace referencia la 501, otorgada ante el mismo Notario el 12 de diciembre de 1877, para decir que Cristóbal Rangel le enajena a Elias Silva "un pedazo de terreno, o sea un pedazo o trozo de playa situado al sur de esta ciudad y en jurisdicción del Distrito de Cúcuta, el cual forma parte del contenido de la escritura número 171..., demarcado así: "Por el occidente, el brazo de en medio de por medio con terrenos de José de los Santos Pérez; por el Norte, la Callejuela que conduce al Pantano con terrenos de José del Rosario Jara; por el oriente,

con la madre-vieja del río Pamplonita; y por el Sur, con la citada madre-vieja del río Pamplonita y el brazo del medio" (folio 30, cuaderno número 9-bis).

Elías Silva le vendió a Herminia Gutiérrez por medio de la escritura número 227, otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 28 de abril de 1883, el pedazo de terreno en la playa del río, que Silva había adquirido por compra a Cristóbal Rangel. Los linderos son los mismos que se detallan en la escritura anterior, y al pedazo vendido lo ubica en jurisdicción de la Aldea de Cúcuta. (Folio 28, cuaderno número 9-bis).

Según escritura número 70, pasada ante el Notario Primero de Cúcuta el 5 de febrero de 1907, se protocolizó en esa Notaría el juicio de sucesión doble de Constantino Cortés y Herminia Gutiérrez. En ese juicio se inventarió como uno de los bienes raíces el pedazo de terreno en la playa del río por los mismos linderos de la escritura número 171 atrás citada. Ese inmueble —que ya por entonces aparece ubicado en jurisdicción del Municipio de San Luis— fue adjudicado a los legítimos César y Carlos Julio Cortés. Los linderos de la adjudicación tienen estas particularidades: anota que en la fecha de esa adjudicación el terreno que antes era de José de los Santos Pérez pasó a Pedro Jara; que el que antes era de José del Rosario Jara pasó a Eduardo Ramírez. No se expresa el lindero sur, pero señala como lindero oriental "la madrevieja del río Pamplonita y el brazo de en medio, antes, hoy, río por medio, y terrenos de Pedro Jara" (folio 24, cuaderno número 9-bis).

Los adjudicatarios Cortés le vendieron a Félix María Fernández el derecho de dominio propiamente en el inmueble ubicado en el Municipio de San Luis, alinderado de la misma manera que lo está en la adjudicación anterior, según consta de escritura número 518, otorgada ante el mismo Notario el 18 de octubre de 1915. En esta escritura hay la particularidad de que se expresa la cabida del predio, y la de que ya se hace referencia a mejoras de pasto y de tomas correspondientes al predio. (Folio 22, cuaderno número 9-bis).

Por los mismos linderos que demarcan el terreno comprado por Félix María Fernández a los hermanos Cortés, le vendió aquél a César Cortés la finca, según consta de escritura número 74, otorgada ante el Notario de Cúcuta el 4 de marzo de 1918 (folio 21, cuaderno número 9-bis).

Por los mismos linderos, César Cortés le vende

a Rosa Ramírez de Vejarano un terreno cultivado de pastos artificiales, con sus derechos de agua y tomas, según consta de escritura número 75, otorgada ante el Notario Primero de Cúcuta el 4 de marzo de 1918. (Folio 20, cuaderno número 9-bis). Hay en esta escritura una cláusula de retracto, y la constancia de que la compradora le deja en arrendamiento la finca al vendedor.

César Cortés le vende a Juan Bautista Corzo un terreno con mejoras de pastos y regadio, situado en jurisdicción de Cúcuta, y alinderado especialmente así: "Norte, la callejuela que conduce al Pantano en parte, y donde termina la Callejuela una cerca de alambre de por medio y terrenos de la señora Lía de Vargas; oriente, la barranca donde existe una cerca de alambre de por medio con terrenos de Pedro Jara hasta donde se conoce el Pozo de La Laja, y de aquí en adelante con el río Pamplonita; occidente, con una cerca de alambre de por medio con terrenos de Pedro Jara; y sur, con una playa del río Pamplonita proindivisa con el mismo Jara". De ello da fe la escritura número 494, otorgada ante el mismo Notario de Cúcuta el 9 de mayo de 1923. (Folio 18, cuaderno número 9-bis).

El 24 de noviembre de 1936, por medio de la escritura número 961, de la Notaría Primera de Cúcuta, protocolizó el Notario las diligencias de remate en el juicio de venta o adjudicación de bienes hipotecados, seguidos por Benito Hernández Bustos y Ana Francisca Marciales, contra Juan B. Corzo. En esas diligencias consta que el veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y cinco, durante una licitación surtida dentro del mencionado juicio, se presentó Ana Francisca Marciales a hacer postura por algunos lotes de los hipotecados y que se le adjudicaron uno marcado con la letra a), que el deudor Corzo hubo por compra a César Cortés, según escritura número 494 anteriormente citada. Los linderos del lote rematado son los mismos de la compra hecha por Corzo a Cortés, con la diferencia que el primer lindero reza: "Norte, la callejuela que conduce al Pamplonita" (folio 15, cuaderno número 9-bis).

Esta tradición llega en el año de mil novecientos treinta y seis, veinticinco de noviembre, a la señora Virginia Soto de Faccini, a quien le vendió en esa fecha Ana Francisca Marciales por medio de la escritura número 962 de la misma Notaría, un lote de terreno denominado "Sacamiles", cultivado de pastos artificiales, con regadio propio, que mide 400 varas poco más o menos por la orilla del río Pamplonita en el costado occi-

dental, situado en la jurisdicción de Cúcuta, y con una alinderación que coincide con la de la escritura número 494 de venta de César Cortés a Juan Bautista Corzo, con estas diferencias: En el lindero norte, dice: "La callejuela que conduce al pantano en parte, y desde donde termina la callejuela". En el de oriente, cita como actual colindante a la sucesión de Josué Canal, y como colindante actual, por el occidente y sur, a Víctor M. Pulido.

Del estudio de todos estos títulos resulta evidenciado que el predio que hoy se llama "Sacamiles", que fue conocido también con el nombre de El Pantano, tiene una tradición que se remonta, conforme a los mencionados títulos al año de 1854. Que por su situación no ha estado libre de la acción de las aguas del río Pamplonita por ninguno de los linderos con que ha sido conocido o descrito en los títulos de tradición; que uno de estos linderos, el septentrional, ha sido el más constantemente señalado y el que sin interrupción aparece como línea de demarcación del predio con los limitrofes. Lo constituyen un sendero o camino seccional que el vecindario de Cúcuta ha usado para trasladarse de esta ciudad a la Villa del Rosario. Obstruido ese camino en algún tiempo, los vecinos elevaron una representación al Concejo para que le fuera restituido al público el uso del camino. El Concejo acogió la solicitud y le ordenó al Alcalde que procediera de conformidad, teniendo en cuenta la prohibición de construcciones sobre las vías públicas contenida en el Código de Policía (folio 9, cuaderno número 8-bis).

Ese camino, que es la callejuela que aparece en los diversos planos que de la finca de "Sacamiles" obran en los autos, tampoco se escapó a las inundaciones del río. En algunos desbordamientos pasó éste por allí y arrasó los árboles que allí existían. Testigos que depusieron en el juicio de deslinde ventilado entre César Cortés y Lia Lara de Vargas, deponen sobre estos hechos y sus testimonios se tomaron como fundamento del fallo según puede verificarse del folio 10 al 29 del cuaderno número 8-bis.

Diversos juicios ventilados en relación con "Sacamiles" delatan la acción de las aguas—A los ya repasados títulos de tradición, y al fallo que se acaba de mencionar, se agregan otros documentos con el sello de la autoridad pública que acudirían a reforzar la afirmación de que sobre el predio de El Pantano o "Sacamiles" ha dejado el río Pamplonita impresa la acción de sus aguas.

Del folio 55 al 73 del cuaderno número 8-bis, corre una copia tomada de los juicios sobre venta o adjudicación de bienes hipotecados propuestos por los señores Benito Hernández Bustos y Ana Francisca Marciales (tridente ésta de la señora Soto de Faccini) contra el señor Juan B. Corzo. Como de Corzo se sacaron a subasta pública dos lotes: el uno marcado con la letra a), que se dice cultivado de pastos artificiales, con regadio propio y alinderado de la misma manera que lo está el relacionado en la escritura número 494 de 9 de mayo de 1923; y el marcado con la letra c), que apenas se describe como situado "en la margen oriental del río Pamplonita, antes, en la actualidad en la margen occidental de dicho río, debido a las recientes avenidas de éste". Cuando la diligencia de secuestro se llevó a efecto, ya hubo que dejarse la constancia de que "los lotes de terreno distinguídos con los números a) y c), forman en la actualidad un solo lote".

El avalúo asignado a los lotes a) y c) fue de quinientos pesos, y la razón de este avalúo tan módico la expresan los peritos diciendo "que están amenazados por el río Pamplonita".

En el cuaderno número 9-bis, de los folios 113 a 134, puede consultarse la copia del juicio ordinario propuesto por Benilda Rangel de Ramírez contra César y Carlos Julio Cortés, sobre oposición a la entrega de los bienes en la mortuoría de Constantino Cortés y Herminia Gutiérrez de Cortés. Dentro de ese juicio se pidió la identificación del lote que Cristóbal Rangel le compró a Vicente Corzo mediante la escritura número 171 de 25 de abril de 1871. Durante la diligencia correspondiente, llevada a cabo por el señor Juez Primero del Circuito de Cúcuta el veintitrés de julio de mil novecientos siete (nueve años antes de la adquisición del Pantano o "Sacamiles" por la señora de Faccini), se dejó constancia de lo siguiente: "El terreno encerrado hoy por un brazo seco del río Pamplonita que lo formó en época anterior y el río propiamente dicho por donde hoy corre, forma parte del terreno a que se refiere la escritura número 171 de veinticinco de abril de mil ochocientos setenta y uno, otorgada por Vicente Corzo a Cristóbal Rangel y se halla situado, dicho terreno totalmente a la banda occidental del río Pamplonita y a la oriental de la que nombran hoy madre vieja, que es el cauce seco o brazo a que se ha hecho referencia, por donde corrió el río Pamplonita desde que se devió de su curso principal, que es el que hoy ocupa, lo cual sucedió en mil ochocientos setenta,

dejando su mayor volumen de aguas en el cauce principal, las que pasaron de un todo el cuatro de diciembre de mil ochocientos ochenta y siete, hasta ahora unos treinta y seis meses más o menos que volvieron dichas aguas en su totalidad a su curso primitivo; que el terreno que vendió Elías Silva a Herminia Gutiérrez de Cortés según escritura número 227 de veintiocho de abril de mil ochocientos ochenta y tres y el que por escritura número 501 de doce de diciembre de mil ochocientos setenta y siete vendió a Cristóbal Rangel Elías Silva, forman parte del terreno que Vicente Gorzo vendió a Cristóbal Rangel por la ya mencionada escritura número 171, en la cual significa como lindero oriental del río Pamplonita, aun cuando en mil ochocientos setenta y uno parte de este río corría por donde hoy llaman madre vieja o canal seco; pero era en esa época siempre determinado el río por donde hoy existe que era su antiguo cauce".

A continuación de la copia que se acaba de mencionar corre en el mismo cuaderno una copia de la demanda de deslinde propuesta por César Cortés contra Felipe y Lía Lara (folios 134 a 185). El lindero que entre éstos se discutió fue el conocido de la Callejuela que de Cúcuta conduce al Rosario, y del cual se trató ya como de zona que no escapó a las inundaciones del río Pamplonita.

Motivo de querella de policía fue una obra emprendida por Luis Vargas V., consistente en un cauce o acequia artificial para conducir por ella aguas del río Pamplonita. En primera instancia resolvió el Alcalde negarle a Vargas el derecho a construir cauce dentro del terreno del querellante Juan B. Corzo, y considerando a aquél como perturbador le ordenó que restituyera las cosas al estado que tenían antes de la demanda, conminándolo bajo multa para que se abstuviera en lo sucesivo de toda perturbación a Juan B. Corzo. Este fallo, expedido el seis de junio de mil novecientos treinta y tres, fue recurrido para ante la Gobernación. La entidad **ad-quem** en el fallo revisorio empieza por decir "que la sentencia que se examina, se halla en todo ajustada a las prescripciones legales y se apoya en hechos plenamente demostrados, por lo cual sería el caso de confirmarla, si la situación jurídica no hubiera cambiado en la segunda instancia por la introducción de una circunstancia nueva, que resulta de la inspección practicada por este despacho y de los dictámenes periciales concernientes a la misma, y es la de que la obra nueva, que se trata de impedir, está asentada no sobre el predio que

posee el demandante sino sobre la playa del río Pamplonita". El fallo termina absolviendo a Vargas de los cargos de la demanda, pero haciéndole la prevención de que "para continuar beneficiándose del cauce o acequia artificial que ha construido en la playa del río Pamplonita, adyacente al predio del señor Juan B. Corzo, necesita licencia del Gobierno Nacional". Este fallo de la Gobernación tiene fecha nueve de octubre de mil novecientos treinta y cuatro. (Folios 105 a 109 del cuaderno número 9-bis).

La construcción o sostenimiento del cauce que fue motivo de la querella de policía fue también motivo de un pleito con dos instancias que se surtió en la primera ante el Juez Primero del Circuito de Cúcuta, y la segunda ante el H. Tribunal de Pamplona. A aquél le sirvieron de bases para su pronunciamiento las consideraciones contenidas en el fallo de la Gobernación. Por eso resolvió absolver a los demandados, reconociendo que la toma o acueducto objeto de la litis estaba construido sobre terrenos pertenecientes al cauce del río Pamplonita. El Tribunal —que en el término de prueba había tenido ocasión de examinar el lugar por donde el acueducto se había construido y de dejar en la diligencia constancia de que "en la parte sur del terreno hay arenas y piedras de las que generalmente dejan los ríos en sus crecientes"— revocó tal sentencia, no sin dejar de reconocer y así lo constató en la motivación, "que la parte del terreno por donde va la toma, sólo es ocupado por las aguas del río Pamplonita en sus crecientes ordinarias".

La serie de escrituras traída a cuenta en esta motivación, constata la tradición del dominio en más de ochenta años; pero también acredita cambios en los contornos de la propiedad denominada El Pantano o "Sacamiles", cambios que hicieron constar así los tradentes como los adquirentes del terreno. Semejantes constancias tenían que importarles a los adquirentes por el interés natural de que el título de su transferencia fuera claro en la especificación de la cosa adquirida. Porque en ese título habían de apoyar la posesión quieta y tranquila y también el ejercicio de los demás derechos emanados del dominio. A los tradentes les cumplía determinar por su situación y linderos la cosa de que se desprendían. Así le señalaban términos a su responsabilidad de vendedores de cosa cierta, y a su obligación de salir al saneamiento en caso de que la cosa vendida sufriera evicción. Las obligaciones y descargos recíprocos que las escrituras de venta contienen,

hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se han transferido dichas obligaciones y descargos (artículo 1759 del C. C.).

Los otros documentos escritos obran a la manera de testigos mudos que al través del tiempo siguen relatando hechos registrados por empleados públicos en ejercicio de funciones oficiales. A estos hay que suponerlos veraces por la misma autoridad oficial de que están revestidos.

En el curso del debate hubo testimonios simples que resultan en contraposición. Los hay como los de César Castro, Marcelino Velandia, Sixto Vera, afirmantes de que el predio de "Sacamiles" se ha visto libre de la acción de las aguas; los hay también, en mayor número, que sustentan lo contrario, como son los de Federico Maldonado, Eduardo y Antonio J. Ramírez, Eladio Soto y Miguel Vélez. Alguno hay que da esta explicación: "Lo que sucede es que en tiempo de verano las aguas corren por el cauce de la margen derecha y en las abundadas periódicas de octubre y noviembre el mayor caudal de agua del río se viene por la margen derecha y entonces los dos lotes quedan divididos y anegada completamente la parte hipotecada al doctor Hernández Bustos". (Declaración del doctor Alipio Hernández. Fol. 86, cuaderno número 8-bis).

Todo este conjunto probatorio viene a establecer de manera fehaciente que el río Pamplonita en aquella parte no solamente ha cambiado su posición en relación con el predio del litigio: ha pasado por encima de él, lo ha seccionado; y algo más: ha llegado a despojarlo de su capa vegetal, como se infiere de las escrituras números 501 de 12 de diciembre de 1887; 227 de 28 de abril de 1883, y 70 de 5 de febrero de 1907, en las cuales consta que el objeto de las tradiciones fue un pedazo de playa.

Estas conclusiones, autorizadas por el examen minucioso de las aludidas pruebas del proceso, obligan a la Sala a considerar que no está suficientemente fundada la afirmación de que el predio de "Sacamiles" se haya mantenido inmune a la acción de las abundadas del río, afirmación contenida en los hechos 9º y 21 de la demanda, y patrocinada por algunos de los peritos que en el juicio han intervenido.

Dictamen prevalente—Para el a quo fueron decisivas, como ya se ha visto, las opiniones de la mayoría que se formó entre las personas llevadas ante él como técnicos para determinar la causa del daño registrado en el predio de "Sacamiles".

A la Corte se han traído ingenieros matriculados (véanse folios 75 v., cuaderno número 9 y 20 v. cuaderno número 8-bis), quienes en algunos puntos de su dictamen discrepan entre sí, pero resultan de acuerdo en el rechazo de la teoría del golpe y el contragolpe que los técnicos de primera instancia y el H. Tribunal hallaron como causa determinante del daño.

El apoderado del Departamento alega que el dictamen de los peritos de primera instancia —en lo que se relaciona con la causa inmediata del daño sufrido por la finca de "Sacamiles"— expresada en el hecho veintidós del libelo, queda desvirtuado con el concepto de los peritos que sobre el mismo tópico se han pronunciado en la instancia surtida ante la Corte.

El aludido hecho 22 dice:

"El hecho anotado anteriormente que, como he dicho, nunca se había presentado en tiempos anteriores, tiene la siguiente explicación:

"a) La existencia de la muralla hacia la parte sur de mi predio redujo considerablemente el encauzamiento de las aguas aumentando la velocidad y el nivel de las mismas y por consiguiente el poder erosivo de la corriente en un alto porcentaje, debido a que la margen derecha del río, en todo ese sector, está constituida por estribaciones rocosas de cerros cercanos que de contragolpe lanzaron el caudal de las aguas sobre la margen izquierda en dirección a mis propiedades desviando el curso del río;

"b) Inconclusa la muralla en la parte comprendida por mi predio y el sector inmediatamente anterior a él, esto es, no efectuada la defensa en una forma completa y acertada conforme a un proyecto científico, el caudal violento de las aguas no encontró frente a mi terreno defensa apropiada para resistir el impetu y la nueva fuerza de arrastre de la corriente".

Con el propósito de demostrar la inconsistencia de tal hecho el abogado de la defensa destaca lo siguiente del informe del perito doctor Lucio García:

"La muralla construida —dice el doctor García— no tuvo efecto, o mejor, no pudo empujar la corriente del río en la gran avenida de las aguas ocurrida en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938 'contra las rocas o espolones naturales de la orilla opuesta', porque aquellos pequeños espolones que se encuentran en la parte construida de la muralla no alcanzan a ejercer influencia alguna suficiente para desviar la di-

rección de la corriente hasta el punto de lanzarla sobre la ribera opuesta".

A esa objeción se había adelantado el doctor Alberto Zuleta Angel en su alegato:

"El hecho anotado por los peritos de primera instancia y no por los de segunda instancia —dice el doctor Zuleta— de que la corriente principal del río pudiera haber partido el estribo oriental del puente hacia la margen izquierda, para ser dirigida por contragolpes sobre el predio de 'Sacamiles', no tiene importancia decisiva en el asunto que se debate, porque el hecho principal de la demanda queda en pie cualesquiera que sean las explicaciones de los peritos respecto de la manera como la muralla modificó el curso de las aguas en la noche del 25 de noviembre de 1938".

Para la Sala sí tiene importancia esa discrepancia de pareceres, porque el error de técnica es el cargo principal que se le hace al Departamento, y por él, especialmente, se le llama a responder en juicio.

A ese error de técnica le dio gran importancia el fallador de primer grado cuando dijo: "tratándose de una obra o gestión lícita el daño ha sido causado por defecto de ella: por su mala construcción, por su inoportunidad, por su interrupción", etc.... Y aparte de esa consideración hay que hacer la de que los hechos simples o motivos de la demanda tienen su importancia propia, ya que, si ellos resultan probados, el juez en la sentencia definitiva tiene que hacer el reconocimiento del derecho que en tales hechos ha buscado apoyo. O, de lo contrario, se abstendrá de reconocerlo o lo declarará inexistente. (Artículo 593, C. J.).

Tócale pues a la Corte como Juez de última instancia constituirse en prudente apreciador de las discrepancias entre técnicos, función reglamentada en el artículo 723 del C. Judicial, ya antes analizado. Por tal motivo hay que volver sobre los diversos dictámenes producidos en las dos instancias.

El doctor Lucio García, perito nombrado por la parte actora, dice: "Los pequeños espolones que existen en la cara oriental de la muralla tienen como único efecto el proteger su estabilidad, y su influencia sobre la dirección de la corriente sólo alcanza una corta distancia, produciendo un efecto que en ningún caso puede llegar hasta la orilla opuesta". (Fol. 3, cuad. número 12).

"El efecto de los pequeños espolones —dice a su turno el perito de la parte demandada, doctor Luis M. Salamanca— es prácticamente nulo sobre

la dirección de la corriente y no pudo existir el efecto de la acción y reacción entre los espolones, las rocas y el predio". (Fol. 27, cuad. número 13).

El tercero doctor Archila hace notar que hay en ese punto acuerdo entre los dos principales, y emite sus propias opiniones que en nada contrarián a las de aquéllos.

A los conceptos en este punto concordantes los respaldan testimonios muy dignos de tenerse en cuenta por la calidad de los testigos, la información que tienen de los hechos atestiguados, y la precisión con que se refieren a ellos.

Está el del ingeniero José Joaquín Cárdenas, quien, después de explicar la localización de la obra, el plano adoptado para su adelantamiento, todo por haber intervenido en la dirección de los trabajos, se expresa así: "Los rompeolas o espolones tienen por objeto aumentar la resistencia de la muralla y atenuar el impetu de las aguas en las avenidas. Dadas las dimensiones de los espolones y la dirección de sus aristas, en ningún caso servían para lanzar las corrientes de agua a la ribera opuesta". (Folio 78 v., cuaderno número 8-bis).

El ingeniero José María Rueda Ardila, conocedor de la muralla en todos los detalles de su construcción, dice, fundado en el examen técnico de ella, "que por el rumbo general que lleva el trazado de la muralla, se puede evidenciar que es una muralla de canalización o definición de la margen izquierda, mas no un contrafuerte o espolón que tienda a variar o a desalojar el cauce del río hacia su margen derecha". (Fol. 5, cuaderno número 9-bis).

Otro ingeniero, el doctor Antonio Vega Rangel, conocedor de la obra desde su proyección, hasta las últimas etapas de su construcción, se produce así al respecto: "Para la solidez de la muralla y para su mayor defensa de las arremetidas, se le construyeron pequeños espolones o rompeolas con el objeto de restarle empuje a la corriente. Y esos espolones o rompeolas han llenado debidamente su fin sin que, ni remotamente, pueda asegurarse que por causa de ellos se interrumpe o se desvíe la corriente y, mucho menos, que alcancen a arrojarla o desviarla a la opuesta orilla. Estos rompeolas son numerosos y por su misma pluralidad demuestran claramente que el objeto del ingeniero que los proyectó fue el indicado y no el de lanzar por medio de ella toda la corriente del Pamplonita sobre la ribera opuesta, pues en tal caso hubiera proyectado y construido uno solo que lograra dicho fin, aunque no sé cómo lo hu-

biera alcanzado, sin convertirlo en un dique". (Folio 217, cuaderno N° 8).

Por propias y directas percepciones, algo más, por intervención directa en los hechos que relatan, los doctores Cárdenas, Rueda Ardila y Vega Rangel vienen a prestar el respaldo de sus testimonios a lo conceptuado por los doctores García, Salamanca y Archila. Los testigos nombrados han dado como razón de su dicho el conocimiento que tienen del hecho de la construcción de la muralla, y de las circunstancias atañederas al modo como esa obra fue concebida, el tiempo empleado en llevarla a cabo y la localización de los implementos que la integran. Ese respaldo de testigos tan idóneos, inclina a la Sala a aceptar la teoría de los ingenieros de la segunda instancia, como prevalente en relación con los de la primera. Se ajustan más aquéllos a la realidad de los hechos.

Hasta ahora la opinión de los expertos aparece favorable a los demandados, descartada como queda la tesis de que la obra de la muralla hubiera ocasionado el rechazo de las aguas hacia la ribera derecha para que de rebote se hubieran encamado violentas sobre la finca de la señora de Facini.

La teoría sobre la implantación de un nuevo régimen en el río.—La tesis sostenida por los doctores García y Archila sobre la implantación de un nuevo régimen en la mecánica del río, la asientan estos profesionales en los siguientes postulados:

a) La muralla obstruyó una madre-vieja por donde antes corrían las aguas superabundantes del río;

b) La muralla modificó el cauce primitivo del río;

c) En el sector en que la construcción se acerca a "Sacamiles", estrechó el cauce, con lo cual subió el nivel de la masa líquida y se aumentó la velocidad de la misma.

Examinense cada una de esas afirmaciones:

a) **El cegamiento de una madre-vieja.** — Si se lee con todo detenimiento la demanda, se advierte la ausencia de toda mención expresa de la madre-vieja del río. El mismo silencio se advierte en las alegaciones de primera instancia por parte del actor.

Refiérese aquélla en los seis primeros hechos a la titulación del predio de "Sacamiles", a su extensión y a sus condiciones como predio laborable. Los hechos 8º y 9º hablan del uso y destinación que de la mencionada finca han hecho sus dueños. Del 10 al 20 se ocupa en antecedentes de

la obra de la muralla; la ingerencia que tuvieron en ella la Nación, el Departamento y el Municipio, y el modo como se adelantó. Del 21 al 24 se halla la relación del desastre de noviembre de 1938 con los alcances que el actor le ha querido señalar. Los últimos tres hechos formula los cargos de responsabilidad contra el Departamento Norte de Santander y contra el Municipio de Cúcuta. Ninguno de tales hechos habla de la existencia de cauce especial o receptáculo de las aguas crecidas que hubiera sido obstruido o cegado por la obra de la muralla.

El hecho 5º le fija cabida al predio, y el 7º determina la parte ocupada en él con viñedos y otros cultivos. Esta zona, según la demanda, fue inaccesible a las avenidas del río. El hecho 21 —que es como una explicación de la inmunidad de la zona cultivable— afirma que las aguas del río Pamplonita se desbordaban antes, en casos de avenidas o crecientes, por los terrenos bajos situados en la margen izquierda del río, entre el puente y el inmueble de "Sacamiles".

Por tanto, y de acuerdo con las voces de la demanda, las aguas desbordadas se derramaban sobre los predios adyacentes quedándose allí, al parecer estancadas, y produciendo con ello las anegaciones y los empozamientos.

Nuestra jurisprudencia ha sido constante en sostener que los hechos expuestos en la demanda y en la contestación o al proponer excepciones perentorias, sirven para fijar el campo del litigio; lo determinan entre las partes y en la consideración del juzgador. Por lo que toca al actor, la ley le impone el deber de expresar con claridad y precisión los hechos en que funda la demanda. La prosperidad de ella depende de la demostración de tales hechos (artículos 205, 471 y 593 del C. Judicial).

“La causa de una demanda —dijo la Corte en Casación de 27 de julio de 1925— la constituyen precisamente los hechos en que se funda el derecho. Porque si es un hecho o una omisión lo que da lugar a ocurrir a la justicia, ese hecho o esa omisión son el fundamento de pedir; la causa que justifica la acción que se ejercita. En el libelo de demanda, causa y hecho son términos sinónimos”. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo 3º, número 587). Esta doctrina está relacionada con los artículos 265 y 932 del Código Judicial antiguo, sustituidos en el nuevo con los artículos 205, 737 y 738.

Con base en tal doctrina, sacada de disposiciones terminantes del estatuto procedural, se po-

dría preguntar: ¿Habrá de tenerse en consideración en el presente fallo el hecho de la existencia de la madre-vieja, siendo así que tal hecho no aparece expresa y precisamente mencionado en la demanda?

La Sala pone de presente la omisión. Pero cree que la expresión echada de menos está implícitamente cobijada por la afirmación del libelo de que las aguas desbordadas "se extendían sobre predios adyacentes, moviéndose naturalmente con un mínimo poder erosivo". El movimiento había de ocasionar la erosión; y por el terreno erosionado habían de discurrir aquellas aguas sobrantes, como por sobre un cauce natural.

Dando así por subsanada la omisión, no debe dejar de advertirse que la demanda afirma que los predios situados a la margen izquierda y adyacentes al río, carecían de defensa sólida y que el Pamplonita en sus grandes avenidas los anegaba dejando sobre ellos empozamientos que no arruinaban la capa geológica superficial, porque el poder erosivo de las aguas era mínimo. Y se dice que es conveniente tal advertencia, porque "Sacamiles" es predio que aparece situado, respecto del río Pamplonita, a la misma margen izquierda, como lo está la ciudad de Cúcuta. Y carecía de defensas sólidas, esto es: se hallaba en las mismas condiciones de la ciudad cuando se hizo imperiosa la necesidad de construirle el muro defensivo. "Sacamiles" salvó su capa cultivable de la destrucción cuándo la impetuosidad de las aguas no tuvo el poder máximo erosivo que tuvo en avenidas como la del año de mil novecientos treinta y ocho. Atrás se pudo ver que en ocasiones ese poder erosivo fue tan poderozo que llegó a despojarlo de su capa vegetal, dejándolo convertido en playa.

La consideración de la existencia de la madre-vieja suscita otra dificultad y es la de que, de acuerdo con comprobantes escritos ya examinados atrás, el río estuvo dividido en varios brazos que dieron alojamiento a las aguas por tiempos más o menos largos y que luego éstas abandonaron. A todos esos brazos o lechos abandonados les cabría el calificativo de madres-viejas.

Y si a alguno de los brazos o lechos que se dicen desprendidos de la ribera derecha en dirección a la izquierda se le quisiera dar en particular el calificativo de madre-vieja habría que apuntar lo siguiente:

1º Que en diligencia de inspección ocular practicada ante el a quo el 15 de mayo de 1941 (folio 45, cuaderno, número 4), ambas partes dejaron

constancias de que en alguno de esos brazos o tomas había acometido obras el Municipio para defender a la ciudad de Cúcuta contra las irrupciones del río Pamplonita, obras éstas defensivas que al decir de las mismas partes no tenían nada que ver con la obra de la muralla indicada como causa de los perjuicios cobrados por la señora de Faccini. En el capítulo destinado a tratar de la personería de las partes, se trató este punto como uno de los motivos para declarar fuera del debate al Municipio de Cúcuta.

2º Que el Alcalde Municipal de Cúcuta emprendió por los años de 1904 a 1905 las obras atañeras a la reconducción del río hacia su antiguo cauce. De modo que establecido el hecho del cegamiento de brazos o tomas por el Alcalde Municipal, no hay razón para achacárselo a la obra planeada y adelantada por el Departamento en cumplimiento de la ordenanza y de la ley tantas veces nombradas.

3º Que el cegamiento del cauce, brazo, toma o madre-vieja establecido con declaraciones de Federico Maldonado, Eduardo Ramírez Rangel y Antonio J. Rodríguez (folios 41, 44 y 48 del cuaderno número 8-bis), tuvo lugar según esos testimonios antes del acometimiento de la obra de la muralla, y también antes de que la señora Soto de Faccini hubiera adquirido el predio lesionado. De estas declaraciones ya se hizo mención al describir en general el predio de "Sacamiles".

b) **Modificación del cauce.**—A la palabra cauce se la debe tomar en su sentido natural y obvio, en ausencia de una disposición legal que la defina (artículo 28 del C. Civil). Cauce, según el diccionario, es el conducto descubierto por donde corren las aguas. Ese concepto se aviene perfectamente con el que se deduce de las disposiciones en que el Código Civil Colombiano trata del cauce de los ríos o corrientes naturales.

Ese conducto descubierto es el que el Código reputa como bien de uso público, y conserva la calidad de tal mientras está sujeto a la ocupación y desocupación alternativa de las aguas (artículo 720). A ese conducto descubierto y consuetudinariamente reconocido como cauce, pueden los propietarios riberanos reconducir las aguas cuando ellas lo han abandonado, previo, si, el concepto de la autoridad competente (artículo 724).

En ese entendimiento el cauce acostumbrado del río —para usar del lenguaje del Código Civil— lo es todo el suelo surcado por las aguas, que éstas ocupan y desocupan. Y abarca tanto el lecho menor como el mayor de que habla el pro-

fesor Cuénnot citado por el perito doctor Salamanca. Menor, aquel que más habitualmente bañan las aguas; mayor, el constituido por partes surcadas de suelo, recubierto por las avenidas periódicas, y que, pasadas éstas, queda en seco, pero siempre sometido al dominio del río.

Asentadas estas nociones puede afirmarse, porque las pruebas en conjunto lo autorizan, que el río Pamplonita ha tenido un cauce menor muy marcado en el sector inmediatamente anterior a la finca de "Sacamiles"; cauce impreso, si así puede decirse, por el natural discurrir de las aguas y no por la obra artificial de la muralla. En las épocas de normalidad—abarcando con este vocablo las de sequía y las de creces medianas que no hacen salir de madre al río— ese cauce es el que pudo ver la Corte y que está apegado a la saliente de las Alcántaras.

En las épocas o períodos de crecientes, que ocurren de ordinario en la estación pluvial, ese cauce no desaparece; lo que ocurre es que, aumentado el caudal se ensancha y ocupa las partes ordinariamente secas del suelo, reconocido y habitualmente visto como cauce del río. Ese es el cauce mayor. Explicase así el que esas crecientes periódicas y no extraordinarias hubieran impuesto breves suspensiones de los trabajos de construcción durante los intervalos en que ellas ocurrían. Las aguas moderadamente crecidas, no destruyeron la obra en esos cortos períodos ni saltaron por sobre la muralla para invadir predios limítrofes. Fue necesaria la ocurrencia de avenidas de las proporciones que revistió la de noviembre de mil novecientos treinta y ocho para que produjera los desastres de que dan cuenta los autos.

Las avenidas extraordinarias, con ese epíteto denominadas, porque se apartan de lo que es usual o de ocurrencia que no causa novedad en la vida lugareña, son fenómenos que acusan una verdadera revolución en el régimen habitual de las corrientes fluviales. Avenidas de esa naturaleza sobrepasan a todo cálculo y dejan sin aplicación a toda experiencia. Por su magnitud y efectos catastróficos marcan época. Para ellas nada valen en veces los valladeros, así sean naturales o construidos por el esfuerzo humano.

Cabe aquí hacer presente que los peritos doctores Salamanca y Archila convienen en que el predio de "Sacamiles" se formó en el lecho mayor del río, y que lo ubican en la planicie de inundación del Pamplonita. El perito doctor García discrepa de esa opinión. Pero conviene en que el

predio de "Sacamiles" "quedaba y permanecía antes de la construcción de la muralla entre las dos grandes corrientes en que se dividió siempre el río Pamplonita al tener lugar las grandes crecientes". Esas grandes crecientes son las que producen las inundaciones; de modo que no es errado pensar que si está ubicado el predio en la planicie de inundación de que hablan los peritos Salamanca y Archila. A esa planicie de inundación se refiere el testigo José Joaquín Cárdenas, conocido ya en los autos como la persona más informada sobre la vida del río y la obra de la muralla, circunstancias que han inducido a ambas partes a ocurrir a su testimonio. En la planicie de inundación sitúa el doctor Cárdenas el predio de "Sacamiles".

En ese lecho mayor o planicie de inundación operó el río en la forma que los títulos constatan y que otros varios conocedores de la región atestiguan, batiendo terrenos que parecían consolidados y arrasando en ellos la capa apta para la vegetación.

Tomadas en cuenta esas opiniones y las pruebas escritas, no queda duda de que el cauce por donde han corrido las aguas, que en distintas épocas han bañado los contornos de la finca, no lo ha impuesto la obra de la muralla, como no fue impuesto por la mano del hombre el cauce en que cuajó el terreno de "Sacamiles", base de la fundación agrícola de la señora de Faccini.

c) **La reducción o angostamiento del cauce.**—La demanda afirma la reducción del encauzamiento, y si bien lo atribuye a la muralla, no descarta estos otros motivos: 1º Que la margen derecha del río en todo el sector está constituida por estribaciones rocosas de cerros cercanos quelanzan el caudal de las aguas sobre la margen izquierda en dirección a "Sacamiles", desviando el curso del río; 2º Que el caudal violento de las aguas no encontró frente al terreno de "Sacamiles" defensa propia para resistir el impetu y la fuerza de arrastre de la corriente. Significa ello que el cauce ordinario o acostumbrado lo delimitan o determinan, por su margen derecha, una barrera natural: las estribaciones rocosas de cerros cercanos de que habla el hecho 22; por la otra, terrenos de conformación aluvial.

La roca o espolón de las Alcántaras no está específicamente nombrada en la demanda. Pero el proceso la puso de presente: es una saliente rocosa de decisiva influencia en el encauzamiento de las aguas. Como detalle protuberante en la mecánica del río, la señalan planos y croquis

(folios. 50, 91, 96, 120, 156, cuaderno número 4; 48, cuaderno número 8) y a los Magistrados inspectores se les puso de presente.

El perito doctor García, al hablar del estrechamiento del cauce, dice:

"Los espolones o rocas naturales que se encuentran en la margen oriental del río —aproximadamente a unos cuatrocientos metros al norte del puente tantas veces mencionado— sí ejercen gran influencia en la dirección de la corriente, en primer lugar porque reducen apreciablemente la sección transversal del río, y también, porque desvían en las grandes avenidas la corriente del río que va por la margen oriental hacia la antigua madre-vieja que forma hoy el límite occidental del predio de "Sacamiles" (fol. 4 v. del cuaderno número 12).

Más adelante repite:

"Los espolones de la roca del pozo de las Alcántaras reducen el cauce del río y hacen cambiar la dirección de la corriente principal en las crecientes, precisamente hacia la madre-vieja occidental, situada aproximadamente a quinientos metros del puente".

Y todavía, al ampliar el dictamen a solicitud de la parte actora, insiste:

"Está demostrado con las aerofotografías y con los planos que figuran en el expediente, que existe un estrechamiento natural del cauce del río frente a "Sacamiles", y que debido a la existencia de la madre-vieja occidental que limita el precio de "Sacamiles" también por el occidente, al presentarse una avenida como la del año de 1938 las aguas se repartían en dos corrientes principales, una por el oriente, y otra por el occidente de "Sacamiles" y formando en este caso el lindero sur de dicha finca una sección transversal de la masa líquida de una amplitud y de un perímetro mojado también muy grande con relación al cauce del río que queda al oriente de "Sacamiles".

Pero una vez construida la muralla en la parte correspondiente a la madre-vieja mencionada, impide que en las grandes avenidas el río Pamplonita corra en gran parte por esta zona occidental, y entonces no se forma la gran sección de la corriente de aguas de que hemos hablado atrás y se produce un estrechamiento muy considerable de la sección transversal del río. Es decir el estrechamiento de que he hablado como producido por la muralla en esta parte del río se refiere exclusivamente a las grandes avenidas de éste, pues es claro que en las épocas de estiaje la

muralla no reduce la pequeña corriente del río".

Las transcritas afirmaciones del ingeniero García dan base para concluir que aquellas "rocas naturales" constituyen, de suyo, un obstáculo para que las corrientes mayores del río Pamplonita puedan expandirse por la margen derecha, provista como está ella de defensas tan fuertes e inamovibles. Y si la saliente pétreas de las Alcántaras tiene el efecto de reducir la sección transversal del río —o sea el espacio comprendido entre una y otra ribera— y en proporción apreciable a los ojos de la técnica, entonces no es la obra de la muralla única causante del angostamiento que el mismo perito dice ocasionó estragos sobre el indefenso predio fronterizo. Lo es principalmente aquél muro pétreo o espolón que allí se interpone para gobernar la corriente y lanzarla hacia los terrenos, playas y cauces que, según el hecho 5º de la demanda, integran el predio de "Sacamiles".

Estas conclusiones que lógicamente resultan de lo afirmado por el doctor García no las halla la Corte refiadas con las consideraciones que hace el perito doctor Salamanca al hablar del régimen del río en el folio 21 de su informe:

"En la margen derecha —dice el doctor Salamanca— encuentra la curvatura formada por el pozo de las Alcántaras y el espolón natural o roca ayuda más efectivamente a imprimir al caudal el movimiento tangencial hacia la margen opuesta que es la izquierda; sobre esta margen y en la dirección de la tangente se halla precisamente el predio de 'Sacamiles'; la situación de éste no puede ser más desfavorable ni más expuesta, si se considera en su conjunto y de modo global la dinámica del río tal como, lógicamente aparece en los planos existentes en el terreno y en las aerofotografías".

El estrechamiento natural del cauce del río demostrado con las aerofotografías y con los planos que figuran en el expediente, y que los dos peritos principales mencionan en sus exposiciones, fue también materia tratada ampliamente por el ingeniero constructor de la obra, doctor Cárdenas, a quien se ha mencionado tantas veces en este fallo por la importancia que tienen sus declaraciones. Y ya atrás se había anotado cómo ese testigo tan conocedor del río había dicho que el pozo situado al pie del espolón de las Alcántaras en las épocas normales sirve de regulador de la corriente del río y permite que las aguas tranquilamente tuerzan hacia el oriente en una curva más bien forzada. Esas aguas tranquilas pasa-

ban por el pie del predio de "Sacamiles" sin causarle daño. Dejada la tranquilidad y sobrevenida una abundada extraordinaria, las aguas así impulsadas habían de buscar la línea recta a que se refiere el testigo doctor Cárdenas, y en esa línea recta tenían que hacer víctima de su empuje al triángulo aluvial de "Sacamiles".

El perito doctor Archila, en concordancia con el perito doctor García, se expresa así en su informe:

"14. El doctor Salamanca considera que la muralla fue técnicamente proyectada en cuanto a su finalidad, o sea la defensa de Cúcuta. El doctor García dice (página 11 de su informe): "Si se hubiera procedido con un criterio verdaderamente técnico, se ha debido calcular la sección o secciones transversales del trayecto Norte para que pudiera contener las grandes avenidas sin que se produjeran desbordamientos de las aguas hacia el occidente; se ha debido aumentar la altura de la muralla en la cantidad suficiente para que al llenar las aguas la sección transversal del cauce en las proximidades del puente, se obtuviera en la parte Norte, el mismo resultado sin rebasar la parte superior de la muralla". Por mi parte manifiesto que estoy de acuerdo con las apreciaciones del doctor García, agregando que si como lo anota el doctor Salamanca (página 37 de su informe) "cabe aquí declarar que el suscripto en repetidas ocasiones le sostuvo al propietario de la finca "Sacamiles", el señor Paco Faccini, que no era posible técnicamente reducir el cauce del río a los cincuenta metros que él decía ceder para prolongar la muralla"; en el proyecto de construcción de la muralla ha debido incluirse la eliminación del espolón en el pozo de las "Alcántaras", trabajo éste poco costoso y que habría permitido ensanchar el cauce creado por el río".

La Sala toma esas opiniones que se complementan, no sin anotar que al estrechamiento del cauce contribuye el factor natural de que hablan los peritos. Pero tiene que convenir también en que existiendo aquella estribación recosa determinante de la desviación de las corrientes, no debía haberse planeado, menos emprendido en la construcción del dique defensivo de Cúcuta, sin meditar en los efectos de la existencia de aquella estribación rocosa y de la desviación natural que ella había de imprimirlle a las aguas crecidas.

No era óbice para que se procediera con cautela, la circunstancia peculiar del predio de "Sacamiles" de hallarse situado en la zona de inundación y que su conformación sea aluvial, es decir,

más expuesto a ser erosionado por las crecientes del río. Quizás estas mismas circunstancias indicaban que la construcción debía haber adquirido las variantes respectivas, para lograr que el cauce fuera adecuado para la contención de las aguas crecidas y no causara perjuicio a los predios aledaños a aquella angostura.

No significa ello que la Corte llegue a pensar que el Departamento Norte de Santander hubiera tenido que sustituir a los dueños de los predios situados en la planicie de inundación en la acción defensiva a ellos añedera por ley (artículo 995 del C. C.), para poner a sus predios a salvo de las inundaciones del río. Mucho menos puede aceptarse que el Departamento para defender a la ciudad de Cúcuta tuviera que hacerse cargo de construirle muros o defensa a todos los predios aledaños al río Pamplonita lesionables por los cambios naturales de la misma corriente.

Ni deja de estimar la Corte estas consideraciones que hace el perito doctor Salamanca en su informe:

Que cuando se inició la construcción de la muralla en el año de 1933, el predio de la disputa no estaba cultivado en la forma en que lo fue después; que despojado de su capa vegetal, la formación de "Sacamiles", o reducida ella a mínimas proporciones, cuando tuvo lugar el remate adjudicado a la señora Ana Francisca Marciales —tridente de la señora de Faccini— la mejor postura no pasó de quinientos pesos, porque el predio rematado —llamado entonces El Pantano— estaba amenazado por el río Pamplonita. Esas consideraciones sirven para demostrar que siempre ha estado expuesto al daño y destrucción por las grandes abundadas del río.

Pero ya existente el predio reconocido como un bien particular, a ninguna persona o entidad le era dado emprender obras que pudieran aumentar el natural peligro a que pudiera estar expuesto ese factor de una riqueza particular.

Que la muralla se llevó hasta un punto que relacionado con la posición de las Alcántaras contribuyó a estrechar el cauce, es cuestión definida por los peritos. Dos de ellos lo califican de error de técnica. La Sala no puede dejar de reconocer —apoyada en las razones que se acaban de exponer— que ello acusa imprevisión por parte de los empresarios de la obra, y esa imprevisión que la demanda ha alegado como culpa, permite la prosperidad de la acción dentro de las circunstancias atenuantes que favorecen a la parte de-

mandada, y que en capítulo posterior habrán de enumerarse.

La lentitud de la obra.—No cree la Corte que a la imprevisión —que en el caso presente vendría a circunscribirse a no haber procurado el ensanchamiento del cauce con la eliminación del obstáculo que para la corriente del río representa el espolón de las Alcántaras— se pueda complicar achacándole al Departamento una deliberada morosidad en el adelantamiento de la obra. Al Departamento lo apuraba la necesidad de defender su ciudad capital.

Pero la obra de defensa debía acomodarse a las posibilidades fiscales y sin desatender las apremiantes necesidades administrativas.

Circunstancias de todo género confluyen a la lentitud con que se desarrollan las obras públicas en nuestro país. Ya son las exigencias de índole fiscal que las someten a multitud de trámites establecidos en los reglamentos de contabilidad y de control. Ya son las condiciones materiales de la obra que exigen operarios idóneos y en adecuado número, y elementos de la misma construcción cuya consecución no siempre está al alcance de los administradores o empresarios. Ni pueden descontarse las condiciones estacionales de la región, pues ya se ha visto aquí mismo que en las épocas de invierno la obra sufría sus interrupciones por causa de las crecientes. Fuera de eso, la administración pública no tiene una sola empresa a su cargo. Muchos son los capítulos que en el ramo de obras públicas demandan la atención constante y minuciosa de los administradores nacionales, departamentales y municipales, y a ninguna de ellas les es dado desatenderlas, sin riesgo de estancar el progreso de las secciones y de perturbar el bienestar común. Ni es la sección de Obras Públicas la única que demanda gastos y atenciones de la administración.

La atención a otras obras.—Llevan estas consideraciones a tratar de un punto que la demanda coloca entre las bases de una obligada condena a indemnizar perjuicios: Se dice que los representantes del Departamento obtuvieron que el auxilio decretado por la Nación para el adelantamiento y construcción de la obra fuera trasladado en el presupuesto para atender a otra obra que interesaba al Departamento.

Gran parte del cuaderno número 9 (de los folios 1 a 7 y del 16 al 48) obran piezas atinentes a demostrar que el Departamento Norte de Santander propuso y consiguió que los fondos destinados por ley a la construcción de la muralla,

se dedicaran a la construcción de la "carretera de pacificación" (Salazar-Arboledas-Cucutilla).

En el cuaderno mencionado de pruebas de la parte demandante, se halla en copia las cartas y telegramas cruzados entre el Gobernador del Departamento y los Ministros de Guerra, Obras Públicas y de Hacienda, en los cuales se trata de la urgencia que tenía el Departamento de que se auxiliará una carretera que había de poner en comunicación a la capital del Departamento Norte de Santander con regiones en donde estaban ocurriendo acontecimientos gravemente lesivos de la tranquilidad ciudadana y atentatorios del orden público. Del contexto de toda esa correspondencia se deduce que tanto el Gobierno seccional como el central estaban empeñados en restablecer la normalidad en el Departamento, y se deduce también que uno y otro encontraban necesaria para ese fin la construcción de la carretera. En el mismo sentido de cooperación a esa obra se dirigió el Gobernador a los Senadores y Representantes elegidos por el Departamento Norte de Santander.

Pára no dilatar este fallo, se entresaca del telegrama dirigido por el mandatario del Departamento Norte de Santander al Gobierno Central, lo que en lo pertinente dice: "De las medidas que el Consejo de Gobierno de este Departamento considera de gran importancia para la obra de pacificación, indudablemente figura en primer término la rápida construcción de la carretera Salazar - Arboledas - Cucutilla, que traería estas ventajas: la ocupación de muchos campesinos que por abandono de sus predios están en la miseria y se dedican al pillaje, la valorización de los frutos de la agricultura, que permita a los propietarios rurales plantar nuevos cultivos con las perspectivas del consumo del personal de la carretera; y la facilidad para el transporte de tropas y policía y el aprovisionamiento de éstas, así como la supervigilancia de los respectivos jefes sobre dicho personal. Creo que por ahora y para iniciar trabajos en la región de Arboledas, la Nación podría destinar cuarenta mil pesos distribuidos en seis mensualidades, suma que, agregada a la parte con que contribuye el Departamento, servirá para comunicarnos, ante todo con Arboledas, foco de mayor in tranquilidad".

Como se ve en el telegrama transcrita —y semejantes a él son los demás dirigidos por el Gobernador y lo son las cartas enderezadas al fin de que se viene hablando— ninguna sugerencia

se hace en el sentido de que se debe abandonar la obra defensiva de la ciudad de Cúcuta.

Al entonces Contralor General del Departamento Norte de Santander se le recibió testimonio a instancias de la parte actora y de ese testimonio se destacan los siguientes apartes:

"No me consta absolutamente nada sobre la gestión del señor Gobernador a la sazón, sobre traslado de la partida apropiada por el Gobierno Nacional para la construcción de las murallas del río Pamplonita, para la carretera de pacificación de las regiones de Salazar-Arboledas-Cucutilla. Estas gestiones de traslado de partidas de auxilios por parte de la Nación para el Departamento son de exclusiva iniciativa del señor Gobernador del Departamento. La Contraloría Departamental simplemente registra, en contabilidad especial, esos trasladados o esos ingresos pero en ello no da concepto el Contralor del Departamento. Por tanto sobre el traslado del auxilio decretado para la carretera Salazar - Arboledas - Cucutilla, sólo puedo afirmar que el Gobierno Nacional en esa época tomó mucho interés en la construcción de tal carretera, pero desatendió el auxilio que correspondía a las murallas de defensa de la ciudad de Cúcuta, seguramente por concepto de orden público que primaba sobre el interés local".... "Puedo afirmar que las rentas departamentales tuvieron en el año de mil novecientos treinta y seis un ascenso tal que culminó cuatro años después en un millón ochocientos mil pesos de presupuesto. De modo que mensualmente, después de verificar promedios trimestrales, el Gobierno Departamental pudo disponer de sumas de dinero para distribuirlas entre las obras iniciadas, tales como la muralla del río Pamplonita, el matadero moderno y la pavimentación de las calles de Cúcuta.... Como la Nación aportaba mensualmente una suma determinada con la condición de que el Departamento aportara suma igual, el Gobierno Departamental puso todo su interés en conseguir la mayor suma de dinero nacional para la construcción de la carretera Salazar-Arboledas-Cucutilla, que traducía una necesidad social apremiante, para la misma economía del Departamento".

Del testimonio transscrito debe subrayarse que el Gobierno Nacional tomó mucho interés en la construcción de la carretera de Pacificación desatendiendo el auxilio a la obra defensiva de Cúcuta, porque seguramente en concepto del supremo mandatario, el orden público debía primar sobre el interés local. Y en verdad, la construc-

ción de la carretera Salazar-Arboledas-Cucutilla, dadas las condiciones en que vivía por entonces esa región norteña, traducía una necesidad social apremiante para la misma economía del Departamento, y sobre todo para el restablecimiento del orden público en parte considerable del territorio patrio. El interés que podía tener el Departamento en defender a la ciudad de Cúcuta era, de acuerdo con las circunstancias del momento, un interés regional que debía ceder al interés público o social. Las expresiones del ex-Contralor declarante, encajan muy bien dentro del precepto contenido en el artículo 30 de la Constitución actual.

Y que, la finalidad que el Gobernador se propuso al hacer sus sugerencias, se realizó, lo dice la correspondencia de que se está haciendo mérito y de la cual es pertinente destacar la siguiente pieza:

"Cúcuta, junio 23 de 1936—Minobras—Bogotá. Número 1246 — En Municipio Arboledas acaban realizarse regocijos públicos tradicionales dentro absoluto orden, mayor cordialidad, no obstante enorme afluencia personas pertenecientes distintas filiaciones políticas. El Gobierno desde 1930 vióse obligado suspender fiestas en dicho Municipio, debido al estado inseguridad social reinante allí. El pueblo arboledano con esta demostración civismo viene a corresponder los muchos esfuerzos del gobierno en la obra de pacificación y a darle fuerzas para no desmayar en ese empeño. Nos resta que ese Ministerio gire el auxilio decretado para la carretera llamada de Pacificación, que considero como la más eficaz medida para establecer definitivamente en esas ricas comarcas el orden público y la seguridad social".

En resolución:

El Gobernador propuso una medida inaplazable, urgente, para la marcha normal de la administración en su Departamento. Se la propuso al Jefe del Estado. Este, o sus Ministros en su representación, vieron conveniente la medida. La inculpación de que se atendió preferencialmente la carretera de Pacificación caería sobre estos altos funcionarios. El Gobernador, en lo que mira al remedio de necesidades nacionales es, apenas, agente del Ejecutivo. El Presidente de la República es quien tiene, constitucionalmente, la obligación de conservar en todo el territorio el orden público; y para obrar en consecución de ese fin, no necesita de esperar las sugerencias de sus subordinados.

Una concurrencia que establecen las pruebas

del proceso.—En el capítulo que en este fallo se dedica al estudio de la responsabilidad por culpa, se asentó el principio de que la carencia de precauciones que una prudencia elemental indica, compromete la responsabilidad de quien de tal manera procede.

El tantas veces nombrado testigo doctor Cárdenas, dice en su declaración visible al folio 78 y ss. del cuaderno número 8-bis, que por haber sido director de los trabajos de la muralla le consta que ésta fue localizada tomando como base la luz total del antiguo puente de San Rafael, es decir, dejando entre las riberas el espacio suficiente para el movimiento del río en todas sus avenidas, y que este criterio se adoptó porque el río cupo siempre por la luz del puente. "Al tomar una anchura inferior para el cauce, automáticamente se reducía su capacidad y se aumentaba la velocidad de las corrientes, o sea el poder de excavación por concepto de la mayor erosión".

Si aquél fue el criterio, a la reducción ocasionada por el obstáculo material constituido por la saliente de las Alcántaras en la ribera derecha, tenía que corresponder un ensanchamiento adecuado hacia la orilla izquierda, que aminorando la velocidad de las corrientes, impidiera la destrucción de los terrenos colocados por delante de aquellas corrientes desviadas por el obstáculo material tantas veces citado.

Si el ensanchamiento no se procuró, sino que, por el contrario, se afirmó el angostamiento por la dirección que llevaba la muralla en las cercanías de "Sacamiles" en el año de mil novecientos treinta y ocho, y con ello se aumentó la velocidad de la corriente, la imprevisión tenía que convertirse en factor del daño que ha dado lugar al presente litigio.

¿Pero fue esa imprecaución la causa única del daño?

Todos los testimonios y los dictámenes periciales que han operado en este voluminoso expediente, se refieren a estados del río, que no son peculiares solamente del Pamplonita, sino que lo son de todas las corrientes de alguna importancia, estados respecto de los cuales se trató en el Capítulo que en este fallo se dedicó a hablar sobre "El servicio público".

En los tiempos que esta providencia —autorizada por los conceptos de la técnica— ha llamado normales, el río sólo beneficios les ofrece a los predios riberanos, aun cuando no fuera sino por aquella consideración que el perito doctor Gervasio Obrégón consigna en la introducción de su

dictamen: "Los suelos producen solamente por el agua, y los que carecen de ella aun cuando tengan los cuerpos minerales fertilizantes (nitrógeno, fósforo, potasa y cal), constitutivos del organismo vegetal, son inservibles si falta este líquido". (Fol. 1 v. cuaderno N° 14).

El hecho ocurrido en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938 se apartó de esa normalidad y por eso quedó registrado como uno de esos fenómenos de la naturaleza de muy rara ocurrencia. Oiganse algunos testimonios sobre el particular:

El doctor José María Rueda Ardila, dice:

"Realmente el día veinticinco de noviembre, en la noche y en la madrugada del veintiseis, sobrevino un imprevisto e irreductible aguacero que aumentó en forma inusitada el caudal de aguas del río, incontenible dentro de su cauce natural, de tal manera que se convirtió en una avalancha que destrozó e inutilizó grandes trayectos de la carretera central Cúcuta-Pamplona, produciendo fuertes derrumbes y destruyendo varios kilómetros de vía, siendo necesario hacer varios y nuevos trayectos de ésta por otras razones, como sucedió entre Villa Marina y la Dorada, adelante de la finca de Los Mangos, donde se hizo una variante de un kilómetro en frente del puente unión, en el trayecto de la finca de Valero; llegando a la Donjuana; y en el caserío de la Donjuana derrumbó varias casas de comercio y habitación. En la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, la enorme creciente llegó al puente de San Rafael, que luégo se llamó Puente Benito Hernández Bustos, aumentada con las crecientes de todos sus afluentes en todo su trayecto, algunos de los cuales, como la quebrada de Iscalá y la Honda recogen muchas aguas de otras extensas hoyas hidrográficas, y después de causar grandes destrozos en los predios aledaños al río en su extenso recorrido en más de ochenta kilómetros, se precipitó sobre el estribo derecho del puente citado, socavándolo y derribándolo y de ahí tomó la mayor corriente o la corriente más fuerte sobre un espolón natural o roca que allí existe donde se consideraba un posible ponteadero y este espolón situado casi de frente al río, sobre su margen derecha, lo encauzó sobre las fincas situadas en la ribera opuesta, inundándolas. Este fenómeno es una cuestión de frecuente ocurrencia, y en todo cauce las aguas estrelladas contra los obstáculos indestructibles, buscan las partes más vulnerables para por ellas escoger su lecho.

Como ingeniero me correspondió arreglar la carretera en sus grandes trayectos destrozados, daños que para repararlos representaron un valor aproximado de doscientos mil pesos (\$ 200.000), según cómputo o presupuesto verificado por el suscrito en asocio de otro ingeniero del Ministerio de Obras Públicas, comisionado especialmente para tal fin. Igualmente me correspondió como ingeniero jefe de la zona, el arreglo provisional del puente San Rafael, hoy puente Benito Hernández Bustos, lo mismo que el puente de San Luis, llamado también puente Araújo, que fue aislado por el río. Realmente los daños causados por el río en su enorme recorrido y teniendo en cuenta el nivel de aguas que alcanzó la corriente, la inundación de ese día fue algo extraordinario, imprevisto e imposible de contrarrestar".

En esa misma inundación o aumento desmedido del caudal del río Pamplonita observé los siguientes fenómenos: 1º Que en el punto de Rionegro el río abandonó su cauce dejando un terreno sedimentario que fácilmente hubiera podido destruir para lanzarse contra la carretera recostada a las rocas; 2º Que cerca del Diamante, en predios de Rosendo Contreras, el río abandonó una vega para buscar un nuevo cauce por terrenos de la misma contextura sedimentaria pero de más altura, de tal manera que el río atacó y penetró terrenos más altos que los del curso que traía sin que allí hubiera muralla a la cual achacarle este fenómeno, sino simplemente porque la calidad de los materiales sedimentados en su propio cauce, robaron lecho y el agua lo buscó por donde lo encontró más fácil, acarreando materiales que siendo quizás en mayor cantidad, eran más fácil de acarreo por sus reducidas dimensiones". (Folio 4 del cuaderno número 9-bis).

El doctor José Joaquín Cárdenas, dice a su turno:

"La avenida del año de mil novecientos treinta y ocho fue excepcional; hizo los siguientes perjuicios: 1º Destruyó la banca de la carretera entre el Diamante y la Donjuana en una extensión de 15 kilómetros. 2º Se llevó varias casas de la Donjuana; 3º Destruyó el estribo del puente metálico en el ramal que se desprende a Bochalema; 4º Destruyó el tramo oriental del puente Benito Hernández; 5º Destruyó la banca de la carretera a la frontera en la parte oriental del puente Alfonso Araújo. El volumen de aguas según cálculos que se hicieron en la noche de la avenida de 1938 fue más de 600.m³ por segundo". (Folio 79 vto., cuaderno número 8-bis).

Circunscritos algunos a determinados lugares, pero todos referentes al mismo hecho ocurrido en aquella noche trágica, se encuentran en el proceso distintos testimonios demostrativos de que no solamente la finca de "Sacamiles" ni los lugares vecinos o inmediatos a la ciudad de Cúcuta, sino toda aquella región bañada en una larga trayectoria por el río Pamplonita, fueron blanco de la impetuosidad de las aguas. Así, está constatado que sufrieron grandes daños los puentes de San Rafael o Benito Hernández Bustos muchas veces nombrado en este fallo, como que uno de sus extremos sirvió de punto inicial para la muralla de la querella: el puente Araújo o de San Luis, del cual se dice que nunca antes había sido lesionado por el río; y el puente de La Unión, que comunica al Municipio de Bochalema con la Carretera Central.

Los sufrió la Carretera Central que se acaba de nombrar, quedando suspendido el tránsito en ella por algunos días; los sufrieron predios como la hacienda de Valero, donde las aguas derrumbaron una toma y anegaron las huertas y cultivos de cañas. La de Agua Clara, sembrada de cañas y también cubiertas por las aguas. La de La Victoria, despojada en una grande extensión de su capa cultivable. La llamada Quinta Pamplonita, en donde quedaron en playas muchas hectáreas de terreno que antes tenían cultivos florecientes.

Ni fueron sólo predios aislados los que recibieron la visita de las aguas con los arrasamientos consiguientes: caseríos como el de la Donjuana sufrieron la invasión de las aguas con daños muy apreciables para edificios destinados al servicio público y al comercio.

De todos estos hechos hacen una relación testigos que atrás se mencionaron, pero que importa volverlos a nombrar aquí: Pedro Felipe y Hernando Lara, Pedro Rafael Cárdenas, Rafael González, José Trinidad Moreno, Víctor Camacho (folios 13 a 16, y 105 a 108 del cuaderno número 8-bis; 236 a 238 del cuaderno número 8). Rafael Mora Ortiz y Norberto Santos (folios 208 y 209 del cuaderno número 9-bis).

Y si a eso se agrega que en documento auténtico se constató ese suceso —como lo constató a poco de ocurrido un Juez en acta que la parte demandante ha hecho agregar a los autos (folio 92, cuaderno número 4)— no puede dejarse de reconocer la existencia de la fuerza mayor que la parte demandada ha alegado desde un principio en su defensa, y que por sí sola redimiría a esa parte de toda responsabilidad si no fuera porque

también los autos establecen que el Departamento constructor incurrió en el error de técnica de prolongar la muralla sin tener en cuenta el obstáculo material de la roca de las Alcántaras y el encauzamiento forzado que esa saliente y su pozo adyacente le imprimen a las aguas en tiempos de crecidas.

Con lo que se acaba de decir, queda establecido que el estudio detenido del proceso ha llevado a la Sala al convencimiento de que la incontestable fuerza mayor de la inundación fatalmente habría operado sobre la finca de "Sacamiles" que su dueño mantenía en completa indefensión, pero que el Departamento Norte de Santander incurrió en el error de técnica de no haber previsto aquel detalle del angostamiento natural. En tránsito tal, le es imposible a la Corte como juzgador establecer absoluto divorcio entre el hecho probado del catastrófico desbordamiento —con repercusiones sobre predio tan desfavorablemente situado y tan desprovisto de defensas— y el hecho de la imprevisión o falta de pericia del constructor.

La excepción de fuerza mayor.—Un suceso imprevisto, al cual no puede oponerse resistencia, es lo que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 llama fuerza mayor o caso fortuito.

Cayo había dicho: "Vis major est ea quae consilio humano neque provideri neque vitari potest".

Los hermanos Mazeaud, en la obra que aquí se ha citado tantas veces, ponen de presente que el Código Civil francés no da una definición de la fuerza mayor, y que solamente la estudia por los efectos que ella tiene o puede tener en los contratos. Anotan que los autores de ese Código no creyeron necesaria la definición. A quienes se la exigieron —dicen— "les respondieron: sabemos que no se da ese nombre sino a los accidentes que la vigilancia y la industria humana no pueden prever ni impedir". (Tomo 2º, pág. 71).

Lo extraordinario de un acontecimiento, dice otro autor, se mide por su importancia y notoriedad; por aquello que queda grabado en la memoria de los hombres. Para que el juez deba admitir la fuerza mayor, le basta que el hecho que se alega como revestido con ese carácter, tenga tal intensidad, que manifiestamente sobrepase a lo que se puede prever en el curso ordinario de la vida. (Cita del doctor Arturo Valencia Zea en su curso de Derecho Civil Colombiano. Tomo VI).

Nuestra Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia pronunciada en juicio de indemnización de

perjuicios por culpa aquiliana; hizo el siguiente comentario en relación con el artículo de la ley 95 citado atrás:

"El artículo 64 del C. C. definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o que no es posible resistir. Con la conjunción o, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la ley 95 de ese año cambió la conjunción o, en donde se leía "es lo mismo", por la preposición a, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de "El imprevisto" o "que no es posible resistir", dijo "el imprevisto a que no es posible resistir". Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible". (Casación. Mayo 26 de 1936. G. J. Tomo XLIII, pág. 581).

La doctrina de nuestra Corte ha podido, como se ve, hallar antecedentes en las instituciones romanas, y apoyo en la jurisprudencia de otros países. Aplicándola al caso de autos, se tiene: la ocurrencia de inundaciones en la parte en que la capital del Departamento Norte de Santander es riberana del río Pamplonita, no era, ciertamente, un acontecimiento desconocido. La obra de la muralla se acometió, precisamente en previsión de las inundaciones. Pero quién, en lo humano, podrá impedir que los elementos in naturales manifiesten su potencialidad, en forma inusitada y en superior escala de lo que en otros tiempos y lugares se pudo registrar? En las grandes catástrofes —sucisos infiustos que alteran gravemente el orden regular de las cosas— no juega la conducta prudente ni las prevenciones científicas.

Avenidas ocurrieron en años anteriores a mil novecientos treinta y ocho. Al impulso de una creciente ocurrida en uno de esos años, cedieron las estructuraciones del puente de San Rafael, técnicamente edificado para dar paso permanente por él a peatones y vehículos que necesitaran transitar de Cúcuta a la capital de la República o viceversa. El Departamento, dueño de ese puente, apeló a todos los recursos de la técnica para darle mayor estabilidad a la obra. Y estable fue hasta noviembre de mil novecientos treinta y ocho, cuando las dimensiones de tal obra resultaron diminutas ante la inmensidad del caudal de las aguas.

Otro ejemplo: Quienes planearon y construyeron la carretera central aplicaron todas las pres-

cripciones que la ingeniería señala para ese género de construcciones a fin de que tan importante arteria vial tuviera la solidez y la resistencia proporcionadas a la intensidad del tránsito. Y, con todo y haber servido adecuadamente a esa finalidad la carretera, ocurrió el desbordamiento de mil novecientos treinta y ocho, y las aguas no solamente la inundaron, sino que socavaron los asentamientos que le daban firmeza, y la dejaron inútil e inapta para el tránsito en una considerable porción de su trayecto.

Esos hechos, que se destacan entre los muchos que fueron efectos de la acción impetuosa del desbordamiento de mil novecientos treinta y ocho, demuestran que las previsiones de la técnica fueron insuficientes para evitar daños, precisamente porque la magnitud del acontecimiento sobrepasó a lo que de ordinario había sucedido en la región y en esa corriente fluvial.

Esporádicas son esas ocurrencias. Pero cada vez que se repitan habrá que catalogarlas entre los acontecimientos imprevistos e imposibles de resistir. Se hace la observación porque la demanda se ha empeñado en decir que, porque en otras ocasiones el río Pamplonita se desbordó y causó daños de mucha significación, el acontecimiento de la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, a pesar de su magnitud, fue previsible, y que, por lo mismo, no se les debe reputar como fuerza mayor irresistible.

En el Departamento Norte de Santander se registró en el año de 1875 un terremoto que en pocas horas acabó con la ciudad de Cúcuta. A semejante suceso, no por ya acaecido, se le podría quitar el carácter de fuerza mayor, imprevisible e incontrastable en el caso de que volviera a ocurrir otro sismo, y aun cuando no revistiera igual magnitud.

La distribución.—En la ocurrencia de pluralidad de causas de un daño, los autores optan por una distribución: "Si el daño es resultado en parte de la culpa del demandado, y en parte de fuerza mayor, el demandado sólo responderá de una porción del daño", llegan a decir Planiol y Ripert. (Tomo 6º, número 541).

La gran avenida, en el caso de autos, ocasionó desastres en bienes de particulares y de entidades oficiales. Pero la anotada falta de previsión del Departamento —aunque circunscrita a lo que en apartes anteriores de este fallo se señala— fue parte para que el daño tuviera la magnitud que se registró en la finca de "Sacamiles", de suyo expuesta al daño por su desventajosa localización

respecto del río y por la absoluta indefensión en que la mantenía su dueño. Dados esos factores, ¿qué parte de responsabilidad tiene el Departamento? ¿En qué proporción se le puede aminorar la condena contra él pronunciada por el H. Tribunal del primer grado?

Los peritos de segunda instancia, doctores García, Salamanca y Archila, están de acuerdo en que dada la magnitud de la inundación de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, el predio de "Sacamiles" se habría inundado aun cuando no se hubiera construido la muralla. Pero también conceptúan que si la construcción no se hubiera hecho en la forma en que se llevó a cabo, los efectos de la creciente habrían sido menos perjudiciales para tal predio. Este concepto, dice el doctor Archila, es fundamental.

La inundación de "Sacamiles", según ello, tenía que haber sucedido por tratarse de una avenida de tan exagerada magnitud. ¿En qué grado contribuyó al desastre el error de técnica del Departamento? No lo dicen los peritos. La construcción de la muralla hasta el sitio en que llegó cuando ocurrió el siniestro de mil novecientos treinta y ocho, "es un solo factor de los varios que intervinieron en la destrucción del predio tantas veces mencionado y es imposible definir en qué porcentaje pudo influir sobre este hecho", anota el perito tercero, apuntando que en ello no hay discrepancia entre los principales.

Llegado, pues, el momento de pesar las circunstancias que obran en pro y en contra de la defensa propuesta por la parte demandada, hay que recordar lo que, con respaldo en las pruebas del proceso se ha dicho sobre las condiciones en que se halla la finca de "Sacamiles" respecto del río Pamplonita. En ese resumen pueden apuntarse las siguientes circunstancias:

1º El predio sugestivamente nombrado antes El Pantano, después "Sacamiles", se formó entre brazos del río, según el perito doctor García; lo formaron avenidas anteriores y cuajó en la planicie de inundación del río, según lo dicen los otros dos peritos.

2º Esa formación aluvial o de acarreos que van superponiéndose desde los cantos gruesos y las gravas hasta las arenas menudas, tiene sus capas superiores, que son las cultivables y las más fáciles a la erosión.

3º Ubicada a la margen izquierda del río Pamplonita, participa de las características de los terrenos donde está asentada la ciudad de Cúcuta, muchas veces invadida por las crecientes del río.

4º Al valle, donde reposa la ciudad, y los predios que la circundan, desciende el río después de pasar por terrenos altos, lo que hace que en la pendiente adquiera particular fuerza erosiva, que apenas se atempera al llegar a la planada de Cúcuta.

5º En un trayecto de muchos kilómetros recorridos antes de llegar a la planada, ha recibido el tributo de diversas quebradas, cada una de las cuales tiene su hoyo propia, que, en períodos invernales, acopia las aguas lluvias.

6º Por su situación riberana el predio de El Pantano o "Sacamiles" ha estado sujeto a la acción de las aguas: éstas han corrido alternativamente por los dos brazos o madres de que habla el perito García, y en tiempo de abundadas ambas han dado alojamiento a las aguas crecidas.

7º Avenidas extraordinarias, ocurridas con anterioridad a la adquisición del predio por la señora de Faccini, pasaron por sobre el predio destruyendo su capa vegetal.

8º El apuntado arrasamiento de la finca, de acuerdo con dictamen de peritos que actuaron en juicio hipotecario a que dio lugar un gravamen constituido sobre ella, hizo que su valor venal fuera ínfimo.

9º Con ocasión del reavalúo de lo hipotecado, opinaron los peritos que la muralla, entonces en proyecto, podría ser una defensa para el predio, que a esa sazón estaba sometido de continuo a la amenaza de las inundaciones.

10. No obstante esa amenaza, y el palpable estado de indefensión de la finca, ninguna providencia tomaron sus dueños para construirle estacadas o trincheras que impidieran la entrada de las aguas y le causaran perjuicios.

11. A los Magistrados inspectores de la segunda instancia se les puso de presente que una creciente mediana ocurrida en los días de la inspección y sin contacto alguno con la parte de la muralla hasta entonces construida, hizo que las aguas se encaminaran hacia el predio de "Sacamiles" y sobre el mismo punto por donde penetraron impetuosas en la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

12. La formación aluvial de "El Pantano" o "Sacamiles", que es triangular y colocada entre dos brazos en que se divide el río, tiene como base la llamada callejuela de El Pantano o Mapurito, inundada en varias ocasiones, como ya se dijo y por la cual podían encontrar las aguas crecidas un aliviadero o fácil salida, en concepto del perito doctor Lucio García.

13. El mismo perito doctor García apunta:

"La parte de 'Sacamiles' que sí se ha inundado, es la extremidad sur, o sea aquella que se encuentra al sur de los árboles decenarios, que limitan la zona que nunca ha sido cultivada por estar expuesta a ser afectada por las avenidas del río Pamplonita".

14. Los cauces, madres o tomas que en un tiempo lanzaban aguas sobre los barrios bajos de la ciudad de Cúcuta fueron cegados por el Alcalde de esa ciudad antes de la construcción de la muralla y de que la señora de Faccini hubiera adquirido el predio.

15. Todas estas circunstancias le hacen decir al perito doctor Luis M. Salamanca: "El predio está colocado en condiciones muy desfavorables".

Y si el apunte del doctor Salamanca tiene justificación, como que las circunstancias en que se funda la pregonada el proceso, se impone la conclusión de que el error de técnica que se le atribuye al Departamento constructor contribuyó, por lo menos, en tres cuartas partes al desastre. La otra cuarta parte le corresponde al hecho natural de la posición del predio, que necesitado de defensas, no las tuvo.

El trabajo de la muralla no contempló una finalidad recursiva o de la cual pudiera derivar proveientos el Departamento. Defender a su ciudad principal, donde tienen su sede las autoridades y donde se mueven con ritmo más acelerado los intereses de la industria y el comercio; en donde funcionan los establecimientos principales de que se sirve el público, es procurarle a éste el mayor bienestar. Y aunque de esta premisa no podría sacarse la conclusión de que por atender al bien público se les pueda causar perjuicios a particulares sin dejarlos indemnes, tampoco puede aceptarse que al Departamento se le pueda tratar como obligado en especial, y como si hubiera emprendido la obra sujeto a determinadas obligaciones contractuales.

Porque parece que el actor tiene esa pretensión, y la deja ver cuando alega, v. gr.: que la muralla debía haberse principiado a partir de "Sacamiles"; que la construcción debía haberse acelerado hasta poner a ese predio a salvo de las inundaciones; que antes ese empeño debería haberse pospuesto cualquiera otra atención o iniciativa de la administración; y que "las precauciones y diligencias debían haberse encaminado solamente a darle protección al predio de la señora de Faccini, aunque hubiera necesidad de encaminar los desbordamientos sobre otros predios, que necesariamente tendrían que sufrir las ruinosas consecuencias.

Aspiraciones tales no podían prosperar. Y la sugerencia de que al Departamento se le pudiera tratar como un obligado contractual con la señora de Faccini, no puede admitirla la Corte. En ese entendimiento la Sala hace suyos los siguientes apartes del alegato que le ha elevado el apoderado del Departamento:

“Si se tratara de una responsabilidad contractual entre el Departamento y la señora de Faccini, es claro que el Departamento habría incurrido en una culpa por no construir la totalidad de la muralla. Pero tratándose de una responsabilidad extracontractual, no basta probar que con la muralla construida en toda su longitud el predio habría quedado protegido sino que la inundación obedece exclusivamente a la parte de la muralla existente en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, fecha del accidente”.

La condena.—Dos de los pronunciamientos del a quo resultaron en armonía con la intención de la demanda: El primero, que condena al Departamento Norte de Santander al pago de la suma de \$ 19.000,00 como único responsable de los perjuicios sufridos por la señora de Faccini; y el tercero, que la libera de la obligación de pagar costas reputando que no hubo temeridad en la imputación hecha al Municipio de Cúcuta.

Fue desfavorable el fallo a la demandandante por estos aspectos: primero, por la absolución del Municipio de Cúcuta; y segundo, porque únicamente condenó al demandado a la indemnización del daño emergente absteniéndose de hacerlo por el lucro cesante.

Al notificársele al apoderado de la señora de Faccini la sentencia, dijo: “apelo de ella en lo desfavorable para ante la Corte Suprema de Justicia”.

La indemnización de perjuicios que genera el incumplimiento de las obligaciones civiles comprende el daño emergente y el lucro cesante, según el artículo 1613 de nuestro Código Civil.

“Entiéndese por daño emergente —dice el 1614— el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

Los siguientes, hasta el 1617, dan reglamentos sobre liquidación de perjuicios como efectos de las obligaciones contractuales.

La aplicación de tales disposiciones al caso de autos procede. Porque no hay norma expresa que provea lo pertinente en el tratado de la **Responsabilidad común por los delitos y las culpas**; pero sí hay la general del artículo 8º de la ley 153 de 1887, según la cual “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Que si no hubiera esta norma del artículo 8º, ni ninguna de las otras contenidas en la ley 153, estaría la del artículo 32 del C. Civil que remite al intérprete, en ausencia de disposiciones expresas, a lo que resulte más conforme con el espíritu general de la legislación y con la equidad natural.

Precisamente a dictados de equidad ha obedecido ese movimiento innovador en las instituciones y en la jurisprudencia para ampliar y darle consistencia al derecho del lesionado. El aforismo “*neminem laedere*” lo ha recordado el derecho contemporáneo para actualizarlo y hacerlo más efectivo.

Del artículo 1614 arriba citado puede decirse que está calcado en la enseñanza de Paúlo: “*Damnum emergens quantum mihi abest; lucrum cessans, quantum lucrari potui*”.

Escríche, en su Diccionario al comentar las Leyes de Partida que reglamentan lo relativo a **daños y menoscabos**, dice: “Aunque los daños y perjuicios consisten, generalmente hablando, en la pérdida que uno ha tenido y en la ganancia de que se le ha privado, exige la equidad que no se condene al deudor sino en aquellos daños y perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, cuando no ha dejado de cumplir la obligación por su dolo o engaño. Y aun en el caso de dolo no deben comprenderse en la condenación otros daños y perjuicios que los que fueron una consecuencia **inmediata y directa** de la inejecución o de la mala ejecución...”

Planiol y Ripert —que en criterio de amplitud sobre reparaciones no le van a la zaga a ningún otro expositor de esas materias— se expresan así, al comentar el artículo 1150 del Código Civil francés, contentivo de una doctrina similar a la que se halla en el artículo 1616 del colombiano:

“No debía aplicarse, dicen, sino a la responsabilidad contractual, en atención a sus propios términos. Sin embargo, como no puede atribuirse a la voluntad probable del acreedor, la limitación a

los perjuicios que se previeron o debieron preverse, porque esa limitación contrariaría los intereses del acreedor, entonces se está en presencia de una regla legal de responsabilidad que en materia extracontractual debe aplicarse a quien incurrió en culpa no intencional.

Hacen luego la advertencia de que en materia extracontractual también deben tener en cuenta los jueces, llegado el caso, la ganancia frustrada y la pérdida sufrida. Y recalcan en que la indemnización no debe ser superior al daño aun cuando el autor de éste resulte enriquecido por haber obtenido con el uso de la cosa sustraída, v. gr.: un beneficio superior al perjuicio ocasionado con la privación de ella. (Tomo 6º, N° 618).

Véase cómo en todos los tiempos han entendido los legisladores y los doctrinantes que la reparación por daños no se puede salir de los límites que marca la equidad.

Daño emergente.—La condena en el fallo apelado se concreta al daño emergente, aunque en sección separada trata del lucro cesante.

La pérdida de una porción del terreno cultivable y de unos sarmientos plantados de veinte, y seis meses respectivamente, antes de ocurrir el siniestro, es lo que, según el fallo, debe pagar el Departamento por concepto de daño emergente. El H. Tribunal pensó, sin duda, en que eso fue lo que en la noche de noviembre de mil novecientos treinta y ocho dejó de pertenecer al patrimonio de la señora de Faccini, y que eso es lo que ella puede reclamar como daño que emergió o se manifestó como una consecuencia del error de técnica del Departamento.

Por concepto de ese daño fijó la suma de diez y nueve mil pesos, acogiendo para esa fijación la regulación que en cifra numérica hicieron dos de los peritos actuantes en la instancia surtida ante el H. Tribunal, y que se pueden consultar a los folios 118 y 157 del cuaderno número 4. "Hay dos peritos, dice, que concuerdan en cuanto al daño emergente correspondiente al valor del cultivo, que es de cinco pesos por mata de vid, y el del terreno arrasado que es el de mil quinientos pesos, o sea en total la suma de diez y nueve mil pesos".

Al leer con detenimiento el alegato del apoderado de la señora de Faccini, se observa que en relación con la condena al pago del daño emergente se limita a reproducir las alegaciones que sobre ese punto formuló el apoderado de la demandante ante el Tribunal. Solamente al referirse al dictamen del doctor Gervasio Obregón

observa el doctor Zuleta que "según este perito, cuyo concepto fue rendido en la segunda instancia, el daño emergente vale \$ 19.750,00, es decir, apenas un poco más de lo fijado por los peritos en la primera instancia". (Fol. 54, cuaderno número 7). Todo lo demás del alegato citado se concreta al lucro cesante.

En cuanto al Departamento, el representante de esa entidad en el alegato de conclusión diserta largamente sobre el avalúo que los peritos doctores Gervasio Obregón, Jesús Atehortúa y Manuel J. Rivero hicieron en la segunda instancia, sin hacer mención de los avalúos dados en la primera. Al hablar en el capítulo que lleva el mote de "avalúo de los perjuicios" de las pretensiones que respecto de éstos tiene la parte demandante, las halla insólitas. "No otra cosa significa, dice, el pretender que a vuelta de tres cosechas de uvas sembradas en cuadra y media de terreno, con una inversión de unos cuantos miles de pesos contaderos en los dedos de una mano, se fuera a percibir una suma que excede en mucho de doscientos mil pesos según las cuentas del doctor Gervasio Obregón..." Todo lo demás del alegato se relaciona con el lucro cesante o ganancias computadas por la parte actora como pérdida sufrida por la obra de la muralla.

Es tiempo, pues, de considerar lo relativo al lucro cesante como cuestión que ambas partes tienen interés en que la dilucide la Corte.

El lucro cesante.—Lucro ó logro, del latín "lucrum", encierra la idea de provecho, ganancia o utilidad. Lucrarse de una cosa es sacarle todo el provecho que ella es susceptible de dar. De una actividad se dice que es **lucrativa** cuando produce rendimientos a quien la ejercita. Y como éstos, en lo ordinario, se estiman en dinero, ha resultado que en el comercio y en la industria la idea de lucro se confunda con la del interés que produce el capital.

Entendido así el lucro, la actividad o cosa que lo produce deja de ser lucrativa cuando deja de producir utilidades. En el lenguaje mercantil e industrial se dice que una empresa deja de ser lucrativa cuando no se le saca al capital invertido el interés que le corresponde.

En ese plano se coloca Escríche cuando dice en su Diccionario: "Lucro cesante es la ganancia o utilidad que regularmente podría producir el dinero en el tiempo que ha estado dado en empréstito o mutuo".

Aplicadas esas nociones al caso de autos, hay que averiguar cuál era el rendimiento que la fin-

ca de "Sacamiles" le estaba dando a su dueño en el día de la inundación de mil novecientos treinta y ocho, para poder establecer el lucro que en ese día cesó o terminó para él.

De la demanda hay que destacar, ante todo, cuál era la cosa que estaba produciendo el lucro, y las bases que a la justicia le propone la misma demanda para que en la sentencia pueda deducirse la pérdida del lucro y la cuantía de éste.

La demanda hace una descripción de la cosa que allí se dice lesionada: un plantío de vid con dos mil matas de veinte meses de edad, y mil quinientas de seis meses, establecido en dos hectáreas de las cinco que constituyen la finca que doña Virginia Soto de Faccini le compró a Ana Francisca Marciales según el hecho primero de la demanda.

La misma demanda advierte que en las cinco hectáreas se encuentran comprendidos: un cauce (el mismo que en las riadas le sirve de aliviadero a las aguas sobrantes); unas playas, que atestiguan que el río ha estado golpeando en esa parte del predio; una zona de quince metros de ancha (no dice la longitud) "dedicada sólo a la siembra de hortaliza, lo mismo que otras regiones laterales". (Hechos 5º 6º, 8º y 9º).

Los perjuicios sufridos consistieron, según el hecho 23, en la pérdida de la capa vegetal del terreno y con ella la de los cultivos puestos allí. Como ya queda apuntado, la pérdida de ese terreno y el de los cultivos qué existían allí en la noche del 25 al 26 de noviembre de 1938, han de considerarse como daño emergente, de acuerdo con la noción que de éste da el artículo 1614 del C. Civil. Porque ese es el daño que emergió o se puso a la vista de todos en el día del siniestro, y que la demandante pone de presente para obtener la consiguiente reparación.

¿Qué utilidad, qué rendimiento estaba percibiendo la señora de Faccini en aquella fecha trágica, producidos por ese terreno y por el plantío que ha quedado circunscrito? El esclarecimiento de este punto constituye la incógnita, que, despejada, dejará resuelto por completo el problema propuesto por la señora de Faccini.

Muy clara es la demanda al afirmar que el plantío apenas estaba en vía de producción, o en otros términos, que de él se esperaba apenas una rendición de frutos. Hay que buscar entonces, dentro de las pruebas del proceso, cuáles son las pruebas que tienen la virtualidad legal de establecer que ese plantío en estado de simple gestación, de frutos posibles pero no seguros, habría

de producir el lucro que se cobra, y de ordenar el resarcimiento que apetece la señora de Faccini.

Y es eso más apremiante por cuanto a que el a quo ha afirmado que, "la cuantía fijada para el daño emergente cubre a plena satisfacción todos los perjuicios que se pudieran derivar en sano juicio, pues excede en mucho al valor del terreno dado por la actora".

El examen de la titulación ha puesto de patente las etapas varias por las cuales ha pasado la existencia del predio.

Formado por acarreos del río Pamplonita y desprovisto de muros que defiendan sus contornos, ha tenido sus aumentos y disminuciones. Si crecientes medianas le han engrandecido su capacidad productiva al depositar en sus capas superiores los limos impregnados de materias orgánicas, otras corrientes impetuosas que por allí han pasado, talaron sus plataformas de cultivo poniendo al descubierto los cantos que le servían de fundamento. La naturaleza ha hecho allí su obra con toda independencia de la acción humana.

Y puesto que se trata aquí de escudriñar la productibilidad de esa finca en uno de esos momentos —en el de una riada violenta— preciso es que la investigación no se desvie de ese momento. Que no sería igual la productibilidad de "Sacamiles" en aquella época en que los títulos la muestran como un pedazo de playa, que cuando ya recuperada de la capa vegetal y fecundada ésta por la decantación de los limos, produjo pastos donde pudieran adehesarse los ganados.

La historia que los títulos constatan, hace aparecer convertida en potreros a la finca que doña Ana Francisca Marciales transfirió a la señora de Faccini. Para que ésta última la pudiera dedicar al cultivo vinícola, indispensablemente tuvo que desnudarla de los pastos, o sea de los cultivos que estaban produciendo el rendimiento que ellos procuran, bien sea que se apliquen a la ceba, al levante o a la explotación de lecherías.

Nada, sino su libre arbitrio, pudo hacerla cambiar la efectividad del lucro perceptible de sus dehesas, por la expectativa de los que pudiera producirle su nuevo experimento.

Y si pensó en que la vendimia compensaría el lucro cesante de los pastos, a ese sencillo cálculo no se le puede dar categoría de cosa en producción y de utilidades liquidables.

No hay dato cierto de lo que "Sacamiles" le estuviera dando en efectivo a la señora Soto de Faccini en el momento del desastre. Todo allí es-

taba pendiente del resultado de un experimento.

Obra en el expediente el cuaderno número 14, y en él se contienen los dictámenes de los doctores Gervasio Obregón, Jesús Atehortúa y Manuel J. Rivero. Por separado rinden el dictamen porque no pudieron ponerse de acuerdo. Los informes del primero y el último aparecen fechados en la ciudad de Bogotá. El del doctor Atehortúa aparece firmado en la propia ciudad de Cúcuta.

El dictamen se compone de varios capítulos. De ellos se debe destacar primero lo relacionado con los suelos que son más propicios para el cultivo de la vid; segundo, las condiciones particulares del predio de "Sacamiles" en relación con el mismo cultivo; tercero, los resultados que ha dado la importación de vid en nuestro suelo y particularmente en climas como el de la región tropical de Cúcuta; y cuarto, el resultado que en particular ha tenido el plantío de vid establecido por la señora de Faccini.

Los puntos de este cuestionario les dan a los peritos ocasión para disertar sobre climas, suelos, conducción de los cultivos y gastos que éstos demandan, para llegar después del estudio de todos esos detalles, al punto capital de la encuesta que es el de la productibilidad.

Suelos propicios—El perito Obregón hace suya la siguiente nota tomada del Diccionario Agrícola de Larrouse: "La vid se acomoda muy bien de los terrenos silicosos, aun cuando sean muy pobres, porque sus raíces pueden ir a buscar muy lejos su alimento y la humedad que puede faltar en la superficie. Así se han plantado sobre las arenas movedizas de las orillas del mar o de los ríos viñedos que han dado buenos resultados. Los viñedos de los alrededores d'Aigues Mortes, los de Landes, los de ciertos huertos de las cercanías de Burdeos están en este caso".

"Los suelos sílico-arcillosos son los más favorables para el cultivo de la vid. Las tierras francas que contienen en proporciones convenientes la arena, la arcilla, el calcáreo y el humus y que convienen a los otros cultivos convienen mucho mejor para la vid".

El otro perito principal participa de la opinión del doctor Obregón en lo que concierne a los suelos propicios para el cultivo de la vid. También destaca la circunstancia de que las raíces tienen un enorme desarrollo.

El suelo de "Sacamiles"—Por el análisis de las muestras del suelo y del subsuelo hecho después de catorce en la propia finca de "Sacamiles", llega

el perito Atehortúa a esta conclusión: "Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y los análisis del suelo y del subsuelo del predio 'Sacamiles' que insertamos en la parte primera de este informe, podemos concluir que en cuanto al terreno se refiere, tanto la región de Cúcuta, como en particular el predio 'Sacamiles' presentan condiciones bastante ventajosas para el cultivo de la vid".

El perito de la parte demandante, para dar su dictamen sobre este tópico en particular, se expresa así: "Por lo que dicen los autores, por lo que pude observar en Italia, por lo que se ve entre nosotros como en Villeta, como en el Rosario de Cúcuta, como en San Gil, como en Galán, la vid se da en los terrenos pobres. Es indudable que se debe dar mejor en un suelo mejor como era el de 'Sacamiles'". El subrayado, que pertenece a la Sala, podría dar margen para suponer que el perito doctor Obregón no hizo catorce especiales en la propia finca de "Sacamiles". Sin embargo, en lo esencial de su dictamen, está de acuerdo con el doctor Atehortúa.

La implantación de la vid en Colombia.—En este punto hay que considerar dos cuestiones: la de si la vid importada de otras latitudes es aclimatable en Colombia, y la de saber el tiempo que se requiere para esa aclimatación.

En orden a lo primero, y para demostrar que en nuestro país se aclimata la vid, argumenta el doctor Obregón:

"En tiempos de la dominación española se exportaba vino por el puerto de Realejo (Nicaragua). Esto indica que los españoles cultivaron la viña en esos países. Más tarde, según se dice, los mismos españoles destruyeron las viñas, temiendo que la fabricación del vino se extendiera en las colonias con perjuicios de la industria vinícola de la metrópoli".

Insistiendo en el mismo tema, discurre más adelante así:

"Si se tuvieran en cuenta las estaciones de esos países (los de estaciones fijas) para nuestra agricultura y especialmente para la de frutas, seguramente que el Gobierno con sus ministros de agricultura, de economía, de industrias y sus representaciones diplomáticas habrían prohibido la introducción de semillas o de estacas desde la época colonial".

Poco convincente es el argumento histórico del doctor Obregón, en lo que hace a Colombia. Independizada ésta de la Corona, quedaron abolidas las trabas que la legislación española les im-

puso a las industrias terrígenas. Y en casi siglo y medio de vida independiente, la industria vinícola no muestra gran florecimiento en Colombia, florecimiento como para competir con los países de la Europa meridional; pero ni siquiera para incluir la explotación de viñedos entre los renglones salientes de la economía patria.

El argumento que se basa en que no hay prohibición para importar estacas o semillas, convence menos. Toda industria lícita y de utilidad es implantable en el suelo colombiano. La implantación de viñedos que reúna esas condiciones, contaría con el favor del Estado, y por lo mismo, la importación de semillas y estacas contaría con ese favor. Pero los reglamentos que se dictaran para apoyar la industria vinícola y para estimularla, no tendrían la virtud de suplir a las condiciones naturales que el cultivo exige para su prosperidad. En refuerzo de tal tesis se podría decir: en Colombia no se ha prohibido tampoco la importación y el ensayo de aclimatación de ciertas especies animales, que, como la de la cebra y la vicuña son cifras apreciables de riqueza en países vecinos. Y no se han expedido reglamentos fomentadores de esas industrias por una razón rudimental de economía: los ensayos implican inversión de capital; y los que lo poseen, no lo aventuran, si no median las mejores posibilidades de conseguir que éste dé utilidad.

Recorriendo el mapa marca el doctor Obregón los Municipios que en nuestro territorio "tienen matas de uva".

Con ese motivo hace presente que no hay en el país empresa alguna que pudiera vender un número considerable de sarmientos en variedades puras, sanas y garantizadas. Y con ello quiere el doctor Obregón justificar la necesidad de importar semillas o estacas de otras latitudes, como, dice, tuvo que hacerlo la señora de Faccini.

Ese argumento tampoco es convincente. Porque la falta de empresas productoras de semillas o sarmientos, pregonando ésta que la industria de viñedos no está aclimatada aún en el territorio colombiano. Y esta premisa lleva a esta otra conclusión: el cálculo sobre los copiosos rendimientos a que, según el doctor Obregón está llamado el cultivo de ensayo que la señora de Faccini implantó en "Sacamiles", no tiene apoyo sólido en la realidad.

El doctor Atehortúa dice en relación con la aclimatación:

"A pesar de que los expertos en fruticultura coinciden en afirmar que la industria de la vid

no podrá ser trasplantada con éxito a países distintos de los situados en la Zona Templada, es lo cierto que hasta el presente no se ha llevado a cabo, en ninguna de las Estaciones Experimentales de los países tropicales, estudios que verdaderamente nos obliguen a aceptar esta tesis como definitiva. Hasta donde mis informaciones me lo permiten, parece que todos los que nos interesamos por estas cuestiones nos encontramos de acuerdo en aceptar la dificultad y aun la imposibilidad de obtener en un principio iguales rendimientos de variedades que ya han sido probadas con éxito en países donde ellas encuentran el clima óptimo para su desarrollo y producción. Esto no quiere decir, en ningún caso, que luego de estudios realizados técnicamente por alguna de las Estaciones Experimentales de Cultivos Tropicales, no puedan obtener, por medio de creces y selecciones bien llevadas, variedades que por su rendimiento y calidad de la fruta, sean recomendables para el establecimiento de viñedos con carácter industrial".

En desacuerdo los dos peritos principales, resultaría aquí la mayoría con la opinión del doctor Manuel J. Rivero, que en el tópico que se está tratando aquí concuerda en opinar con el doctor Obregón.

Pero la Corte encuentra que la opinión del doctor Rivero emitida en este juicio no coincide con la que el mismo profesional emitió cuando era ingeniero agrónomo y jefe del Departamento de Floricultura de la Estación Agrícola Experimental de Palmira, y que está emitido en los siguientes términos que copia el ingeniero doctor Atehortúa en su dictamen:

"La importación de plantas de California no resuelve ningún problema, por las razones siguientes: 1º Por razones de aclimatación y cultivo en un medio enteramente diferente no se conocen los resultados que den las variedades importadas y la experiencia enseña muchos casos de fracasos rotundos sufridos con estas plantas; 2º Las condiciones de bondad de la fruta y la mayor o menor resistencia de aquellas variedades en las condiciones de California, no serán en ningún caso iguales, si se conservan en medios y condiciones de cultivo diametralmente diferentes".

El concepto que se acaba de copiar fue emitido evidentemente por el doctor Rivero como lo dice y reconoce él mismo al folio 4 vto. de su informe (fol. 60 cuaderno número 14). "En algunos estudios y conceptos emitidos por mí anteriores, dice, juzgué difícil una aclimatación inmediata de

las plantas importadas directamente de las zonas templadas". Para la Sala constituye una dificultad decidirse por cualquiera de las dos opiniones del doctor Rivero, dada la respetabilidad de su nombre. Pero viéndose precisada a adherir a alguno de esos conceptos, opta por el que tiene un carácter oficial, dada la posición que tenía el doctor Rivero como agrónomo, consultor puesto allí por el Ministerio del ramo. Es de suponer que un concepto emitido por persona investida de tales calidades constituye doctrina, prevalente sobre una opinión dada para un caso aislado, mientras no haga pública su opinión en contrario.

La Sala, después de lo dicho, se inclina a aceptar el dictamen del doctor Atehortúa, por creerlo más preciso y convincente, y porque ese profesional hizo sus categos en el lugar de los acontecimientos, o sea la finca de "Sacamiles".

Resultados del cultivo en la región.—También en este punto discrepan los peritos principales: el de la parte demandante afirma que la vid que logra germinar en regiones como la del Valle de Cúcuta, alcanza a producir tres cosechas al año. En corroboración de su dictamen, dice el doctor Obregón:

"Este número de cosechas se confirma por las temperaturas, por el número de grados de calor que necesita para fructificar, por las declaraciones recibidas en el expediente, por las exposiciones de la revista "Vid" en los números 4 y 5, revista que se ha dado cuenta de las condiciones tan apropiadas para este cultivo. Este dato de tres cosechas lo publican igualmente el señor Secretario de Agricultura del Departamento Norte de Santander, doctor Carvajalino, al hablar de las características extraordinarias que ofrece Cúcuta para el cultivo de la vid, en su informe a la Asamblea".

El perito doctor Atehortúa se pronuncia así:

"Aun cuando en años de lluvias bien distribuidas, puede ser posible llegar a obtener hasta tres cosechas en catorce meses, considero que al calcular la producción de un cultivo con carácter industrial, para estar más cerca de la realidad, no deben tenerse en cuenta más que dos cosechas en los doce meses del año. Es verdad que en nuestro país, y en general en las regiones situadas en la zona tropical, no tenemos estaciones bien marcadas de lluvias y sequías, pero sin embargo, existe un régimen pluviométrico de tiempos lluviosos y tiempos secos que regulan nuestras cosechas. Observando los datos pluviométricos de la región de Cúcuta se verifica que en medio de la irregu-

laridad de nuestros fenómenos meteorológicos, tenemos dos períodos de lluvias durante el año, que corresponden: el primero a los meses de marzo, abril y mayo; y el segundo, a los meses de octubre, noviembre y parte de diciembre. Esta distribución de lluvias es la que mejor conviene a todas nuestras cosechas. La falta de lluvias durante largos períodos trae las fatales consecuencias de las sequías con el agotamiento de las fuentes de riego. Por otra parte, lluvias excesivas son en extremo nocivas, y muy especialmente para cultivos como la vid. En épocas lluviosas las enfermedades producidas por hongos aumentan su virulencia y la floración y fructificación sufren muchísimo, repercutiendo estos trastornos en la cosecha. En conclusión: en las circunstancias óptimas más deseables, sería muy satisfactorio lograr obtener dos cosechas fijas anuales".

Adviértese que el perito no se aventura a dar por seguras tres cosechas, atento a que las lluvias que en nuestro trópico son índice certero de la obtención de aquéllas, no se presentan sino en dos épocas del año, y eso no siempre. En veces los estiajes tienen una mayor duración en nuestras tierras cálidas. Sacadas de hechos físicos, por todos perceptibles, estas consideraciones del doctor Atehortúa influyen en el ánimo del juez para tener como ciertas las conclusiones a que él llega.

El viñedo de "Sacamiles".—Todos los peritos que como agrónomos han emitido concepto en el presente negocio, parten de lo afirmado en el hecho octavo de la demanda, que dice:

"La mencionada finca fue destinada por mí al cultivo de viñedos y hortalizas en una extensión de dos hectáreas sobre la plataforma alta. Al efecto, por intermedio de mi esposo el señor Luis Francisco Faccini, hice una plantación en la zona a que me refiero de 3.500 matas de uva, de las cuales dos mil (2.000) en noviembre de 1938, estaban en vía de producción y de veinte (20) meses de edad, instaladas sobre espalderas de madera de anacao y alambre liso galvanizado y las mil quinientas (1.500) restantes, de seis meses de edad".

El doctor Obregón se remite expresamente a las declaraciones de Marco A. Cacique, Campo E. Moreno y Gotardo Pérez, según los cuales, a fines de mil novecientos treinta y ocho había en el predio de "Sacamiles" las tres mil quinientas matas de uva de que habla el hecho copiado. (El doctor Atehortúa se refiere a los testigos sin nominarlos).

A esos testimonios —en este punto básicos del dictamen— es preciso examinarlos a la luz de las disposiciones del Código Judicial para fijar su alcance probatorio, en orden al cultivo mismo fuente de la producción y de las ganancias que la parte actora dice haber perdido por la culpa del Departamento.

Marco A. Cacique declaró dos veces en la primera instancia. Una durante la inspección verificada por el H. Tribunal. La otra ante Juez comisionado. Atrás se hizo la glosa de esa declaración como deficiente. Ahora puede agregarse que las dos declaraciones de Cacique son contradictorias entre sí, y qué, para obrar de acuerdo con el artículo 701 del C. Judicial se deben rechazar. (Ver folios 22 y 72 del cuaderno N° 4).

Los testigos Campo Aníbal Moreno y Gotardo Pérez se ciñen estrictamente al interrogatorio que les formuló la parte actora, y el funcionario que les recibió la declaración no puso empeño en hacerlos expresar la manera precisa y distinta como hubieran sabido los hechos que afirmaron.

En lo que se relaciona con el punto que se está tratando, dicen: "Me consta por haberlo visto que antes de la inundación referida se habían plantado en esta finca y en una extensión de dos hectáreas aproximadamente correspondiente a la plataforma alta de la finca, tres mil quinientas matas de uva, más o menos, de las cuales aproximadamente dos mil estaban en noviembre de mil novecientos treinta y ocho en vía de producción y de veinte meses de edad, instaladas sobre espalderas de madera de anacao y alambre liso galvanizado y las mil quinientas restantes, de seis meses de edad".

Para que esas declaraciones fueran completas y responsivas en lo que se relaciona con la edad exacta que hubieran alcanzado los sarmientos de uva puestos en exacta porción de terreno, faltó que expresaran la manera como supieron esos detalles que tanta importancia revisten ahora que se trata de fijar el monto del lucro que ese terreno y esas matas le pudieron proporcionar a su dueño. (Artículo 688, C. J.).

Ni dicen con precisión las fechas en que se hizo la plantación de los sarmientos para que hubieran alcanzado las edades que les atribuyen, ni explican cómo saben que en dos hectáreas de terreno —en parte desaparecidas— se hizo el plantío. ¿Midieron ellos el terreno? ¿Intervinieron en la faena de las siembras en forma tal que se grabara en su memoria el tiempo que cada mata podía tener de plantada y el que les faltaba de

gestación para dar fruto?

Y esa base que los peritos tuvieron para dictaminar sobre el producido del viñedo —en porción de terreno comprendido dentro de las cinco hectáreas que de acuerdo con los hechos de la demanda integran la finca de "Sacamiles"— no parece, ciertamente, muy sólida. Que si el viñedo quedó enmarcado dentro de la plataforma cultivable, ya hubo ocasión de advertir que a ésta le cercena la demanda el campo que fue necesario para otros cultivos.

Esa duda que suscita la misma demanda viene a agravarla la discrepancia que hay entre los peritos principales acerca de la distancia o espacio vital que necesitan las matas de uva para tener un desarrollo normal y dar racimos por su número y calidad adecuados para satisfacer la demanda de las plazas que tengan ese renglón en su comercio.

El perito de la parte demandante y el tercero opinan que la distancia de dos metros de mata a mata o sea de cuatro metros cuadrados entran en las medidas normales que se establecen en los grandes cultivos y en las regiones tropicales.

El perito doctor Atehortúa se prenuncia así en este punto preciso:

"La distancia más apropiada de acuerdo con el suelo y el clima de la región es la de 7 metros en cuadro, por mata. Los primeros cultivadores de la zona por falta de experiencia, incurrieron en el lamentable error de sembrar a distancias demasiado cortas. Aunque ya está aceptado por los cultivadores de vid que la distancia más aconsejable es la de siete (7) metros, por uno de esos caprichos tan propios de nuestros agricultores, continúan la tendencia a sembrar a distancias menores, eso sí, no inferiores a cinco (5) metros. Tenemos el caso del doctor Alfredo Lamus Girón, quien acaba de establecer un viñedo de una hectárea y ha dejado a sus matas a una distancia inicial de unos cinco metros, en cuadro por mata".

Y en el capítulo sobre productibilidad agrega lo siguiente el doctor Atehortúa:

"Es necesario rectificar el error en que se encuentran quienes toman como base para calcular el rendimiento de la vid, los datos de producciones fantásticas que se han obtenido en matas aisladas. De ninguna manera estos datos pueden servir para el cálculo de producción en cultivo económico. Matas en tales condiciones no sólo disponen de un mayor espacio para la extracción de nutrientes, sino que sobre ellas no pesa el factor

población que trae consigo los problemas de plagas y enfermedades".

El doctor Atehortúa llega a las transcritas conclusiones "después de hacer numerosas observaciones en todos los cultivos de vid de la región por espacio de más de un año".

El doctor Obregón, en contraste, observa como una corroboración de su dictamen lo siguiente: "El señor Giordana tiene en Villette sus cultivos de uva sembrados a razón de 3.300 cepas por hectárea o sean 3 metros cuadrados por planta. En Europa la distancia de siembra es ordinariamente inferior a dos metros y aun hay regiones que plantan hasta 50.000 pies por hectárea como en la región de Champaña".

Como el perito doctor Obregón pone un ejemplo singular—el del cultivo que el señor Giordana tiene en Villette— y a la Corte no se le ha demostrado que las condiciones del terreno de Villette sean exactamente las mismas que caracterizan al terreno de "Sacamiles", queda en la duda sobre el resultado que pudiera tener el experimento de la señora Soto de Faccini al poner mayor número de cepas que las que la prudencia indica que se deben plantar en un suelo aún no experimentado para obtener un seguro rendimiento. ¿Cómo saber si el señor Giordana apenas ha querido establecer en Villette un yívero para repartimiento de estacas como el de Chía, citado en otra parte del informe del doctor Obregón?

Por lo demás, la Corte se inclina a creer que el espacio vital necesario para la extracción de nutrientes es factor que debía consultarse sobre todo en cultivos de ensayo como lo era el de la Sra. de Faccini, por aquello mismo que anota el perito doctor Obregón de que las raíces de la vid pueden ir hasta muy lejos en busca de alimento. Planta que no esté bien nutrida; no puede dar óptimos rendimientos. El apiñamiento de los seres orgánicos, así sean plantas o animales, puede redundar en daño para el conjunto, que así se ve privado de condiciones indispensables para un sano vivir individual.

El concepto de los peritos agrónomos consta de dos partes que pudieran decirse motiva la una y definitiva la otra. En la primera exponen las causas o razones que tienen para fijar en guarismos el monto del perjuicio. En la segunda fijan este monto como una deducción de aquella exposición de motivos. Dó esa suerte, no sería dable dislocar a la una parte de la otra. Y si la Sala, por el análisis que acaba de hacer de las exposiciones de

los agrónomos no puede prohijar los argumentos que los peritos de la mayoría hacen para sostener una productibilidad asombrosa del cultivo de vid en nuestro suelo tropical y de manera particular en el triángulo aluvial que constituye el predio dominado por la señora Soto de Faccini, tampoco puede aceptar la regulación del lucro cesante hecha por dichos peritos y que se apoya en aquellos argumentos.

Y suponiendo viables aquellas razones —suposición que repugna a la realidad de nuestro medio— la diferencia en el avalúo de los peritos arroja un porcentaje que sobrepasa al que señala el artículo 721 del C. Judicial, para la adopción del medio aritmético.

Ya en ese extremo, y haciendo uso la Sala de la facultad de regulación que para tal evento le otorga el artículo 721 nombrado, tendría que buscar en los demás elementos del proceso bases para tal regulación. Y ya en ese empeño tropezaría con la realidad que los autos establecen, y que en la introducción de este capítulo se puso de presente: la señora Soto de Faccini había destinado parte del terreno cultivable de su predio de "Sacamiles" para implantar una siembra de vid. En ese experimento estaba aún cuando sobrevino la catástrofe de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, que no le permitió siquiera saber el resultado de una primera cosecha. No hay, por lo mismo, base para hacer cómputos de utilidades, provechos o ganancias que es lo que la ley reputa como lucro cesante. El juzgador tiene que amoldar su sentencia a la norma del artículo 741 del C. Judicial, según la cual al imponer una condena debe buscar la conexión que haya entre las cuestiones de derecho propuestas en la demanda y las pruebas de los hechos que se le hayan propuesto como fundamentales de la litis.

Consideraciones finales.— El H. Tribunal halló pertinente la súplica contenida en el punto B) de la demanda, o sea la segunda subsidiaria, y en esa virtud redactó la parte dispositiva del fallo. Este fue condenatorio del Departamento. El de esta Superioridad lo será pero con las reformas coherentes con lo dicho en la parte motiva de esta providencia, cuyo resumen es:

La Sala de la Corte ha encontrado que la acción de perjuicios establecida por la señora Virginia Soto de Faccini contra el Departamento Norte de Santander, fundada en la comisión de una culpa extracontractual procede, por cuanto está demostrado en autos un error de técnica en

que incurrió el Departamento en la construcción de la muralla.

Ese terror de técnica influyó en parte muy considerable para que se realizara el daño que la finca de "Sacamiles" sufrió cuando ocurrió la avenida de la noche del veinticinco al veintiseis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

La culpabilidad de la entidad demandada tiene atenuantes que la justicia está obligada a reconocer, como son: la desventajosa situación del predio y la falta de toda obra previsora por parte de su dueño, que impidiera la entrada de las aguas a ese predio en casos de grandes desbordamientos.

Estima la Corte que en razón de la concurrencia de los factores que se acaban de anotar, la condena contra el Departamento hecha por el Tribunal a quo debe reducirse en la proporción de una cuarta parte.

Con esa reducción, la condena al pago del daño emergente debe ser confirmada.

No hay base para pronunciar condena sobre pago de lucro cesante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Primer.—CONFIRMANSE el primero y el tercero de los pronunciamientos contenidos en el fallo apelado.

Segundo.—REFORMASE el segundo de los pronunciamientos, en los siguientes términos:

Se CONDEN A al Departamento Norte de Santander al pago de la suma de catorce mil doscientos cincuenta pesos (\$ 14.250.00) como resposable en parte de los perjuicios sufridos por la señora Virginia Soto de Faccini, pago que se verificará seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

Tercero.—Sin costas en la presente instancia.

Publíquese, cópíese, notifíquese y devuélvase.

Luis A. Flórez—Belisario Agudelo D.—Germán Alvarado—Luis Rafael Robles—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.