

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC299-2021

Radicación n.º 11001-31-03-036-2009-00625-01

(Aprobado en sesión de quince de octubre de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Rienza S.A. contra la sentencia de 11 de diciembre de 2017, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso declarativo de responsabilidad contractual promovido por la recurrente contra la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A. y Fidubogotá S.A.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La convocante solicitó que se declarara que Fidubogotá S.A. «*incumplió el contrato de fiducia (...) que dio origen al patrimonio autónomo denominado Casa del Boquetillo – Fidubogotá S.A.*»,

mientras que la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A. inobservó las prestaciones *«derivadas de los contratos de construcción y posterior de compraventa del apartamento 201 C, garajes 32 y 33, depósitos 17 y 8 (sic) del edificio Casa del Boquetillo PH, ubicado en (...) Cartagena»*.

Con apoyo en esas circunstancias, sumadas al ocultamiento de *«la existencia del proceso de acción popular que cursa en el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena»*, pidió que se condenara solidariamente a las convocadas a pagar *«los daños y perjuicios derivados de los defectos de construcción»* de las propiedades mencionadas, así como *«los perjuicios que llegare a sufrir la demandante como consecuencia de la decisión que se llegare a proferir en el proceso de acción popular»*.

2. Fundamento fáctico.

2.1. Las demandadas celebraron un contrato de fiducia mercantil, que denominaron *«encargo fiduciario de administración e inversión, que (...) consistió en adelantar y desarrollar la promoción y construcción de un proyecto llamado Casa del Boquetillo»*, localizado en la Calle 40 n.º 6-89 de la ciudad de Cartagena de Indias.

2.2. Mario Scarpetta Gnecco –socio, gerente y miembro principal de la junta directiva de Rienza S.A.– se interesó en uno de los apartamentos que conformaban el proyecto inmobiliario, por lo que *«suscribió, en condición de “encargante”, el documento carta de instrucciones No. 3-4-201-CM del 30 de junio de 2005, por medio de la cual se obligó a realizar pagos a favor del patrimonio autónomo, “a fin de que sean administrados por la fiduciaria en el fondo común ordinario”*».

2.3. El señor Scarpetta Gnecco cedió su posición contractual en favor de Rienza S.A., sociedad que *«cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, cancelando los aportes económicos en la suma de \$1.144.334.400 por el apartamento 201 C, los garajes 32 y 33 y el depósito 17, en tanto que por el depósito 8 pagó la suma de \$15.000.000»*.

2.4. La entrega del inmueble se llevó a cabo el 13 de mayo de 2008, de la cual se dejó constancia en acta de la misma fecha, en la que la adquirente consignó su inconformidad *«con varios defectos del bien (...), así: se recibe el piso sin estar conformes con la instalación, se reciben las barandas, pero se solicita una mejor calidad en la pintura para que no presente oxidación, el propietario se libra de cualquier responsabilidad en caso de que no sea corregido el tema de la caía de agua (...) sobre el apartamento»*.

2.5. Adicionalmente, el señor Scarpetta Gnecco arrimó un documento de *«apreciaciones»*, donde señaló varios desperfectos de la edificación, *«que deb[ían] corregirse para recibir el apartamento a satisfacción»*, y que pueden resumirse en problemas con las ventanerías, herrajes, impermeabilización de los espejos de agua internos y drenaje de la terraza.

2.6. En los días subsiguientes, *«los representantes de Rienza S.A. pudieron evidenciar otra gran cantidad de imperfecciones en la construcción»*, relacionadas ahora con el área de jacuzzi, las instalaciones sanitarias, el sellamiento de pisos y *«una serie de [defectos] derivados todos ellos de la mala calidad de materiales y/o mano de obra, todo lo cual se evidencia en el informe de interventoria (...) elaborado por el arquitecto Luis Carlos López»*.

2.7. Dadas esas circunstancias, *«la sociedad Rienza S.A. ha enfrentado graves problemas, que le han significado costos imoportantes de algunas reparaciones (...) que ascienden a una suma aproximada no inferior de \$500.000.000»*.

2.8. Cuando las demandadas celebraron el contrato de compraventa con Rienza S.A., *«tenían conocimiento de una demanda de acción popular formulada en su contra y del Distrito de Cartagena, la cual cursa en el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, sin que enteraran de la misma a la sociedad demandante, como debieron haberlo hecho»*. Como consecuencia de ello, la actora *«ha tenido que intervenir en tal litigio para ejercer la defensa judicial del inmueble que le fuera traditado, lo cual ha incrementado el monto de los daños y perjuicios sufridos al menos en otros \$150.000.000»*.

2.9. Fidubogotá S.A. *«no podía delegar, por ministerio del artículo 1234 del Código de Comercio, ni la construcción del proyecto, ni trasladar la responsabilidad derivada de la misma a nadie, menos al fideicomitente»*. Tampoco *«podía ignorar ni delegar sus deberes como vendedora (...), menos los relacionados con un eventual saneamiento por evicción, como los que podrían suscitarse (sic) por cuenta del proceso de acción popular actualmente en curso (...), el cual amenaza en la actualidad el dominio y la posesión quieta y pacífica a que tiene derecho Rienza S.A.»*.

3. Actuación procesal.

3.1. El auto admisorio de la demanda fue proferido el 10 de diciembre de 2009, y de dicha providencia se notificó a las convocadas personalmente. Ambas se opusieron a la prosperidad del *petitum*, pero solamente la Promotora Centro

Histórico de Cartagena S.A. formuló excepciones, las que denominó *«falta de legitimación en la causa por pasiva y activa»*; *«caducidad de la acción»*; *«ausencia de los elementos determinantes de la responsabilidad»*; *«culpa de la víctima y hecho de un tercero»*; *«indebida acumulación de pretensiones»* y *«violación al debido proceso»*.

Fidubogotá S.A., a su turno, no esgrimió defensas, pero afirmó *«no acepta[r] culpabilidad alguna»*, resaltando que *«a la fiduciaria (...) no le corresponde la construcción ni era responsable de esta. Tampoco lo es por presunta evicción»*.

3.2. La primera instancia culminó con sentencia de 23 de marzo de 2017, en la que se acogió *«la excepción oficiosa de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la sociedad Fiduciaria Bogotá S.A., en su condición de sociedad fiduciaria (sic) y como vocera del patrimonio autónomo denominado Casa del Boquetillo – Fidubogotá S.A.»*.

En contraposición, se desestimaron las defensas de la codemandada, a quien se encontró *«civil y contractualmente responsable de los perjuicios sufridos por Rienza S.A.»*, imponiéndosele la obligación de indemnizar a la agraviada, en cuantía de \$310.297.899, *«debidamente indexados desde abril de 2013, hasta que se produzca el pago total de la obligación»*. Estas determinaciones fueron apeladas por la actora y por la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A.

3.3. Antes de finalizar la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso, Rienza S.A.

transigió sus diferencias con Fidubogotá S.A., desistiendo de impugnar la absolución de esta.

SENTENCIA IMPUGNADA

En fallo de 23 de noviembre de 2018, el tribunal revocó parcialmente lo resuelto por el juez *a quo*, y denegó la totalidad de las pretensiones, decisión cuyos fundamentos admiten el siguiente compendio:

(i) El incumplimiento enrostrado a la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A. *«sí se produjo, (...), pues no otra conclusión se tiene (sic) de la confesión vertida por su representante legal (...), al expresar que “básicamente como está en el acta de entrega definitiva del apartamento, lo único que quedó plasmado como inconformismo fue (sic) los diseños y el funcionamiento de la ventanería y entradas de aire, o sea que no cerraban herméticamente».*

(ii) Las aludidas imperfecciones también emergen *«del material probatorio recaudado: interrogatorios de parte y testimonios [de] Diego Suárez Escobar (...), Luis Carlos López Lombana (...), así como las documentales (...), se precisa que un gran número de esos daños e imperfecciones eran ordinarios, en el sentido que eran de fácil solución con la intervención de una mano de obra calificada, pero habían otros de más fondo: ventanería, balcones, filtraciones, espejos de agua. De lo por ellos expuesto se extrae con facilidad que en los pisos habían losas huecas, los herrajes de la ventanería eran de mala calidad y aquellas no cerraban herméticamente (...), la pintura utilizada no era la adecuada al punto de la calidad (sic) de la filtración de la estructura del jacuzzi».*

(iii) Estas probanzas, se insiste, permiten colegir *«que la sociedad demandada incumplió el contrato de compraventa ajustado*

entre las partes, dado que aparece demostrado que si bien entregó el bien objeto de la litis, desde el mismo momento que la persona jurídica adquirente del mismo elevó reclamo, lo hizo manifestando su inconformidad por defectos perceptibles en la calidad de los acabados, lo que patentiza la culpa en razón a la ejecución defectuosa de las obligaciones en cabeza del constructor».

(iv) En lo que concierne a los perjuicios causados, estos pretendieron acreditarse a través de dos experticias, elaboradas la primera por el ingeniero civil William Navarro Zurique, y la segunda por el contador público Juan Carlos Luna, así como de «una exhibición de documentos a los libros (sic) y papeles de comercio de la parte demandante (...) con el fin de determinar (...) si efectivamente la aquí convocante asumió el costo total de las [reparaciones]».

(v) En la diligencia pertinente, Rienza S.A. «presentó una carpeta de reembolsos [con] los gastos incurridos en las reparaciones del apartamento (...); sin embargo, no exhibió los libros de contabilidad, y en razón a ello, el juez a quo dio aplicación al artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, hoy 267 del Código General del Proceso, ante la renuencia en presentar los libros de contabilidad en los cuales aparezcan plenamente acreditados los pagos de las sumas de dinero ya referenciadas».

(vi) Siendo la actora una sociedad comercial, «la prueba idónea para determinar el monto de los gastos sufragados con ocasión del incumplimiento contractual de la promotora demandada debieron (sic) ser los libros registrados y no los que se afirma son sus soportes (...), pues son los primeros los aptos para llevar a cabo al pleno convencimiento de la Corporación que las reparaciones realizadas en el

inmueble fueron asumidas por la gestora de esta litis, y no por un tercero».

(vii) Como varios de los recibos y cuentas de cobro arrimadas por Rienza S.A. aparecen a nombre de Mario Scarpetta Gnecco, o de otra sociedad familiar que integra y preside (Azurita S.A.), puede afirmarse que «en el plenario no obra medio de convicción que permita aseverar categóricamente que las erogaciones relacionadas con esas adecuaciones fueron asumidas por la demandante, conclusión que se reafirma con el efecto legal derivado de la renuencia a exhibir la contabilidad, que en sentir de la Sala no desemboca en un indicio sino en una confesión».

(viii) No se opone a lo expuesto la tasación del menoscabo patrimonial defendida por el perito Navarro Zurique, pues «al tratarse de un ingeniero civil las conclusiones a que llegó en ese aspecto-cuantía (sic) no está dentro (sic) de sus especiales saberes, pues el auxiliar en su especialidad se limita es a determinar situaciones que demandan especiales nociones y conocimientos en la profesión de ingeniero, como son: cálculo, mecánica, hidráulica y química (...), más no conocimientos de aplicación en de fin todo (sic) lo que tiene que ver con la contabilidad de sociedades comerciales».

(ix) Frente el dictamen contable el panorama no cambia demasiado, pues el perito arribó a conclusiones «sin sustento, fundadas en documentos contables que no fueron allegados al proceso en lo pertinente (...), máxime si en cuenta se tiene que no existe un solo medio de prueba que permita inferir de manera razonada que la contabilidad que facilitó Rienza S.A. sea verídica», yerros que constituyen error grave, «al restarle fundamentación y credibilidad al trabajo encomendado».

(x) En conclusión, *«al no estar plenamente demostrado el perjuicio patrimonial, su quantum y la persona que los asumió (sic) de manera alguna podían salir avante las pretensiones de la demanda, falla ese requisito sine quanon (sic) entre otros en que se estructura la responsabilidad contractual»*.

(xi) A ello se añade que *«tampoco le asistía razón a la activa para reclamar condena ante la supuesta falta de información con ocasión de la acción popular (...), habida cuenta que dentro del plenario tampoco se adujo prueba alguna que permita sustentar (...) cuál fue la decisión que allí se tomó, y que esta efectivamente causó perjuicio al actor»*.

DEMANDA DE CASACIÓN

La convocante interpuso oportunamente el remedio extraordinario frente a la decisión del *ad quem*, y en su demanda de sustentación planteó dos cargos, al amparo de las causales segunda y quinta del artículo 336 del Código General del Proceso, los cuales serán resueltos en orden inverso al propuesto, por motivos estrictamente formales.

CARGO SEGUNDO

Rienza S.A. denunció que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, dada la *«falta de competencia del ad quem prevista en el numeral 1 del artículo 133 del Código General del Proceso, para pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto de reparo contra la sentencia de primer grado, por ninguno de los apelantes»*.

Para soportar su crítica, señaló que *«la competencia del superior en el trámite del recurso de apelación estaba circunscrita exclusivamente a los aspectos que fueron motivo de reparo por los apelantes»*, y que el tribunal, obviando esos claros linderos, terminó censurando a la actora por no haber exhibido su contabilidad, *«aspecto que (...) no fue incluido en los reparos a la sentencia de primer grado»*.

CONSIDERACIONES

Acorde con el precedente inalterado de la Sala, la causal quinta de casación

«(...) supone las siguientes condiciones: a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo [133 del Código General del Proceso]; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer» (CSJ SC, 5 dic. 2008, rad. 1999-02197-01; reiterada en CSJ SC 20 ago. 2013, rad. 2003-00716-01 y CSJ SC10302-2017, 18 jul.)

Los requerimientos señalados no fueron atendidos por la sociedad querellante, pues no existe vínculo alguno entre la causal de invalidación aludida en su demanda de sustentación, consistente en *«actu[ar] en el proceso **después de declarar** la falta de jurisdicción o de competencia»* (artículo 133-1, Código General del Proceso), y los hechos que expuso como cimiento de su acusación. Nótese que Rienza S.A. no

mencionó, ni mucho menos demostró, que el tribunal hubiera declarado su incompetencia para seguir conociendo de la causa, presupuesto necesario para invalidar cualquier potencial actuación ulterior.

Entonces, como el sustrato fáctico de la segunda acusación no armoniza con el motivo de anulabilidad esgrimida por la demandante, la censura no prospera.

CARGO PRIMERO

Se denunció el quebrantamiento indirecto de los artículos 1494, 1546-2, 1602, 1603, 1613, 1617, 1618, 1619, 1620, 1622, 1626, 1627, 1649-2, 1893, 1895 y 2060-3 del Código Civil; 48, 53, 59, 68, 69, 822 y 871 del Código de Comercio, 133 del Decreto 2649 de 1993, 35 de la Ley 472 de 1998 y 28 de la Ley 962 de 2005; esto como consecuencia de errores de hecho y de derecho.

Para apuntalar su crítica, Rienza S.A. indicó:

(i) Es evidente que *«en el presente asunto se incurrió en el yerro de [derecho], en la hipótesis referida por la jurisprudencia, o sea, “cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o un acto una prueba especial que la ley no requiere”, debido a que para el tribunal la única probanza atendible para demostrar los daños o perjuicios reclamados era la contabilidad regularmente llevada por quien los pide», raciocinio que «va en contravía del sistema de valoración probatoria vigente, el que tras desplazar la tarifa legal, instituyó de manera general la libre apreciación de los medios de convicción».*

(ii) De no haber incurrido el *ad quem* «en tamaño error de derecho, seguramente otro hubiera sido el sentido de la decisión; desde luego que el daño y su monto podían establecerse por cualquier medio probativo, como en efecto se hallan acreditados (...), sin que le fuera dable someter o atar esa determinación forzosa y únicamente a la contabilidad de quien los reclama».

(iii) También se equivocó esa colegiatura «al momento de entrar a valorar el “acta de terminación de común acuerdo”, puesto que con relación a este documento consideró que no era atendible su examen por haber sido atendida extemporáneamente, [pese a que] tal documento fue anexado como soporte por el perito al momento de efectuar la aclaración y complementación de su trabajo (...). Negarles eficacia probatoria a los documentos arrimados por un perito designado por el propio juzgado (...) plantea una contradicción insuperable».

(iv) Los desatinos explicados, además, «condujeron al tribunal a que incurriera en evidentes y trascendentes errores de hecho, al apreciar indebidamente y dejar de estimar otros elementos probatorios que, de manera inequívoca acreditaban el daño y su cuantía, así como la correspondiente relación de causalidad, o sea que, si se hubiera examinado y sopesado en la realidad que ellos ostentaban (sic) y no se hubiera pasado por alto otros que venían a reafirmar tales aspectos del debate, sin asomo de duda hubiera encontrado los fundamentos suficientes para determinar y cuantificar los perjuicios ocasionados a la sociedad demandante por el incumplimiento de la relación contractual».

(v) De la entidad de ese menoscabo patrimonial «dan cuenta fehaciente varios testimonios, indebidamente apreciados por el tribunal, los cuales, de haber sido estudiados completamente en su contenido, sin esa errada traba o cortapisa asumida respecto de la contabilidad, le valdrían como sustento de los presupuestos que echó de menos». Por ejemplo, «Andrés Amaya Solano, en [su] testimonio (...),

indicó claramente que “las reparaciones que asumió Rienza empezaron con un diagnóstico general hecho por ingenieros especialistas en cada campo, eléctrico, hidráulico, sanitario, de ventilación mecánica, acústico y térmico, entre otros, este diagnóstico arrojó casos preocupantes», precisando luego que todas las mejoras necesarias que se realizaron para readecuar el inmueble fueron asumidas por el señor Scarpetta Gnecco.

(vi) En ese mismo sentido, el también arquitecto Luis Carlos López Lombana, interventor de las obras, dijo haber visitado el apartamento cuando recién fue entregado por la promotora, encontrando una serie de defectos que dejó sentados en un acta, de tal severidad que hicieron necesaria una intervención importante en el inmueble.

(vii) La administradora del “Edificio Casa del Boquetillo”, Johanna Gamarra Mac Master, *«narr[ó] detalladamente los defectos de la construcción y las reparaciones que hubo de realizarse en dicho bien y, en particular, en el apartamento 201C»,* dados los incumplimientos de la firma constructora, resaltando *«la diferencia entre la realidad y lo que les prometieron a los compradores, en este caso Rienza S.A.».*

(viii) De estos testimonios, *«de los que apenas se ocupó parcialmente el tribunal, cercenando y alterando el contenido íntegro de los mismos, emerge con claridad palmaria tanto la existencia de los perjuicios como la persona que se encargó de efectuar las reparaciones y asumir los costos, pues (...) los deponentes sin dubitaciones señalaron que aquellas, como estos, fueron asumidos por la sociedad Rienza S.A., o por Mario Scarpetta Gnecco, quien es su representante».*

(ix) De otra parte, «*quien solicitó la prueba de exhibición fue la sociedad demandada Fidubogotá S.A. (...) y no Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A., (...)*», de donde «*se advierte el yerro estrepitoso del sentenciador ad quem, al apoyarse en el escrito de réplica proveniente de quien ni siquiera era en esta instancia sujeto pasivo del proceso, para trasladar, a rajatabla, sus efectos a Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A., persona jurídica que, insisto y destaco, jamás pidió la prueba en referencia*».

(x) En adición, «*la reiterada sindicación (...) de no haber exhibido completamente los libros de su contabilidad no se ajusta a la realidad procesal. En efecto, como consta en el acta de audiencia celebrada el 19 de febrero de 2013, el representante legal de Rienza S.A. sí exhibió unos documentos de su contabilidad, solo que tuvo que hacerlo en copias por la imposibilidad legal de tener que trasladarlos desde Cali (...), [su] domicilio social (...). Constituye entonces otro protuberante error no haber apreciado las copias respectivas de los documentos contables exhibidos, y suponer que la parte actora se había resistido a presentar sus libros contables*».

(xi) De igual manera, «*el tribunal cometió graves errores fácticos al alterar la objetividad de los dictámenes periciales practicados, los cuales establecían y demostraban tanto los perjuicios como que la persona afectada por estos era la demandante, debido a que, a parte de las trabas que injustificadamente impuso referente a la forma como debían valorarse los libros y papeles del comerciante,, estimó también que por la confesión que surgía contra el mismo no era posible acceder a las súplicas deprecadas. Dicho de otro modo, apreció indebidamente las experticias al cercenar su contenido y no estudiarlas integralmente*».

(xii) Como si fuera poco, «*en grave dislate fáctico incurrió el tribunal en la apreciación de los dictámenes (...), al decir, con respecto al expuesto por el ingeniero William Navarro Zurique, que atendida su*

profesión no estaba dentro de sus especiales “saberes” aludir a la contabilidad de la actora, como tampoco era el indicado para individualizar sus gastos. Y acerca del segundo [perito], Juan Carlos Luna Roa, que su experticia se fundó en documentos no allegados al proceso y por los cuales se declaró la renuencia de la demandante».

(xiii) Con ello se obviaron dos experticias que aportaban información valiosa, acerca de «*los defectos de la construcción, los materiales empleados y la calidad de los mismos*», y de «*cuánto pagó Rienza S.A. por concepto de reparaciones o modificaciones realizadas o que debiera efectuar al apartamento 201 C debido a las deficiencias constructivas y de calidad de los materiales*».

CONSIDERACIONES

1. La violación indirecta de la Ley sustancial por errores de hecho.

La comisión de un yerro fáctico, de tal magnitud que comporte la infracción indirecta de una norma sustancial, presupone para su acreditación que, entre otras exigencias, se compruebe que la inferencia probatoria cuestionada sea manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba; es decir, que el desacierto sea tan evidente y notorio que se advierta sin mayor esfuerzo ni raciocinio.

Además, como las sentencias llegan a la Corte amparadas por una presunción de legalidad y acierto, le incumbe al recurrente desvirtuarla, para lo cual debe realizar una crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que considera desacertados, con

indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, amén de hacer evidente la trascendencia del desacierto «*en el sentido del fallo*» y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada.

En esta precisa materia, esta Corporación ha explicado:

«El error de hecho (...) ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error “atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho” (G. J., t. LXXVIII, pág. 313). Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada (...). Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, “cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio” del juez “está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio”, lo que ocurre en aquellos casos en que él “está convicto de contraevidencia” (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es “de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso” (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que “se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía” (G. J., T. CCXXXI, página 644)» (CSJ SC 21 feb. 2012, rad. 2004-00649-01, reiterada en CSJ SC131-2018, 12 feb.).

Con similar orientación, se ha sostenido que

«(...) partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, es preciso subrayar que los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo tanto no se da sino en tanto quede acreditado que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal, tomando por lo tanto en contraevidente la formulada por el juez; por el contrario, no producirá tal resultado la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado (...). Cualquier ensayo crítico sobre el ámbito probatorio que pueda hacer más o menos factible un nuevo análisis de los medios demostrativos apoyados en razonamientos lógicos, no tiene virtualidad suficiente para aniquilar una sentencia si no va acompañado de la evidencia de equivocación por parte del sentenciador» (CSJ SC, 8 sep. 2011, rad. 2007-00456-01).

2. La violación indirecta de la Ley sustancial por errores de derecho.

Las normas sustanciales también pueden ser trasgredidas como consecuencia del desconocimiento de las pautas probatorias que gobiernan el juicio. Así ocurre, verbigracia, cuando el juez estima un medio de convicción que carece de validez; deja de observar una probanza válida, pretextando que no lo era; omite decretar pruebas de oficio cuando ellas resultan imperativas, o no las aprecia *«en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica [y] sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos»* (artículo 176, Código General del Proceso).

Conviene precisar, además, que como ha tenido oportunidad de indicarlo la Corte,

«(...) Para su acreditación se impone realizar un ejercicio comparativo entre la sentencia y el correspondiente medio de persuasión, con la finalidad de evidenciar “que, conforme a las reglas propias de la petición, decreto, práctica o apreciación de las pruebas, el juicio del sentenciador no podía ser el que, de hecho, consignó. En consecuencia, si dijo que la prueba era apta para demostrar el hecho o acto, debe hacerse notar que no lo era en realidad; o si la desestimó como idónea, debe puntualizarse que sí era adecuada. Todo, con sujeción a las susodichas normas reguladoras de la actividad probatoria dentro del proceso, las cuales, en consecuencia, resultan quebrantadas, motivo por el cual y a fin de configurar el error, debe denunciarse su violación” (CSJ SC 6 abr. 2011, exp. 2004-00206-00)» (CSJ SC5676-2018, 19 dic.).

Igualmente, es imperioso destacar que una acusación de este linaje exige del casacionista

«“demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia”, según lo establece el literal a) del numeral 1º del artículo 344 del Código General del Proceso. No basta con que se señale la existencia de una equivocación por parte del juzgador “sino que además se hace necesario mostrar su trascendencia, esto es, según también se tiene definido, poner de “(...) presente cómo se proyectó en la decisión” (CSJ. AC. 26 de noviembre de 2014, rad. 2007-00234-01). Solo el error manifiesto, evidente y trascendente es susceptible de apoyar la causal de casación que por esta vía daría al traste con el pronunciamiento impugnado. Los yerros cuya incidencia determinante no aparezca demostrada, a pesar de su concurrencia, no bastan para infirmar la decisión mediante el recurso extraordinario» (CSJ SC876-2018, 23 mar.).

3. El principio de libertad probatoria.

Como secuela necesaria de la adopción del sistema de sana crítica en la apreciación de las pruebas, el ordenamiento procesal civil reconoce a los jueces la posibilidad de arribar al convencimiento sobre la ocurrencia de un hecho valiéndose de cualquier elemento demostrativo (documentos, testimonios, dictámenes periciales, etc.), salvo que aquello que deba probarse esté sometido a una formalidad *ad substantiam actus* o *ad probationem*.

Sobre el particular, la Sala tiene decantado que

«(...) a partir de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil –1º de julio de 1971–, el sistema procesal civil colombiano abandonó la tarifa legal, para acoger la sana crítica, en cuya virtud se deposita en el fallador, y no en la ley, la delicada misión de ponderar razonadamente el mérito que ha de asignar a cada prueba y a todas ellas en su conjunto. Así se estableció en el artículo 175, salvo cortadas y taxativas excepciones, al consagrar la libertad tanto de medios probatorios como de formación del convencimiento del juez.

*Con base en tal postulado ha sostenido la Corte que: “La legislación no establece cortapisa alguna, en principio, a los medios que el juez tenga a su alcance para forjar la convicción; muy al contrario, es amplia la gama de posibilidades probatorias respecto de hechos jurídicos no sometidos a tarifa, conforme da fe la propia normatividad al consagrar, extensivamente, no solo los que ella enuncia sino ‘cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez’ (...). Tampoco privilegia la ley un medio frente a otro sino que, por el contrario, a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, (...) **quedó abolido el sistema de la tarifa legal en esa materia, y se introdujo, en su reemplazo, el de la sana crítica**, también llamado de la libre apreciación razonada (artículo 187), cuya sola enunciación permite entender, por lo regular, que en su marco ninguna prueba tiene*

prevalencia sobre otras y, además, que su función apunta al establecimiento de la verdad sin calificativos como el de formal, que la distinguía en el sistema superado” (SC 141, 6 ago. 2002, exp. 6148).

*En línea con lo apuntado, “la exigencia de un medio de prueba específico, propio del sistema tarifario, debe estar ordenado claramente en la ley, de manera que si el juzgador, apartándose del principio general, sin norma alguna que lo autorice, **reclama un determinado medio demostrativo para la acreditación de un acto o hecho que interesa al proceso, incurre en error de derecho**, tesis que refrendó la Corte a poco de ser expedido el citado estatuto procesal” (SC, 28 sep. 1972, G.J. CXLII, p. 179 y 180) y que, sin pausa, ha continuado proclamando (SC, 21 jun. 2011, rad. n.º 2007-00062-01 y SC7019, 13 jun. 2014, rad. n.º 2002-00487-01), sobre la base de reiterar que el yerro en comento se presenta, entre otras modalidades, cuando el juzgador **“exige para probar un hecho un medio que la ley no establece”** (G.J. CXCII, p. 76 y 77)» (CSJ SC2758-2018, 16 jul.).*

4. Caso concreto.

Se advierte que el tribunal incurrió en varios yerros *in iudicando*, que conllevaron la infracción de la ley sustancial denunciada. Tal como se explicará a espacio, en las líneas subsiguientes, esa colegiatura consideró, sin sustento jurídico alguno, que la entidad del daño causado a Rienza S.A. solo podría demostrarse auscultando sus registros contables, lo que a su vez ocasionó que pretermitiera la totalidad del caudal probatorio que patentizaba la magnitud del agravio económico que aquella sufrió como secuela del indisputado incumplimiento contractual de su contraparte.

4.1. En cuanto al primer traspié, es menester memorar que en el juicio no se suscitó mayor debate acerca de que la Promotora Centro Histórico de Cartagena de Indias S.A.

incumplió sus compromisos como constructora, en tanto entregó a la sociedad convocante el apartamento 201 C del Edificio Casa del Boquetillo PH con varios «defectos» en su estructura y acabados.

Esta premisa incluso fue admitida por la propia convocada, pues su defensa se fincó, precisamente, en que ese inmueble sí presentaba algunos desperfectos, pero solamente los relacionados en el acta de entrega de 13 de mayo de 2005¹ («herrajes de pésima calidad», «humedad presente en el espejo de agua» y «gárgolas que desaguan en la terraza y zonas exteriores del apartamento 101», entre otros), que –en su opinión– serían de escasa relevancia y fácil reparación.

Con ese punto de partida, las partes concentraron su actividad probatoria en determinar cuál fue la verdadera dimensión de las incorrecciones de la construcción, así como el valor que tendría corregirlas, para lo cual acudieron a dos vías distintas: el examen objetivo del estado en el que fue entregado el apartamento, y el análisis de la contabilidad de Rienza S.A., donde figurarían registros de todos los gastos efectuados para la adecuación del predio.

Este estudio contable fue solicitado por la propia actora, quien pidió en su demanda que «con la intervención de un perito en ciencias contables», se determine «cuánto ha pagado Rienza S.A. por concepto de reparaciones o modificaciones realizadas, o que deba realizar, al apartamento 201 C»²; asimismo, Fidubogotá S.A.

¹ Folios 67 a 70, cdno. 1.

² Folio 237, *ib.*

reclamó la «*inspección con exhibición parcial en la sede de la entidad demandante de (...) sus libros y papeles de contabilidad*»³.

En auto de 15 de febrero de 2012, el funcionario *a quo* negó la primera probanza, y sustituyó la segunda por una exhibición de libros, papeles y actas, en la sede de esa oficina judicial⁴. Sin embargo, por insistencia de la propia Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A., la experticia terminó practicándose, y en ella se determinó que esos gastos habrían ascendido a \$814.000.000⁵.

De otro lado, al llevar a cabo la diligencia de exhibición, y pretextando que el domicilio social de Rienza S.A. está ubicado en la ciudad de Cali, la representante legal de esta no arrimó los libros y papeles contables que se le ordenó, sino varios legajos con facturas de compraventa de insumos, contratos de obra y otros documentos similares. Por ello, el juez de la causa decidió «*tener por ciertos los hechos que con relación a este punto se pretendían probar, salvo obviamente como dice la norma, que tales hechos no admiten (sic) prueba de confesión*»⁶.

Por lo demás, siendo la única alegación inserta en su escueta contestación de la demanda, que a Fidubogotá S.A. «*no le correspondía la construcción, ni era responsable de esta*», no se evidencia qué era lo que aquella pretendía demostrar indagando en la contabilidad de su contendora. Pero aún si se admitiera, en gracia de discusión, que la prueba estaba

³ Folio 381, *ib.*

⁴ Folio 467, cdno. 1-A.

⁵ Folio 1931, cdno. 1-D.

⁶ Folio 847, cdno. 1-A.

orientada a demostrar la falta de representatividad económica del incumplimiento de la constructora, la confesión ficta declarada estaría ampliamente desvirtuada, a partir de las pruebas documentales, periciales y testimoniales que se recaudaron (sobre las que volverá la Corte posteriormente).

Pero el tribunal no reparó en la posibilidad de que la referida confesión fuera desmentida, pues dedujo de ese actuar dos consecuencias, ambas improcedentes:

(i) Entendió que la renuencia a exhibir los libros y papeles contables de la actora era equivalente a decir que esta carecía de contabilidad, o la llevaba de manera contraria a las normas generalmente aceptadas, agravando la sanción que expresamente señala la ley para la aludida conducta omisiva; a tal punto ello fue así, que terminó desestimando la experticia del contador Juan Carlos Luna Roa, tras sostener que, dada la consabida falta de exhibición, resultaba imposible que el experto revisara (en la sede social de Rienza S.A.) registros contables «*verídicos*».

(ii) Consideró que «*tratándose de comerciante (sic) la prueba idónea para determinar el monto de los gastos sufragados con ocasión del incumplimiento contractual de la promotora debieron ser (...) los libros registrados (...) pues son [estos] los aptos para llevar al pleno convencimiento de la corporación que las reparaciones realizadas al inmueble fueron asumidas por la gestora de esta litis, y no por un tercero que no es parte de la relación contractual*», con lo que creó una regla de conducencia, en virtud de la cual la demostración del

daño causado por el constructor solo puede evidenciarse a través del registro contable de los gastos de la reparación asumidos por el comprador.

En este razonamiento, también desacertado, pero de consecuencias más trascendentes, el *ad quem* incurrió en el yerro de derecho denunciado, pues para acreditar el agravio que se deriva del incumplimiento del constructor, no existe solemnidad probatoria o sustancial de ningún tipo. Y, al crear una, desconoció el canon 176 del Código General del Proceso («*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, **de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*») y, consecuentemente, cercenó a la contratante cumplida la posibilidad de acceder a la reparación que prevé el precepto 2060-3 del Código Civil.

A lo dicho, cabe agregar que la inconducencia de esta segunda inferencia, terminó por desviar también el mismo concepto de daño emergente en asuntos de responsabilidad del constructor, pues aquél se relaciona con la proyección ideal de lo que debió gastar el comprador para compensar la diferencia entre el resultado de la obra que recibió, y el que le ofreció su contraparte, y no propiamente con lo que la víctima gastó en la reparación del inmueble entregado con desperfectos.

Bien puede ocurrir, en refuerzo de la aseveración precedente, que el comprador de un predio defectuoso carezca de recursos para acometer las obras de reparación

necesarias, y no por eso el daño será inexistente, ni tampoco se incrementará si otro propietario decide, con su peculio, hacer modificaciones o mejoras suntuarias a la unidad residencial, con el propósito de dejarla en mejores condiciones que las que eran de esperarse inicialmente.

Inclusive, podría acontecer que esas restauraciones fueran sufragadas por terceros, a través de un crédito o donación por parte de personas distintas al contratante lesionado, como sus familiares, amigos cercanos o, sus socios y las restantes personas jurídicas con las que conforma un conglomerado de empresas familiares, que es lo que pasó en este caso, sin que ello altere en lo más mínimo los alcances patrimoniales del hecho dañoso. La libertad que campea en las relaciones particulares es suficiente para que la víctima del incumplimiento reaccione frente a él de la forma que lo estime pertinente⁷, pudiendo esperar a ser compensada para iniciar la reconstrucción, o intentando de manera proactiva acondicionar su vivienda, respaldándose en su patrimonio, o acudiendo a la solidaridad de sus semejantes. Nada de eso trasciende a la órbita de la responsabilidad civil, pues la carga del constructor es pagar el daño que objetivamente causó, no reembolsar los gastos en que incurrió quien hubo de repararlos antes.

Cuestión bien distinta es que las obras que acomete el propietario puedan servir al juez como elemento para determinar la magnitud del perjuicio patrimonial causado,

⁷ Lo dicho sin desconocer que, en determinados eventos, la buena fe impone a la víctima el deber de mitigar el daño que le fue irrogado, como se explicó en CSJ SC, 16 dic. 2010, rad. 1989-00042-01.

pero para ese laborío también debe emplearse cualquier medio demostrativo idóneo, como la inspección judicial del inmueble con intervención de un perito experto en obras civiles, o las declaraciones de testigos, entre otras, pues todas ellas son potencialmente aptas para llevar al juez a una convicción sobre el particular.

4.2. Otra secuela del error evidenciado consistió en que la colegiatura de segunda instancia dejó de lado las copiosas evidencias recaudadas, que permitían inferir que los defectos constructivos que denunció Rienza tuvieron consecuencias más importantes que las que se intuían inicialmente, motivando la realización de una serie de obras de costo elevado, no solo por su complejidad, sino también por la calidad de los materiales y de la edificación donde se encontraba el apartamento.

En efecto, acerca de la circunstancia anotada militan en el expediente las siguientes pruebas:

(i) Acta de entrega del inmueble, donde la adquirente dejó constancia de sus inconformidades acerca de la instalación de los pisos, la calidad de la ventanería y sus herrajes metálicos y los varios problemas de humedad que presentaba la edificación⁸.

(ii) Acta de asamblea de copropietarios del Edificio Casa del Boquetillo PH, donde se asentó que *«la mayoría de los copropietarios han manifestado en múltiples ocasiones su profunda*

⁸ Folios 67 a 70, cdno. 1, ya citados.

inconformidad sobre el funcionamiento de las ventanas actualmente instaladas en los apartamentos»⁹.

(iii) Testimonio del abogado Diego Suárez Escobar, quien relató que *«terminadas las obras de reconstrucción del claustro, y en especial al momento de la entrega del apartamento a la sociedad Rienza S.A., se presentaron reclamos por parte de esta en relación con la calidad de las obras ejecutadas en el apartamento, dado que según lo expresado por su representante y por el arquitecto Andrés Amaya y el interventor contratado para recibir el inmueble, señor Luis Carlos López, parte de tales obras no presentaban un bien estado ni presentaban la calidad ofrecida por la sociedad vendedora, calidad que se cuestionaba tanto desde el punto de vista de materiales como de mano de obra»¹⁰.*

(iv) Declaración del arquitecto Luis Carlos López Lombana, contratado para verificar la idoneidad de la construcción al momento de la entrega de las unidades habitacionales a sus propietarios, quien determinó, luego de varias revisiones, que las obras *«segúan presentando problemas de estabilidad, apariencia y de funcionamiento, los más representativos a mi juicio eran el piso, que tenía demasiada porosidad y sonaban cocas (sic), es un término que se utiliza cuando los pisos no tienen suficiente pegante, esto puede ocasionar desprendimientos o rupturas de las baldosas. Las ventanas tenían los herrajes muy mal terminados, sueltos, y en unos casos eran inexistentes, el diseño de las mismas permitía el paso del aire, lo que ocasiona que el aire acondicionado no trabaje eficientemente, varias de las puertaventanas rozaban o se trancaban contra el piso por problemas de instalación; otro problema de los más representativos era con los balcones, ya que eran construidos en*

⁹ Folio 207, *ib.*

¹⁰ Folio 522, cdno. 1-A.

hierro y obviamente estaban totalmente oxidados. Por esta razón (...) no recibí por mi parte los acabados ni instalaciones del apartamento»¹¹.

(v) Informe de interventoría, a cargo del señor López Lombana, en el que se concluyó que era necesario «cambiar tubo de acero inoxidable de las barandas de los balcones (...), cambiar la totalidad del puso en piedra coralina, ya que la reparación parcial con seguridad no va a arrojar resultados satisfactorios (...), para la totalidad de las ventanas y fachadas de vidrio, se deben cambiar todos los herrajes (...), cambiar los marcos (...) en todo el perímetro de la ventana(...), solucionar definitivamente la estabilidad de los sanitarios y bidet del baño principal».

Asimismo, se anotó allí que «los problemas detectados en el jacuzzi ameritan una solución drástica y definitiva, la demolición y reconstrucción es la mejor opción»; que «es de suma urgencia resolver definitivamente las filtraciones que están afectando los estacionamientos», y que «durante algo más de un año he realizado el acompañamiento como interventor (...), y durante todo este periodo la conclusión que se tiene es que lamentablemente a la constructora le ha faltado interés y no ha asumido completamente su responsabilidad de solucionar de manera técnica y eficiente muchos de los inconvenientes encontrados»¹².

Obran anejas a ese trabajo las actas «de recibo de acabados» de 18 de febrero y 10 de abril de 2008, donde aparecen los elementos que fueron “rechazados” por el arquitecto mencionado, debido a que no cumplían los estándares de calidad correspondientes¹³; un informe

¹¹ Folio 540, *ib.*

¹² Folio 606, *ib.*

¹³ Folios 545 a 557, *ib.*

relacionado con las deficiencias del sistema eléctrico del apartamento, elaborado por el ingeniero Fabián Gamero Solarte¹⁴, y los registros fotográficos de esos hallazgos¹⁵

(vi) Actas de reparaciones (junto al soporte fotográfico respectivo) del apartamento 201 C del Edificio Casa del Boquetillo PH, que muestran las tareas de demolición del piso del inmueble y del jacuzzi, desmonte e impermeabilización de los cielos rasos, instalaciones sanitarias y espejos de agua, revisión de elementos hidrosanitarios, cambio de ventanas externas y reconstrucción de terminados deficientes en *drywall*, principalmente¹⁶.

(vii) Solicitud remitida por la representante legal de Rienza S.A. a la promotora, en el marco de un trámite de conciliación extrajudicial, en la que se reflejan «*los valores pagados y las cotizaciones de las reparaciones a realizar, que tienen origen en los daños e imperfecciones que se evidencian en el apartamento 201 C*», que totalizarían \$479.221.609. A esa misiva se adjuntaron recibos de honorarios profesionales de abogado, varios traslados en avión, los estipendios pagados al arquitecto Andrés Amaya Solano, y la cotización de la reparación de ventanas, barandas, jacuzzi y desagües¹⁷.

(viii) Testimonio de la administradora de la copropiedad, Johanna Gamarra Mac Master, quien relató

¹⁴ Folio 558, *ib.*

¹⁵ Folios 580 a 594, *ib.*

¹⁶ Folios 631 a 729, *ib.*

¹⁷ Folio 731, *ib.*

que «desde el momento en que inició mi trabajo como administradora recibí la copropiedad con un sinnúmero de problemas en diferentes apartamentos (...). En particular, el apartamento 201, perteneciente a la empresa Rienza, ha tenido un sinnúmero de problemas de filtración, en calidad de los materiales usados, de instalaciones, de estructura, entre otros problemas que tocó asumirlos a la empresa Rienza, ya que la Promotora Centro Histórico de Cartagena de Indias no le respondió ni cumplió (...). Los más importantes eran problemas de ventanería (...) filtraciones de todo tipo, como por ejemplo la impermeabilización de las terrazas no era la apropiada, o en algunos casos no existía, causando que el agua recorriera toda la propiedad internamente, dañando instalaciones eléctricas, techos, paredes (...), a consecuencia de esto también existieron problemas en la parte hidrosanitaria, y los jacuzzis y piscinas de cada propiedad, como también instalaciones eléctricas mal instaladas (sic)»¹⁸.

(ix) Dictamen pericial rendido por el ingeniero civil William Navarro Zurique, designado de la lista de auxiliares de la justicia, que concluyó que «el costo de las reparaciones que se le hicieron al apartamento 201 C, de acuerdo a las imperfecciones denunciadas por la parte demandante en el acta de entrega y las otras irregularidades presentadas, posteriormente, teniendo en cuenta el tiempo de garantía post venta en el anexo 2 Resolución 009 de 2007 de Camacol y el IDUC (...)» asciende a \$310.297.899, los que estimó apropiados, «considerando que se trata de apartamentos de vivienda de alto nivel, [por lo que] la exigencia para este tipo de obras también es alta. Es por eso que los materiales, equipos y mano de obra utilizados en la construcción deben ser de excelente calidad»¹⁹.

(x) Aclaración del dictamen pericial del señor Navarro Zurique, en la que insistió en que «la suma anotada,

¹⁸ Folios 937 a 939, *ib.*

¹⁹ Folios 2577 a 2603, cdno. 1-F.

\$310.297.899, corresponde al costo de la reparación a la fecha de entrega del informe pericial», y que «los arreglos que se tuvieron en cuenta para obtener el costo de las reparaciones corresponden todos ellos a deficiencias constructivas anotadas en la demanda. Estos arreglos fueron: cambio total de pisos por mala instalación; cambio total de ventanería, por mal funcionamiento de los marcos y las chapetas, los herrajes y el tipo de sellamiento; cambio total del cielo raso (desmonte, suministro y reinstalación drywall por manchas de humedad debido a filtraciones de agua; reinstalación e impermeabilización de los espejos de agua, debido a humedades en el primer y segundo piso; demolición del jacuzzi por filtraciones en la estructura y reconstrucción de este, rediseño y reinstalación de las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, por problemas de funcionamiento y por falta de planos record»²⁰.

(xi) Declaración del arquitecto Andrés Amaya Solano, indicando que *«asumí el proyecto como diseñador interior del apartamento del Boquetillo por encargo del Dr. Mario Scarpetta, con el fin de ayudarle o hacer un asesoramiento en los acabados y diseño de los acabados nuevos del apartamento, en ese momento todo el proyecto estaba en inicio de obra, yo asumí en diciembre de 2006 y el proceso fue durante todo el año 2007, el compromiso mío como arquitecto era entregar un juego de planos con especificaciones arquitectónicas para que la constructora cotizara y después de aprobación de esa cotización realizara las obras de los diseños que yo había propuesto y estaban aprobados por el cliente. Estos diseños se debían haber entregado hacia febrero de 2007 a la constructora y de ahí en adelante mi trabajo consistió en hacer visitas periódicas a la obra para ver como iba el avance de los trabajos (...)*».

Agregó el testigo que *«durante esas visitas yo empecé a notar los atrasos que tenía la constructora (...) y la mala calidad en la mano de obra que la constructora estaba aplicando en el proyecto*», no

²⁰ Folios 2410 a 2413, cdno. 1-E.

obstante lo cual, el entonces representante legal de Rienza S.A. –Mario Scarpetta Gnecco– aprobó que los trabajos adicionales los continuara realizando la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A., *«aun sabiendo y haciéndole saber que nos parecía muy alto el costo de los trabajos adicionales cotizados»*.

Más adelante, arguyó que *«el tema de calidad del trabajo de la constructora comenzó a tener problemas evidentes, que eran visibles de las instalaciones técnicas, por ejemplo, el cableado no era el esperado para un apartamento de este nivel, el sistema de la ventanería presentaba problemas de diseño y de fabricación (...), encontramos problemas en los sistemas de desagüe por humedades que se hacían visibles en las paredes, teniendo que llegar a romper la pared para buscar los tubos y encontramos ensambles hechizos entre tuberías (...), estos ensambles no estaban hechos con acoples ni accesorios de tubería, sino empates hechos rompiendo los tubos y empatándolos con silicona; también era evidente la mala instalación de las losetas del piso que se sentían sueltas o mal pegadas, a raíz de tantos problemas yo recomendé la contratación de un interventor con alta experiencia en acabados de obra, por lo que contactamos al arquitecto Luis Carlos López»*.

Finalmente, recabó en que, de no haber iniciado las obras de reparación, *«creo que el apartamento hubiera colapsado, no solo por los malos acabados, sino porque los sistemas internos no garantizaban el buen funcionamiento ni el desempeño óptimo de un apartamento de este nivel ni en esas condiciones climáticas, como estaba el apartamento antes del diagnóstico evidenciaba todos los problemas internos que tenía, y era una cuestión de tiempo para que no fuera habitable de ninguna manera»²¹*.

²¹ Folios 2618 a 2621, cdno. 1-F.

(xii) Dos legajos de facturas pagadas por la actora, el señor Scarpetta Gnecco y la sociedad Azurita S.A. (de la que este también es socio) a Más Arquitectura Ltda., firma encargada de las obras de restauración, así como múltiples recibos y documentos equivalentes que dan cuenta de la adquisición de elementos de construcción en distintos almacenes de Cartagena.

Estas probanzas, analizadas individualmente y en conjunto, muestran que el apartamento 201 C del Edificio Casa del Boquetillo PH presentaba una serie de descomposturas impropias de una vivienda, y que no podían ser reparadas con intervenciones menores, sino que, precisamente por la pésima ejecución de la demandada, dieron lugar a una reconstrucción casi total, que suele implicar un alto costo, más aún si se trata de una edificación de lujo.

Esta inferencia, además, explica la totalidad de los datos que pueden extraerse del expediente, pues con excepción del interrogatorio de parte de su representante legal, la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A. no aportó ninguna prueba tendiente a demostrar que los desperfectos del apartamento no eran tan trascendentes, o que no merecían una inversión de la magnitud antes anotada.

Consecuentemente, emerge prístino el yerro de hecho denunciado, pues en virtud del inadecuado abordaje jurídico-probatorio al que se hizo alusión en el numeral 4.1.

supra, el tribunal dejó de ver lo que era evidente, esto es, que Rienza S.A. sufrió una importante afectación patrimonial, imputable jurídica y fácticamente al deficiente cumplimiento de las obligaciones de la constructora demandada.

Por ende, prospera el cargo primero, siendo ineludible casar parcialmente la providencia recurrida, y dictar la decisión que la reemplace.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Marco del debate.

Aunque el fallo del tribunal fue quebrado, dos aspectos se mantuvieron al margen de cualquier discusión: la absolución de Fidubogotá S.A. (consolidada por la transacción a la que arribaron las partes después de escuchar el fallo del juez *a quo*), y la negativa de las pretensiones relacionadas con el ocultamiento de la acción popular a la que se refería la cuarta de las pretensiones del escrito introductor.

De ahí que la casación sea parcial, pues Rienza S.A. no insistió en la reparación de ese daño, denegado en ambas instancias.

2. Problema jurídico.

Por distintas vías procesales, las partes discutieron la justeza de la indemnización tasada por el funcionario de

primer grado. Para la actora, no compensaba la totalidad de su pérdida, mientras que la convocada defendió, con insistencia, la absoluta ausencia de nexo o ligamen causal entre su incumplimiento y las onerosas obras que Rienza S.A. ejecutó, a lo que añadió que esas construcciones fueron pagadas por personas distintas a esta, principalmente por el señor Scarpetta Gnecco.

3. Solución al caso concreto.

Examinada la materia litigiosa se evidencia el acierto del Juez Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, al tasar los perjuicios causados en \$310.297.899.

En efecto:

(i) Si bien obran en el expediente recibos por importes superiores al señalado, lo cierto es que fue el dictamen del ingeniero Navarro Zurique (de donde dicha cifra fue extractada) la única prueba que articuló de manera directa y concreta los evidentes problemas constructivos del predio con las erogaciones que tuvo que realizar Rienza S.A. para superarlos.

Como ya se anotó, en esa experticia se enlistaron de manera muy detallada varios gastos, todos ellos relacionados directamente con los desperfectos que todos los testigos, técnicos y legos, resaltaron como “principales” o “más notorios”; pero limitados a los necesarios para, en palabras del experto, subsanar las «*deficiencias constructivas anotadas en*

la demanda», afirmación que no fue desmentida a través de ningún elemento demostrativo distinto.

En ese sentido, si bien escudriñando las documentales pudieran encontrarse gastos adicionales a los indicados en el trabajo pericial, lo cierto es que no existen evidencias diferentes que permitan concluir que dichas erogaciones se limitaron a paliar el incumplimiento de la constructora, pues su carga termina allí, y no se extiende a reembolsar los dineros que hubieran podido invertirse en mejoras distintas, de naturaleza útil o meramente voluptuaria.

(ii) Como viene de verse, la parte demandante arrimó al expediente varios recibos y facturas, recaudó múltiples declaraciones, y aportó una experticia (que merece credibilidad, dada su coherencia, claridad y bagaje profesional de su autor), todas ellas coincidentes en apuntar a la existencia de múltiples y serios defectos de construcción, tasados en \$310.297.899.

En tal sentido, no podía la demandada permanecer pasiva, pretendiendo que todo el peso de la evidencia se desvirtuara con sus solas alegaciones. Ciertamente, las reglas de distribución del riesgo probatorio imponen a las partes la carga de acreditar *«el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, de modo que si el actor asumió la suya, arrimando pruebas útiles, pertinentes y conducentes que muestran una realidad favorable a sus intereses, el demandado debió hacer lo propio para controvertirla. Y, se insiste, la Promotora Centro

Histórico Cartagena de Indias S.A. no aportó ningún elemento al debate, tendiente a socavar las conclusiones que, sin ambages, se siguen de los elementos de juicio relacionados.

(iii) Reitera la Corte que, dadas las características de la relación obligacional que surge de la responsabilidad civil, ninguna importancia tiene determinar quién pagó la reconstrucción del apartamento tantas veces citado. Lo verdaderamente trascendente es que la entrega defectuosa del mismo exigió una reconstrucción masiva, cuyo costo debe ser asumido por aquella, dada la regla prevista en el inciso tercero del artículo 2060.

Sobre este precepto sustancial, se ha sostenido:

«(...) El artículo 2060, ordinal 3º del Código Civil, frente al dueño de la obra, regula la responsabilidad directa del constructor, definido en el artículo 4º 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 1º 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”..

(...) 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 3º 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. SC14426-2016 de oct. 7 2016, rad. n.º. 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 traslativo) 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 comprador 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 3º 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.

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 (...). 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 perezca o amenace ruina que aparece dentro de los 10 años siguientes a su entrega, por vicios en el suelo, en los materiales o en la construcción» (CSJ SC2847-2018, 216 jul.).

Si los defectos constructivos imputables a esa constructora generaron un daño, este debe repararse en su cabal extensión, al margen de sí, dentro de las relaciones privadas del comprador, algún tercero terminó pagando por

él las restauraciones que correspondían, mientras la llamada a indemnizar atiende su compromiso.

Así, si un padre paga la reparación que requiere el inmueble de su hijo para superar los vicios que lo hacían inhabitable, no por ello el constructor queda relevado de su responsabilidad. Tampoco se rompe el principio indemnizatorio, en virtud del cual la responsabilidad civil no puede ser fuente de riqueza, porque si el susodicho constructor cubre luego esos gastos de reparación, simplemente restituirá el patrimonio de la víctima, dado que el favorecimiento de su padre tiene una fuente autónoma: la voluntad unilateral de donar.

Pero más allá de este ejemplo, que tiene como propósito mostrar la improcedencia del análisis que defendió la convocada (y que acogió el tribunal), lo cierto es que, en este caso puntual, la imbricación de fuentes de pago de las enmiendas arquitectónicas es fácilmente explicable, dada la relación que existe entre el señor Scarpetta Gnecco, y las sociedades Rienza S.A. y Azurita S.A., de las que hace parte como socio, y en las que desempeña cargos de administración.

Por supuesto que cierto orden es deseable en todos los gastos del comerciante, pero el mismo no puede ser impuesto por la autoridad judicial, sino que viene dado por el propio ejercicio mercantil, en el que suelen efectuarse créditos entre entidades del mismo grupo económico, o entre estas y sus socios, así como compensaciones, cruces de cuentas, y todo

tipo de transacciones que no estén prohibidas por el ordenamiento, y que fácilmente explicarían el cuadro fáctico previamente descrito.

4. Conclusión.

Comoquiera que las pruebas apuntan, de manera unívoca, a sostener la tesis defendida en la sentencia de 23 de marzo de 2017, la misma será confirmada en su integridad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia de 11 de diciembre de 2017, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso declarativo de responsabilidad contractual promovido por Rienza S.A. contra la Promotora Centro Histórico Cartagena de Indias S.A. y Fidubogotá S.A.

Y situada en sede de instancia, esta Corporación

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo que el 23 de marzo de 2017 dictó el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá en esta causa.

SEGUNDO. SIN COSTAS de segunda instancia, dada la improsperidad de ambas alzadas.

TERCERO. REMÍTASE el expediente a la autoridad judicial competente.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



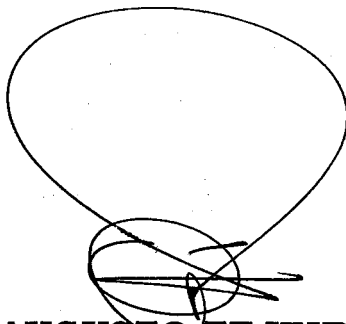
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



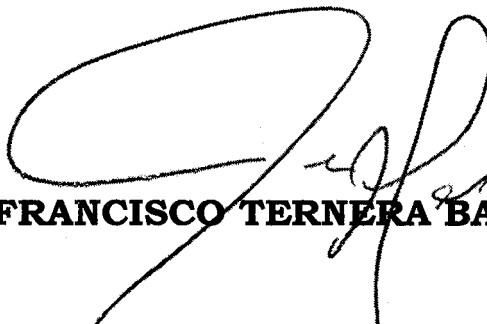
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

A handwritten signature consisting of a large, rounded loop at the top, followed by several horizontal and diagonal strokes that form a complex, stylized shape.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

A handwritten signature starting with a large, elongated loop on the left, followed by a series of vertical and diagonal strokes that create a tall, narrow, and somewhat abstract shape.

FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS