TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE	: PABLO IGNACIO VILLATE MONROY
CLASE PROCESO	: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
DEMANDANTE	: JOSÉ F. MORENO CLAVIJO Y OTROS
DEMANDADOS	: R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U.
RADICACIÓN	: 25286-31-03-001-2011-00537-01
APROBADO	: SALA No. 23 DE 11 DE AGOSTO DE 2022
DECISIÓN	: MODIFICA SENTENCIA

Bogotá D. C., veinticinco de agosto de dos mil veintidós.

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante, a través de apoderado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Funza (Cund.) el día 5 de agosto de 2021, que denegó las pretensiones.

I. ANTECEDENTES:

JOSÉ FLAVIO MORENO CLAVIJO, UNIPROQUIM LTDA., ELIZABETH PACHÓN DE VELANDIA, ÁLVARO ALONSO BERNAL RESTREPO, MAURICIO JAIME BERNAL RESTREPO, ADRIANA BERNAL RESTREPO, RODRIGO EDUARDO BERNAL RESTREPO, SILVANO DE JESÚS MANRIQUE CUEVAS, MARCELA MANRIQUE PARACHINI, ELÉCTRICOS H.R. LTDA., VÍCTOR LORENZO BARRAGÁN TIJARO y ARNOL RENÉ MONROY RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial, presentaron demanda RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL en contra del R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U. con el fin

de obtener sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, en la que se acceda a las siguientes **PRETENSIONES:**

1. Que la empresa R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U., es civil y contractualmente responsable de los daños y perjuicios, sufridos por los demandantes por la mala calidad en la construcción de la vía interna y obras de alcantarillado pluvial y de aguas negras en el Conjunto Industrial Porvenir.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración la sociedad R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U. debe ser condenada al arreglo total de la vía interna del CONJUNTO INDUSTRIAL PORVENIR con materiales de óptima calidad, y de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas para una vía que soporta flujo vehicular de carga de alto tonelaje y de acuerdo con las recomendaciones que haga el perito designado dentro del proceso.

3. Que la sociedad R & P CONSTRUCCIONES E.U. debe pagar a cada uno de los demandantes, un lucro cesante por la desvalorización de sus bodegas, y la falta de oportunidades de negocio que la mala calidad de la vía ha generado de acuerdo con la tasación que para el efecto debe realizar un perito economista del listado de auxiliares de la justicia.

HECHOS:

Como hechos que fundamentan las súplicas de la demanda, se narraron los que a continuación se sintetizan:

1. HÉCTOR RAMÍREZ ZÁRATE en nombre y representación de la sociedad R & P CONSTRUCIONES CIVILES E.U., celebró contrato de permuta con MARIELA RODRÍGUEZ SOPÓ, ELSA CONSUELO RODRÍGUEZ SOPÓ, GLORIA STELLA RODRÍGUEZ SOPÓ, MARÍA AMALIA RODRÍGUEZ SOPÓ, MATILDE RODRÍGUEZ SOPÓ, MARÍA TERESA RODRÍGUEZ SOPÓ y MÓNICA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, mediante el cual el primero recibía el pleno derecho real de dominio, propiedad y posesión que las segundas ejercían sobre un lote denominado LOTE C, ubicado en el PARQUE INDUSTRIAL MONTANA, alinderado como se describe en la demanda, identificado con la matrícula No. 50C-1377756; las permutantes a cambio de este inmueble recibían 5 bodegas numeradas 5, 6, 7, 8 y 9 del CONJUNTO INDUSTRIAL

PORVENIR, a igual costo en lotes subdivididos y segregados del de mayor extensión.

2. Las 5 bodegas que la empresa demandada entregaba a las permutantes debían constar de las siguientes especificaciones: "Un ancho de frente de 20.00 mts. y un fondo de 35.00 mts. para un total de 774.00 mts. aproximadamente," con las especificaciones de construcción y técnicas de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera de la escritura pública No. 1132 del 13 de diciembre de 2005 de la Notaría Única de Mosquera, contentiva de la permuta; además la demandada debía entregar una vía pavimentada con las especificaciones técnicas y de construcción previstas el numeral 23 de la cláusula tercera de la mencionada escritura pública.

3. Las permutantes previo a la permuta, tramitaron y obtuvieron de la Oficina de Planeación de Mosquera, licencia de urbanismo, construcción y constitución en propiedad horizontal, para las 5 bodegas, lo cual consta en la Resolución No. 260 de 1° de septiembre de 2004; también obtuvieron licencia de construcción para 15 bodegas por medio de la Resolución No. 289 de 1° de noviembre de 2005 de la Oficina de Planeación de Mosquera, las cuales serían construidas en el mismo Conjunto Industrial Porvenir I; con la Resolución No. 0009 de 12 de diciembre de 2005, obtuvieron licencia de propiedad horizontal para las 20 bodegas, áreas comunes, zonas verdes, cerramiento, zona de parqueadero, áreas comunales de circulación, zonas de parqueo y controles de ingreso en el Conjunto Industrial Porvenir I; en la misma escritura pública de permuta se hizo constar que segregados los lotes para las 5 bodegas objeto de permuta, el lote restante queda con un área de 18.462.00 mts., y con los linderos allí señalados.

4. De acuerdo con lo anterior, la sociedad R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U., debía construir 20 bodegas en el Conjunto Industrial Porvenir I; junto con la pavimentación de la vía y los parqueaderos, de conformidad con lo pactado en la permuta, y con las licencias aprobadas por la Oficina de Planeación Municipal de Mosquera, antes citadas; se reconoció al arquitecto HÉCTOR ALEXANDER RAMÍREZ PARRA con tarjeta Profesional número A2528200379502634 como constructor responsable de las obras de urbanismo y de las unidades privadas, quien realizó estas construcciones para la sociedad demandada R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U.

5. La sociedad R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U., construyó las bodegas y las zonas comunes, de acuerdo con lo pactado, pero en forma irregular construyó la vía incumpliendo con las especificaciones técnicas requeridas para este tipo de vía que soporta tráfico pesado, atendiendo

que se trata de un conjunto industrial, vulnerando de paso las condiciones impuestas en el otorgamiento de las respectivas licencias mencionadas; los demandantes adquirieron los predios confiando en la buena calidad de las construcciones tanto de las unidades privadas como de las zonas comunes e invirtieron recursos considerables en la compra confiando en el pronto retorno de la inversión y en la valorización del activo adquirido.

6. El pavimento construido por R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U., sobre la vía interna del Conjunto Industrial Porvenir I, presentó graves fallas estructurales, recién construida la vía presentó agrietamientos prematuros debido a la mala calidad de los materiales empleados, y la pobre o deficiente, compactación, a un año de construida la vía se pudieron observar grandes huecos, agrietamientos a lo largo y ancho de la vía y desprendimiento de la capa asfáltica; los demandantes llamaron al constructor y a su vez vendedor de las bodegas, para que respondiera por la calidad de la vía pero hizo caso omiso al requerimiento, burlando la buena fe de los compradores y evadiendo sus obligaciones no solo frente a ellos sino frente al Municipio de Mosquera, que aprobó las licencias de construcción bajo unos parámetros insoslayables de calidad.

7. Ante el pésimo estado de la vía, los demandantes reunidos en asamblea decidieron contratar un estudio técnico, para proponerle al constructor el arreglo de la vía financiando ellos mismos una parte del valor, pero igualmente hizo caso omiso, sin siquiera asistir a la audiencia de conciliación a la que fue citado el día 6 de marzo de 2009, tampoco asistió a una audiencia que se programó el día 21 de octubre de 2010 ante la Cámara de Comercio de Facatativá

8. El estudio contratado por los demandantes fue confiado al ingeniero Fredy Rodríguez, especialista en ingeniería de pavimentos, quien en el informe final concluyó que los materiales fueron defectuosos, espesores deficientes, red de alcantarillado con mal funcionamiento, generando exfiltraciones de las aguas transportadas; con este estudio se pudo determinar de una forma racional el verdadero alcance de las obras que se deben acometer en la zona de circulación común del Conjunto Industrial Porvenir I.

9. El estudio contratado presenta una cotización para el arreglo de la vía por un valor de $1.471.521.316 en pavimento rígido y en pavimento flexible por la suma de $1.176.567.439; los demandantes han sufrido daños y perjuicios puesto que los predios que compraron han sufrido una desvalorización por cuenta de la mala calidad de la vía, haciéndose difícil su comercialización ya sea para la venta, el arriendo o la permuta.

10. El Conjunto Industrial Porvenir I, fue construido con la destinación específica de bodegas para el almacenaje de mercancías, y para la elaboración de productos terminados de bajo impacto, por lo que el flujo vehicular es de tractomulas y demás camiones de gran peso de carga, por lo que la vía que debió ser construida debió contar con especificaciones técnicas de materiales y construcción aptas para tales propósitos.

TRÁMITE PROCESAL:

Luego de subsanada la demanda fue admitida por auto del 22 de junio de 2011 (Fls. 143 C-1), ordenándose la notificación a la parte demandada, quien una vez notificada por medio de apoderado contestó la demanda formulando las siguientes excepciones (Fls. 163 a 171 C-1):

> "ILEGITIMIDAD POR ACTIVA", fundada en que los demandantes carecen de legitimidad para reclamar cualquier tipo de responsabilidad civil extracontractual, derivada de un incumplimiento contractual, pues entre la demandada y los accionantes no ha mediado contrato alguno; que no se acordó garantía de responsabilidad, directa o mediante póliza de garantía, preexistiendo un contrato de permuta, dentro del cual se pacta la entrega de unos bienes a orden de la permutante a entera satisfacción y previa autorización o visto bueno de su interventor sin que se hiciere exigible ninguna clase de garantía; que los daños presentados en las vías internas y sistemas de alcantarillado, fueron entregadas a satisfacción y no existe reclamación alguna frente a este hecho, dentro de los 5 años siguientes a su recibo, por lo que toda reclamación por este aspecto se encuentra vencida; y que deben ser llamadas a responder las vendedoras.
>
> "INEXISTENCIA DE GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE OBRA", basada en que tratándose de un acto derivado de permuta de bienes, la demandada hizo entrega de las bodegas enumeradas en el contrato correspondiente de acuerdo con las condiciones pactadas, según diseños, planos y normas de planeación, recibidas a entera satisfacción por las permutantes, no existió reclamación alguna por daños o fallas en las vías internas dentro del término de ley, lo que hace infructuosa e improcedente la reclamación de responsabilidad extrajudicial por parte de terceros.

"CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN", apoyada en que no existiendo relación de orden contractual entre las partes frente a actos de exigibilidad de garantías post contractuales y atendiendo la fecha de entrega de las obras a las permutantes, han trascurrido más de cinco años encontrándose prescrita la acción de reclamación derivada del acto contractual de permuta; y que ante la venta de cada una de las unidades inmobiliarias a mediados de 2005 a 2007, las acciones derivadas de incumplimiento ya se encuentran prescritas según la Ley 791 de 2002, que redujo los términos de prescripción.

"CARENCIA DE DERECHO MATERIAL PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES ALEGADAS (ILEGITIMIDAD POR ACTIVA)", argumentada en que los demandantes carecen de derecho material para demandar la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual, en contra de la firma R&P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U., sin que medie contrato alguno o relación contractual con ésta.

"BUENA FE", asentada en la buena fe de la demandada como responsable de la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, las cuales fueron recibidas a entera satisfacción previa autorización del interventor.

"CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR", apuntalada en la ola invernal que azota al país, no solo dentro de los últimos días sino de tiempo atrás, ya que para nadie es desconocido la carencia de un sistema de alcantarillado apto para controlar la descarga permanente de aguas lluvias, servidas, domésticas e industriales dentro de la localidad de Mosquera.

Trabada de esta forma la relación jurídico-procesal, practicadas las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del C.G.P., se procedió a dictar sentencia de primera instancia.

II. LA SENTENCIA APELADA:

En el fallo de primera instancia el señor Juez denegó la demanda indicando que la parte demandante en la pretensión primera limitó el campo de acción del

juzgador al solicitar la responsabilidad civil contractual en cabeza de la demandada; que no existe ningún vínculo contractual que ligue a la sociedad demandada frente a los demandantes Eléctricos H.R. Ltda., José Flavio Moreno Clavijo, Uniproquim Ltda., Álvaro Alonso Bernal Restrepo, Mauricio Jaime Bernal Restrepo, Andrés Bernal Restrepo, Rodrigo Eduardo Bernal Restrepo y Adriana Bernal Restrepo, sin que la sola calidad de propietarios de las bodegas sea suficiente para endilgar responsabilidad contractual y reclamar perjuicios a la demandada; que sí existió vínculo contractual entre los demandantes Víctor Lorenzo Barragán Tijaro y Arnol René Monroy Rodríguez y la demandada con ocasión del contrato de compra venta de las bodegas número 19 y 20 del Conjunto Industrial Porvenir I, pero en los contratos de compraventa no se estipuló obligación alguna de la demandada sobre las vías internas del conjunto industrial, por lo que no se puede pretender el cumplimiento o indemnización por el presunto incumplimiento de algo a lo que no se obligó la demandada; y que en todo caso no se logró demostrar que el estado deficiente de las vías fuera imputable a la demandada, ya que no existe elemento demostrativo que así lo acredite, por cuanto la prueba pericial fue desistida, el informe traído por los demandantes tan sólo revela una circunstancia fáctica sobre el estado de las vías sin que prematuramente se pueda concluir que dicha situación es atribuible a la demandada, sumado a que no se practicaron los interrogatorios de parte ni las pruebas testimoniales, por tanto existe orfandad probatoria total. Por lo anterior, declaró probada la excepción de mérito denominada “ILEGITIMIDAD POR ACTIVA” frente a los demandantes Eléctricos H.R. Ltda., José Flavio Moreno Clavijo, Uniproquim Ltda., Álvaro Alonso Bernal Restrepo, Mauricio Jaime Bernal Restrepo, Andrés Bernal Restrepo, Rodrigo Eduardo Bernal Restrepo y Adriana Bernal Restrepo; declaró probada la excepción de mérito denominada “CARENCIA DE DERECHO MATERIAL PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES ALEGADAS” frente a los demandantes Víctor Lorenzo Barragán Tijaro y Arnol Rene Monroy Rodríguez; por tanto, negó la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante a través de su apoderado apeló la decisión de primer grado alegando que no le asiste razón al señor Juez a quo en cuento a la falta de legitimación en la causa de los demandantes ya que que las personas que adquieren una propiedad, adquieren los derechos y las obligaciones que ésta misma propiedad entraña, por tanto, aunque hayan adquirido el bien inmueble de otras personas que no sea exactamente la sociedad demandada, lo cierto es que a través de los distintos negocios jurídicos de transferencia de dominio, los demandantes adquieren la totalidad de todos los derechos y las obligaciones que esa propiedad entraña; que la demandada tiene la calidad de vendedora de las unidades privadas y de todo el parque industrial como tal, por tanto, cuando se adquiere un bien privado también se adquiere un coeficiente de copropiedad sobre esas vías; que una de las obligaciones principales de quien vende un bien inmueble es que esté en perfectas condiciones de funcionamiento para lo cual fue construido el objeto y en un parque industrial con bodegas de almacenamiento se tiene que construir una vía interna que soporte las altas cargas que se transportan por allí; que está demostrada la responsabilidad con el informe pericial presentado con la demanda en el que se concluye que se encuentran deficiencias en la construcción de la vía interna.

IV. CONSIDERACIONES:

PRESUPUESTOS PROCESALES:

Se consideran como tales aquellos requisitos necesarios para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso para que éste pueda ser decidido de fondo ya sea acogiendo o denegando las pretensiones del actor, pues ante la ausencia de alguno de dichos presupuestos debe el juez pronunciarse con fallo inhibitorio.

La revisión de la actuación pone de manifiesto que confluyen a este proceso tales requisitos, pues no hay duda en torno a la competencia del fallador de primera instancia; se reúnen en el libelo todas las exigencias para esta clase de demandas; existe así misma capacidad para ser parte y capacidad procesal, lo cual permite emitir sentencia de mérito.

Cabe destacar, que el trámite que se dio al proceso es el adecuado y no se vislumbra en el plenario causal de nulidad que invalide lo actuado y se acataron los preceptos de ley en todas las actuaciones surtidas en el proceso.

CASO CONCRETO:

Pretenden los demandantes se declare que R & P CONSTRUCCIONES CIVILES E.U., es civil y contractualmente responsable de los daños y perjuicios, sufridos por la mala calidad en la construcción de la vía interna y obras de alcantarillado pluvial y de aguas negras en el Conjunto Industrial Porvenir, conformado por las bodegas de propiedad de los actores.

Pretensión en tal sentido fue denegada por el señor Juez a quo, quien considero que los demandantes Eléctricos H.R. Ltda., José Flavio Moreno Clavijo, Uniproquim Ltda., Álvaro Alonso Bernal Restrepo, Mauricio Jaime Bernal Restrepo, Andrés Bernal Restrepo, Rodrigo Eduardo Bernal Restrepo y Adriana Bernal Restrepo, carecían de legitimación en la causa, dado que no tenían ningún vínculo contractual con la demandada, sin que la sola calidad de propietarios de las bodegas fuese suficiente para endilgar responsabilidad contractual; y si bien los demandantes Víctor Lorenzo Barragán Tijaro y Arnol René Monroy Rodríguez, habían comprado las bodegas directamente a la demandada en tales compraventas no se estipuló obligación alguna de la demandada sobre las vías internas del conjunto industrial; sumado a que existe orfandad probatoria total.

Discrepa la parte demandante de la decisión del señor Juez a quo anotando que los demandantes si se encuentran legitimados para demandar, ya que a través de los distintos negocios jurídicos de transferencia de dominio, éstos adquieren la totalidad de todos los derechos y las obligaciones que esa propiedad entraña; que cuando se adquiere un bien privado también se adquiere un coeficiente de copropiedad sobre las vías internas; y que está demostrada la responsabilidad de la demandada con el informe pericial presentado con la demanda en el que se concluye que se encuentran deficiencias en la construcción de la vía interna.

Entonces, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, a esos reparos se limita la competencia del Tribunal en sede de apelación.

Sea lo primero señalar, que según escritura pública No. 1132 de fecha 13 de diciembre de 2005, HÉCTOR RAMÍREZ ZÁRATE (primer permutante) en nombre y representación de la sociedad R & P CONSTRUCIONES CIVILES E.U., celebró contrato de permuta con MARIELA RODRÍGUEZ SOPÓ, ELSA CONSUELO RODRÍGUEZ SOPÓ, GLORIA STELLA RODRÍGUEZ SOPÓ, MARÍA AMALIA RODRÍGUEZ SOPÓ, MATILDE RODRÍGUEZ SOPÓ, MARÍA TERESA RODRÍGUEZ SOPÓ, JENNY JAQUELINE JAIMES RODRÍGUEZ, GIOVANNI JAIMES RODRÍGUEZ y MÓNICA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (segundos permutantes), mediante el cual el primero recibía el pleno derecho real de dominio, propiedad y posesión que los segundos ejercían sobre un lote denominado LOTE C, ubicado en el parque Industrial Montana, identificado con la matrícula No. 50C-1377756; los segundos permutantes a cambio de este inmueble recibían 5 bodegas numeradas 5, 6, 7, 8 y 9 del CONJUNTO INDUSTRIAL PORVENIR, a igual costo en lotes subdivididos y segregados del de mayor extensión, construidas por el primer permutante, así como las obras exteriores, esto es, vías internas con las especificaciones consagradas en la mentada escritura pública (Fls. 15 a 28 C-1).

Al paso, el demandante Eléctricos H.R. Ltda., compró la bodega No. 15 a Julián Fernando Jiménez Ospina, según escritura pública No. 503 de 9 de abril de 2018 de la Notaria Única de Mosquera (Fls. 86 a 95 C-1); José Flavio Moreno Clavijo, compró la bodega No. 7 a Mariela Rodríguez Sopó, según escritura pública No. 1325 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría Única de Mosquera (Fls. 29 a 37 C-1); Uniproquim Ltda., compró la bodega No. 9 a Gloria Stella Rodríguez Sopó y María Amalia Rodríguez Sopó, según escritura pública No. 284 de 15 de marzo de 2006 de la Notaria Única de Mosquera (Fls. 41 a 54 C-1); Álvaro Alonso Bernal Restrepo, Mauricio Jaime Bernal Restrepo, Andrés Bernal Restrepo, Rodrigo Eduardo Bernal Restrepo y Adriana Bernal Restrepo compraron la bodega No. 13 a Myriam Arias Reyes, según escritura pública No. 498 de 5 de marzo de 2010 de la Notaría 64 de Bogotá (Fls. 72 a 81 C-1); Víctor Lorenzo Barragán Tijaro compró la bodega No. 19 a R & P Construcciones Civiles E.U. según escritura pública No. 1375 de 22 de agosto de 2007 de la Notaria Única de Mosquera (Fls. 96 a 101 C-1); y Arnol Rene Monroy Rodríguez compró la bodega No. 20 a R & P Construcciones Civiles E.U. según escritura pública No. 1176 de 1 de septiembre de 2006 de la Notaria Única de Mosquera (Fls. 112 a 116 C-1).

Visto lo anterior, encuentra la Sala que si bien los demandantes Eléctricos H.R. Ltda., José Flavio Moreno Clavijo, Uniproquim Ltda., Álvaro Alonso Bernal Restrepo, Mauricio Jaime Bernal Restrepo, Andrés Bernal Restrepo, Rodrigo Eduardo Bernal Restrepo y Adriana Bernal Restrepo, no compraron las bodegas que hacen parte del Conjunto Industrial El Porvenir, directamente a la demandada, esto es, a R & P Construcciones Civiles E.U., como sí lo hicieron los demandantes Víctor Lorenzo Barragán Tijaro y Arnol Rene Monroy Rodríguez, ello no significa que los primeros carezcan de legitimación en la causa para demandar a la citada constructora ya que la responsabilidad del constructor se predica con independencia de las trasferencia de dominio que del inmueble se haga, valga decir, los actuales propietarios de las bodegas son causahabientes por acto inter vivos del primer adquirente.

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC14426-2016, de fecha 7 de octubre de 2016, radicado No. 41001-31-03-004-2007-00079-01, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez, expuso:

> "En razón a que la aludida garantía legal está vinculada a la propiedad del inmueble, y el sub adquirente deriva su derecho del propietario inicial, por lo que es causahabiente suyo, el último comprador o dueño actual no puede considerarse un tercero que necesariamente debe demandar por vía extracontractual al constructor, al que, además, se le reclama el resarcimiento, no con fundamento en el deber general de no dañar a otro, sino con sustento en obligaciones particulares y concretas que incumplió al edificar, siendo una sola entonces, la fuente de responsabilidad demandada.
>
> En ese sentido, esta Sala explicó que además de que el artículo 2060 del Código Civil no distingue entre adquirentes directos y sub adquirentes a efectos de reconocer su derecho a reclamar al empresario constructor la indemnización de los daños inferidos con la ruina o perecimiento de la edificación, *«se entiende que como esa garantía se activa cuando el edificio pereciere o amenazare ruina, en todo o en parte, en los "diez años subsiguientes a su entrega", causados por los vicios referidos, la responsabilidad del constructor durante ese lapso sigue siendo la misma, sin consideración a las mutaciones del dominio, puesto que, en últimas, por razones de seguridad se exige que los edificios se construyan con la estabilidad, solidez y la firmeza suficientes para evitar su ruina».*
>
> Y agregó el pronunciamiento citado:
>
> *Por esto, algunas legislaciones atribuyen a los adquirentes o causahabientes del dueño de la obra, en protección del interés que precisamente tienen en la construcción, lo cual trasciende a la persona misma del contratante, una pretensión autónoma contra el empresario constructor, como se hizo ver en el cargo propuesto. Pero que otras no consagren expresamente esa responsabilidad, como la nuestra, no debe seguirse que no pueda reclamarse, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley para el efecto, mucho más frente a hechos sensibles en la actualidad causados por el auge que ha tenido la actividad constructora y su comercialización.*
>
> *Así que con independencia de otras acciones que pueda ejercitar el actual propietario del inmueble contra su vendedor, no cabe duda que tanto el dueño de la obra como aquél, según sea el caso, pueden beneficiarse de la garantía prevista en el artículo 2060, ordinal 3º del Código Civil, cuando el edificio perezca o*

> *amenace ruina en el término de diez años siguientes a su entrega, por vicios de la construcción, del suelo o de los materiales, porque se trata de una garantía indisoluble y temporalmente ligada al edificio que no desaparece por las enajenaciones que del mismo o parte de él se hagan.*
>
> *Por lo tanto, como la garantía en cuestión pervive, durante cierto tiempo, al edificio, resulta claro que en el caso de ser vendido, esto igualmente involucra, mientras esté vigente, dicha garantía, pues en caso de activarse, el enajenante no podría hacerla valer por ausencia de interés. Desde luego que exteriorizados los vicios en mención, con incidencia en la estabilidad, solidez y firmeza de la edificación, quien sufriría los daños es el propietario final, de donde absurdo sería no permitirle disfrutar de esa prerrogativa, pese a ser al único que beneficia.*
>
> *En consecuencia, por tratarse de una garantía legal, que cobija también los eventuales daños a terceros que no deriven ningún derecho del dueño de la obra, causados por la "ruina de una edificación", pero únicamente cuando provienen de un "vicio de construcción", que no del suelo ni de los materiales (artículo 2351 del Código Civil), debe seguirse que siempre que se enajene un edificio o parte de él, la garantía en cuestión se transfiere automáticamente, para ser reclamada en el caso de que el edificio pereciere o amenazare ruina.*
>
> *No se trata, por supuesto, de la transmisión de un derecho, como el de resarcimiento, sujeto a las normas de la cesión, porque para hablar de tal se requiere que la garantía decenal se haya activado, esto es, que el edificio se hubiere derrumbado o concretado la amenaza de ruina, de donde si esto no ha ocurrido en manos del contratante o dueño de la obra, es decir, antes de la enajenación, nada habría que ceder. Tampoco de una subrogación de los derechos de éste contra el empresario constructor, como en alguna parte se insinúa, porque en ese evento se necesita, entre otros requisitos, de la existencia cierta e indiscutida de una obligación y de un tercero que la paga, y esto no es precisamente lo que se predica en el caso* (CSJ SC, 5 Jun. 2009, Rad. 1993-08770-01)". (Sublíneas originales)

Conforme con la anterior nota jurisprudencial, resulta claro que los demandantes Eléctricos H.R. Ltda., José Flavio Moreno Clavijo, Uniproquim Ltda., Álvaro Alonso Bernal Restrepo, Mauricio Jaime Bernal Restrepo, Andrés Bernal Restrepo, Rodrigo Eduardo Bernal Restrepo y Adriana Bernal Restrepo, se

encuentran legitimados para demandar a la constructora, dado que, con la compra de las bodegas, se les trasmite la garantía contractual del constructor, por ende no había lugar a decretar probada la excepción de mérito denominada "ILEGITIMIDAD POR ACTIVA" frente a los citados demandantes.

Por el mismo motivo, tampoco había lugar a decretar probada la excepción o denominada "CARENCIA DE DERECHO MATERIAL PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES ALEGADAS" frente a los demandantes Víctor Lorenzo Barragán Tijaro y Arnol Rene Monroy Rodríguez; bajo el argumento que en las compraventas no se estipuló obligación alguna de la demandada sobre las vías internas del conjunto industrial, dado que la garantía del constructor *"está vinculada a la propiedad del inmueble".*

De otro lado, en punto a la responsabilidad de la demandada, respecto a lo reclamado por los demandantes, esto es, que R & P Construcciones Civiles E.U., sea declarada civil y contractualmente responsable de los daños y perjuicios, sufridos por los demandantes por la mala calidad en la construcción de la vía interna y obras de alcantarillado pluvial y de aguas negras en el Conjunto Industrial Porvenir, donde se ubican las bodegas que éstos compraron, conjunto que valga decir, está sometido al régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con las escrituras de compra arriba citadas; encuentra la Sala que la responsabilidad endilgada por los demandantes a la demandada se encuentra huérfana de prueba.

Al efecto, nótese que la única prueba que obra en el plenario es el dictamen pericial aportado por los demandantes con la demanda, el cual fue decretado como prueba en proveído del 19 de junio de 2013 (Fl. 194 C-1), el cual no resulta suficiente para determinar por sí solo la responsabilidad endilgada a la demandada, ya que si bien en éste se concluye que: *"la calidad de los materiales son deficientes, bajas compactaciones en las capas granulares, espesores deficientes para la carga soportada"* y "*Red de alcantarillado pluvial con deficiencias en su funcionamiento, ya*

que la conectividad de la red no genera un flujo continuo, generando así exfiltraciones de las aguas trasportadas, las cuales una vez dentro de la estructura del pavimento producen licuación en los materiales granulares y en el suelo cohesivo del soporte." (folio 40 dictamen pericial), no se puede pasar por alto que una de las excepciones alegadas por la demandada fue la de "CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR", fundada en la ola invernal que azota al país, ya que no es desconocido la carencia de un sistema de alcantarillado apto para controlar la descarga permanente de aguas lluvias, servidas, domésticas e industriales dentro de la localidad de Mosquera.

Empero, lo que resulta más relevante es que en este proceso por auto de fecha 19 de junio de 2013 (Fl. 194 C-1), se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, esto es, para la parte demandante: documentos aportados con la demanda y replica de excepciones, testimonios, interrogatorio de la demandada y dictamen pericial (Fls. 135 a 137 C-1); para la parte demandada: documentos aportados con la contestación a la demanda, interrogatorio de la parte demandante, testimonios y dictamen pericial (Fls.168 a 170 C-1), pruebas que no fueron practicadas por causas atribuibles a las partes, valga decir, inasistencia a las audiencias y no pago de los gastos al perito designado (Fls. 211 y 261 C-1), por lo que la prueba pericial se tuvo por **desistida** (Fl. 261 C-1), conforme lo ordenaba el num. 6 del artículo 236 C.P.C.; siendo importante destacar que del dictamen pericial presentado por la parte demandante junto con la demanda, **nunca** se corrió traslado a la parte demandada para que pudiera solicitar complementación, aclaración u objetarlo por error grave, como lo ordenaba el artículo 238 del C.P.C., vigente para época en que se decretaron pruebas en el proceso; razón por la cual no se sometió a la contradicción necesaria que exigen los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, para poder estimarlo probatoriamente en el presente fallo.

Por lo anterior, se concluye que hay orfandad probatoria en la litis; recuérdese que conforme con el artículo 177 del C.P.C. vigente para la época en que se interpuso la demanda, mayo de 2011 (Fl. 138 vto. C-1), hoy artículo 167 del C.G.P. *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*

Se sigue de lo dicho, que la parte demandante no demostró la responsabilidad que endilga a la demandada, lo que conduce a la negativa de las pretensiones de la demanda; por ende, la sentencia apelada será modificada, ya que como se dijo líneas atrás, no había lugar a declarar probadas las excepciones de mérito denominadas "ILEGITIMIDAD POR ACTIVA" y "CARENCIA DE DERECHO MATERIAL PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES ALEGADAS", formuladas por la parte demandada, pues ante el fracaso de las pretensiones de la demanda, era innecesario el estudio de las excepciones planteadas por la parte demandada, debiéndose en su lugar solamente negar las pretensiones de la demanda por no probarse la responsabilidad atribuida a R & P Construcciones Civiles E.U. Se condenará en costas del recurso de apelación a la parte actora ante la improsperidad del mismo (art. 365 – 1° C.G.P.).

V. DECISIÓN:

Congruente con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil - Familia de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la parte resolutiva de la, sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Funza, el día 5 de agosto de 2021, la cual quedará así:

> "PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.
>
> SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Por secretaría liquídense, incluyendo como agencias en derecho la suma de $40.000.000"

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante en costas de segunda instancia. Liquídense por el juzgado de primera instancia con base en la suma de $1.500.000 como agencias en derecho.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

Pablo I. Villate M.

PABLO IGNACIO VILLATE MONROY

Magistrado

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS

Magistrado

JAIME LONDOÑO SALAZAR

Magistrado