



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada Ponente

SC354-2023

Radicación n.º 05001-31-03-013-2019-00009-01

(Aprobado en Sala del diez de agosto de dos mil veintitrés)

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Se decide el recurso de casación formulado por Constructora Monserrate de Colombia S.A.S. y Constructora Monteparaíso S.A.S. – En liquidación, contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, en el proceso promovido por Unidad Residencial Monteparaíso P.H., frente a los recurrentes y Alianza Fiduciaria S.A.

I.- ANTECEDENTES

1.- Se solicitó en la demanda, de manera principal, declarar a las accionadas civil y extracontractualmente responsables por los daños derivados de los «*vicios, fallas, daños y defectos atribuibles al proceso constructivo*» del Conjunto

Residencial Monteparaíso P.H., y condenarlas al resarcimiento del daño emergente consolidado y futuro, estimado en un total de \$1.731.735.638.

En forma subsidiaria, pidieron que, *«al no existir un vínculo de relación contractual directa»* entre las constructoras, pero siendo estas responsables del proceso constructivo de la copropiedad Conjunto Residencial Monteparaíso P.H, se les declare extra contractualmente responsables; y que, por ser excluyentes la responsabilidad civil contractual y la extra contractual, *«pero existiendo una relación contractual directa con la sociedad Alianza Fiduciaria S.A como responsable de la venta o enajenación de las zonas y bienes comunes de la copropiedad demandante, se le declare responsable por responsabilidad civil contractual»*, y, en consecuencia, se les condene a pagar los perjuicios materiales por daño emergente consolidado y futuro, por un total de \$1.731.735.638.

2.- El sustrato fáctico de la demanda, se resume así:

En el proyecto constructivo Conjunto Residencial Monteparaíso P.H., participaron como constructora y gerencia encargada de ventas Constructora Monte Paraíso S.A.S., la interventoría y promoción corrió a cargo de Constructora Monserrate de Colombia S.A., mientras que Alianza Fiduciaria S.A., se encargó de la protocolización de las escrituras y del reglamento de propiedad horizontal.

Ante la evidencia de fallas, daños y falencias atribuibles al proceso de construcción de la unidad residencial, en 2015

la demandante contrató servicios de consultoría con ICE – Ingeniería y Consulta en Estructuras, cuyo informe técnico arrojó conclusiones negativas y deficiencias relacionadas en los aspectos «*ambiental, arquitectónico, estructuras y suelos, redes hidráulicas y de gas, patologías estructurales, daños en cubiertas de parqueaderos, diseño de redes eléctricas, etc.*»; y la firma Acero y Concreto Ingeniería, efectuó presupuesto de obras por un valor de \$1.711.435.638.

Las deficiencias advertidas causan perjuicios a los copropietarios y a la copropiedad en general, por violación de la *lex artis*, en afrenta del ordenamiento jurídico, en especial de la Ley 9ª de 1989, Ley 388 de 1997, Ley 400 de 1997 modificada por la Ley 1229 de 2008, Ley 842 de 2003, Ley 435 de 1998 y Ley 1796 de 2016; así como del artículo 2060 del Código Civil.

De acuerdo con este marco normativo, los demandados son solidariamente responsables por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones adquiridas por el proceso constructivo, siendo claro que en Colombia el constructor responde jurídicamente, como lo ordenan el ordinal 3º del artículo 2060 y el artículo 2061 del del Código Civil, así como el canon 1º de la Ley 1229 de 2008.

Por su parte, la fiduciaria debe responder en su calidad de vendedora y vocera del encargo fiduciario, por el saneamiento de la cosa vendida, en los términos del artículo 1893 del Código Civil.

3.- Enteradas del auto admisorio, Constructora Monteparaíso S.A.S¹. - En liquidación y Constructora Monserrate de Colombia S.A.S², se opusieron y como excepciones de mérito alegaron «*inexistencia de los elementos configurativos de la Responsabilidad civil frente a las constructoras*», «*causa extraña y culpa exclusiva de la víctima*», «*prescripción*», «*cobro de lo no debido*», «*buena fe*», «*temeridad y mala fe del demandante*», e «*inexistencia de la solidaridad entre los constructores del proyecto*».

Alianza Fiduciaria S.A.³, se opuso y excepcionó «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*indebida identificación de la codemandada*», «*falta de notificación a quien corresponde*», «*contrato cumplido*»; «*inexistencia de obligaciones incumplidas a cargo de la fiduciaria*», «*presunción de buena fe*», «*inexistencia de solidaridad, fianza u obligaciones conjuntas e indivisibles*». «*temeridad y mala fe de la demandante*», «*inexistencia de configuración de litisconsorte*», «*imposibilidad legal de asumir obligaciones*». «*inexistencia de nexo causal entre los perjuicios reclamados y el hecho generador*» y «*genérica*».

4.- El *a quo*, en su sentencia del 16 de septiembre de 2019⁴, acogió la excepción de falta de legitimación en la causa de Alianza Fiduciaria S.A. y declaró civil y solidariamente responsables a las Constructoras Monserrate de Colombia S.A.S y Monteparaíso S.A.S., condenándolas al pago de perjuicios por \$827.661.716, discriminados así: «*\$552.508.440 por costos de reparación de las losas de parqueadero*; «*\$24.000.000, por costos de la pintura de los puentes metálicos*; «*\$201.766.000, por costos de impermeabilización de losas y rampas de parqueadero*; «*\$49.387.376, por concepto de arreglo de puentes*

¹ Fls. 240-255, c. 1

² Fls. 703 a 719, c. 1

³ Fls. 732 a 746, c. 1

⁴ Folios 839-840. C. 1A.

metálicos». Además, condenó a la actora a pagar \$90.407.392 al Consejo Superior de la Judicatura, conforme al artículo 206 del Código General del Proceso⁵.

5.- El Tribunal al resolver los recursos de apelación formulados por la parte demandante y por las constructoras convocadas, revocó el numeral quinto del fallo y adicionó el tercero, para condenar a las últimas a pagar \$285.200.000, por concepto del diseño, construcción y adecuación de un sistema de almacenamiento colectivo de residuos sólidos y \$5.543.839, para cubrir provisionalmente las necesidades de agua y electricidad mientras se realizan las obras.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para sustentar su decisión, en síntesis, expuso el Tribunal:

1.- Respecto del recurso de apelación de la parte actora:

1.1.- El reparo relacionado con la incongruencia, lo hizo consistir la recurrente en que en la sentencia no fueron acogidas la totalidad de sus pretensiones, no siendo ese uno de los eventos en que el sentenciador incurre en ese defecto, en tanto que no se resolvió nada por fuera de los extremos de la litis, como tampoco se pretermitió la instancia. Está claro, que la inconformidad del apelante radica en que la Juez no concedió todas sus pretensiones, lo que de forma inequívoca

⁵ Ordinal 5º de la parte resolutive del fallo.

indica que se trata de una sentencia parcialmente estimatoria, más no incongruente.

1.2.- La 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 aparezcan en la edificación provenientes de los vicios anotados en ese precepto y que generen su ruina total o parcial, actual o inminente, 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.

Conforme a la doctrina especializada, amén de la responsabilidad por simples acabados o decoraciones, el constructor responde por tres grandes pilares de la actividad constructiva, a saber: *«(...) vicios de los materiales, por vicios del suelo y por vicios de la construcción. (...) si el daño se produce por un simple vicio de construcción el responsable será el constructor (...) desde que la ruina se produzca, se presumirá que fue por vicio de la construcción)»*.

2.- Se resuelven de manera conjunta todos los reparos de la parte demandada, junto con el segundo reproche de la demandante, por las siguientes razones: **i)** el primero de los desacuerdos de la convocada se vincula con lo que considera una incorrecta aplicación y entendimiento del artículo 2060 del Código Civil, en la medida que ninguno de los edificios de la copropiedad amenaza ruina; **ii)** respecto de los dictámenes

periciales de los ingenieros Jairo Hernando Upegui y Adriana Toro Londoño, ambas partes pretenden fundar conclusiones diametralmente opuestas. Por ello, se impone su valoración integral para determinar si fue a partir de una indebida valoración de esas pruebas que el *a quo* concedió de manera parcial las súplicas, o si le asiste razón a las demandadas en cuanto a que de la prueba pericial se concluye que no están acreditados los presupuestos de las pretensiones; **iii)** la enjuiciada asegura que en la sentencia de primer grado se desechó el testimonio de la ingeniera Adriana Toro, que se apoya en el de Diego Castro Barrientos, cuya calidad de expertos no se demerita por el hecho de que no hubieran presentado un dictamen pericial.

2.1.- Para las sociedades apelantes el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, aplica únicamente cuando el edificio perece o amenaza ruina en todo o parte, lo que, desde su punto de vista, en este caso no ocurre.

Analizada la prueba pericial aportada por ambas partes, se advierte que ninguno de los peritos niega que la edificación amenaza ruina, por lo menos en lo que tiene que ver con el edificio de parqueaderos y los puentes peatonales que lo comunican con la torre 1. Claro está, se trata de una amenaza de ruina y no de un perecimiento estructural consumado. Las conclusiones periciales que sustentan tal afirmación son las siguientes:

El perito Jairo Hernando Upegui, cuyo estudio fue aportado por la parte demandante, aseguró, «*vale la pena*

diferenciar torre de apartamentos y la de parqueaderos y puentes. En cuanto a los puentes y la torre de parqueaderos yo pensaría que sí hay amenaza de ruina», si se valora esa conclusión con las que sobre ese mismo aspecto emitió la perito Adriana Toro Londoño, no existe diferencia en las opiniones de ambos ingenieros, en tanto la segunda indicó claramente que la unidad residencial tiene algunos problemas de filtraciones de agua que deben atenderse urgentemente, so pena de una tragedia mayor.

Aunque las demandadas alegaron en su apelación que la ingeniera Toro aseguró que la unidad se encuentra en condiciones habitables, y que en ningún caso los edificios podrían arruinarse, debe tenerse en cuenta que la experta no negó que en la losa de los parqueaderos existían fisuras y grietas que permiten el paso inadecuado de aguas, y al ser indagada por el apoderado de la parte demandante sobre las consecuencias de esas filtraciones, indicó, *«se sabe de todas maneras que el concreto tiene procesos de micro fisuración, porque sabemos que el agua ingresa es ahí donde podría afectar el hierro. El hierro nunca queda a intemperie, está recubierto, se supone que la micro fisuración no tiene por qué afectar el hierro, si la dejamos sin un proceso de impermeabilización, por eso insisto que hay que sellarlas (...) hay que hacer proceso de lavado y ponerle un producto especializado»,* y si bien no explicó a qué se refería con que *«sabemos que el agua ingresa es ahí donde podría afectar el hierro»,* el perito Jairo Hernando Upegui, precisó que esas filtraciones de agua, con el paso del tiempo llevarán a que *«se desprende el acero de la matriz del concreto y la edificación tiene un rendimiento muy por debajo al esperado. La edificación amenaza ruina claro».*

Es evidente la confluencia del dicho de ambos peritos, pues en el aportado por la parte demandante se afirma la amenaza de ruina del edificio de parqueaderos y los puentes peatonales que lo comunican con la torre 1, y si bien Adriana Toro niega la amenaza de ruina, en todo caso, acepta el grave problema de fisuración del concreto de esa edificación que trae consigo la natural filtración de aguas que con el simple paso del tiempo puede afectar la adherencia del acero a la matriz de concreto y la final ruina.

Como los dos expertos aceptan que los puentes peatonales están anclados o apoyados tanto a la torre 1 como al edificio de parqueaderos, ninguna experticia se requiere para concluir que la amenaza de ruina para ese edificio es la misma que se cierne sobre los puentes peatonales, por cuanto es apenas lógico que ante el derrumbamiento del primero los segundos caerían en movimiento conjunto, por estar íntimamente unidos.

2.2.- Se estudian los dictámenes periciales, con algunas precisiones iniciales acerca de los requisitos formales y la introducción de los mismos al proceso.

El presentado por Jairo Hernando Upegui Jaramillo, como representante de Ingeniería de Consulta en Estructuras S.A.S- ICE, fue aportado con la demanda, y en el auto de decreto de pruebas se ordenó su citación a audiencia para efectos de la sustentación, ello por iniciativa del juez de primera instancia y no por petición de las demandadas. Por otra parte, lo que se ha llamado «*dictamen*

pericial» rendido por Adriana Toro Londoño, representante de Talento Inmobiliario S.A.S., se aportó con la contestación de Constructora Monserrate S.A.S., y allí sin solicitar ese concepto como prueba pericial, se pidió «*una extraña ratificación que claramente fue negada por auto del 9 de julio de 2019*».

A pesar de que la señora Toro Londoño no fue citada como testigo, compareció a la audiencia a sustentar su «*dictamen*»; el apoderado de la demandante en el término de traslado de las excepciones de mérito, solicitó la comparecencia de los peritos que dan fe de la prueba pericial de parte, de modo que, «*la parte demandante en efecto sí solicitó que la señora Toro fuera citada a audiencia, de cara a que su “concepto” no quedara incorporado sin más, amén que se le recibió sustentación y todos los intervinientes tuvieron la oportunidad de interrogarle*». No es, entonces, la señora Toro una testigo que el *a quo* hubiere desechado, se trata de una perito, con las limitaciones que se analizarán en cada aspecto de su concepto.

En tal escenario, se considera procedente «*valorar la intervención de Jairo Hernando Upegui y Adriana María Toro Londoño en su categoría de dictamen pericial, muy a pesar de que en ambos se detecta falta de algunos de los requisitos formales de que trata el artículo 226 del C.G.P.*», a los que se hará referencia expresando la influencia que han de tener en la tarea valorativa.

2.3.- Según las demandadas apelantes, en este caso no hay lugar a condena en su contra, en la medida en que no existe ninguna falla constructiva por la que deban responder. Por su parte, el recurso de la demandante se enfila a que las

constructoras deben resarcir los perjuicios causados con ocasión de las siguientes fallas constructivas: **i)** fallas o defectos inherentes al proceso constructivo por fisuras en losas y torre de parqueaderos, que afectan la estructura y que ya presentan daño importante o amenazan ruina actual y contingente; **ii)** fallas o defectos inherentes al proceso constructivo en los puentes que comunican a la torre 1 con la torre de parqueaderos; **iii)** defectos inherentes al proceso constructivo para la adecuada disposición de basuras y la deficiente red contraincendios; **iv)** fallas en el lote de terreno donde se construyó el proyecto que tiene problemas de socavación; **v)** fallas en la construcción del sistema eléctrico, acorde con la norma RETIE; **vi)** fallas en el diseño y construcción de la única piscina con que cuenta la copropiedad.

Efectuado el análisis de los reparos en punto a la existencia de las reseñadas fallas, para lo cual se tiene en cuenta lo que emerge de la apreciación de las pruebas recaudadas, se concluye que sobre las numeradas *i) ii), iv), v), vi)*, ningún reproche merece lo decidido por el juzgador de primera instancia. Cosa distinta ocurre con el numeral *iii)* que sí se encuentra acreditado, según pasa a explicarse.

2.4.- Para negar el reconocimiento de las súplicas por «*defectos inherentes al proceso constructivo para la adecuada disposición de basuras y la deficiente red contraincendios*», el *a quo* aplicó el artículo 8º de la Ley 1480 y los 13 y 14 del Decreto 735 de 2013, para declarar probada la excepción de

prescripción, conforme a la primera norma, aduciendo que en el lapso de un año la copropiedad no elevó reclamación.

El artículo 8° de la Ley 1480 de 2011 prevé 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 (...)»*, saltando a la vista que esa no es la norma gobernante del caso, pues el reclamo sobre la disposición final de los residuos sólidos no es un acabado; por ende, es imposible sostener que la demandante debió reclamar, dentro del término de un año, por el acabado del sistema de disposición de basuras que ni se diseñó ni se construyó, luego, físicamente ningún defecto de acabado puede tener una construcción inexistente.

De la lectura de la demanda se deduce que la convocante pretende ser indemnizada, de un lado, por los defectos constructivos que amenazan la ruina de los edificios que componen las zonas comunes y, de otro, por el incumplimiento de las constructoras, entre otros, por la falta de construcción del sistema de disposición de los residuos sólidos para la torre 1. Así, formuló pretensiones de forma subsidiaria, previendo que la responsabilidad de que trata el artículo 2060 del Código Civil no prosperara de forma total, prueba de ello, es la pretensión A subsidiaria, en la cual adujo: *«Al no existir un vínculo de relación contractual directa entre las sociedades Constructora Monteparaíso S.A.S y Constructora Monserrate de Colombia S.A, pero siendo estas responsables del proceso constructivo de la copropiedad Conjunto Residencial Monteparaíso P.H. se declare responsable a estas sociedades por responsabilidad civil extracontractual»*.

El *a quo* le restó valor probatorio al dictamen del ingeniero Upegui en lo referente al tema ambiental, de modo que, «*desechó el dictamen porque el perito no es ingeniero ambiental*». No obstante, debe recordarse que el dictamen fue presentado por ICE que agrupa profesionales de todas las áreas, pero siempre bajo la dirección y control del representante legal de esa sociedad; la parte demandada no solicitó la comparecencia del perito a la audiencia, salvo por la solicitud que hizo en el acápite de testimonios y existen otras pruebas de las que se puede concluir la responsabilidad de las recurrentes en este preciso punto.

Además, la demandada nunca ha negado que en la torre 1 no se diseñó, ni construyó, un sistema de recolección de residuos sólidos, por lo que en varias ocasiones ofreció a la administración el montaje de un «*malacate*», sin obtener respuesta favorable. Incluso, la perita señaló que hay un «*problema de evacuación de basuras hacia el primer piso, pero sí hay una manipulación de basuras en el ascensor, e identifiqué la posibilidad de otro sistema*», en lo que coincidió con las afirmaciones del otro experto, quedando en evidencia el incumplimiento de la normatividad por parte de las constructoras.

En otras palabras, la parte demandante acreditó que no existe absolutamente ningún sistema para la recolección y disposición de basuras en la torre 1 de apartamentos, lo que encaja típicamente en el contenido de las normas que regulan la materia y resulta suficiente para concluir que no se trata de un acabado, un defecto o una reparación

necesaria, sino de una deficiencia o faltante, es decir, de algo que nunca se construyó.

Las normas a que se refiere el apelante son el artículo 19 Decreto 1713 de 2002, la Ley 1259 de 2008 y el artículo 20 Decreto 2981 de 2013, todas reglamentarias de la ley general de servicios públicos en lo relacionado con los sistemas de almacenamiento colectivo de residuos sólidos, en vigor antes, durante, y después del licenciamiento y construcción de la Unidad Residencial. Entonces, las sociedades demandadas deberán responder por el valor que la copropiedad debe invertir para la adecuación del sistema de tratamiento de residuos sólidos, de conformidad con el PMIRS y la normatividad vigente.

En lo relacionado con la red contraincendios, el perito Upegui afirmó que la misma cumple *«a excepción de los cuartos de basuras que no cumple con red de incendios»*, por lo que ese punto queda resuelto con la adecuación del sistema de recolección de basuras, como parte de la adecuación.

3.- Dado que las demandadas no se quejaron de haber sido condenadas solidariamente, se da por sentado que están llamadas a responder de esa forma al pago de los perjuicios.

La sentencia será confirmada en lo vinculado con las reparaciones necesarias en el edificio de parqueaderos y los puentes peatonales que los unen con la torre 1. Por tanto, las demandadas recurrentes deberán pagar: *«\$552.508.440,00 por costos de reparación de las losas de parqueadero; \$24.000.000,00 por*

costos de la pintura de los puentes metálicos; \$201.766.000,00 por costos de impermeabilización de losas y rampas de parqueadero; \$49.387.276,00 por concepto de arreglo de puentes metálicos».

Igualmente, se adicionará para acceder parcialmente a la pretensión A subsidiaria y, en consecuencia, condenar a las Constructoras al pago de \$285.200.000, que deben ser invertidos en el diseño, construcción y adecuación de un sistema de almacenamiento colectivo de residuos sólidos para la torre 1 de apartamentos, que cumpla con la reglamentación ambiental y permita la disposición de basuras de manera salubre. Además, pagarán \$5.543.839, para cubrir provisionalmente las necesidades de agua y electricidad mientras se realizan las obras.

4.- Las accionadas se quejaron de que el perito Upegui en audiencia no les proporcionó mayor información sobre el aspecto económico de la reparación. Esa conducta se justifica, simple y llanamente, en que el ingeniero no estaba en obligación de hacerlo porque con la demanda se aportó el dictamen de costos suscrito por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez que la Juez de primera instancia, incluso ahora el Tribunal, podría valorar de forma directa.

Igual que sucedió con el dictamen presentado por ICE, la parte demandada no solicitó la comparecencia a audiencia del señor Álvarez, denotándose la desidia en la defensa de sus intereses, habida cuenta que la convocante fundó su demanda en conceptos de expertos, mientras que la demandada basó sus excepciones en dichos de terceros y un

«peritaje» que se valoró como tal, en garantía de la bilateralidad de la audiencia y para no sacrificar el derecho sustancial so pretexto de las formas.

Recuérdese que sólo en la audiencia del 16 de septiembre de 2019 el perito Jairo Upegui compareció a sustentar la complementación de su dictamen, en lo que a costos de reparación se refiere. Por tanto, en el expediente existen dos pruebas de las que se puede obtener el monto de la indemnización, pero igual que lo hizo el *a quo*, se prefiere la última de ellas por haber sido sometida a una ardua contradicción.

5.- Como las pretensiones de la demanda suman en total \$1.731.735.638 y las concedidas alcanzan los \$1.118.405.555, no hay lugar a aplicar la sanción de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

III.- DEMANDA DE CASACIÓN.

Se formularon cuatro cargos, los tres primeros con soporte en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, y el último en la tercera.

Por ser su orden lógico, de conformidad con el inciso segundo del artículo 349 del Código General del Proceso, se analizarán en primer lugar y en forma conjunta el tercero y cuarto, dada la similitud de sus argumentos, aunque expuestos por diferentes vías.

IV.- TERCER CARGO

Con base en la causal segunda de casación, se acusó violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1605, 1610, 2056 y 2060, numeral 3, del Código Civil, y por falta aplicación de los artículos 2341, 2351 y 2356 del Código Civil, como consecuencia de un manifiesto y trascendente error de hecho en la interpretación de la demanda. En sustento se expuso:

1.- El Tribunal interpretó erróneamente que la accionante pretendía una condena en responsabilidad contractual pese a que, realmente, las pretensiones se basaban en la responsabilidad extracontractual. El demandante, olvidándose de lo narrado en los hechos de la demanda, en las pretensiones incluyó un nuevo hecho y pidió que las dos firmas constructoras fueran condenadas «*con base en la responsabilidad extracontractual, pues entre ellas y el demandante no hubo contrato alguno*», de ese modo, se viola el principio de la no acumulación u opción entre las dos responsabilidades. Es decir, el capítulo de los hechos se relaciona exclusivamente con la responsabilidad contractual, pero en las pretensiones se pide condenar a las constructoras por responsabilidad extracontractual.

Por una indebida interpretación de las pretensiones de la demanda, la sentencia recurrida condena con base en la responsabilidad contractual, sin mencionar para nada las pretensiones del demandante en las que solicita y explica que lo procedente contra las constructoras era la responsabilidad

extracontractual, lo que constituye un error de hecho evidente y trascendente.

2.- Sobre el asunto debatido en este cargo, existe una doctrina probable de la Corte, reiterada en SC563-2021, respecto a que, tratándose de la responsabilidad civil de los constructores, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, existe una responsabilidad legal, en cuyo caso la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual deja de aplicarse. Sin embargo, esa doctrina debe modificarse para volver *«por los cauces de la responsabilidad contractual del artículo 2060, numeral 3»*, principalmente porque, mientras la ley no unifique un sistema de responsabilidad aplicable por igual a los acreedores contractuales y a terceros perjudicados, el juez deberá descubrir el régimen de responsabilidad aplicable, sea contractual o extracontractual.

Cuando el constructor es diferente del empresario, ello no exime al último de la garantía decenal a favor de quien compró la obra y el adquirente bajo cualquier tipo de contrato de una construcción tiene una acción contractual contra su vendedor y contra su constructor, de modo que *«no hay confusión, vacío o incoherencia en la interpretación del artículo 2060, numeral 3. Tanto el enajenante como el constructor son deudores contractuales de los adquirentes y sub adquirentes del inmueble. Por lo tanto, sigue siendo válida la prohibición de aplicar un régimen de responsabilidad legal, o una opción de acumular la responsabilidad contractual y la extracontractual en procesos relacionados con la garantía decenal en la construcción de inmuebles»*. Así, tanto el constructor como el empresario o enajenante otorgan al que

encargó la obra y a los posteriores adquirentes una garantía decenal de tipo contractual, por lo mismo, es innecesaria la aplicación de una responsabilidad legal.

En consecuencia, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual continúa vigente, *«El artículo 2060 se establece para los deudores contractuales por la construcción y enajenación de un inmueble, incluida esa responsabilidad contractual para los constructores, (...) el artículo 2351 consagra una responsabilidad extracontractual para los daños sufridos por cualquier miembro de la comunidad ajeno al contrato, incluidos los habitantes del inmueble que se arruina»*. En esa medida, se pide a la Corte modificar la doctrina probable y acoger la tesis de que el artículo 2060 del Código Civil establece una garantía contractual decenal contra el constructor y el enajenante del inmueble, mientras el artículo 2351, consagra una acción extracontractual por daños causados a terceros por el edificio que se arruina y *«también establece una garantía decenal»*.

En este caso, el juez no podía condenar con base en la responsabilidad contractual a las demandadas, por más que estuviera convencido de que era la procedente, pues la demandante, libre y claramente, alegó la responsabilidad extracontractual de las constructoras, y no podía hacerlo, *«porque, entre las mismas partes y para cobrar el mismo daño, el juez no puede aplicar, indistintamente, cualquiera de las dos responsabilidades. Tiene que aplicar la correcta, y si el demandante se equivocó en esa escogencia, las pretensiones deben ser denegadas»*.

La trascendencia del error radica, precisamente, en que de no haber interpretado de manera indebida el libelo inicial,

el tribunal *«habría negado las pretensiones del demandante, pues cuando se mezclan las dos responsabilidades en la demanda o, claramente, se pretende la aplicación de una responsabilidad, al juez le está prohibido fallar con base en la responsabilidad descartada expresamente por el demandante»*.

V.- CUARTO CARGO

Con soporte en el tercer motivo de casación, se reprocha que la sentencia recurrida no está en consonancia con las pretensiones, lo que llevó al Tribunal a proferir una decisión *extra petita*, por lo siguiente:

No existe correspondencia entre lo pretendido por el demandante y lo fallado por el tribunal, pues, aunque en el capítulo de los hechos de la demanda se afirmó la existencia de un contrato, de todas formas, se solicitó al juez que aplicara la responsabilidad extracontractual y no la contractual. Sin embargo, el Tribunal falló con base en la responsabilidad contractual, lo que está prohibido y da cuenta de la inconsonancia entre las pretensiones y la sentencia, toda vez que, el juez *«no puede salirse de lo pedido por el demandante, en tratándose de escoger entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, así considere que el demandante se equivocó al escoger la responsabilidad que, según él, debía aplicarse»*, además, *«el rigorismo de la casación y de la instancia, prohíbe fallar con base en una responsabilidad no pretendida por el actor»*. Por lo tanto, el juzgador estaba obligado a rechazar las pretensiones.

En lo demás, para sustentar este cargo se reproducen los argumentos del tercero relacionados con las razones por

las que, desde el punto de vista del recurrente, no se puede fallar bajo los lineamientos de la responsabilidad contractual si la parte accionante invocó la extracontractual y el desacuerdo con la doctrina probable de la Corte sobre la interpretación del numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, que considera debe ser modificada.

VI.- CONSIDERACIONES

1.- Por principio, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades señaladas en las normas procedimentales, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. En esa medida, por imperativo legal, no puede condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente, esto es, no pueden emitirse fallos *ultra petita* y *extra petita* salvo que la ley expresamente lo autorice, como acontece en los procesos de familia y agrarios en los eventos indicados en los parágrafos 1° y 2° del canon 281 del Código General del Proceso.

En lo concerniente a la incongruencia como motivo de casación por error de procedimiento, en sentencia CSJ SC1806-2015, exp. 2000-00108-01, reiterada en SC17723-2016, se memoró:

A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a

través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez.

A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (extra petita).

2.- Análisis de los cargos

2.1.- Para comenzar debe decirse que los ataques en estudio se edifican en una premisa equivocada, consistente en que el Juzgador de segunda instancia interpretó erróneamente que la accionante pretendía una condena en responsabilidad contractual pese a que, realmente, las pretensiones se basaban en la responsabilidad extracontractual, y que, por lo mismo, el fallo es incongruente. Ello, por cuanto en la providencia impugnada no se emitió pronunciamiento en ese sentido.

Ciertamente, la Juez de primer grado, al inicio de su sentencia, puso de presente que el régimen de responsabilidad aplicable sería el **contractual** «*como quiera que se trata de la construcción de una obra respecto a la cual sus propietarios representados por la administración de la copropiedad reclaman por los*

defectos constructivos», y a continuación precisó que los presupuestos de esta acción, concernían,

(...) al incumplimiento del contrato sea por falta de ejecución o la ejecución imperfecta parcial o tardía de algunas de las obligaciones. Respecto del contrato de obra el artículo 2056 del Código Civil establece que habrá lugar a la reclamación de perjuicios según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte imputado lo convenido o se haya retardado su ejecución y cuando se trata de un empresario, como lo es el constructor, la principal obligación es de resultado con las consecuencias jurídicas que de esto se derivan en materia de prueba del incumplimiento y en el manejo de las cargas probatorias respecto al factor de imputación y de los mecanismos de exoneración, según lo tiene establecido desde vieja data la Corte Suprema de Justicia sentencia del 2 de junio de 1951. El segundo presupuesto es el daño, el tercero de la relación de causalidad el deudor incumplido responde de los perjuicios que sean consecuencia directa de su incumplimiento.

Pese a esa expresa manifestación del entendimiento que, desde el punto de vista jurídico, le dispensó el *a quo* a la controversia que enfrentó a las partes, ningún reproche les mereció a las constructoras accionadas ese particular argumento del fallo, al punto que no fue un tema de debate propuesto por vía de su recurso de alzada. En esas condiciones, como ese pilar de la sentencia no fue cuestionado en sede de apelación, significa que los recurrentes no advirtieron desafuero en ese sentido, por lo mismo, al resultar pacífico, no exigía ningún análisis en la segunda instancia.

Por su parte, el *ad quem*, en el acápite de su proveído titulado «*De la responsabilidad del constructor consagrada en el artículo 2060 del Código Civil*», a partir del contenido de esa norma y de la interpretación que la jurisprudencia de la Corte le ha conferido, en particular, en SC4426-2016 y SC 26 jul.

2019, sin circunscribir la discusión a los fundamentos de las tipologías de responsabilidad contractual y extracontractual, precisó:

*(...) **está claro que la mentada responsabilidad puede pretenderse de manera independiente gracias a que su fuente es la ley**, por lo que incluso opera con lo que armónicamente dispone el artículo 8º de la ley 1480 de 2011 en la medida en que “sin perjuicio de la garantía legal de la que trata el artículo 8º 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 Ocupación 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” (Sentencias antes citadas).*

Así las cosas, 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 afloran, 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 (“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. (Subraya intencional).

En esas condiciones, es incontrastable que ante el silencio de los apelantes en punto a la calificación del régimen de responsabilidad contractual aplicado por el *a quo* para resolver la litis, no tienen asidero los ataques ahora formulados referentes a que el Tribunal incurrió en error de hecho por indebida interpretación de la demanda al resolver el asunto al tamiz de la responsabilidad contractual apartándose de la extracontractual que fue la pretendida, y calificando el fallo de incongruente por los mismos motivos; pues, se insiste, ese raciocinio no obra en la sentencia del *ad quem*, de manera que, en los términos propuestos por la censura, los ataques lucen por completo desenfocados.

2.2.- Los cargos además devienen confusos, toda vez que, al sustentarlos, los recurrentes no explican frontalmente los yerros que pudieran derivarse del hecho que el Tribunal haya dedicado un espacio de su sentencia a referir que, a fin de cuentas, la responsabilidad del constructor basada en el numeral 3° del artículo 2060 del Código Civil, tiene su fuente en la ley y puede pretenderse de manera independiente.

Frente a esa parte del fallo recurrido, el casacionista admite que existe doctrina probable de la Corte en cuanto a la interpretación del numeral 3° del artículo 2060 del Código Civil, referente a que se trata de una fuente legal de responsabilidad, y expone que su principal cometido es obtener un pronunciamiento distinto, es decir, que la Sala reconsidere los argumentos de sus decisiones anteriores en el sentido indicado y opte por reconocer la naturaleza contractual de este tipo de controversias, modificando su posición en esa materia.

En esas condiciones, ningún eco tiene la segunda causal de casación alegada por indebida apreciación de la demanda, toda vez que su prosperidad supone la demostración de un error evidente y trascendente en el laborío hermenéutico de esa pieza inaugural del proceso, y en este evento, lejos de aducir un yerro de esa connotación, el casacionista en su disertación admite que se trata de la aplicación de la doctrina probable de la Corte en cuanto al numeral 3° del artículo 2060 del Código Civil que, en su

criterio, debe ser rectificada, lo que, de suyo, no da cuenta de la existencia de un error fáctico atribuible al juzgador colegiado.

Puestas de ese modo las cosas, cualquier propuesta de modificación jurisprudencial en torno a la correcta interpretación de la citada disposición, como lo es la contenida en la sustentación del cargo, no guarda ninguna correspondencia con la alegación de un yerro fáctico por indebida apreciación de la demanda; si lo que el casacionista quería hacer ver era un desatino de *iure* por errores de interpretación de una disposición jurídica, eligió la vía incorrecta para esgrimir su reproche, pues desde esa perspectiva, su planteamiento resulta por completo ajeno al alegado supuesto de afrenta indirecta de normas sustanciales.

Igualmente, resulta carente de fundamento la aducida incongruencia del fallo que la censura calificó de *extra petita*, toda vez que, si ese defecto acontece cuando en la sentencia se decide respecto de temas que no fueron objeto del litigio o con base en hechos diferentes a los invocados, es evidente que ninguno de esos supuestos se aprecia en el caso examinado, por el contrario, es claro que todo el fallo del tribunal se estructuró a partir del análisis de los problemas jurídicos relacionados con la *causa petendi* que le sirvió de sustento a la demanda, y fue con base en esas cavilaciones y en la específica definición de los puntos de apelación propuestos por los apelantes que arribó a sus conclusiones.

Por lo expuesto, estos cargos devienen infundados.

VII.- PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia de segunda instancia de violar indirectamente los artículos 2060, numeral 3, del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998, así como los cánones 2351, 1605, 1610 y 2056 del Código Civil, como consecuencia de errores de derecho por desconocer las normas probatorias contenidas en los artículos 164, 173, 226, 227 y 228 del Código General del Proceso.

En síntesis, expusieron las recurrentes:

1.- El artículo 2060, numeral 3, del Código Civil, establece el derecho de las víctimas a reclamar la responsabilidad de los constructores por vicios en la construcción, en los materiales o en el suelo, cuando una edificación perece o amenaza a ruina. En este caso, los errores de derecho por el desconocimiento de las normas probatorias llevaron al *ad quem* a considerar que el Conjunto Residencial presentó vicios en la construcción y que amenazaba ruina.

Haber considerado en la sentencia de segunda instancia los dictámenes de ICE y de Acero y Concreto Ingeniería, fracturó gravemente varias de las normas que rigen la actividad probatoria, como se explica a continuación:

1.1.- Los artículos 164 y 173 del Código General del Proceso que, en su orden, consagran los principios de necesidad y legalidad de la prueba.

En este asunto se infringieron esos preceptos, por lo siguiente: **i)** los referidos dictámenes fueron aportados con la demanda bajo la apariencia de ser pruebas documentales y sin cumplir los requisitos mínimos legales para las peritaciones; **ii)** el dictamen de ICE fue modificado y aportado por segunda vez en el escrito con el que la parte actora se opuso a las excepciones de mérito; **iii)** el dictamen pericial de Acero y Concreto Ingeniería fue decretado como si fuera un documento, con las implicaciones que ello tiene en materia de contradicción de la prueba; **iv)** aunque la peritación de ICE se decretó como un dictamen, nunca se corrió el traslado de la modificación efectuada luego de contestada la demanda; **v)** cuando el proceso se encontraba próximo a concluir, al finalizar la declaración en audiencia del perito representante de ICE, irregularmente la *a quo* permitió a ICE nuevamente «*ampliar y/o complementar*» el dictamen respecto del valor de las reparaciones necesarias en el conjunto residencial; **vi)** ICE excedió el objeto de la «*ampliación y/o complementación*» del dictamen, al aportar unas fotografías y cumplir, en apariencia, con los requisitos mínimos legales de los dictámenes periciales, y **vii)** pese a que la juez de primera instancia corrió traslado a las demandadas de dicha «*ampliación y/o complementación*», no permitió la práctica del de contradicción anunciado por las Constructoras.

De manera particular, los defectos advertidos, se describen así:

1.1.1.- Los dictámenes de ICE y Acero y Concreto Ingeniería fueron aportados como documentos, según se lee en el capítulo de pruebas de la demanda. Es ese un error y no un mero ritualismo ya que cada medio de prueba tiene un camino legal distinto en cuanto a sus requisitos, forma de contradicción y criterios de valoración.

Podría creerse que este inconveniente fue superado con el decreto de las pruebas por parte del *a quo*, lo que no es admisible, por cuanto el dictamen pericial de Acero y Concreto Ingeniería se decretó como un documento y, pese a que el dictamen de ICE se decretó como una prueba pericial, no se corrió de nuevo un traslado para la contradicción.

1.1.2.- Con el pronunciamiento frente a las excepciones de mérito la demandante presentó una «*acomodada modificación del peritaje inicial de ICE*», de ese modo se desconoció que el principio de legalidad de la prueba en materia de peritación impone el deber de que el peritaje de parte sea presentado completo en una única oportunidad, justamente, para evitar que la parte y el perito puedan sacar ventaja del conocimiento de las contrapruebas, entre ellas la misma refutación del dictamen inicial. Y esto es relevante, porque la inoportuna «*rectificación y ampliación*» del dictamen de ICE fue la base de varias de las declaraciones más importantes de las decisiones de instancia.

1.1.3.- El decreto de las pruebas periciales efectuado mediante auto del 9 de julio de 2019, confirmó la violación de la legalidad de la prueba, por cuanto el peritaje de Acero y Concreto Ingeniería, no fue decretado como dictamen pericial, así las cosas, por culpa de la parte actora, este dictamen siguió el camino de la prueba documental -fue aportado como documento y decretado como documento-, pero el Tribunal lo valoró en la sentencia como peritación; y el dictamen de ICE, pese a ser admitido como prueba pericial, incumplía los requisitos mínimos de ese tipo de medio demostrativo, y al ser solicitado como documento, siendo un peritaje, la prueba de ICE no debió decretarse. Este es un error jurídico que pervive con independencia de que la prueba haya sido decretada en primera instancia y, por ende, imponía su exclusión incluso al momento de ser analizada jurídicamente en la segunda.

1.1.4.- La orden de «*ampliar y/o complementar*» el dictamen de ICE se hizo al margen de la ley, y contraviene el principio de legalidad por dos razones: la primera es que la ley no establece que los dictámenes de parte puedan ser «*ampliados y/o complementados*» en el curso del proceso, menos todavía por fuera de las oportunidades probatorias; dispone que el dictamen de parte se debe aportar completo en una única oportunidad probatoria y que las precisiones y explicaciones al dictamen pedidas al perito por el juez o por las partes, solo pueden hacerse en el curso de la audiencia de declaración del perito -artículo 228 del Código General del Proceso-; la segunda razón consiste en que, en gracia de discusión, si es correcto que un juez ordene «*ampliar y/o complementar*» por

escrito un dictamen de parte, no puede ordenar la rectificación de las conclusiones presentadas en el peritaje, y eso fue lo que pasó en este caso, pues la orden de la juez de primera instancia versó sobre el valor de unas reparaciones cuyo monto ICE ya había conceptuado desde el inicio, salvo el tema ambiental, pero que diferían sustancialmente del peritaje rendido por Acero y Concreto Ingeniería, también aportado por la demandante.

1.1.5.- Es contraria al principio de legalidad de la prueba, la conclusión del tribunal respecto a que el dictamen cumple con los requisitos de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, al estimar que *«con su inicial presentación se allegaron los básicos para la introducción del experticio y ya, para el 16 de septiembre de 2019, día en que tuvo lugar su ampliación, con suficiente tiempo se allegaron las certificaciones del ingeniero Upegui sobre su formación y experiencia, la lista de casos en que ha sido designado como perito, al paso que siempre explicó sus métodos y el fundamento de sus conclusiones»*; comoquiera que de la ley procesal se infiere, que las declaraciones e informaciones mínimas del dictamen deben acompañarse con él.

El desconocimiento de los requisitos legales mínimos de los dictámenes, es evidente, toda vez que el presentado por Acero y Concreto Ingeniería no atendió ninguno de los previstos en el artículo 226 del Código General del Proceso, por ello, es muy equivocada la consideración del *ad quem* según la cual *«(...) con la demanda se aportó el dictamen de costos suscrito por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez que la Juez en primera instancia, incluso ahora el Tribunal, podría valorar de forma directa»*.

El dictamen de ICE tampoco atendió los requisitos del mencionado precepto en el momento oportuno, ni cumplió con los mínimos exigidos en la ley ni siquiera después de la inoportuna radicación del anexo No. 3 del escrito del 27 de agosto de 2019. Así, en el dictamen presentado en marzo de 2016 se indicó el nombre de los profesionales «*asesores de cada materia*» que intervinieron en su elaboración, y se precisó, que, «*las áreas en cuestión y revisadas, y los profesionales especialistas en cada una son: 1. ÁREA ARQUITECTÓNICA Arq. Hugo Cano. 2. ÁREA ESTRUCTURAL Y DE SUELOS: Ing. Jairo Upegui. 3. ÁREA HIDRO SANITARIA Y GAS: Inga Clara Escobar. 4. ÁREA ELÉCTRICA Y COMUNICACIONES: Ing. Juan Pablo Sierra. 5. ÁREA AMBIENTAL: Inga. Lina María Giraldo*». No obstante, con el anexo No. 3 del escrito del 27 de agosto de 2019 no se aportan los documentos que acreditaran la idoneidad y experiencia de los demás ingenieros distintos de Upegui Jaramillo, ni los títulos académicos de ellos, ni los documentos que certificaron su experiencia profesional técnica; por lo que el Tribunal no sabía siquiera si esos otros «*ingenieros*» realmente lo eran; y tampoco se aportaron soportes relacionados con la firma ICE, que fue quien realmente rindió la experticia.

Ello es crucial por cuanto el mencionado dictamen está compuesto por un conjunto de conceptos de varios expertos, de quienes ni siquiera el señor Jairo Upegui pudo dar cuenta en audiencia.

Tampoco se aportaron los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen, relacionados en el peritaje, así: «*Dentro de la información recibida, se tuvo acceso a la*

siguiente información; suministrada por el Honorable Consejo de Administración, en medio magnético y en medio físico (se indica cada uno)»⁷². Allí se indica que se consultaron (I) el «Estudio de suelos»; (II) «Informes y registros fotográficos hechos por la Administración del Conjunto Residencial»; (III) «Memorias de cálculo estructural de los tres bloques, la portería, y los puentes de acceso a la torre 1 desde el edificio de parqueaderos»; (IV) «Documentos de las piscinas y los equipos de trabajo de las mismas»; (V) «Planos del proyecto»; (VI) «Reglamento de Propiedad Horizontal»; (VII) «Pólizas de garantía y cumplimiento»; (VIII) «Manuales de manejo de información y equipos», y (IX) «Actas de recibos». Aunque, más adelante, el perito analizó las memorias de cálculo estructural y los planos estructurales y ofreció sus conclusiones, nada de eso entregó ni siquiera con el anexo 3 del escrito del 27 de agosto de 2019.

1.2.- El artículo 226 del Código General del Proceso contiene una serie de reglas ineludibles de la prueba pericial, que fueron desatendidas, pues contraviniendo el mandato referente a que *«sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial»*, la parte actora presentó dos peritajes, el de Acero y Concreto Ingeniería y el de ICE, además, desatendió la exigencia de que *«todo dictamen se rendirá por un perito»*.

En el dictamen de ICE, inicialmente, se presentó una valoración propia sobre el monto de las reparaciones, pero después, a raíz de la orden de *«ampliar y/o complementar»*, el ingeniero Jairo Upegui modificó ese punto del dictamen, y presentó una nueva cuantificación en la que se limitó a reproducir los conceptos del perito Rafael Tobías Álvarez, de la firma Acero y Concreto Ingeniería, y esa ampliación de la

experticia, fue la base de la primera y la segunda instancia para cuantificar los perjuicios.

Se afirma la infracción del límite de peritajes porque el presupuesto de Acero y Concreto Ingeniería es también un dictamen, si bien la demandante lo denominó documento ello riñe con su verdadera naturaleza. A esta conclusión llegó el Tribunal en la sentencia de segunda instancia, al calificar el presupuesto de Acero y Concreto Ingeniería así: *«(...) con la demanda se aportó el dictamen de costos suscrito por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez que la Juez en primera instancia, incluso ahora el Tribunal, podría valorar de forma directa»*.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los dictámenes de ICE y Acero y Concreto Ingeniería son independientes y fueron rendidos por peritos diferentes; comparten su objeto en la cuantificación de las reparaciones y el *ad quem* reconoció que la parte demandante aportó dos dictámenes periciales sobre un mismo hecho o materia.

1.3.- El artículo 227 del Código General del Proceso. A la luz de esta norma la prueba pericial puede presentarse en cualquier oportunidad, pero una sola vez y en forma completa, en consecuencia, es un error valorar dictámenes de parte que se presentan de manera fragmentada en distintas ocasiones, con la excusa de estarse *«aclarando»*, o *«complementando»*, como ocurrió con la peritación de ICE. Por otra parte, es diáfano que el escrito de ICE del 27 de agosto de 2019, con el que se respondió a la orden de la *a quo* de *«ampliar y/o complementar»*, contrarió este precepto porque esa

orden carece de respaldo legal y, además, el perito excedió lo mandado.

1.4.- El artículo 228 del Código General del Proceso, que regula la forma de contradicción del dictamen fue vulnerada por cuanto, si bien el Juez de primer grado corrió traslado de la «*ampliación y/o complementación*» del dictamen de ICE, no permitió la práctica del dictamen de contradicción oportunamente anunciado por las constructoras; además, aunque el peritaje de ICE fue modificado y aportado por segunda vez en el escrito con el que la parte actora se opuso a las excepciones de mérito, no se puso en conocimiento ni se corrió el traslado previsto por la ley; y es cierto que Constructora Monserrate, pese a que el dictamen de ICE fue aportado como documento, aportó un concepto técnico de refutación elaborado por Adriana Toro, pero eso no garantizó en absoluto la contradicción del peritaje de ICE, pues este perito presentó dos modificaciones posteriores aprovechando el conocimiento de la refutación de Adriana Toro.

El segmento del artículo 228 del Código General del Proceso, que dispone que las partes podrán interrogar al perito sobre la idoneidad, la imparcialidad y el contenido del dictamen, fue infringido por cuanto, en audiencia, el perito Jairo Hernando Upegui dejó de responder sobre varios puntos importantes del dictamen de ICE, bajo el pretexto de que otros profesionales distintos de él desarrollaron esos puntos en el dictamen. Y este pretexto fue avalado por los jueces de primera y segunda instancia, en lugar de exhortar

la comparecencia de las personas que realmente podían dar cuenta del dictamen de ICE.

Partiendo de los postulados y reglas probatorias en mención, los dictámenes de ICE y Acero y Concreto Ingeniería no debieron ser tenidos en cuenta para la decisión del Tribunal, sino que debieron ser excluidos.

2.- El postulado de contradicción de la prueba, fue vulnerado, por lo siguiente: con la demanda se aportaron los dictámenes periciales como si fueran documentos; se presentó la «*rectificación y ampliación*» del dictamen de ICE con el pronunciamiento sobre las excepciones de mérito; la manera en que se decretaron las pruebas de ICE y Acero y Concreto Ingeniería; la orden de «*ampliar y/o complementar*» el dictamen dispuesta por el *a quo* y la respuesta de ICE, sumados a que no se permitió la práctica del dictamen de contradicción anunciado por las demandadas ante la última «*ampliación y/o complementación*».

3.- Se omitió la regla sobre las conclusiones propias del perito, para la existencia jurídica del dictamen pericial, es indispensable que el perito no delegue su encargo y que el peritaje rendido por él contenga sus conceptos personales y propios y si bien el experto puede ayudarse de otros profesionales, esa ayuda no supone delegar el encargo o reproducir como propios los conceptos de otro.

4.- Los errores probatorios denunciados son trascendentes e influyen en la parte resolutive de la

sentencia, toda vez que condujeron al Tribunal, de forma equivocada, a tener por demostrada la responsabilidad civil de las constructoras demandadas y a fijar la cuantía de los presuntos perjuicios sufridos por la parte actora, siendo los pilares probatorios de su sentencia los dictámenes de ICE y Acero y Concreto Ingeniería.

VIII.- CONSIDERACIONES

1.- En términos generales, desde el punto de vista procedimental, las etapas o fases de la actividad probatoria se concretan en distintos periodos del proceso, que por lo general se suceden en el curso de la primera instancia, y que corresponden a los momentos de petición o aportación de las pruebas, su decreto por parte del operador judicial, la práctica en la que intervienen tanto el juzgador como las partes, y, finalmente su valoración a cargo del funcionario judicial. Entre esas etapas, además, debe garantizarse a las partes el derecho de contradicción de acuerdo con la naturaleza de cada medio demostrativo, así como la oportunidad de presentar ante el juez las alegaciones que den cuenta de las conclusiones que desde el punto de vista de los litigantes emergen del acervo probatorio, previo a la definición del litigio.

Para el tratadista Hernando Devis Echandía⁶, la actividad probatoria se cumple por medio de cuatro etapas, a saber:

⁶ Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. 5° ed. Temis, Bogotá, 2006, pág. 263.

1º) la de recibimiento genérico a pruebas, a solicitud de las partes o de una de ellas, u oficiosamente, según el sistema legislativo vigente; 2º) la de la proposición de pruebas en concreto para su práctica o simple admisión cuando es aducida o presentada por el interesado, y la ordenación o admisión de esas pruebas por el juez y de otras que oficiosamente señale si está facultado para ello, es decir, la etapa de su admisión u ordenación en concreto; 3º) la de práctica de las pruebas ordenadas o decretadas que así lo requieran; 4º) la de valoración o apreciación, que corresponde a la de juzgamiento, esto es, a la sentencia de instancia (...).

El mismo autor destaca los principios generales de la prueba judicial, entre ellos, el de «necesidad de la prueba», referido a la necesidad de que los hechos sobre los cuales versará el veredicto estén demostrados con pruebas aportadas al proceso y no en el conocimiento privado del juez⁷; ese principio está plasmado en el artículo 164 del Código General del Proceso, conforme al cual, «[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho».

En cuanto al principio de contradicción, significa que,

(...) la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de la oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla⁸.

⁷ Op. Cit. Pág. 107

⁸ Op. Cit. Pág. 115

Otro principio que vale la pena destacar en este proveído, es el de «preclusión de la prueba», que corresponde a una aplicación práctica del principio general de eventualidad de los actos procesales que rige el ordenamiento procedimental. El mencionado autor lo relaciona con una «*formalidad de tiempo u oportunidad*» para la práctica de la prueba que guarda estrecha relación con los de contradicción y lealtad, y precisa que, con él, «*se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa*».

El acatamiento de este principio exige que las partes hagan uso de las oportunidades que consagra la ley tanto para aportar pruebas como para contradecir o refutar las allegadas por la parte contraria, so pena de que las allegadas por fuera de esos momentos pre establecidos queden por fuera del debate.

2.- Tratándose de la prueba pericial, el Código General del Proceso introdujo como regla general el denominado dictamen de parte, así, al tenor del artículo 227 del Código General del Proceso, «*[l]a parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda (...)*», consagrando así el deber de su aportación en forma escrita, o en caso de que ello no sea posible dentro de la debida oportunidad procesal, por lo menos el deber de anunciarlo dentro del término que para el efecto llegue a conceder el

juzgador, conforme a la misma disposición, ello para no menguar el deber de probar, con las implicaciones que tiene en el juicio el principio de la carga de la prueba.

Por lo que atañe a la contradicción del dictamen, la actual regulación procesal civil en su canon 228 prevé varias posibilidades:

La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

De ese precepto emergen las distintas opciones con las que cuenta la parte contra quien se aduce el dictamen, que involucran: permanecer silente, aportar otra experticia, pedir que el perito comparezca a la audiencia para interrogarlo, o las dos últimas al tiempo. En cualquier caso, corresponde al juzgador garantizar mediante el correspondiente traslado que en términos de oportunidad se permita el libre ejercicio del derecho de contradicción de la experticia.

3.- Acerca del entendimiento del denominado error de derecho, en CSJ SC17162-2015la Sala, explicó que,

(...) se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba al desconocerse las reglas sobre aducción e incorporación de los mismos o el mérito demostrativo asignado por el legislador. La Corte enseñó que se incurre en éste si el juzgador aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere [...]».

4.- Análisis del cargo

4.1.- Por lo que respecta a los momentos de adjunción y decreto de la prueba pericial de la promotora, en el acápite de pruebas de la demanda⁹ se anunció que con ella se aportaban, entre otras «*documentales*»: **i)** informe técnico-interdisciplinario de interventoría externa emitido bajo la coordinación de la empresa ICE – Ingeniería de Consulta en Estructuras en 132 folios; **ii)** presupuesto para reparación de daños efectuado por la firma Acero y Concreto Ingeniería – Ingeniero Rafael Tobías Álvarez, en 28 folios. Posteriormente, dentro del término de traslado de las excepciones de mérito¹⁰, la parte actora estimó oportuno adjuntar «*complementación al dictamen pericial de parte inicialmente aportado por la razón social ICE – Ingeniería y Consulta en Estructuras, suscrito por el ingeniero patólogo Jairo Hernando Upegui Jaramillo*»¹¹.

⁹ Folios 207 a 216, cuaderno 1.

¹⁰ Folios 749 a 760, cuaderno 1A

¹¹ Folios 761 a 762, cuaderno 1A

Mediante auto del 9 de julio de 2019¹², el *a quo* citó a audiencia de conformidad con el artículo 372 del Código General del Proceso, y allí mismo ordenó: **i)** incorporar como pruebas los documentos aportados por la parte demandante con su demanda y durante el traslado de las excepciones, **ii)** «*se tiene como prueba pericial, la experticia, obrante a folios 51 a 171 del cuaderno 1, y 761 a 762 del cdno, (...) rendida por el ingeniero civil Jairo Hernando Upegui Jaramillo, a quien se le cita a la audiencia*». Frente a dicha providencia ninguno de los intervinientes formuló reparos.

Estando en curso la mencionada audiencia, la juez de primera instancia, de manera oficiosa ordenó al perito Jairo Hernando Upegui Jaramillo, «*ampliar y/o complementar el dictamen pericial, en los siguientes puntos: manejo de basuras, impermeabilización de losa de parqueadero y mantenimiento y reparación de los puentes que comunican la torre 1 de apartamentos con la torre de parqueaderos; concretamente el valor de esas reparaciones. Para lo anterior, se otorga el término de 10 días*»¹³.

En acatamiento de esa tarea, el experto adjuntó «*presupuesto actualizado y detallado*», además, anexó algunos documentos personales que denominó «*complemento para cumplir con el artículo 226 del Código General del Proceso*».

A continuación, mediante auto del 29 de agosto de 2019, se puso en conocimiento de las partes, la «*ampliación y complementación del dictamen*», por el término de tres días para

¹² Folios 763 a 765, cuaderno 1ª.

¹³ Cfr. Folio 770. C. 1A

los efectos contemplados en el artículo 228 *ibidem*¹⁴. Dentro del lapso concedido, el apoderado de las constructoras manifestó su inconformidad respecto de la tarea realizada por el perito, entre otras cosas, por considerar que desbordó los temas que le fueron encomendados por la juez y porque parte de una «reproducción y actualización de todo el presupuesto inicial allegado con el dictamen (suscrito por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez)», del cual el ingeniero Upegui Jaramillo manifestó no tener conocimiento porque no era de su autoría, sin embargo, ahora pretendía convalidarlo; al final, el replicante le pidió a la juzgadora que, «en caso de considerarlo pertinente se disponga una nueva experticia conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Código General del Proceso que aclare todos los errores antes referenciados y permita darle claridad al despacho para la decisión del litigio»¹⁵

En la reanudación de la audiencia, la juzgadora, luego de indagar al experto respecto de la complementación de su informe, le confirió el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que procedieran a interrogarlo y cumplido el cometido, declaró finiquitado el periodo probatorio sin protesta de ninguno de los apoderados intervinientes, a quienes les permitió formular sus alegaciones finales, previo a emitir el fallo que zanjó la primera instancia.

4.2.- Como punto de partida, se pone de presente que toda la actividad probatoria cuestionada mediante el cargo en estudio se suscitó en el curso de la primera instancia, en

¹⁴ Folio 811, c. 1A

¹⁵ Folios 812 a 815, cuaderno 1A.

términos generales, sin protesta de las sociedades recurrentes, pues no manifestaron inconformidad contra el auto de decreto de pruebas en el cual se ordenó incorporar los documentos aportados por la parte demandante, entre los cuales estaba el presupuesto para reparación de daños efectuado por Acero y Concreto Ingeniería – por conducto del ingeniero Rafael Tobías Álvarez; y, además, se resolvió tener como «*prueba pericial*», la experticia rendida por el ingeniero civil Jairo Hernando Upegui Jaramillo, a quien se citó a la audiencia, por manera que la incorporación de esos dos medios demostrativos y su decreto, el primero como documento y el segundo como dictamen pericial, no fue controvertida en el debido momento procesal.

Por otra parte, en el recurso de apelación propuesto por las Constructoras Monserrate de Colombia y Monteparaíso, tampoco se formularon reproches concretos acerca de la incorporación, decreto y forma de contradicción de la mencionada prueba pericial. Obsérvese que, si bien, entre los puntos de desacuerdo con el fallo de primera instancia, se invocó que con el dictamen no se allegó la demostración del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 226 del Código General del Proceso, se pasó por alto cuestionar los argumentos esgrimidos por el *a quo* para encontrar satisfecha esa exigencia con los documentos aportados por el perito con la complementación de su experticia.

Tampoco se puso en entredicho la legalidad del ejercicio de la facultad oficiosa del *a quo* al disponer que el perito procediera a complementar el dictamen presentado por

iniciativa de la demandante, ni por no haber resuelto sobre una petición de las demandadas en el sentido de ordenar otro dictamen, de ahí que esos aspectos no exigían un pronunciamiento del superior al desatar el recurso de alzada.

4.3.- Ausente de demostración emerge, igualmente, el reparo consistente en que se vulneró el precepto que obliga que, sobre un mismo hecho o materia, cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Al efecto, basta memorar que, si bien, con la demanda se presentaron dos informes técnicos, uno sobre la situación «*patológica*» del Conjunto Residencial Monteparaíso, y otro atinente al presupuesto de las obras necesarias para la corrección de las falencias, en estrictez, no estaban dirigidos a demostrar los mismos hechos, y en todo caso, cualquier duda al respecto quedó superada con el auto de decreto pruebas en el cual solo se confirió carácter de dictamen pericial al primero, mientras el segundo se incorporó como documento.

4.4.- Tampoco se acreditó la aducida afrenta al derecho de contradicción en las diferentes fases referidas por los opugnantes.

Ciertamente, conforme al artículo 370 del Código General del Proceso, la finalidad de correr traslado al demandante de las excepciones de mérito que llegare a proponer su opositor, es para que «*pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan*», si esta norma no discrimina ni deja por fuera ningún tipo de medio demostrativo, es claro que la rectificación y ampliación del informe inicial del mismo perito

sí fue presentada en el tiempo debido, pues, como se acaba de ver, es esa otra de las oportunidades expresamente consagradas por el legislador para pedir pruebas. Por lo demás, nada tiene de extraño que con ese acto se haya procurado superar inconsistencias advertidas por las demandadas, pues ello no desdice del propósito que orienta esa nueva oportunidad probatoria, concebida desde la garantía de bilateralidad de la audiencia y del deber de probar.

La contradicción tanto del informe inicial como de su *«rectificación y ampliación»* ofrecida en el traslado de las excepciones, también quedó garantizada. En efecto, en el auto de decreto de pruebas, al resolver que *«se tiene como prueba pericial, la experticia, obrante a folios 51 a 171 del cuaderno 1, y 761 a 762 del cdno, (...) rendida por el ingeniero civil Jairo Hernando Upegui Jaramillo»*, se dispuso la citación del perito a la audiencia, siendo ese el escenario procesal previsto para que, tanto el juez como las partes, puedan interrogar al perito bajo juramento *«acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen»*¹⁶.

Así, dentro de la audiencia, efectivamente, la juzgadora le concedió esa posibilidad al apoderado de las demandadas, de la cual hizo uso en la forma que consideró pertinente, y en el mismo sentido obró en su reanudación el día 16 de septiembre de 2019, con respecto a la complementación del dictamen ordenada de manera oficiosa, de ahí que ninguna vulneración de esa prerrogativa se evidencia.

¹⁶ Artículo 228 del Código General del Proceso.

Tampoco puede predicarse irrespeto al debido proceso o al derecho de contradicción, por el hecho de que la juez no se haya pronunciado acerca de la petición contenida en el último párrafo del memorial fechado 3 de septiembre de 2019 (folios 812-815), en el cual se indicó *«en caso de considerarlo pertinente se disponga una nueva experticia conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del C. General del Proceso que aclare todos los errores antes referenciados y permita darle claridad al Despacho para la decisión del litigio»*.

Pese a que los opositores invocaron como soporte jurídico de su pedimento el artículo 227 del Código General del Proceso, conforme al cual, *«[l]a parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda»*, lo cierto es que ninguna de las hipótesis plasmadas en esa disposición encaja, pues no se aportó otra experticia, ni se pidió ampliar el término para ese fin por considerar que el legal fuera insuficiente; de contera, al no haber recurrido la decisión del Juez de dar por concluido el periodo probatorio, tácitamente, renunciaron a exponer cualquier desacuerdo con la falta de pronunciamiento sobre aquella solicitud.

4.5.- Para los recurrentes carecía de soporte legal la orden de *«ampliar y/o complementar»* el dictamen dispuesta por la falladora en el curso de la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso, por cuanto la ley no lo autoriza.

Al efecto, estima la sala que ese aspecto como tal quedó por fuera de discusión en la segunda instancia, toda vez que ningún reproche sobre la producción de esa extensión de la prueba pericial formularon las demandadas en ese momento, y por lo mismo, el Tribunal en su sentencia tampoco se pronunció al respecto.

Con todo, vale la pena destacar que el actual régimen probatorio en el ordenamiento procesal civil, mantuvo como regla la posibilidad de que el juez decrete pruebas de oficio, particularmente, los preceptos 229 y 230 del Código General del Proceso, en forma concreta prevén que puede decretar de oficio la práctica de un dictamen pericial, al tiempo que el artículo 42 incluye dentro de los deberes del juez, emplear los poderes concedidos en materia de pruebas de oficio *«para verificar los hechos alegados por las partes»*.

Desde esa perspectiva, si el juzgador está habilitado para ordenar oficiosamente la práctica de una prueba técnica, nada le impide ordenar la aclaración o complementación de la que ya obra en el proceso por haber sido aportada por alguna de las partes, en otras palabras, obrar de ese modo es una forma de ejercer la facultad oficiosa en esa materia, que además armoniza con el principio de economía procesal. Naturalmente, esa prerrogativa permanece atada a garantizar a las partes el derecho de contradicción respecto de la complementación o aclaración presentada por el perito en acatamiento de la orden del juez, para efectos de poderlas valorar, precisamente, en el caso examinado, así procedió la juzgadora de primer grado.

4.6.- El reparo relacionado con el momento en que el perito allegó los anexos para acreditar los requisitos mínimos exigidos en el artículo 226 del Código General del Proceso, tampoco tiene el alcance reclamado por la censura, esto es, que la prueba tenía que ser excluida por el Tribunal.

Sobre el particular, el *ad quem*, al apreciar las dos experticias adosadas, optó por concederle mayor credibilidad a la del perito Upegui Jaramillo, y para ese efecto, consideró,

(...) se debe resolver naturalmente en favor de la prueba con más fuerza de convicción, misma que sin duda fue aportada por la parte demandante, comenzando porque el perito Jairo Hernando Upegui es ingeniero civil, visitó el terreno en más de 7 ocasiones, ha sido auxiliar de la justicia por más de 15 años con más de 50 dictámenes periciales presentados en temas afines, especialista en análisis estructural avanzado y es candidato a Magíster en Patología estructural por la Universidad de Valencia.

Así mismo, a nivel laboral, tiene experiencia enfocada en diseño, cálculo y patología de estructuras, como por ejemplo la atención de las patologías del edificios (sic) Space y Bernavento, participación en los diseños de Porce II, 4 a 5 millones de metros cuadrados analizados en patología, 1 a 2 millones de metros cuadrados diseñados. Incluso, algunos de los testigos lo reconocieron como el “segundo” experto más reconocido e importante en la materia en el país, después de otro ingeniero que ya ni siquiera ejerce por su avanzada edad.

En adición, está claro que el dictamen cumple con los requisitos de que trata el artículo 226 del C.G.P, pues con su inicial presentación se allegaron los básicos para la introducción del experticio (sic) y ya, para el 16 de septiembre de 2019, día en que tuvo lugar su ampliación, con suficiente tiempo se allegaron las certificaciones del ingeniero Upegui sobre su formación y experiencia, la lista de casos en que ha sido designado como perito, al paso que siempre explicó sus métodos y el fundamento de sus conclusiones.

Como puede apreciarse, el Tribunal no desconoció que fue en la audiencia de ampliación de la experticia que el

ingeniero adjuntó los soportes para acreditar los requisitos de que trata la norma en comentario, no obstante, en esencia, con esa apreciación resultó avalando lo expuesto por el *a quo* para disponer la incorporación de esos anexos al plenario y dar por cumplidas tales exigencias, al indicar que la parte demandante aportó la opinión de un ingeniero civil experto en análisis y diseño de estructuras y en patología, *«según se acreditó en la audiencia del pasado 12 de agosto y con los documentos que se allegaron posteriormente, por lo que no es cierto que no se haya acreditado la idoneidad del experto que conceptuó, al fin y al cabo la norma no impone que la acreditación deba hacerse exclusivamente con la aportación de la prueba»*¹⁷, argumento sobre el cual no se alzaron los recurrentes al exponer sus reparos contra el fallo de primera instancia.

Aunado a lo anterior, los anexos allegados con la complementación del dictamen se pusieron también en conocimiento de las partes cuando se corrió el respectivo traslado, y los demandados tuvieron la oportunidad de interrogar en dos oportunidades al perito para los fines previstos en el artículo 228 del Código General del Proceso, que incluye indagar acerca de su idoneidad, todo ello en garantía del derecho de contradicción. De modo que, si en esas ocasiones, los recurrentes no orientaron su cuestionario a socavar o a poner en tela de juicio idoneidad del perito, y, además, su posición acerca de que ineludiblemente los anexos tenían que aportarse con el dictamen, no se erige como la única interpretación válida de los fines que persigue el artículo 226 del Código General del Proceso, nítidamente

¹⁷ Audiencia de fallo. Hora: 13.10

emerge lo infundado que resulta su reproche sobre la configuración del error de derecho por infracción de ese precepto.

5.- Por lo expuesto, cualquier desafuero que emane de la valoración de la prueba pericial, a lo sumo guardaría relación con su contenido objetivo y no con errores relacionados con su producción e incorporación al juicio capaces de estructurar el aducido error de *iure*.

IX.- SEGUNDO CARGO

Se acusa violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 2060, numeral 3, del Código Civil y 16 de la Ley 446 de 1998, como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y trascendentes en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas, lo cual lo condujo a tener por demostrado, sin estarlo, el valor de las reparaciones y adecuaciones de losas de parqueadero, puentes peatonales y sistema de disposición de basuras indicado en la sentencia, así como la amenaza de ruina que se cernía sobre los puentes metálicos, errores que lo llevaron a tener por demostrada la responsabilidad de las constructoras y a fijar la cuantía de los presuntos perjuicios sufridos por la parte actora.

Para sustentar el cargo, en esencia, expusieron las inconformes:

1.- El *ad quem* confirmó las condenas de la sentencia de primera instancia en relación con la reparación de la losa

de parqueaderos y de los puentes peatonales metálicos, y la adición respecto a la orden de pago por el sistema colectivo de residuos sólidos de la torre 1 de apartamentos. Para establecer los valores de las condenas, se apoyó en un documento aportado con la demanda, consistente en un «*presupuesto de obras presentado por Acero y Concreto Ingeniería a través de su representante legal, el Ingeniero Rafael Tobías Álvarez*», y en la complementación del dictamen de Jairo Hernando Upegui que reprodujo, casi en su totalidad, el presupuesto presentado por Rafael Tobías Álvarez.

2.- En ese ejercicio de apreciación probatoria, el Tribunal tergiversó unas pruebas, pretirió o dejó de apreciar algunas, al tiempo que supuso otras, lo que lo llevó a concluir equivocadamente el monto de los perjuicios, según pasa a explicarse:

2.1.- El Tribunal incurrió en un error de hecho evidente y trascendente al preterir o tergiversar las siguientes pruebas, para establecer la cuantía de las reparaciones a las que condenó por losas de parqueaderos y puentes peatonales metálicos:

2.1.1.- Omitió la valoración del presupuesto de reparaciones de losas de parqueaderos y puentes metálicos presentado por el perito Jairo Hernando Upegui (ICE), que fue aportado con la demanda. Este documento del 22 de junio de 2016, tiene como referencia: «*proceso de reclamación a la constructora, información complementaria de estudios*», y de acuerdo con su contenido, el Ingeniero Jairo Hernando

Upegui Jaramillo realizó los ajustes solicitados en relación con las losas de parqueaderos, puentes peatonales y tema ambiental, así: «*impermeabilización de losas de parqueaderos: \$136.505.825.00 y Mantenimiento y reparación de puentes (2) peatonales: \$66.199.799.00*», y en la audiencia del 12 de agosto de 2019 el perito fue interrogado acerca de dicho presupuesto. Sin embargo, esas pruebas no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal pese a que contenían los valores que fueron los determinados por el equipo de trabajo del perito de forma directa. Ante ese evidente el error de hecho el Tribunal impuso una condena por indemnización de perjuicios superior a la que reflejaban estas pruebas.

2.1.2.- Tergiversó el «*informe técnico*» de presupuesto presentado por Acero y Concreto Ingeniería, a través del ingeniero Rafael Tobías Álvarez, en relación con el valor de las reparaciones de la losa de parqueaderos, que fue presentado con la demanda. En ese informe se presentó un listado de las cantidades de obra que son necesarias para dar cumplimiento a las recomendaciones presentadas por la empresa ICE; posteriormente, se presentan cuadros con precios unitarios y se realiza la liquidación de obra.

Pese a que la descripción de las etapas seguidas por el ingeniero para llegar a los valores finales de las obras parece lógica, lo cierto es que, de la sola lectura de la totalidad del informe no es posible deducir, ni aún con mediana certeza, a qué corresponde la liquidación final de una obra determinada. Dicho informe no es claro ni preciso en sus conclusiones, en tanto no es posible identificar de dónde

proviene los valores finales obtenidos por la firma, ni cuáles son las actividades, materiales, maquinaria, personal, entre otros, que deben destinarse para la ejecución de la obra en concreto y tampoco es exhaustivo al desarrollar la metodología propuesta y arribar a las conclusiones finales. Pese a ello, el Tribunal se apoyó en este «*documento*» para calcular la condena impuesta a las sociedades demandadas por las losas de parqueadero.

2.1.3.- Tergiversó la complementación al dictamen rendida por Jairo Hernando Upegui, en relación con los valores de reparación de la losa de parqueaderos y los puentes metálicos. En la audiencia del 12 de agosto de 2019, el *a quo*, de forma oficiosa, ordenó a ese perito complementar el dictamen, así: «*de conformidad con los puntos críticos que usted señaló deben ser reparados, concretamente: manejo de basuras, impermeabilización de losas de parqueaderos y mantenimiento y reparación de los puentes que conectan la torre 1 de apartamentos con la torre de parqueaderos, el valor de estas reparaciones*», aunque se le pidió al experto que él mismo realizara la cuantificación de esos ítems, presentó conclusiones que no eran suyas, ello deriva en que la complementación «*no es sólida, ni exhaustiva, en tanto el perito no realizó de forma personal la tarea encomendada, así como tampoco la encomendó a uno de sus colaboradores, sino que se limitó a reproducir las conclusiones de otro experto, sin sentido crítico*».

Grave aún resulta la actitud del perito cuando, en la audiencia de sustentación del dictamen inicial, manifestó que el valor que él consideró como ajustado para la reparación de la losa de parqueadero y los puentes metálicos

correspondía a \$136.505.825.00 y \$66.199.799.00 respectivamente, y que estos valores se referían a reparaciones útiles y de calidad, sin embargo, más adelante, en forma abrupta cambió de opinión y al complementar el dictamen *«acogió exactamente el valor ostensiblemente mayor que el Ingeniero Rafael Tobías Álvarez había plasmado en su presupuesto, únicamente bajo la consideración de tratarse de precios más ajustados por encontrarse discriminados sus precios unitarios»*. Así las cosas, ese último ejercicio carece de fundamento, pese a lo cual el Tribunal lo acogió.

En lo concerniente a las cantidades de obra y valores referidos para la ejecución de las reparaciones de losas de parqueaderos y puentes metálicos relacionadas en la adición del dictamen, el perito no especifica a qué corresponde cada uno de ellos, de modo que no es posible determinar cuáles son las actividades, materiales, equipos, personal, etcétera, que estarían involucrados en las obras que deben ejecutarse para cada reparación, por lo que no es suficiente para que el Juzgador tuviera certeza de que las obras presupuestadas corresponden únicamente a las reparaciones referidas en el dictamen inicial rendido por el perito y que éste sabía a qué correspondía cada ítem totalizado, en tanto la cuantificación no fue realizada por él directamente, como lo manifestó en la parte inicial del dictamen. Aunado a ello, en la audiencia en la que el perito sustentó la complementación, al ser interrogado sobre algunos de los valores no supo dar cuenta de los mismos, ni diferenciar si estos correspondían a mantenimiento ordinario o reparaciones necesarias.

Aun cuando la complementación al dictamen pericial no fue clara, ni sólida, ni congruente, ni precisa, ni exhaustiva, el Tribunal decidió tenerla en cuenta como base de la cuantificación de la condena impuesta a las demandadas por losas de parqueadero y puentes metálicos, con lo cual, evidentemente, incurrió en un error de hecho notorio y trascendente en la apreciación de dicho medio probatorio, concediendo una indemnización de perjuicios

2.2.- También incurrió el juzgador en errores de hecho sobre los valores del sistema de disposición de basuras, por indebida apreciación de las siguientes pruebas:

2.2.1.- Tergiversó el presupuesto presentado por Acero y Concreto Ingeniería, a través del Ingeniero Rafael Tobías Álvarez, para la adecuación del sistema de basuras, como anexo de la demanda.

En ese informe técnico se hace un listado de las cantidades de obra que son necesarias para dar cumplimiento a las recomendaciones presentadas por ICE – Ingeniería de Consulta en Estructuras, se presentan cuadros con precios unitarios y se realiza la liquidación de obra. Aunque la descripción de las etapas seguidas por Acero y Concreto Ingeniería para llegar a los valores finales de las obras parece lógica, lo cierto es que, de la sola lectura de la totalidad del informe no es posible deducir a qué corresponde la liquidación final de una obra determinada; y en lo que atañe a las obras para la adecuación del sistema de basuras,

ni siquiera existe un capítulo específico que determine los ítems de las obras a desarrollar.

Ese informe no es claro, ni preciso, en tanto no es posible identificar de dónde provienen los valores finales obtenidos por el Ingeniero, y tampoco es riguroso al desarrollar la metodología propuesta y arribar a las conclusiones finales. No obstante, el Tribunal lo tuvo en cuenta para calcular la condena impuesta a las sociedades demandadas por la adecuación del sistema de basuras, con lo cual incurrió en un error de hecho protuberante.

2.2.2.- Distorsionó la complementación al dictamen pericial en lo que respecta a la adecuación del sistema de basuras.

Teniendo en cuenta que el presupuesto es exactamente igual al presentado por Acero y Concreto Ingeniería, a través del Ingeniero Rafael Tobías Álvarez, «*informe técnico*» que no es claro, riguroso, ni preciso en sus conclusiones, por lo que resultaba insuficiente para cuantificar los perjuicios.

También resulta palmaria la contradicción en la complementación al dictamen, por cuanto, en la audiencia de sustentación del inicial, el perito aclaró que la solución al tema ambiental consistente en el malacate no se cuantifica porque no tienen certeza de que sea esa la solución, empero, al complementarlo, advirtió que el malacate «*ya ha sido aceptado y su instalación realizada en la copropiedad*». Sin embargo, todos los conceptos relativos a adecuación y reubicación del

shut de basuras son reproducidos en el presupuesto, sin que se advierta en ninguna parte que para el perito esta solución fue o no satisfactoria, o si quedó faltando alguna obra o adecuación.

El Tribunal, con base en esta complementación del dictamen de ICE, accedió a la condena de todas las obras para la adecuación del sistema de basuras, las que ya se encontraban solucionadas por la instalación del malacate, e incluso aquellas dobles y las que no se tenía certeza sobre su nexos con las adecuaciones en cuestión. Brota con evidencia el error de hecho ostensible y trascendente.

2.2.3.- Suposición de la prueba de la ruina de los puentes metálicos a partir del posible desplome del edificio de parqueaderos. El Tribunal entendió que, por encontrarse los puentes anclados al edificio de parqueaderos, la ruina de este acarrearía, necesariamente, la de los puentes.

En el inicial dictamen pericial presentado por la empresa ICE, el perito nunca habla de amenaza de ruina de los puentes metálicos y mucho menos que la misma pueda generarse por la eventual ruina del edificio de parqueaderos. Y en la audiencia, al ser interrogado por la juez acerca de por qué consideraba que los puentes metálicos amenazan ruina, respondió: *«porque presentan un elevado grado de deterioro en cuanto a las conexiones y a las uniones que tienen con las dos estructuras que conectan, la torre uno y la torre de parqueaderos»*. En igual sentido, frente a pregunta del apoderado de la demandante, referente a si en los problemas que evidenció en la copropiedad ésta

amenazaba ruina a corto, mediano y largo plazo, respondió: *«cuando hablamos de una copropiedad yo pienso que vale la pena discretizar entre las torres de los apartamentos y la torre de parqueaderos y los puentes. En cuanto a los puentes yo pienso que sí, hay riesgo de ruina y en cuanto a la estructura de la torre de parqueaderos, en cuanto a las torres de vivienda no»*. Y, posteriormente, en la complementación del dictamen, el perito presentó, entre las conclusiones generales, *«la estructura de las torres no amenaza ruina ni colapso inminente, más la estructura del parqueadero, por el contrario, si amenaza ruina»*, luego, en la audiencia del 16 de septiembre de 2019, no dijo nada sobre la amenaza de ruina de los puentes, ni que estos pudieran colapsar a raíz de la ruina del edificio de parqueaderos.

El análisis completo del dictamen inicial rendido por ICE, su sustentación y posterior ampliación, permite establecer el error de hecho, por cuanto las manifestaciones del perito son contradictorias en lo que atañe a la amenaza de ruina de los puentes metálicos y, además, el perito nunca manifestó, ni sugirió, *«que sobre los puentes se cernía una amenaza de ruina derivada, a su vez, de la amenaza de ruina de la losa de parqueadero, en tanto los puentes se encontraban anclados al edificio de parqueaderos del Conjunto Residencial Monteparaíso»*. Así, es palmaria la *«suposición de la prueba de la ruina de los puentes metálicos, derivada (...) del eventual perecimiento del edificio de parqueaderos al que se encontraban anclados»*.

La trascendencia de los errores denunciados radica en que condujeron al Tribunal a tener por probados unos perjuicios en cuantía que no estaba demostrada en el proceso y a tener por acreditada, sin estarlo realmente, la ruina de

los puentes metálicos a partir de la supuesta ruina del edificio de parqueaderos. De no haber incurrido en ellos, las constructoras habrían sido absueltas o la cuantía de los supuestos daños sería inferior a la establecida en la sentencia impugnada.

X.- CONSIDERACIONES

1.- El error de hecho por indebida apreciación de medios de convicción se configura cuando el vicio emerge abrupto y ostensible, de manera que, analizado el contenido material de las pruebas, en contraste con las conclusiones a las que arribó el juzgador por efecto de su valoración, se evidencie su abierta disconformidad. De ahí que, para demostrar la existencia de un defecto de esa naturaleza, es preciso que la estimación probatoria que propone la censura sea la única admisible, toda vez que, según se afirmó en CSJ SC11294-2016, *«no resulta suficiente presentar deducciones antagónicas a las expuestas en la sentencia, porque ellas solas no tienen entidad para demostrar desacierto alguno»*.

Como los juzgadores gozan de autonomía en lo concerniente a la valoración probatoria, en orden a establecer el mérito demostrativo y la credibilidad que le ofrezcan a los medios de convencimiento, el cumplimiento de esa labor judicial solo puede ser cuestionado en sede de casación por la existencia de un yerro fáctico manifiesto y trascendente, toda vez que siendo la Corte juez de la decisión del Tribunal y no del proceso, las decisiones de aquel arriban prevalidas

de la doble presunción de legalidad y acierto, quedando al margen la posibilidad de provocar un nuevo análisis de las pruebas recaudadas desde una perspectiva diferente propuesta por el inconforme.

En esa medida, para la demostración de un cargo soportado en el segundo motivo de casación por error de hecho, no es suficiente realizar afirmaciones o negaciones amplias, generales o panorámicas relacionadas con el tema probatorio, con independencia de que puedan resultar pertinentes en relación con las conclusiones censuradas, sino que es menester acometer frontalmente el reproche contra los argumentos expuestos por el fallador para efectuar sus deducciones fácticas, lo que exige una exposición detallada que deje al descubierto que, en realidad, el error es evidente y con grave incidencia en la decisión adoptada.

Al respecto, en SC15173-2016, expuso la Sala:

(...) en temas probatorios, el objeto del recurso de casación no es la apreciación de las pruebas incorporadas, sino establecer si la valoración realizada por el Tribunal es acertada o razonable, o contraevidente. En otras palabras, si las circunstancias establecidas tienen o no respaldo en elementos de juicio dentro del expediente. (...) Los errores de hecho, por lo tanto, necesariamente se asocian con la presencia física de las pruebas en el dossier, ya al suponerse, ora al omitirse o al tergiversarse; o con su contenido objetivo, tanto por adición como por cercenamiento o alteración, una vez verificada su existencia material.

Se estructuran, en cualquier hipótesis, cuando son manifiestos, evidentes, producto del simple y llano parangón entre lo visto o dejado de otear por el juzgador acusado y la materialidad u

objetividad de las pruebas. En adición, cuando son incidentes, trascendentes, vale decir, en la medida que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

2.- En la sentencia objeto de impugnación, no se evidencia un yerro de hecho de las connotaciones de evidente y trascendente que logre quebrar la doble presunción de legalidad y acierto con la que arriba a la Corte, según pasa a explicarse:

2.1.- No se advierte ninguna tergiversación del «*informe técnico*» de presupuesto presentado por Acero y Concreto Ingeniería, a través de Rafael Tobías Álvarez, en relación con el valor de las reparaciones de la losa de parqueaderos, por la simple razón de que, si ese informe como tal no fue tenido en cuenta para refrendar la decisión del *a quo*, ni para adicionar las condenas por él impuestas por virtud de la modificación introducida al resolver el recurso vertical, en forma alguna podía haber sido mal interpretado o tergiversado.

Téngase en cuenta que el *ad quem*, al resolver de manera desfavorable todos los reproches de las constructoras demandadas, y como quiera que estas no manifestaron reparos puntuales sobre el monto de las condenas en la forma que las discriminó el *a quo*, decidió confirmarlas tal como fueron impuestas. Y en cuanto a la adición por el éxito parcial de la apelación de la promotora, acotó: «(...) *en consecuencia condenar a las Constructoras Monteparaíso S.A.S y Monserrate de Colombia S.A.S al pago de*

\$285.200.000,00, que deben ser invertidos en el diseño, construcción y adecuación de un sistema de almacenamiento colectivo de residuos sólidos para la torre 1 de apartamentos (...) Los valores se obtienen de los capítulos 11 y 12 de la cotización aportada por el perito Jairo Hernando Upegui, en el marco de la aclaración solicitada por el Juzgado de Primer grado. (...) (Subraya intencional).

En suma, como la prueba considerada por el juzgador para ratificar y adicionar las condenas impuestas en la segunda instancia fue el dictamen rendido y complementado por el señor Jairo Upegui y no el presupuesto presentado con la demanda que fuera elaborado por Acero y Concreto Ingeniería, por conducto del ingeniero Rafael Tobías Álvarez, éste último en modo alguno pudo haber sido tergiversado.

2.2.- De acuerdo con el desenvolvimiento de la contradicción del dictamen pericial presentado por el ingeniero Jairo Upegui Jaramillo, se pone de presente que con la demanda se aportó un documento suscrito por el perito, en cuya referencia se indica *«proceso de reclamación a la constructora, información complementaria de estudios»*, que relaciona los conceptos de impermeabilización de losas de parqueaderos por \$136.505.825; mantenimiento y reparación de puentes por \$66.199.799 y tema ambiental (cuartos de basura y cause de agua) sin valor, precisando que se acordó exigir al constructor que diera estricto cumplimiento a la Ley 400 de 1997 (folio 21), y seguidamente, a folio 22 se adjuntó un *«listado de ítems y cantidades de obra»* solo por la estructura metálica puente peatonal por un total de \$66.199.799.

Igualmente, con la demanda se aportó un informe técnico denominado «*presupuesto de obras necesarias para recibir copropiedad en las condiciones prometidas por el constructor Monte Paraiso*», elaborado por el ingeniero civil Rafael Tobías Álvarez¹⁸, que se indica corresponde a un «*estudio detallado de los elementos técnicos, económicos y administrativos que se relacionan con la construcción de las obras en estudio*», y en su justificación se indica que la firma ICE, presentó a la administración de la copropiedad un informe técnico, en el cual el ingeniero Jairo Upegui señala un listado de falencias que encontró en la copropiedad, por lo que en se procede a presentar «*las cantidades de obra correspondientes tanto a las labores necesarias para darle cumplimiento a las recomendaciones del informe citado anteriormente como a las tareas necesarias para cumplir con los compromisos adquiridos por la constructora con los copropietarios al momento de vender*». Este informe, de acuerdo con lo dispuesto en el auto de decreto de pruebas, fue agregado al expediente como documento.

No obstante, en la audiencia de interrogatorio, en varios momentos el perito manifestó que no tenía conocimiento del presupuesto presentado por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez, porque no fue de su autoría, y a la pregunta de si a él le encargaron determinar el valor de reparación de los defectos de la urbanización Monteparaíso, respondió: «*nos limitamos únicamente a la reparaciones de las losas de parqueaderos y de los puentes fue algo puntual porque la copropiedad solicitó por otro lado la propuesta del ingeniero Rafael Álvarez que era la que me estaba citando ahora el abogada y yo no tenía conocimiento de los valores de las valuaciones. De hecho, señora juez, los valores que yo suministré en*

¹⁸ Cfr. Folios 23-50 cuaderno 1.

mi informe son globales, no tienen análisis de precio unitarios ni están desgregados por los componentes, la propuesta del ingeniero Rafael Álvarez tiene los apoyos y están discriminados punto por punto, por eso el documento de él es mucho más preciso que el que pudiera presentar yo. Yo presenté fue un valor globalizado para tener un monto aproximado para la reclamación».

Posteriormente, al atender la orden de complementar su informe, el experto optó por tener como base el presupuesto elaborado por el ingeniero Rafael Álvarez, y así lo explicó con suficiencia en su dictamen complementario.

Ahora bien, acerca de la valoración del dictamen y su complementación, en la sentencia impugnada el juzgador de segundo grado, acotó:

(...) el Tribunal ha de resolver el último reparo de las sociedades demandadas, puesto que ninguna duda queda sobre la valoración del peritaje del señor Jairo Hernando Upegui incluso en el punto relativo al valor de las reparaciones.

Lo anterior, porque las demandadas siempre se quejaron de que el perito Upegui en audiencia no les proporcionara mayor información sobre el aspecto económico de la reparación, conducta que para la Sala se justifica, simple y llanamente, en que el ingeniero no estaba en obligación de hacerlo porque con la demanda se aportó el dictamen de costos suscrito por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez que la Juez en primera instancia, incluso ahora el Tribunal, podría valorar de forma directa (fls. 23-50).

Es que igual que sucedió con el dictamen pericial presentado por la sociedad ICE, la parte demandada NUNCA solicitó la comparecencia a audiencia del señor Álvarez, denotando una vez más la desidia en la defensa de sus intereses, habida cuenta que la parte demandante fundó su demanda en sendos y serios conceptos de expertos, de los que se repite no se solicitó siquiera comparecencia, mientras que la demandada basó sus excepciones en dichos de terceros y un “peritaje” que se valoró como tal, en garantía de la bilateralidad de la audiencia y para no sacrificar el derecho sustancial so pretexto de las formas.

Ahora bien, recuérdese que sólo en la audiencia del 16 de septiembre de 2019 el perito Jairo Hernando Upegui compareció a sustentar la complementación de su dictamen, en lo que a costos de reparación se refiere. Por tanto, en el expediente existen incluso 2 pruebas de las que se puede obtener el monto de la indemnización, pero la Sala, igual que la a-quo, prefiere la última de ellas por haber sido sometida a una ardua contradicción.

En este punto debe tenerse en cuenta que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, el Tribunal no desfiguró la prueba pericial ni alteró su contenido objetivo al momento de apreciarla, cosa distinta es que la haya tenido en cuenta, fundamentalmente, por estimar que la conducta de los demandados fue negligente al momento de hacer uso de su derecho de contradicción de las pruebas adosadas con la demanda, argumento basilar de este segmento del fallo sobre el cual ninguna inconformidad manifestaron los recurrentes.

Por otra parte, aunque en su recurso de apelación los demandados criticaron que el *a quo* le hubiera conferido suficiente mérito a la adición del dictamen para soportar la cuantificación de los perjuicios, lo cierto es que ese reproche se presentó de manera muy general y abstracta, pues específicamente no indicaron en qué consistió el desfase del perito; tampoco justificaron por qué no hicieron uso del término concedido por el juez de instancia para aportar otro dictamen de contradicción y se limitaron a quejarse de que no se hubiera dado respuesta a la supuesta solicitud de otra prueba pericial, cuando no es esa la dinámica que el Código General del Proceso dispone para tales efectos en su artículo 227, que fue el invocado por ellos.

Obsérvese que en el escrito de adición del dictamen el señor Upegui Jaramillo al explicar la metodología empleada para ese cometido, señaló que sostuvo una reunión con el ingeniero Rafael Tobías Álvarez, para tener claridad sobre el documento presentado por él y que obra en el expediente; se realizó «*verificación de cantidades de obra y especificaciones para la intervención*», así como «*evaluación de las actividades, recursos y valores a la fecha de realización del informe hecho por el ingeniero Álvarez ya que sobre dicho informe se adelantaría el presente informe*» y se procedió a la «*actualización del presupuesto inicial recursos, cantidades, valores sobre el presupuesto ajustado del ingeniero Álvarez*». A continuación, se ocupó de precisar cuáles eran las diferencias de costos entre los presupuestos iniciales presentados por ICE SAS y de Acero y Concreto, así:

1. *Inicialmente se presentó por parte de ICE SAS, una valoración global de las intervenciones de la impermeabilización de las losas del parqueadero y las reparaciones de puentes metálicos, sin detallado mediante A.P.U (Análisis de Precios Unitarios). Tan solo se presentó un valor que diera noción del orden de la magnitud de la cuantía.*
2. *El presupuesto presentado por Acero y Concreto Ingenieros en cabeza del ingeniero Rafael Tobías Álvarez, quien fue contratado posteriormente por la Unidad Monteparaíso, precisamente en virtud de no tener un valor ajustado y preciso sobre el monto total de la reclamación, ofreció unos costos con los respectivos análisis de precios unitarios y las evaluaciones en campo, partiendo de la condición real de la estructura, su detallado y el informe de evaluación hecho por nuestra empresa ICE SAS.*
3. *Los valores se presentan con base en el presupuesto detallado del ingeniero Álvarez en el momento histórico de su presentación, se hacen los ajustes pertinentes por el cambio de año (...) y se actualiza a valores de 2019.*

Como puede apreciarse, según lo explicó el mismo perito, para efectos de complementar su informe técnico y dar cumplimiento a lo ordenado por la juez de primera instancia, consideró adecuado valerse del presupuesto

presentado desde un comienzo por la accionante, que ya obraba en el expediente y fue elaborado por otra firma, pero con soporte en su primer diagnóstico; en ese orden, aseveró que procedió a contactar a su autor, a efectuar las pertinentes verificaciones y a actualizar sus conclusiones. Así las cosas, una vez dicha complementación fue puesta en conocimiento de las convocadas, según se lee en el auto del 29 de agosto de 2019, «*para los efectos que contempla el artículo 228 del Código General del Proceso*», su contradicción debía someterse al procedimiento consagrado en esa disposición, que comprende la posibilidad de «*solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones*»; no obstante, en el término de traslado, las accionadas lejos de valerse de una o de las dos mentadas prerrogativas, se limitaron a manifestar por escrito algunas desavenencias con la adición de la experticia y a dejar al criterio del juzgador establecer si era necesario decretar otro dictamen.

De allí que el argumento del Tribunal respecto a la desidia de la parte demandada al momento de controvertir la prueba pericial no es infundado, es más, ni siquiera fue cuestionado por los casacionistas, quienes solo quieren hacer ver ahora que el juzgador no debió darle mérito a la prueba técnica, pese a que ellos no aprovecharon las oportunidades legales para allegar otra idónea en aras de socavar sus conclusiones; y aunque su apoderado interrogó al perito en la audiencia, de ese ejercicio tampoco logra extraerse una base sólida que permita derruir las inferencias del tribunal y su determinación de acoger la

complementación de la experticia para determinar el monto de la indemnización, tal como lo hizo el *a quo*.

2.3.- También resulta infundado lo referente a que el juzgador de segunda instancia omitió la valoración del presupuesto de reparaciones de losas de parqueaderos y puentes metálicos presentado inicialmente por el perito Jairo Hernando Upegui (ICE), denominado «*proceso de reclamación a la constructora, información complementaria de estudios*», pese a que contenía los valores determinados por el equipo de trabajo del perito de forma directa. Lo anterior, por cuanto según se dilucidó con la complementación del dictamen pericial y el interrogatorio absuelto por el perito en la reanudación de la audiencia, fue él mismo quien en gran medida dejó de lado lo conceptuado en su trabajo inicial, para hacer suyas las conclusiones de Acero y Concreto Ingeniería, aduciendo que esta última, a diferencia de la de ICE SAS, daba cuenta de un análisis de costos con los precios unitarios, así como de las «*evaluaciones en campo, partiendo de la condición real de la estructura, su detallado y el informe de evaluación hecho por nuestra empresa ICE SAS*».

Desde esta perspectiva, el hecho de que tanto el juzgador de primera instancia como su superior le hayan brindado mayor credibilidad a las conclusiones plasmadas en la adición de la experticia que al informe inicial del mismo perito, en modo alguno se erige como un desafuero fáctico evidente y trascendente, pues los recurrentes no ofrecen elementos de juicio que permitan deducir que esa apreciación fue errática y que la que ellos ahora proponen

era la única plausible en ese caso, todo lo contrario, sus aseveraciones no dejan de ser la mirada particular de esos medios orientada a la salvaguarda de sus propios intereses.

2.4.- Los defectos fácticos en que se afirma incurrió el juzgador, en lo concerniente a la estimación de los valores del sistema de disposición de basuras, por indebida apreciación de algunas pruebas, tampoco se acreditaron.

En primer término, porque, como se dijo en líneas anteriores, no es factible atribuirle al Tribunal tergiversación del presupuesto presentado por Acero y Concreto Ingeniería, allegado como anexo de la demanda, toda vez que ese elemento de convicción no fue valorado al desatar el recurso de apelación, lo que resulta suficiente para descartar un desafuero de ese talante.

En cuanto a la tergiversación de la complementación al dictamen en lo que respecta a la adecuación del sistema de basuras, básicamente la censura se duele de que el presupuesto referido en esa ocasión por el ingeniero Upegui es exactamente igual al presentado por Acero y Concreto Ingeniería, que no es claro, riguroso, ni preciso en sus conclusiones, por lo que resultaba insuficiente para cuantificar los perjuicios.

Sobre este tópico, al reparar en el escrito de réplica de la complementación, se aprecia que los accionados encaminaron sus esfuerzos a hacer ver que el perito desbordó el límite de lo ordenado por el juez cuando le encomendó

adicionar su experticia, particularmente, que no podía por esa vía actualizar un presupuesto que fue «*desconocido en la audiencia por el mismo perito*», no obstante, de manera puntual, no cuestionaron el presupuesto presentado en esa oportunidad respecto a la adecuación del sistema de basuras, ni presentaron otra experticia para contradecir esas inferencias, siendo esas las prerrogativas que el ordenamiento procesal les brindaba para refutar el dictamen, aunada a la posibilidad de interrogar al experto en la audiencia, toda vez que la complementación se decretó de oficio, de conformidad con el artículo 231 del Código General del Proceso.

Por otra parte, en la audiencia de interrogatorio al perito celebrada el 16 de septiembre de 2019, con respecto a la complementación de su experticia, el apoderado de las demandadas no formuló ninguna pregunta acerca de los valores relacionadas con la adecuación del sistema de basuras¹⁹, ni mucho menos con aspectos referentes a la instalación de un malacate, y solo de manera general le indagó: «*O sea que la nueva cotización de CIPRA corresponde exactamente con lo presupuestado por el ingeniero Tobías*», a lo que éste respondió: «*no señor, en absoluto, los precios fueron reajustados todos. De hecho, en el informe se presentó una proyección al 2017 al 2018 y al 2019*».

En esa medida, es claro que la desidia en el ejercicio del derecho de contradicción del dictamen en la forma y término que rige el actual sistema procesal, como expresión del

¹⁹ Cfr. Minuto 57.19 audiencia reanudada.

principio probatorio de preclusión, no puede ser corregido por la vía de la causal segunda de casación, a menos, claro está, que se acredite un yerro grave y trascendente en la apreciación del medio, cosa que aquí no ocurrió.

2.5.- La aducida suposición de la prueba de la ruina de los puentes metálicos a partir del posible desplome del edificio de parqueaderos, es a todas luces infundada.

Los recurrentes para fincar este argumento aseguraron que el perito Upegui Jaramillo emitió afirmaciones contradictorias en su dictamen inicial y la respectiva complementación, que no fueron advertidas por el juzgador; de ese modo, es evidente que están pasando por alto que las conclusiones del Tribunal sobre ese aspecto que fue controvertido en el recurso de alzada, emanaron de un análisis ponderado de los dos dictámenes allegados por las partes, toda vez que fue esa la naturaleza que le reconoció al concepto técnico emitido por la ingeniera Adriana Toro, y que fue a partir del estudio en conjunto de esas probanzas que dedujo que «*la amenaza de ruina de los parqueaderos es la misma que se cierne sobre los puentes peatonales*». Concretamente, sobre ese tema, expuso:

La discusión planteada por las sociedades apelantes es bien concreta: la norma transcrita únicamente se aplica cuando el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, lo que en este caso no aplica porque las edificaciones que componen la copropiedad se encuentran en perfecto estado de conservación y estabilidad estructural, lo que indica la clara improcedencia de someter el caso bajo la regla elegida por la a-quo.

Ahora, está claro para la Sala que las conclusiones sobre la amenaza de ruina o el perecimiento son asuntos a cuyo

conocimiento se llega por medio de la prueba pericial, habida cuenta de la altísima complejidad ingenieril que su determinación supone, por lo que se hace imperioso el análisis de tal medio de prueba, para este concreto reparo, en los estrictamente necesario para determinar el pericimimiento o la amenaza de ruina de los edificios que componen la copropiedad, pues los demás aspectos de la valoración probatoria serán objeto de capítulo individual.

Por tanto, analizada la prueba pericial aportada por ambas partes de entrada se advierte que ninguno de los peritos comparecientes niega que en efecto la edificación amenaza ruina, por lo menos en lo que tiene que ver con el edificio de parqueaderos y los puentes peatonales que lo comunican con la torre 1 de apartamentos. Claro está, se trata de una amenaza de ruina y no de un pericimimiento estructural consumado. Las conclusiones periciales que sustentan tal afirmación son las siguientes:

Por parte del señor Jairo Hernando Upegui, cuyo peritaje fue aportado a instancias de la parte demandante, se aseguró que “pienso que vale la pena diferenciar torre de apartamentos y la de parqueaderos y puentes. En cuanto a los puentes y la torre de parqueaderos yo pensaría que Sí hay amenaza de ruina”.

A esa conclusión llegó el perito al considerar que hubo un problema en la concepción misma del proceso constructivo, que llevó a no ejecutar ninguna labor para la prevención de las eflorescencias y cripto florescencias que actualmente se observan en la torre parqueaderos, amén de la errada e inadecuada instalación de los puentes mediante el sistema de “empotramiento” (audio 26).

Incluso, si se valora esa declaración del perito de la parte demandante con las conclusiones (sobre ese mismo aspecto) de la perito Adriana Toro Londoño, fácil se descubre que ninguna diferencia existe en la opinión de ambos ingenieros, en tanto que la señora Toro, por más que lo hizo de manera muchísimo más tímida, indicó claramente que en efecto la unidad residencial tiene algunos problemas de filtraciones de agua que deben atenderse urgentemente, so pena de una tragedia mayor.

En efecto, las demandadas fundan su apelación en que la ingeniera Toro asegura que “no hay problemas, visité la Unidad una vez, en general no encontré patología, todo lo contrario, encontré unidad en condiciones habitables, sostenible, durable, ingresé, caminé, ingresé al parqueadero, crucé por puentes, visualmente aprecia normalidades NO HAY NADA QUE ASUSTE.” (MIN. 07.09). En adición, insistió la perito en varias ocasiones que en ningún caso los edificios podrían arruinarse.

Empero, la perito nunca negó que en la losa de los parqueaderos existían fisuras y grietas que permiten el paso inadecuado de aguas, por lo que, indagada por el apoderado de la parte demandante sobre las consecuencias de esas filtraciones, indicó

que (MIN. 29.0) “se sabe de todas maneras que el concreto tiene procesos de micro fisuración, porque sabemos que el agua ingresa es ahí donde podría afectar el hierro. El hierro nunca queda a intemperie, está recubierto, se supone que la micro fisuración no tiene por qué afectar el hierro, si la dejamos sin un proceso de impermeabilización, por eso insisto que hay que sellarlas (MIN. 30.49). (...) hay que hacer proceso de lavado y ponerle un producto especializado (MIN. 31.15)”.

Entonces, aunque la mencionada ingeniera no explicó de manera detallada a qué se refiere con que “sabemos que el agua ingresa es ahí donde podría afectar el hierro”, el perito Jairo Hernando Upegui, en su intervención posterior de ampliación, precisó que esas filtraciones de agua, con el paso del tiempo llevarán a que “se desprende el acero de la matriz del concreto” y la edificación tiene un rendimiento muy por debajo al esperado.

La edificación amenaza ruina CLARO.” (min. 55.40 audio ampliación) De modo que para la Sala la confluencia del dicho de ambos peritos se hace evidente en que el aportado por la parte demandante, sin temor o duda alguna, afirma la amenaza de ruina del edificio de parqueaderos y los puentes peatonales que lo comunican con la torre 1 de apartamentos, mientras que si bien la experta traída a juicio por la demandada asegura que la amenaza de ruina no existe, acepta el grave problema de fisuración del concreto de esa edificación que trae consigo la natural filtración de aguas que, con el simple paso del tiempo, puede afectar la adherencia del acero a la matriz de concreto y la final ruina.

Ahora, ambos peritos aceptan que los puentes peatonales están anclados o apoyados (eso se discutirá luego en el aparte de los supuestos defectos constructivos) tanto a la torre 1 como al edificio de parqueaderos, al punto que para el ingeniero Upegui el grave defecto constructivo en ese punto es el inadecuado “empotramiento” de los puentes, mientras que para la ingeniera Toro los puentes están fijados “completamente al parqueadero y al otro lado tienen que quedar apoyados, que va fijado y anclado con pernos y allí se apoya” (MIN. 14.00 audio peritaje).

De suerte que ninguna experticia se requiere para concluir que la amenaza de ruina para el edificio de parqueaderos es la misma que se cierne sobre los puentes peatonales, porque apoyados, empotrados o anclados a la torre de parqueaderos, es apenas lógico que ante el derrumbamiento del primero los segundos caerían en movimiento conjunto, por estar íntimamente unidos. (Subraya intencional).

Además, ningún sentido tendría valorar los dichos de la ingeniera Adriana Toro de manera irreflexiva y sin ninguna armonía con lo dictaminado por el colega que rindió dictamen para su contraparte, porque aceptar simplemente que la losa de parqueaderos debe ser correctamente impermeabilizada, para evitar que el agua se siga

filtrando sin ninguna aparente consecuencia ante la falta de tal medida correctiva, sería tanto como desconocer el proceso natural y obvio que el agua causa en las propiedades físicas del acero, y cerrar los ojos ante la evidente realidad que el ingeniero Upegui describió como “afectación de la adherencia del acero al concreto” y el consecuente rendimiento deficiente de la estructura.

Más adelante, al referirse a los reparos acerca de la relación estructural entre los puentes peatonales y la torre de parqueaderos, tras analizar las pruebas técnicas y testimoniales allegadas al juicio, señaló:

Entonces, llámese anclaje, pernado o empotramiento, lo cierto es que los puentes peatonales están ligados a la estructura de parqueaderos, lo que per se no es inadecuado, siempre que se haga de la manera a la que se refiere el ingeniero Upegui, cuando como solución propone que “en este caso tenemos ambos deterioros, uniones del puente con edificios y los del puente mismo.

Hay que desmontar el puente, reparar uniones y volverlo a montar Hecho eso, reparo las uniones del puente como tal” (min. 48.00 ampliación). Así las cosas, cómo aceptar simplemente que los puentes peatonales están “apoyados” de manera superficial en la torre de parqueaderos sin riesgo alguno, pues ninguna de las partes niega que ese anclaje existe, pero la diferencia es la misma que anteriores oportunidades: la perito y los testigos de la parte demandada aceptan lo afirmado por la demandante sobre la práctica constructiva inadecuada, en este caso consistente en una errónea instalación de los puentes que desconoce el sistema de transferencia de fuerzas, guardando absoluto silencio sobre las posibles consecuencias.

En tal supuesto, ninguna lógica tiene para la Sala que en efecto se identifique un problema, se acepte en parte que la demandante tiene razón sobre la inescindibilidad estructural del edificio de parqueaderos y la torre 1 de apartamentos, se acredite técnicamente la amenaza de ruina que se cierne sobre el mentado edificio si no se corrigen las fallas de filtración de aguas, para finalmente concluir que ningún error constructivo han cometido las demandadas y ningún riesgo existe para la copropiedad, incluso si ninguna obra de corrección se realiza. Entonces, razonar de la manera que propone la parte demandada, equivale a llevar el proceso cognoscitivo hasta la mitad del camino.

En las descritas circunstancias, el análisis del material demostrativo realizado por el Tribunal para dar respuesta al

motivo de apelación relacionado con la verificación del supuesto de hecho de la amenaza de ruina deducido por el *a quo*, deja al descubierto que la alegada suposición de la prueba en ese sentido es a todas luces contraevidente, pues el razonamiento que sirve de base a esas inferencias acompasa con lo que emerge de las probanzas allí analizadas.

3.- En síntesis, de acuerdo con las consideraciones que preceden, el Tribunal valoró las pruebas recopiladas, sin que en ese laborío se detecte alteración de su contenido objetivo, por el contrario, sus conclusiones guardan correspondencia con lo que real y materialmente se desprende de ellas, por lo que no es factible calificarlas de irrazonables para resolver la Litis del modo que lo hizo.

Por lo anterior, el cargo no se abre paso.

4.- Como la decisión es adversa a las recurrentes, se les condenará en costas, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 e inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte demandada replicó el recurso extraordinario.

XI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: No casar la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso en referencia.

Segundo: Condenar en costas a los impugnantes. Por concepto de agencias en derecho, se fija la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Notifíquese y devuélvase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Con ausencia justificada)

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 51FB3D5AF20EA1D637375FEB76C111009C22BB73EC932334E47962E64E477BC8

Documento generado en 2023-09-25