



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC2847-2019

Radicación n°. 41001-31-03-002-2008-00136-01

(Aprobado en sesión de diez de abril de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado **Marco Tulio Díaz Serrano** contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2013 por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, en el proceso de **María Myriam Penagos Mora** contra el recurrente.

I. ANTECEDENTES

A. Las pretensiones.- Mediante demanda repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, la actora pretende, de manera principal, que frente al demandado se declare que adquirió de este el inmueble descrito en la demanda, identificado con matrícula inmobiliaria número 200-0059723 de la oficina de registro instrumentos públicos de Neiva, y que en consecuencia sea condenado a pagarle

todos los perjuicios materiales y morales que se prueben, debidamente actualizados y con intereses legales por mora.

En subsidio, que se declare que como en razón de la compraventa se dio la figura del enriquecimiento sin causa, el demandado debe ser condenado a pagarle los daños y perjuicios debidamente indexados.

B.- Causa petendi.- Como razones fácticas expone:

1. Que mediante escritura pública 3170 del 1º de octubre de 1990, otorgada en la notaría 2ª de Neiva, adquirió la vivienda materia del litigio por compra que le hiciera a Marco Tulio Díaz, quien en ese instrumento manifestó que el inmueble le pertenecía en su calidad de constructor de acuerdo con certificado del Departamento de Planeación Municipal de Neiva del 30 de enero de 1989 y oficio 039338 del 25 de julio de 1986 de la Superintendencia Bancaria, y además, que se obligaba al saneamiento de la venta en los casos de ley.

2. La Resolución 014 del 27 de agosto de 1986 expedida por el Departamento de Planeación Municipal de Neiva, con la cual se aprobó el proyecto de Urbanización Ipanema y se concedió licencia para su construcción, señala como urbanizador responsable al arquitecto Marco Tulio Díaz Serrano.

3. Que al recibir el inmueble la actora observó fisuras en las paredes y placas de la vivienda, y así lo informó al demandado, quien procedió a resanarlas de manera superficial, a pesar de que el daño era estructural en razón a que la construcción no se adelantó de acuerdo con el cuadro de estructura consignado en el plano aprobado. Además, la accionante debió realizar reparaciones a fin de evitar que el bien colapsara.

4. A los dos o tres años le insistió sobre las fisuras, el hundimiento de los pisos y *"fallas de toda índole"* (f. 84, c. 1) en toda la estructura de la casa, pero el interpelado hizo caso omiso. Por lo anterior, contrató los servicios del experto Hernán Salas Perdomo, quien indicó que la vivienda había perdido su valor comercial en un 80%, debido a los defectos y anomalías que detalló, dando cuenta de la metodología utilizada.

5. Agrega que situación similar presentó el inmueble de Marta Lucía Ramírez Vargas -de las mismas características, ubicación, construcción y daños del vinculado a esta litis-, en relación con el cual conceptuaron los ingenieros Luis Esteban Baracaldo y Antonio Puentes.

6. En la demanda se detallan las inconsistencias técnicas atribuidas a deficiencias en la construcción imputables al demandado, a las que se agregaron otros problemas como el asentamiento *"pues es un hecho cierto y demostrable la falta de compactación del terreno de relleno, la mala*

calidad de los materiales y en general de la construcción” (f. 86, c. 1). En consecuencia, “la magnitud del defecto oculto, y la violación de la garantía de eficiencia hizo que se presentara el daño y por consiguiente la ruina de la vivienda, que era desconocida por los compradores y que no era apreciable a la simple vista” (ib.).

7. Presume que esta ruina obedece a vicios en la construcción originadas en fallas en los materiales, en el suelo y en la construcción a cargo del demandado, quien hizo entrega del bien raíz el 10 de octubre de 1990.

8. La aparición de las fisuras y el agrietamiento de las paredes, se presentaron en el mes de diciembre de 1991. *“El daño es cierto y subsiste al momento de la presentación de la demanda” (f. 87, c. 1).*

9. En cuanto a la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin causa, además de los hechos anteriores, afirma la demandante que adquirió la vivienda para habitarla con su familia, que el precio fue cancelado en su totalidad, que a los pocos meses de estar habitada presentó fisuras y daños estructurales que fueron informados al constructor sin que éste hubiese efectuado las reparaciones, detrimentos que fueron producto de faltas en el cumplimiento de las condiciones técnicas aprobadas por la autoridad competente y, en fin, que entre el daño y los hechos narrados existe una relación de causalidad, por lo que el interpelado es el único obligado como constructor y vendedor a salir al saneamiento de los deterioros reportados.

C. Posición del demandado.-

Al contestar la demanda, el arquitecto Díaz Serrano se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aludió a ellos de distinta manera; pero en particular, negó que la actora le hubiese reclamado; precisó que ella había realizado modificaciones a la edificación, al variar su forma y las cargas y al construir sobre las paredes y muros originales, sobrecargando así los cimientos y las columnas.

Adujo que el demandado no había *determinado* los daños. Hizo énfasis en que la actora había realizado adiciones y mejoras a la edificación luego de haberla adquirido, planteando tal hecho como excepción, a más de la caducidad y la prescripción de las pretensiones principales y subsidiarias, así: la de saneamiento por vicios redhibitorios de que trata el artículo 1914 del Código Civil, que prescribe en un año; la de caducidad, según el artículo 2060 del mismo cuerpo normativo, por haber transcurrido más de 10 años toda vez que el inmueble lo adquirió la demandante en 1990 y promovió el proceso ya avanzado el año 2007.

D. Sentencia de primera instancia.-

Le puso fin el *a quo* con decisión denegatoria (f. 213, c. 1) de las pretensiones, al considerar que no se podía establecer que la parte actora, con las pruebas recaudadas,

hubiese demostrado que las fisuras, agrietamientos y demás daños presentados en el inmueble hubieran tenido ocurrencia dentro de los 10 años siguientes a su entrega, y no después. Por lo demás, al examinar las excepciones perentorias propuestas por la pasiva, estimó que la acción incoada era la prevista en el artículo 2060 del Código Civil, razón por la cual su prescripción era de 20 años a partir de la aparición de los daños, por lo que denegó la *“excepción perentoria de caducidad y prescripción de la acción indemnizatoria propuesta por la parte demandada”* (f. 229).

E. Apelada por el actor, la anterior decisión fue revocada por el Tribunal, pues declaró responsable al demandado por los perjuicios materiales debidos a anomalías en la construcción y en el suelo del inmueble objeto del contrato de compraventa celebrado entre las partes en 1990, condenándolo a pagar, debidamente indexada con base en el IPC desde el 26 de julio de 2010, la suma de \$241.800.000,00 a favor de la actora.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de la síntesis del proceso, ubica el problema en la determinación de si los daños experimentados en el inmueble se produjeron dentro los diez años siguientes a su entrega, según el artículo 2060 del Código Civil, precepto del cual deduce los requisitos para la configuración de la responsabilidad del empresario constructor, calidad que predica de Marco Tulio Díaz Serrano, en vista de que así se

acreditó con la Resolución 014 de 1986 del Departamento de Planeación Municipal de Neiva, aportada con la demanda.

La Sala de Decisión encuentra que las anomalías, que quedaron debidamente acreditadas, aparecieron dentro de los 10 años a que alude el precepto civil mencionado, para lo cual se basa en lo narrado por Luis Esteban Baracaldo Rubiano y en el informe que éste había elaborado, de fecha 19 de agosto de 1999, sobre daños a la casa de la vecina de la misma urbanización, Martha Lucía Ramírez, así como en las declaraciones de ésta, probanzas de las cuales concluye que los deterioros se hicieron visibles antes del mes de agosto de 1999, y por ende con antelación al cumplimiento de los diez años de su entrega, que ocurrió el 01 de octubre de 1990, lo que refuerza con el dicho de otros testigos.

En primer lugar, el de Genner de Jesús Gaviria Peña, quien declaró que las viviendas se habían construido en forma continua, con estructura y mampostería perimetral compartida.

Luego, el de Luis Esteban Baracaldo, quien afirmó que algunas viviendas habían presentado fallas, pero los propietarios las habían arreglado y que lo más probable era que la deficiencia estructural fuese común a todas esas viviendas porque no son construcciones aisladas sino en serie.

Y la declaración de Efraín Amaya, quien despejó la duda acerca de por qué si habían sido así construidas -en serie- algunas no presentaron los desperfectos que acá se reclaman. Dice el Tribunal que este testigo expresó que la casa de la demandante es contigua a la de él, y “*adolece de las mismas fallas en la construcción presentando grietas en las paredes y en el piso*” (f. 36, c. 5), pero que no todas habían experimentado ese deterioro y que

aquellas que presentan las grietas y el deterioro progresivo corresponde a la casa que están sobre la calle 8C y más cerca de la hondonada que se encuentra al frente y que tengo entendido fueron aquellas construidas sobre relleno, los que más hemos sufrido el efecto del deterioro parece ser las últimas cinco o seis casas de esa cuadra hasta la esquina de la casa del ingeniero IPUZ que pareciese que tuviera sosteniendo el resto de las casas y que más deterioro tiene (fs. 20-22) (f. 37, c. 5).

En lo tocante a las excepciones formuladas por el demandado, precisa que las de caducidad de la acción y prescripción del derecho reclamado fueron examinadas por el juez de primera instancia y como tales conclusiones no fueron censuradas por aquel, carece de competencia para analizarlas.

Y en relación con las modificaciones que la actora hizo al inmueble, destacó el Tribunal que aun cuando no cabe duda que se realizaron, el demandado debía haber demostrado la incidencia de esas reformas a la vivienda en

las fisuras que presentó luego de haber sido entregada, pero no lo hizo.

Al merecerle mayor credibilidad por su claridad y explicación detallada, el Tribunal acoge el dictamen de Fernando Correa Perdomo para la determinación de la condena en concreto, pero con descuento de la tasación referida a los perjuicios morales, por no estar acreditados.

A petición del demandado, el Tribunal adicionó el fallo en el sentido de que las sumas a su cargo, establecidas en esa decisión, las cubriera indexadas de conformidad con el IPC desde el 26 de julio de 2010 hasta la fecha del pago de la obligación.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN. CARGO TERCERO

De los tres cargos elevados contra la sentencia recurrida, se limita la Corte al estudio del tercero, único admitido al momento de calificar la demanda.

En él se acusa el fallo del Tribunal de haber incurrido en errores de hecho en la apreciación de las pruebas, lo que aparejó la violación de las normas contenidas en los artículos 2060 numeral 3° del Código Civil; 928 del Código de Comercio; y 174, 187, 197, 237, 241 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

A. La censura se dirige a controvertir varios aspectos del fallo. En primer lugar, las conclusiones del Tribunal atinentes a que los daños experimentados en la propiedad de la demandante se presentaron dentro del término que consagra el artículo 2060 del Código Civil, para lo cual recuerda los argumentos de la colegiatura, soportados en los análisis de la declaración de Luis Esteban Baracaldo, del documento que éste elaboró el 19 de agosto de 1999 sobre los daños presentados en un inmueble vecino, así como en la declaración de la propietaria de este, la señora Marta Lucía Ramírez.

Critica la apreciación del interrogatorio de parte absuelto por la actora María Myrian Penagos, pues lo cercenó en cuanto que ella manifestó que no le reclamó al demandante por escrito si no que fue su hermana la que verbalmente informó a aquel que, con ocasión de una ampliación a la vivienda adquirida, el ingeniero que la estaba adelantando le había dicho que esa casa no tenía zapatas, época aquella en la cual la actora estaba en Bogotá.

Esos fragmentos de la declaración, omitidos por el Tribunal, dice la censura, dejan sin piso

la conclusión del ad quem respecto a que los daños del inmueble se presentaron y se le hicieron saber al demandado dentro de los diez (10) años siguientes a la entrega del inmueble. Por supuesto, también es claro que, con base en su propio dicho, en ningún momento la accionante se reunió con los vecinos para discutir los

temas relacionados con los daños de sus viviendas” (f. 50, c. Corte)

Asimismo, controvierte que, con base en un informe elaborado por el ingeniero Baracaldo, hubiese concluido que los daños se presentaron dentro los diez años siguientes a la entrega del inmueble, pues ese estudio se contrae exclusivamente a la vivienda de la señora Ramírez Vargas y en ningún momento menciona la que es objeto de este proceso. Igualmente fustiga la apreciación de la declaración de la señora Martha Lucía Ramírez Vargas en cuanto que ella no indica en qué fecha los vecinos se reunieron para discutir temas relacionados con los daños.

B. La segunda acusación desarrollada en este cargo va dirigida a resaltar que en el proceso quedó demostrada la excepción de mérito formulada por la pasiva consistente en las ampliaciones y mejoras que la demandante hizo en el inmueble y cómo las mismas produjeron los daños que afectaron su vivienda. Acude a pruebas que dice fueron omitidas por el Tribunal: la declaración de Fabián Hernández, así como el dictamen pericial.

En cuanto al testimonio de Hernández, ingeniero civil que había sido contratado por el demandado para examinar el inmueble de la demandante, asevera que según este declarante, la vivienda quedó afectada por tres factores: a) por la ejecución de obras adicionales que modificaron su

diseño sin que se mejorara la cimentación, b) por las adecuaciones de la casa contigua, en cuanto que le incorporaron numerosas placas de piso y le construyeron una segunda planta que cargó la estructura adicional sobre el muro colindante, lo que vino a afectar la estabilidad de la vivienda, y c) por la ruptura de la tubería de conducción de agua potable de la red urbana y el cambio de alcantarillado en la calle en cuanto que tales obras socavaron el subsuelo cercano a la cimentación de las casas.

Conclusión, agrega la censura, que se corrobora con la pericia practicada en la primera instancia en la que el auxiliar, ingeniero civil Adolfo Iguarán Barros, reveló lo mismo en cuanto a la incidencia de las obras adicionales realizadas en la vivienda de la demandante como en las colindantes. Aclara que si bien la actora objetó esta experticia por error grave, en relación con estas conclusiones no hizo reparos, como tampoco el auxiliar que presentó el segundo dictamen decretado para repeler el objetado.

C. La tercera acusación está referida al acogimiento que el juzgador de segundo grado hizo del dictamen elaborado por el ingeniero Correa Perdomo, sin que tuviese en cuenta otras pruebas que obran en el proceso, siendo que dicho trabajo pericial no indica qué tipo de examen hizo para llegar a las conclusiones, es decir, no se encuentra fundamentado, a más de extenderse a puntos como el valor del mobiliario (decorados, cortinas, cenefas, etc.) para efectos

de contabilizar los perjuicios materiales; dictamen que, no obstante su falta de fundamentación, al Tribunal pareció de mayor credibilidad por su claridad y explicación detallada de los daños y las causas, desdeñando el primero sin dedicarle una sola línea.

Estima el impugnante que el Tribunal

dejó de aplicar el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que omitió analizar y valorar las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puesto que no estudio el primero de los dictámenes rendidos y no sometió al yugo de la razón al segundo”(f. 61, c. Corte).

CONSIDERACIONES

En este caso la actora persigue del demandado (empresario, constructor y vendedor) la reparación de los perjuicios materiales y morales (f. 81, c. 1) provenientes, a juzgar por los hechos narrados en la demanda, de fisuras, grietas, hundimientos y fallas estructurales que presenta el bien raíz que adquirió de aquel, aduciendo vicios en el suelo, en la construcción y en los materiales.

A. Más que de vicios ocultos y de acciones directamente derivadas del incumplimiento de obligaciones adquiridas en la compraventa, esta causa procesal tuvo como eje en las instancias la responsabilidad del demandado como constructor, punto este que sirve a la Corte para,

preliminarmente, señalar, en virtud de la función nomofiláctica que en sede casacional ostenta, que dos precedentes suyos se refieren a la aplicación del artículo 2060 del Código Civil por perjuicios derivados de esos vicios, reclamados -en esos dos casos- por un tercero adquirente a título de compraventa.

En el primero, la entidad demandada fue la empresaria vendedora que había antes contratado con un tercero la construcción de los inmuebles comprados por los demandantes. Allí se dijo:

En consonancia con el Tribunal, ninguna duda cabe sobre que el artículo 2060, ordinal 3° del Código Civil, frente al dueño de la obra, regula la responsabilidad directa del constructor, definido en el artículo 4° de la Ley 400 de 1997, como el “profesional, ingeniero civil o arquitecto, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de una edificación”, o al tenor del artículo 1° de la Ley 1229 de 2008, como el “profesional, ingeniero civil, arquitecto o constructor en arquitectura o ingeniería, bajo cuya responsabilidad se adelanta una edificación”. La pregunta que surge es si el tercero adquirente de la misma, fundado en la garantía decenal allí mismo prevista, puede reclamar del empresario constructor los daños sufridos cuando el edificio “perece o amenaza ruina” como consecuencia de los vicios de la construcción, del suelo o de los materiales.

Sin mayores disquisiciones, la respuesta debe ser afirmativa, porque aparte de que la norma en cuestión, particularmente el ordinal tercero, no hace ninguna distinción, así se entronque, según su encabezado, con los “contratos para la construcción de

edificios”, se entiende que como esa garantía se activa cuando el edificio pereciere o amenazare ruina, en todo o en parte, en los “diez años subsiguientes a su entrega”, causados por los vicios referidos, la responsabilidad del constructor durante ese lapso sigue siendo la misma, sin consideración a las mutaciones del dominio, puesto que, en últimas, por razones de seguridad se exige que los edificios se construyan con la estabilidad, solidez y la firmeza suficientes para evitar su ruina (CSJ SC de jul 5 2009, rad. n°. C-0800131030061993-08770-01)

El segundo, en asunto de similar tesitura al que ahora ocupa la atención de la Sala, tuvo ésta otra oportunidad de refrendar su posición:

Es innegable que la actividad de la construcción se desarrolla a través de distintas formas negociales que rebasan la hipótesis contemplada en la primera de las disposiciones citadas [se refiere la Corte al artículo 2060 del Código Civil], en las cuales se encuentran otras personas que, en forma autónoma, desarrollan el proyecto constructivo, de ahí que a pesar de aludir ese artículo únicamente a la construcción de edificios por un precio único prefijado, la responsabilidad allí prevista, también llamada «decenal» se predica del constructor en general, con independencia tanto de la forma de pago del importe, como de que la obra no se haya realizado «por encargo» sino de manera independiente.

Luego, si una persona natural o jurídica se encarga de la construcción de bienes raíces y una vez edificados procede a venderlos, él también es responsable en los términos del numeral 3° del artículo 2060, de los daños que se causen al comprador en caso de que la cosa perezca o amenace ruina total o parcialmente en los diez años siguientes a su entrega, siempre que tal situación

obedezca a vicios de la construcción, del suelo o de los materiales
(CSJ. SC1 4426-2016 de oct. 7 2016, rad. n°. 41001-31-03-004-2007-00079-01)

Hoy se reitera esa postura. En materia de responsabilidad civil del empresario constructor que a título de venta (o de cualquier otro traslaticio) enajena el inmueble que ha levantado, como es el caso de este proceso, además de las acciones que en razón del contrato son procedentes contra él -las que están en cabeza del comprador¹ si fue este el contrato utilizado-, también son admisibles aquellas otras atinentes a la responsabilidad profesional como constructor de la edificación, sin consideración al título de adquisición, como es la prevista en el ordinal 3° del artículo 2060 del Código Civil, que, inserta en el marco regulatorio del contrato de obra (originalmente denominado como contrato de arrendamiento para la confección de una obra material) pareciera quedar circunscrita a dicho contrato protegiendo sólo al dueño de la obra que acuerda su construcción.

Ese precepto establece que

¹ Se refiere la Corte en particular a las previstas en los artículos 1914 y siguientes del Código Civil y 934 del Código de Comercio, que aluden a los vicios ocultos o redhibitorios, dirigidos a proteger al comprador ignorante y exento de culpa, sobre defectos ocultos existentes al tiempo del contrato que hagan la cosa inútil total o parcialmente para ser utilizada conforme a su naturaleza. Ha de destacarse, con todo, que éstas acciones (la resolutoria y la estimatoria) en el Código Civil no son indemnizatorias, pero en el Código de Comercio sí.

Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

...

3. *Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales”.*

Es evidente que en atención a esa eventual condición de constructor o empresario y dueño de la obra a la vez que de vendedor de la misma, ninguna razón es atendible para colegir que, accionándose por la vía del incumplimiento del contrato de compraventa, no sea posible extender la garantía a que se refiere el artículo 2060 del Código Civil a quien es adquirente del inmueble construido por quien vende, pero sí hacerlo con el tercero subadquirente, como ha quedado dilucidado por la jurisprudencia. Específicamente cuando en la *causa petendi* el actor invoca hechos atinentes a los supuestos fácticos contenidos en el precepto mencionado, esto es, que el edificio perece o amenaza ruina que aparece dentro de los 10 años siguientes a su entrega, por vicios en el suelo, en los materiales o en la construcción.

Como bien se dijo en el primer precedente, este artículo establece algunas pautas atinentes a los contratos para construcción de edificios, sin que en especial en la regla tercera ya transcrita, se haga alguna distinción acerca del titular de la garantía y de la acción de responsabilidad civil,

a resultas de lo cual la del constructor y la garantía decenal allí contemplada, están dadas sin consideración al título del accionante, pues se evidencia que dicha regulación ampara intereses generales que exigen que las edificaciones cuenten con la solidez suficiente de modo que brinden confianza, a quien la habita, a los subadquirentes y a la comunidad. Por ello es que otras disposiciones, incluso administrativas, han venido a regular técnicamente la materia², todo en aras de esa aludida finalidad de estabilidad y solidez. Si ello es así, debe sin ambages señalarse que no queda circunscrita, por consiguiente, al mero ámbito del contrato de construcción de la edificación que regula las relaciones del constructor con el dueño de la obra, sino que esa garantía decenal y la responsabilidad subsecuente del constructor puede ser hecha valer por terceros adquirentes, sin que sea dable aducir el título (compraventa, fiducia mercantil, leasing, etc.) del cual deriva su derecho sobre el edificio como causa inmediata de pedir en el marco de una responsabilidad contractual, pues esta debe catalogarse de *legal*, como en el primer precedente se afirmó .

Es por lo demás, lo que la actual legislación, no aplicable a este caso, regula. En virtud del artículo 8° de la ley 1796 de 2016 (Estatuto del Consumidor),

² A título de ejemplo, menciona la Corte en esta ocasión la Ley 400 de 1997, modificada por la ley 1229 de 2008 sobre construcciones sismo resistentes

“sin perjuicio de la garantía legal de la que trata el artículo 8° de la Ley 1480 de 2011, en el evento que dentro de los diez (10) años siguientes a la expedición de la certificación Técnica de Ocupación³ de una vivienda nueva, se presente alguna de las situaciones contempladas en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, el constructor o el enajenador de vivienda nueva, estará obligado a cubrir los perjuicios patrimoniales causados a los propietarios que se vean afectados”.

Ese artículo 8° establece, en lo pertinente a este caso, que *“para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año”.*

No sobra por lo demás dejar establecido que la denominada garantía decenal a que se refiere el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil significa que durante los diez años siguientes a la entrega corre a cargo del constructor la responsabilidad derivada de daños que en ese tiempo afloren, surjan o aparezcan en la edificación, que provengan de los vicios anotados en ese precepto y que generen su ruina total o parcial, actual o inminente

³ Reza el artículo 6° de la anotada ley: “CERTIFICACIÓN TÉCNICA DE OCUPACIÓN. Una vez concluidas las obras aprobadas en la respectiva licencia de construcción y previamente a la ocupación de nuevas edificaciones, el supervisor técnico Independiente deberá expedir bajo la gravedad de juramento la certificación técnica de ocupación de la respectiva obra, en el cual se certificará que la obra contó con la supervisión correspondiente y que la edificación se ejecutó de conformidad con los planos, diseños y especificaciones técnicas, estructurales y geotécnicas exigidas por el Reglamento Colombiano de Construcciones Sismorresistentes y aprobadas en la respectiva licencia”

(“amenaza”), entendiéndose por ruina la caída o destrucción por desintegración del edificio o de parte de él, y por edificio una obra del hombre que se adhiere permanentemente al suelo. Acerca de si la ruina supone sólo la desintegración actual o potencial de componentes estructurales del edificio y no los acabados, es hoy una circunstancia dilucidada según lo establecido en el transcrito artículo 8° de la ley 1480 de 2011.

B. Como se recordará, el Tribunal dejó expresamente sentado que del análisis integral al conjunto de la prueba deducía que las anomalías se manifestaron dentro de los diez años siguientes a la entrega del inmueble. Y ello en atención a lo que declaró Luis Esteban Baracaldo Rubiano tanto en el proceso como en el concepto que elaboró el 19 de agosto de 1999 sobre una edificación vecina afectada con defectos similares a los reclamados en esta causa litigiosa, esto es, la de la señora Marta Lucía Ramírez; así como en el dicho de esta acerca de que se reunía con la demandante para discutir los temas relacionados con los daños a sus viviendas. A todo ello agregó lo que dijeron Genner de Jesús Gaviria Peña, sobre la forma como estas viviendas se construyeron (en forma continua, con estructura y mampostería perimetral compartida); Luis Esteban Baracaldo Rubiano acerca de que como no son construcciones aisladas pues fueron hechas en serie, lo más probable es que la deficiencia estructural fuese común a todas esas viviendas; y Jesús Antonio Campo Ramón, vecino inmediato de la actora y quien dejó

establecido que la de él adolecía de las mismas fallas de construcción presentadas en la de la demandante.

Con base, pues, en este conjunto probatorio llegó a una conclusión que la Corte en manera alguna encuentra caprichosa, carente de sentido común o producto de yerros probatorios de hecho manifiestos, pues si el *ad quem* encontró demostrado que esas viviendas no eran aisladas, sino que su mampostería estructural era compartida, si la colindante estaba afectada según el dicho de su propietario y, si otra vecina estaba afectada con vicios en su vivienda similares a los de la demandante y se reunía con esta para discutir ese problema que compartían, analizado en 1999 por un experto que declaró en la causa, nada hay de absurdo en concluir que los daños en la vivienda de esta litis hubiesen aflorado antes del vencimiento de los 10 años siguientes a la entrega del inmueble, esto es, antes del 1º de octubre del año 2000, data en que terminaba la denominada garantía decenal prevista en el artículo 2060 del Código Civil.

Pero además de lo anterior, nota la Corte que el impugnante dejó de fustigar la apreciación probatoria que el Tribunal hizo de tres declaraciones que, conjuntadas con los otros medios de prueba, según se vio, le dieron para concluir que los daños afloraron dentro del anotado término de garantía. En efecto, nada dijo la censura de las declaraciones de Genner de Jesús Gaviria Peña, Luis Esteban Baracaldo Rubiano y Jesús Antonio Campo Ramón, por lo que el ataque

que se analiza es incompleto. Y lo es también porque el Tribunal se fundó asimismo en el hecho de que los inmuebles a que se refirieron los testigos vecinos, *“fueron construidos con los mismos planos arquitectónicos”* (fls. 35 y 36, c. Trib.) Razón por la cual le resultaba razonable entender que los vicios y el tiempo de su aparición fueron coetáneos en las viviendas de los testigos Marta Lucía Ramírez, Efraín Amaya y la demandante.

Y bien se sabe que el cargo en casación debe venir fundamentado en forma clara y precisa, expresiones que ponen de presente no sólo que el mismo sea inteligible sino que vaya dirigido en concreto a todos los elementos esenciales, fácticos y jurídicos, que soportan la decisión, o lo que de ella se controvierte.

Ha advertido la Sala, en numerosas ocasiones, que

“como la sentencia arriba a la casación amparada por la presunción de acierto y el fallador goza de una discreta autonomía en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son inmodificables en casación mientras que el impugnante no demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error manifiesto de hecho, o en violación de las normas legales que reglamentan la ritualidad y eficacia de los medios probatorios” (CSJ SC056-1995 de jun 6 1995, rad. n°. 4121)

De otra parte, la acusación luce desenfocada, esto es, dirigida a aspectos que el Tribunal no tuvo en cuenta, pues

el recurrente hace énfasis en que la reclamación que María Myriam Penagos Mora hizo a Marco Tulio Díaz no sólo no fue por escrito sino que al parecer la hizo por conducto de quien habitaba el inmueble, la hermana de la actora, dado que esta se encontraba en Bogotá. Y esto, ciertamente, es intrascendente y no forma parte del hecho investigado, es decir, no interesa a estos efectos quién y cómo se hizo el reclamo sino cuándo apareció el daño reclamado.

De lo anterior resulta que la primera acusación contenida en el cargo no sale adelante, resultando entonces que quede en firme la inferencia de que había daños en la vivienda y que estos aparecieron antes del vencimiento del término decenal de garantía.

C. Otra acusación se dirige a demostrar la excepción de fondo formulada oportunamente por el resistente y dirigida a hacer ver que las ampliaciones y mejoras que la demandante realizó sobre el inmueble fueron las causantes de los daños reclamados. Para ello se vale de la declaración de Fabián Hernández, la rendida por la actora, y la pericia a cargo del ingeniero Arnulfo Iguarán Barros.

Pues bien, corresponde a la Corte examinar según la senda que la acusación le traza, si el Tribunal cometió los errores que se le endilgan:

1. Fabián Hernández, quien declaró ser ingeniero civil, residente en el mismo conjunto habitacional donde está situada la vivienda objeto de este proceso, según su decir, fue llamado por el demandado para realizar una visita técnica al inmueble objeto de este litigio con la finalidad de estudiar su patología estructural, narró (prueba testimonial practicada el 24 de noviembre de 2009 , f. 61, c. 3) que la vivienda fue afectada por la ejecución de obras adicionales que modificaron su diseño original sin que se mejorara la cimentación, factor éste que junto a otros perjudicaron su estabilidad, como la modificación de la casa contigua esquinera, a la que le fueron incorporadas numerosas placas de piso, cargando estas estructuras adicionales sobre el muro colindante que comparten las dos viviendas. Y la ruptura de la tubería de conducción de agua potable en la red urbana así como el cambio de alcantarillado en la calle “que da con la fachada frontal de la vivienda en la cual se evidencia una socavación en el subsuelo cercano a la cimentación de las casas la cual al parecer ha afectado la estabilidad de las mismas” (f. 61, c. 3).

En relación con el tiempo de aparición de estos factores que se dicen desencadenantes de los daños a la vivienda, y teniendo presente la fecha en que el testigo declara, la Corte resalta:

*“se aprecia que el problema radica en **fallas probables en la capacidad portante del suelo** las cuales empezaron a presentar tiempo después de haber entregado a satisfacción los bienes inmuebles, cosa que nos asegura que fueron factores externos*

posteriores al recibo de los inmuebles en perfecto estado de funcionamiento, los que generaron dicha patología” (f. 62)... “Rotura de la tubería del acueducto de la red principal, estas roturas generan filtraciones al subsuelo y de alta presión en algunos casos los cuales alteran la capacidad portante del suelo disminuyendo la misma fenómeno tal que afectaría la estabilidad de las viviendas, la fecha no la tengo exacta, solo lo considero como factor nocivo para las estructuras... Respecto de la fecha exacta de cuándo ocurre el evento lo desconozco... Tampoco tengo fecha del cambio de alcantarillado” (F. 65)

Preguntado acerca de si la constructora siguió las normas técnicas establecidas para el tipo de construcción que adelantaba, contestó que en su concepto:

“el porcentaje de viviendas afectadas con respecto a las viviendas construidas es ostensiblemente muy bajo para llegar a conceptuar que no se ha cumplido con las normas, manifestando esto como una apreciación estadística con respecto a la urbanización en general” (ibídem).

El testigo manifiesta no poseer elementos de juicio suficientes para poder opinar acerca de si el suelo se encontraba apto para levantar la estructura de la vivienda pues, *“necesitaría ejecutar uno sondeos y hacer un estudio de suelos para poder emitir un concepto al respecto”.*

Indica que aparte de los inmuebles que están en la Carrera 8C con calle 39, donde se ubica el de este pleito (calle 8C #39-76, según se lee en el folio de matrícula aportado, f. 2, C. 1) no hay otros que presenten agrietamientos o

problemas similares: *“no he tenido conocimiento por ningún medio que se haya presentado este mismo caso en otros inmuebles del vecindario”* (f. 64). Además, ante pregunta del apoderado de la parte demandada acerca de la fecha de los daños en el acueducto y el alcantarillado que fueron determinantes de los deterioros del inmueble, no responde exactamente la pregunta pero sí precisa: *“quiero aclarar en cuanto la pregunta que asevera como determinantes para la afectación de las viviendas que no es el término que se debe incorporar a la pregunta, dado que son factores que aunados a los demás han venido afectando o generan grave riesgo para que se magnifique el problema de las viviendas y en la fecha en que éstos se hayan ocasionado, se evidencia que estos no han sido los generadores iniciales de la patología dado que se observan factores posteriores al inicio de la patología”*.

2. María Myriam Penagos Mora, la demandante, en declaración rendida ante el juzgado (f. 54, c. 3), indicó que las fisuras por grietas aparecieron como al año de comenzar a habitar la casa y era comentario entre todos los vecinos *“que todas las casas se estaban agrietando, eran como cinco casas”*. En relación con el aspecto central de esta acusación, manifestó que *“se ampliaron las dos alcobas que dan al patio y se construyó la cocina y la alcoba para la empleada”*; que *“nosotros compramos como a finales de 1990, y a comienzos de 1991 le hicimos las mejoras”*; que para esa última fecha el inmueble presentaba fisuras, pero lo consideró algo normal. Indagada acerca de cómo explicaba que presentando el inmueble fisuras procediera a efectuar mejoras, anotó que *“en la casa iba a habitar mi mamá y entonces era necesario*

hacerle esas ampliaciones porque ella no podía subir escaleras, se tuvo que ampliar el primer piso, a la altura de las alcobas, entonces donde estaba la cocina se le hizo la alcoba a mi mamá, porque los médicos nos aconsejaron que nos cambiáramos de casa, además suponíamos que no era tan grave la situación". Preguntada acerca si a esas mejoras precedieron estudios de suelos, muros, vigas, y aprobación de Planeación Municipal o Curaduría señaló que presumía que el ingeniero que lo hizo, Fabio Gutiérrez, tuvo que haber hecho esas vueltas, "incluso él reforzó la construcción porque decía que se estaba en un terreno muy malo". Considera que con esas mejoras el inmueble en algunas partes quedó reforzado, "porque la casa con el pasar de los años quedó totalmente mal, tanto que la casa estaba inhabitable casi, yo tuve que contratar hace como dos años alguien que le hiciera una reparación muy buena, un maquillaje muy fuerte para que yo la habitara, eso daba miedo por las grietas tan grandes en el piso y por todas las partes".

3. Finalmente, en lo que hace al dictamen del ingeniero civil Arnulfo Iguarán Barros (fls.7 a 15), debe señalarse que fue objeto de dos ampliaciones (fls. 17 a 21) a petición del juzgado de conocimiento y antes de su traslado a las partes, quienes en su momento pidieron, el demandado, complementación (f. 169, c. 1) y el demandante, aclaración, complementación además de objetarlo por error grave (f. 171).

El recurrente resalta que el perito estableció que las obras adicionales hechas en la vivienda de María Myriam Penagos y las colindantes incidieron en “aumentar los problemas que se presentan de agrietamiento y de fisuras en los muros... Máxime cuando se tiene la certeza de un suelo muy ajustado a los límites de la capacidad portante solicitada, la cual se evidencia en las grietas observadas en la vía, a través del desmoronamiento de la placa de concreto en la misma”.

Una lectura integral de todo su dictamen permite establecer que el auxiliar identificó el inmueble, lo describió de modo somero, indicó su valor a la fecha de adquisición y a la fecha del avalúo, afirmó que su estado actual era habitable con algunos agrietamientos y fisuras, con materiales de calidad normal, con asientos diferenciales en el suelo, vivienda que no amenazaba ruina pero sí ameritaba reparación, que la construcción cumplió con el manual para construcciones de uno y dos pisos en cuanto a la cuantía de refuerzo y calidad de materiales que obran en condiciones normales para construcción de esta clase de vivienda; que este no presenta riesgo para las personas que la habitan, que puede ser reparado en las partes que están afectadas pero que es importante “*un estudio a fondo para determinar estos asentamientos diferenciales que se presentan en el suelo*” (f. 9, c. 4). Preciso que las obras adicionales realizadas en la vivienda de la actora y en las casas colindantes incidieron en “aumentar los problemas que se presentan de agrietamientos y fisuras en los muros , por un momento en la carga de soporte del suelo , máxime

cuando se tiene la certeza de un suelo muy ajustado a los límites de la capacidad portante” (f. 10). Reiteró que “los muros divisorios de las viviendas colindantes tanto en el sector oriental como en el occidental son comunes o compartidos por lo que las obras realizadas en el inmueble del señor Julio César Ipuz incidieron en los problemas de agrietamiento y fisura” de la casa de María Myriam Penagos, que el hundimiento que observó en el patio interior de la vivienda de esta “se debió a una deficiente compactación para cerrar unas obras de instalaciones hidrosanitarias para la evacuación de las aguas lluvias”.

Precisó que la vivienda no tiene actualmente la misma composición arquitectónica a como fue entregada inicialmente de acuerdo con los planos, el área y la distribución; que ese cambio *“implica necesariamente una mayor carga estructural sobre el suelo y asimismo ello origina la necesidad de adaptar la cocina, el baño, y el patio interior, de las instalaciones hidráulicas sanitarias y de evacuación de aguas lluvias, para el correcto funcionamiento de las nuevas construcciones”*; que las bases originales y la construcción sobre el suelo se hicieron conforme a los planos, que la vivienda no padece ruina aunque existen grietas y fisuras cuyo origen es diverso, como *la limitada capacidad portante del suelo*, las construcciones vecinas y las levantadas en la propia vivienda.

En la complementación del dictamen precisa que los materiales utilizados fueron de primera calidad máxime cuando estos tienen una antigüedad de 20 años. En cuanto a los asentamientos diferenciales, precisó tres condiciones:

“una arcilla comprensible [sic], que se refiere al grado de consolidación debido a que las arcillas jóvenes que no han tenido tiempo suficiente de compactación por parte de estratos de sedimentos de suficiente potencia.

-Cargas irregularmente repartidas. Se refiere el desequilibrio de esfuerzos en el suelo, que provoca un asentamiento diferencial”.

- Variación en las condiciones del suelo de cimentación, que puede deberse a un aumento del nivel freático que genera expansión o descenso del mismo que genera retracción del suelo cohesivo causados por desecamiento...”

Recuérdese que el Tribunal consideró que si bien las mejoras se hicieron, no había quedado demostrado que ellas hubiesen afectado la estructura de la vivienda objeto de este pleito. Es decir, lo determinante para desquiciar el argumento del Tribunal no estriba en demostrar que la actora hizo mejoras, pues visto está que el Tribunal así lo reconoció, sino en verificar que ellas fueron la causa de los daños reclamados.

Y es en este punto donde debe resaltarse que del análisis de las probanzas antes descritas, se concluye que las mejoras realizadas por la actora se hicieron a comienzos de 1991 y continuaron a lo largo de los años, es decir, reconstrucciones y mejoras que se hicieron cuando ya había aflorado el daño originado en vicios en el suelo que el Tribunal tuvo en consideración, en atención a los dictámenes y testimonios concordantes en describir la limitada capacidad portante del suelo, los rellenos que el demandado constructor efectuó sin la debida compactación y

consecuencialmente, la afectación de las casas de la calle donde está la de este pleito. Elementos éstos que quedaron en firme y que sirven para establecer con el grado de verosimilitud que la Corte debe respetar, pues tal conclusión no es absurda o carente de sentido común, que lo determinante de los daños no son las mejoras realizadas en las casas adyacentes y en la objeto del pleito, si no el vicio demostrado en el suelo.

Como quiera que el cargo se concentra en establecer como eximente de la responsabilidad del demandado, lo que tradicionalmente se conoce como culpa de la víctima, debe esclarecerse que para que esta causal de exoneración de responsabilidad prospere debe, además de acreditarse la prueba de la conducta de la víctima (mejoras en la casa de ésta) y del nexo causal entre ella y el daño reclamado, que tal hecho sea exclusivo de ella, lo que significa que el censor debió haber demostrado la ausencia del endilgado vicio en el suelo. Y si, como parece sugerirlo el cargo, quiere también aducir hechos de terceros, no está demás señalar que de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, la concurrencia de conductas de terceros y el demandado, concertadas o no, determinantes del daño reclamado por el actor, hacen a sus autores solidariamente responsables del resarcimiento de los perjuicios causados con ellas.

D. La última acusación, muy entrelazada con la anterior y que debe en principio entenderse enmarcada en el error de hecho en la apreciación de las pruebas, pues así lo anunció el recurrente al comienzo del cargo, se inmiscuye, con todo, en el campo del yerro probatorio de derecho, en inadmisibles entremezclamiento de yerros sobre una misma prueba y en un mismo cargo.

En efecto, se duele de que el Tribunal haya concedido mayor mérito probatorio al dictamen practicado por el ingeniero Correa Perdomo, que califica de desprovisto de fundamentación, sin tener en cuenta las demás pruebas, en particular el primer dictamen del que dice que el *ad quem* no le dedicó una sola línea argumentativa, con lo cual dejó de aplicar el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil que ordena la valoración de las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, *“puesto que no estudio el primero de los dictámenes rendidos y no sometió al yugo de la razón al segundo”* (f. 61)

Resulta claro que el motivo concreto que aduce el recurrente no está cimentado en el precepto probatorio mencionado sino en lo que indica la norma contenida en el inciso final del artículo 241 del estatuto procesal mencionado, norma también de ese linaje, al tenor del cual, *“si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”*.

Resulta entonces que si lo que el recurrente estaba criticando era la falta de apreciación en conjunto de los dos dictámenes periciales conforme lo ordena la norma transcrita, su acusación está claramente encausada por el error de derecho, pero sin tino en la acusación de la norma pertinente que ordena lo que el recurrente echa de menos, sin explicar menos la razón de la violación, y, en fin, sin calificar de derecho el yerro que le endilga al Tribunal, todo lo cual permite inferir defectos técnicos que impiden un conocimiento de fondo en este segmento de la acusación.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el cargo no se abre paso.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene la Ley 1395 de 2010, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.000.000.00., atendiendo, además, que la opositora hizo presencia en este trámite, dando respuesta al recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de

origen.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente

MARGARITA CABELLO BLANCO

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 41001-31-03-002-2008-00136-01

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala, con el mayor respeto me permito disentir de la forma en que se resolvió la crítica relativa a la configuración de eximentes de responsabilidad, en tanto los argumentos expuestos para rehusar su estudio de fondo parten de una inadecuada comprensión de la defensa planteada, incurren en una indebida mixtura entre la responsabilidad contractual y la aquiliana, y no tuvieron en cuenta el plexo probatorio que hace parte de la foliatura.

1. Rememórese que el Tribunal, en el punto que interesa, desechó las excepciones *culpa de la víctima e intervención de terceros* por cuanto, si bien la actora hizo mejoras en el inmueble, el enjuiciado no demostró como afectaron el predio, ni su incidencia frente a los deterioros reclamados.

2. Para criticar el anterior aserto, el casacionista trajo a colación la declaración de Fabián Hernández, quien aseguró que la sobrecarga de la estructura fue uno de los factores más relevantes para el deterioro del inmueble, máxime por tratarse de una cimentación compartida que

era prácticamente inmodificable; también invocó la inspección judicial y, en particular, las aseveraciones de Arnulfo Iguarán Barros, en las que se estableció que los agrietamientos se originaron en las construcciones que sobrecargaron los muros comunes, punto que no fue desmentido por el experto que intervino en el proceso; y, por último, recordó que se dio plena credibilidad al estudio técnico de Fernando Correa, sin tener en cuenta que no indicó los exámenes o métodos empleados para arribar a sus conclusiones y, por el contrario, mostró un sesgo en contra del accionado.

3. La decisión mayoritaria denegó la casación con base en tres (3) ideas: (i) las *«reconstrucciones y mejoras... se hicieron cuando ya había aflorado el daño originado en vicios en el suelo»*; (ii) para que prosperara el eximente de culpa de la víctima debió demostrarse que aquélla fue la causa exclusiva del perjuicio, lo que no sucedió pues los defectos en el terreno están fuera de duda; y (iii) aunque el hecho de un tercero hubiera incidido en el daño, debe aplicarse el artículo 2344 del Código Civil, que consagra una responsabilidad solidaria frente a todos los causantes.

4. Frente a los argumentos precedentes alzo mi voz de disidencia, por las razones venideras:

4.1. De acuerdo con los artículos 1604 y 1609 del Código Civil, aplicables a la materia contractual, el deudor incumplido puede exonerarse de su deber resarcitorio si demuestra que el daño fue producto de caso fortuito o es

imputable a la víctima, eventos en los cuales se rehusará la mora, condición *sine qua non* para la procedencia de la condena al pago de perjuicios.

Según el artículo 1º de la ley 95 de 1890, se entiende por caso fortuito el imprevisto que no es posible de resistir, como los eventos de la naturaleza, las conductas imputables a terceros o los actos de autoridad.

Se consagraron, de esta forma, el «caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima» (SC231, 31 oct. 1991) como «causales de exoneración de responsabilidad», entendidas como defensas que propugnan por eliminar el nexo causal entre la conducta antijurídica achacada al enjuiciado y el daño, con lo cual se evita el surgimiento del deber restaurativo.

Así lo ha doctrinado la Sala:

[L]a exoneración de responsabilidad no puede 'plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero', porque con independencia de que el damnificado también haya concurrido con su obrar a generar el daño (conurrencia de culpas), la indicada causa extraña a la postre equivale a afirmar que el hecho lesivo no puede ser atribuido jurídicamente al demandado (SC114, 9 dic. 2008, rad. n.º 1999-00206-01).

Diferentes a las denominadas «causales de justificación», que tienden a desvirtuar el elemento de la antijuridicidad en el actuar propio, como son la legítima

defensa, el estado de necesidad, la autoayuda, el consentimiento de la víctima, la asunción del riesgo y la autorización legítima¹.

4.2. Ahora bien, cuando se invoca la actuación de un tercero o de la víctima como eximente, sin mayores particularizaciones, debe entenderse que se está repudiando la atribución del daño, en razón de la ruptura del nexo causal; sin embargo, esta alegación puede vislumbrar un motivo de morigeración o reducción del débito indemnizatorio, cuando se está frente a una coparticipación causal.

Sobre esta distinción, esta Corporación *in extenso* ha señalado:

[C]on ocasión de una eventual concausalidad en la ocurrencia del daño podría llegar a disminuirse la indemnización, o incluso exonerar a la entidad de toda responsabilidad; escrutinio que habrá de realizarse no a partir de la mera confrontación de conductas sino evaluando la causa jurídica del daño para definir en qué medida una u otra fue la determinante en la ocurrencia del hecho dañoso.

En efecto, esta Corporación en relación con la coparticipación en la ocurrencia del daño ha anotado lo siguiente: '(...) para que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es que para deducir responsabilidad en tales

¹ cfr. Artículo 7:1010 de los Principio de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, elaborados por el Grupo Europeo del Derecho de Daños.

supuestos la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre los concurrentes ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpa, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo (CLII, 109 –Cas. 17 de abril de 1991) (CSJ SC de 6 de may. de 1998, exp. 4972).

En tiempos más recientes en relación con dicha temática precisó: ‘esta Corte –al igual que la mayor parte de la doctrina contemporánea– ha sostenido desde hace varios años que la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de “coparticipación causal”, es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de “compensación de culpas” como ocurría en el pasado. (CSJ, SC del 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01) (CSJ SC13925-2016 de 30 de sept. de 2015, Rad. 2005-00174-01)... (SC1697, 14 may. 2019, rad. n.º 2009-00447-01).

El artículo 2357 del Código Civil cimenta este entendimiento, en tanto prescribe que «[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente», canon aplicable a asuntos extracontractuales y contractuales, ante la ausencia de una regulación expresa en esta última materia (cfr. SC, 11 jul. 2001).

Posición que encuentra apoyadura adicional en el principio de reparación integral, reconocido en los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 283 del Código General del

Proceso, el cual ordena «*que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que **habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio**’*» (negrilla fuera de texto, SC5340, 7 dic. 2018, rad. n.º 2003-00833-01, reitera el precedente SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).

Bastará, entonces, la simple invocación del hecho de la víctima o de un tercero para que judicialmente deba analizarse la doble dimensión a que se ha hecho referencia -causal eximente y de aminoración-, no sólo por el deber de interpretar la demanda, sino por la obligatoriedad de fallar *infra petita*, como lo impone el inciso tercero del artículo 281 del nuevo estatuto procesal, que impone al juez reconocer lo que se halle probado en el proceso «*si lo pedido por el demandante [lo] excede*»; armonizado con el mandato 282, que obliga al reconocimiento oficioso de las excepciones «*cuando el juez halle probados los hechos que [la] constituyen*».

Bien se ha dicho que «*el fallo infra petita... es conocido por tener lugar en aquellos casos en los que éste concede o reconoce una prerrogativa en extensión menor de la demandada, pero en todo caso dentro del contexto en el que*

ella ha sido deprecada» (SC, 23 ag. 2011, rad. n.º 2002-00297-01).

4.3. En el caso bajo estudio, el accionado se opuso a los hechos del libelo genitor bajo la premisa de que la *«demandante realiz[ó] obras, construcciones, modificaciones sobre lo ya recibido a satisfacción. No consult[ó] sobre la viabilidad de tales agregados y las sobrecargas e incidencias en sus bases y en todas las instalaciones»* (folio 106 del cuaderno 1); rechazó las pretensiones porque *«[l]a propietaria, por si misma (sic) o al (sic) través de operarios realizó modificaciones a la edificación, varió no solamente su forma sino también las cargas... Sobrecargó los cimientos y las columnas o muros originales»* (folio 107); y propuso como excepción el «hecho notorio» de *«la construcción, la adición a la edificación realizada con posterioridad a la adquisición del lote y edificación que adquirió... determinantes de sobrecargas a lo planificado, por el constructor y vendedor, en sus cimientos, columnas, paredes, servicios, etc.»* (folio 111).

Adicionalmente, al hacer las súplicas probatorias, deprecó la intervención pericial para determinar si *«las modificaciones, construcciones etc. determinan una mayor carga estructural sobre la obra original»* (folio 114), así como para definir *«si las fisuras y agrietamientos que aparecen en el inmueble objeto de la inspección tienen origen por la sobrecarga en las mejoras construidas en el inmueble del costado oriental... teniendo en cuenta que el (sic) citado inmueble... se le hicieron varias remodelaciones que cargan*

so (sic) el muro... medianero» (folio 3 del cuaderno pruebas de la parte demandante y demandada).

Descuella, entonces, que el convocado esgrimió como defensas *el hecho de la víctima*, por realizar adecuaciones que sobrecargaron la estructura de la vivienda que éste adquirió, *y de un tercero*, porque un vecino construyó sobre el muro divisorio de los predios; al no haber acotado esta excepción, de forma expresa, una recta hermenéutica de la misma devela que las causales esgrimidas buscaron destruir, tanto la configuración de la responsabilidad, como la atribución de la totalidad de los perjuicios reclamados, en tanto bastará la comprobación del comportamiento para que deba evaluarse su subsunción como causal de exoneración o de reducción, siempre que aparezcan probados los supuestos materiales de su configuración.

Por igual senda, la Corte debió desatar la casación con vista a la existencia de múltiples causales de exoneración o de aminoración de responsabilidad, pues el cargo propuesto por indebida valoración probatoria no excluyó ninguno de esos entendimientos, sino que, por el contrario, dio cabida a ambos, según se extrae de su redacción:

Dimensión de exoneración: *Como puede observarse, la excepción de mérito consistente en las mejoras que la demandante señora María Myriam Penagos Mora le hizo al inmueble y que produjeron los daños al bien de su propiedad, quedó suficientemente probada dentro del proceso, pero a pesar de ello y para infortunio del demandado, el ad-quem pretermitió tal medio de convicción...* (negrilla fuera de texto, folio 55 del cuaderno Corte).

Dimensión de aminoración: *Por tanto, dentro del proceso existe abundante material probatorio que permite acreditar que las mejoras y ampliaciones que **la señora María Myriam Penagos Mora le hizo al inmueble de su propiedad incidieron en los daños que presentó el bien**, específicamente las grietas y fisuras que se evidenciaron durante la inspección judicial. No obstante, el ad-quem pretermitió todas esas pruebas y sencillamente concluyó que no se acreditó la excepción meritoria formulada oportunamente por la parte demandada...(negrilla fuera de texto, folio 58)*

Reliévese, por claridad, que el actor no fue preciso sobre el propósito de su recurso, huelga decirlo, si criticó que no se reconociera la exoneración de responsabilidad, o echó de menos una reducción de la condena por coparticipación causal. Sin embargo, al señalar que el daño cuya reparación se reclamó fue causado por la demandante y un tercero, e invocar que tuvieron injerencia en el mismo, dable era extraer que el reclamo en casación cobijó ambos supuestos, lo que es armónico con las defensas esgrimidas en instancia.

4.4. En contravía, en la sentencia aprobada, al analizarse el hecho de la víctima, únicamente se revisó la configuración de una causal de exoneración íntegra de responsabilidad, desestimada la existencia de pruebas que demostraban la intervención del demandado en la producción del hecho dañoso (página 30).

Con este proceder se dejó por fuera, de manera indebida, el estudio de la coparticipación causal, defensa que se planteó desde la contestación de la demanda y que

se enarboló en casación, como ya se explicó, la cual precisamente parte del reconocimiento de la intervención de múltiples actores en la ocurrencia del daño, lo que pretendió probarse con los instrumentos de convicción listados en el escrito de sustentación.

Ahora bien, este ejercicio no resultaba inane bajo la égida de que los deméritos patrimoniales (grietas, fisuras y lucro cesante) se materializaron antes de las adecuaciones afectadas en la casa por la actora, pues esto no excluye que la realización de estas últimas pudieron incidir en la severidad de aquéllas, siendo procedente la reducción del *quantum* indemnizatorio, en aplicación del principio de mitigación del daño reconocido en la jurisprudencia de esta Corporación:

[E]l deber de mitigación o atenuación, connatural al principio de reparación integral, propende porque la víctima tome las medidas que estén a su alcance para evitar que las consecuencias del daño aumenten o no se detengan; esto es, el lesionado tiene la carga de adoptar los correctivos razonables y proporcionadas que reduzcan las pérdidas, o impidan su agravación, ya que no hacerlo puede acarrearle la disminución de la indemnización reclamada.

De allí que el artículo 2357 del Código Civil prescriba que «[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente». Regla que guarda armonía con el principio general del derecho que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo.

La Corte, refiriéndose a la materia, señaló que cuando el «demandante con sus omisiones creó un escenario altamente propicio para la generación del resultado que afectó su patrimonio, es decir generó un evidente estado de riesgo que vino a ser agravado por la conducta omisiva de la demandada, habrá

de reducirse la condena en contra de la parte demandada» (SC, 3 ag. 2004, exp. n.º 7447; en el mismo sentido SC, 6 ab. 2001, exp. n.º 6690).

Más recientemente manifestó: [E]n el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo...

El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia...

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como “una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconoce al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que est[á] dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido” (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda (SC, 16 dic. 2010, rad. n.º 1989-00042-01)... (SC512, 5 mar. 2018, rad. n.º 2005-00156-01).

En suma, la resolución al remedio extraordinario fue insuficiente, por no revisar la valoración probatoria que servía de fundamento a la alegación de una coparticipación causal, a pesar de corresponder a una defensa izada en instancias, negada por el Tribunal y planteada en esta sede.

4.4. En lo tocante al hecho de un tercero, el estudio en casación también debió enfocarse desde la doble arista de la causal de exoneración y de morigeración de la responsabilidad, con el fin de establecer si las pruebas omitidas o indebidamente valoradas daban cuenta de cualquiera de estas circunstancias y, por tanto, era proceden anular la sentencia de 25 de julio de 2013.

El proveído del cual me separo parcialmente omite esta revisión porque, *«de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, la concurrencia de conductas de terceros y el demandado, concertadas o no, determinantes del daño reclamado por el autor, hacen a sus autores solidariamente responsables del resarcimiento de los perjuicios causados con ellas»* (página 31).

Esta concisa justificación devela grandes vacíos hermenéuticos que imponen aclarar el voto, amén de que constituye una derogatoria tácita del artículo 1568 del Código Civil, así como una incorrecta hibridación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, en trastorno de la estructura que campea en la codificación privada.

Y es que, si se parte de la base de que el reclamo efectuado por la demandante se encausó por la senda de la garantía decenal del constructor, tanto así que se condenó al enjuiciado con fundamento en el artículo 2060 del estatuto privado, no se vislumbra la necesidad de abandonar esta órbita de la responsabilidad contractual, para acudir a un régimen normativo diferente.

En la sentencia aprobada, en contravía, se acudió a las reglas de la responsabilidad por los delitos y culpas para endilgar al constructor responsabilidad por el hecho de un tercero, quien no intervino en la celebración o ejecución del contrato, ni se probó que tuviera la condición de dependiente o subordinado de aquél. En concreto, se acudió el canon 2344 del Código Civil, que por estar contenido en el Título XXXIV, no cabe duda que únicamente se aplica a la *responsabilidad común por los delitos y las culpas*, sin que haya razón valedera para extenderse a la contractual, puesto que en este último campo hay una regla diferente, contenida en el artículo 1568, como es la conjunción en las obligaciones negociales: *«cuando se ha contraído por muchas personas... la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores... es obligado solamente a su parte o cuota de la deuda»*.

Norma ésta que no ha perdido vigencia y que, por el contrario, ha sido patrocinada por esta Corporación:

[P]ara la verificación de los efectos propios de las obligaciones conjuntas y solidarias se requiere que los varios deudores deban

lo mismo, de modo que si lo que se debe por varios sujetos recae sobre objeto divisible, la regla general es que la obligación es y obra como conjunta y por consiguiente a cada deudor únicamente se le puede reclamar su cuota parte en la deuda; pero si se pacta la solidaridad, o la establece la ley o el testamento, a cada y a todos los deudores si se quiere se le puede exigir el pago total (SC, 15 en. 2004).

Por lo expuesto, no puede compartirse la idea de que la solidaridad prevista para asuntos extracontractuales sea una regla en vigor para materias contractuales civiles, menos aún, que pueda acudir a ella para desconocer el principio de relatividad de los contratos (*res inter alios acta*), que propugna porque éstos únicamente vinculan a quienes son parte del mismo, lo que se borra de tajo con el argumento que el demandado es responsable de los actos de un tercero que afectó una edificación colindante.

4.5. Las razones precedentes me llevan a separarme de las consideraciones realizadas en las páginas 30 y 31 de la sentencia aprobada.

5. Empero de lo comentado, el cargo propuesto en casación no estaba llamado a prosperar, en tanto no se demostró el error de hecho evidente y trascendente que permitiera quebrar el fallo de instancia.

5.1. Total que el Tribunal denegó la excepción, no por la ausencia de los hechos esgrimidos como eximente de responsabilidad, sino porque no se demostró la *«incidencia de las modificaciones o mejoras en el inmueble, sobre las fisuras que este presentó luego de haber sido entregado»*,

carga suasoria que *«estaba en cabeza del demandado, pues era quien podía demostrarse de su demostración»* (folio 37 del cuaderno 5).

Tesis que soportó en el hecho de que, en el proceso, únicamente se acreditó la *«construcción de mejoras»* por parte de la demandante, más no la forma en que afectaron la estructura de la vivienda (*idem*); mientras que sí probó, por medio de dictámenes periciales y atestaciones, que los vicios en la edificación *«se hicieron visibles antes del mes de agosto de 1999»*, los cuales *«cumplen con los presupuestos fácticos exigidos por el artículo 2060 del Código Civil»* (folio 35), para endilgar responsabilidad al demandado.

5.2. Esta conclusión resulta intangible a la luz de las pruebas enunciadas en el cargo propuesto, en tanto las mismas insisten en la existencia de las conductas atribuibles a la víctima o terceros, sin desmentir el argumento nuclear del fallo de instancia, como es, itérese, la ausencia de prueba sobre la incidencia de dichos hechos en los deterioros padecidos por el inmueble, punto que sigue ensombrecido.

Precisamente, en la declaración de Fabián Hernández, al referirse a las causas de las averías del predio de la demandante, dio cuenta de sucesos con potencial incidencia causal, pero omitió concretar el nivel de injerencia de cada uno de ellos en la producción de los daños, ni los correlacionó con la inadecuación del suelo:

[S]e observa que la vivienda ha sido afectada por la ejecución de obras adicionales, las cuales modificaron su diseño original y... este es uno de los factores que afectó la estabilidad de la vivienda, otro factor que se observó fue la modificación de la casa contigua esquinera, la cual fue modificada incorporándole numerosas placas de piso y construcción a nivel de la segunda planta, cargando estas estructuras adicionales sobre el muro colindante... y un tercer factor fueron los daños y posteriores reparaciones de la ruptura de la tubería de conducción (sic)... y el cambio de alcantarillado en la calle que da con la fachada frontal (folio 60 cuaderno pruebas de la demandante).

Lo mismo sucede con el perito Arnulfo Iguarán, quien aseguró que «*las obras adicionales realizadas tanto en la vivienda de la señora María Miryam Penagos, como en las casas colindantes... [incidieron] en aumentar los problemas que se presentaron de agrietamientos y fisuras en los muros*» (folio 10 del cuaderno pruebas de la parte demandante y demandada), pero olvidó especificar el aporte de los mismos en el resultado dañoso, con el fin de demeritar que la causa adecuada fuera la deficiente preparación del terreno por su limitada capacidad portante.

Información que, por demás, no estaba en capacidad de suministrar, en tanto el experto no hizo un *estudio a fondo de los suelos para determinar los asentamientos diferenciales*», como lo reconoció expresamente al responder la pregunta seis (folio 9)

Por último, el estudio de Fernando Correa es incisivo en la inadecuación del suelo, por haberse rellenado con el «*suelo edafológico de remoción de los primeros lotes que dan contra la calle 8*», inferencia que obtuvo de los *apique*

realizados y «hundimientos del pavimento rígido de la carrera 40 y la calle 8c entre carreras 39 y 40» (folio 69 del cuaderno pruebas de la parte demandante), sin considerar la influencia de otros agentes en la ocurrencia del daño o en su agravamiento.

El acervo suasorio antes mencionado, en verdad, pone sobre la mesa una concausalidad, pero no sirve para desmentir la conclusión del *ad quem* sobre la falta de certeza de su incidencia en el perjuicio, frente a la incorrecta preparación del terreno, razón para descartar que la conclusión de instancia sea contraevidente.

Y es que, conviene recordar, la «coparticipación causal conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, **en la medida de la incidencia del comportamiento** de la propia víctima [o del tercero] en la producción del resultado dañoso» (SC, 23 nov. 1990, G.J. CCIV, No. 2443, p. 69, citada SC5050, 28 ab. 2014, rad. n.º 2009-00201-01), aspecto que debió probarse en el proceso, sin que los instrumentos persuasivos denunciados en casación brinden la perspicuidad que se echó de menos en la alzada.

Como no se formularon otros reparos en sede extraordinaria, quedó cerrada la discusión sobre la necesidad de demostrar este porcentaje de participación como condición necesaria para reconocer los efectos de la coparticipación causal.

Por las razones precedentes, debió cerrarse la prosperidad de la crítica argüida en casación, punto en el aclaro mi voto frente a la sentencia aprobada.

Fecha *ut supra*.



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado