

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL – FAMILIA**

**Magistrado Ponente:
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

**Cartagena de Indias, siete (07) octubre de dos mil quince
(2015)**

**Ref.: Juzgado: 13001312100220130006802
Tribunal: 2015-229-01**

Acta No.256

Pasa a resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 27 de marzo de 2015, proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cartagena, dentro del proceso ordinario de Carmen de la Ossa Martínez contra James Oliver y Anthony Joseph MC Farland.

ANTECEDENTES

1. Carmen de la Ossa Martínez, por intermedio de su procurador judicial, formuló demanda ordinaria contra James Oliver y Anthony Joseph Mc Farland, solicitando, en síntesis, condenar a los demandados a apagar \$ 62.000.000, por reparación del inmueble, \$ 4.095.000 por pérdida de daños materiales bienes al interior de la vivienda, \$ 5.986.126, por gastos adicionales y, \$ 80.000.000oo, por perjuicio moral; sumas que deben ser indexadas.

Como sustentos de hecho, se compendian:

- La actora, es poseedora y tenedora del inmueble ubicado en el barrio Getsemaní, calle San Juan No 25-122, el cual

se encuentra a nombre de su esposo Luis Carlos Martínez Gallego (q.e.p.d.)

- Los demandados, para los años 2010 y 2011 efectuaron construcciones, remodelaciones y adecuaciones, en un predio contiguo, afectando el predio de la accionante.

- Los daños han consistido en: fractura baldosa de los cuartos, agrietamiento de paredes, pisos, columnas y vigas; humedad en las paredes e inundaciones, que han dado origen a la proliferación de plagas.

- Para la construcción no se contó con licencia, no se tomaron las medidas de precaución, los desechos eran lanzados al predio de la actora causando rotura de tejas e inundaciones.

- Los daños causados ascienden a \$ 62.000.000oo, según informe del arquitecto Edgardo Loret Beltrán, fuera del dolor moral causado a la accionante.

2. Mediante providencia de julio 4 de 2013 (fl. 102 C1), se admitió a trámite demanda, una vez notificados los demandados, por conducto de apoderado procedieron a contestar, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, sobre los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. A la par, propuso las excepciones de "inexistencia de obligación alguna de indemnización", "inexistencia de daños por reparar" y "reclamo excesivo".

Sostiene, que los demandados no fueron los arquitectos que ejecutaron la obra, pero al margen de ello, no se puede construir la responsabilidad simplemente por la inexistencia de la licencia de construcción y que los daños relacionados por el arquitecto Edgardo

Loret Beltrán no están debidamente justificados y resultan exagerados.

3. Trabada la relación jurídica procesal, se surte la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fl. 174 C1, fallida la conciliación y surtidas las demás etapas, por auto de 5 de mayo de 2014 se abre el proceso a pruebas (fl. 180 C1), una vez evacuadas se corre traslado para alegar (fl. 233 C1), procediendo de conformidad el apoderado de los demandados (fls. 234 a 241 C1) y se entra a proferir sentencia el 27 de marzo de 2015, accediendo a las pretensiones.

EL FALLO DE INSTANCIA

Parte por señalar que se estructura la legitimación activa, debido a que los testimonios recibidos señalan a la actora como la poseedora del bien y así quedó establecido en inspección judicial, fuera que el bien se encuentra en cabeza de su esposo (q.e.p.d.) y, por otro lado, el bien contiguo aparece a nombre de los demandados.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, afirma, que como se trata de una actividad peligrosa se debe presumir la culpa, en cuanto al daño, establece que los testigos hacen referencia a daños causados a la estructura, lo que fueron verificados en inspección judicial y que la prueba pericial los relaciona de manera directa con las obras en el predio contiguo de los demandados, determinando su monto, fuera que la misma prueba testimonial dejan entrever que se le causó un perjuicio moral a la actora.

EL RECURSO DE APELACION

El recurso interpuesto por la parte actora se declaró desierto por no haber sido sustentado el mismo (fl. 14 cuaderno 2ª inst.).

La parte demandada, fustiga el fallo de instancia parcialmente, aduciendo que la condena sólo puede ser por el 50% debido a que la actora no demostró ser la dueña de la totalidad del bien, sino que resulta a la postre con derechos sobre la mitad, debido a que la otra mitad le corresponde a los herederos de su esposo.

Que no está acreditado que la construcción haya causado la humedad en las paredes y grietas, debido a que el perito no logra determinarlas con precisión, luego, se debe descontar el robo por ese concepto.

El perjuicio moral no está acreditado debido a que las remodelaciones son comunes en el sitio histórico, por otro lado, que no pueden ser condenados en costas porque estuvieron prestos a reparar el daño y, frente a la tasación exagerada del daño se debe aplicar la sanción del 10% de la diferencia.

CONSIDERACIONES

1. Como portal, se copan en debida forma los presupuestos procesales necesarios para tomar una decisión de fondo, en el entendido que las partes son personas naturales con capacidad de goce y ejercicio en quienes no concurre incapacidad alguna para actuar por sí mismas, amén que ejercitar sus derechos por intermedio de apoderado.

La competencia se encuentra radicada en los Jueces Civiles del Circuito de esta ciudad, atendiendo el lugar de domicilio de las partes, la naturaleza del asunto y la cuantía, fuera que la demanda copa los requerimientos mínimos de forma.

2. Desde otrora se ha venido acuñando que la responsabilidad civil extracontractual es personal y no real, en cuyo caso, todo aquél que haya sido perjudicado por el daño, está legitimado para reclamar la indemnización de perjuicios, dentro de ellos, el artículo 2342 del Código Civil señala al dueño, poseedor, tenedor, heredero, usufructuario, habitador o usuario de una cosa, es más, la misma norma señala que puede pedirla "el que tiene la cosa, con la obligación de responder de ella, pero sólo en ausencia del dueño"¹, lo que desdibuja por completo el carácter real de la acción.

Bajo las anteriores premisas, el haz probatorio permite establecer, que si bien Carmen de la Ossa de Martínez, no es quien ostenta el dominio del inmueble ubicado en el barrio Getsemaní, calle San Juan No 25-122 de ésta ciudad, como lo demuestra el título y modo adosados al proceso (fls. 10 y 15 C1), no menos cierto es, que se trata de la persona que habita el inmueble y ha venido ejecutando actos de dueña.

Nada más cierto, conforme al relato de José Hurtado Calvo, fue la señora Carmen quien lo contrató y le pagó para efectuar arreglos en la casa, antes y después de la ejecución de la obra del inmueble contiguo, siendo locuaz en decir, que ella como propietaria compraba los materiales y era quien le daba las órdenes (fl. 2 cdno pruebas). En términos concordantes lo relata Alfonso José Hurtado Gaviria, quien dice que por solicitud de Carmen cuidó la casa por un período de tiempo, que debido a los daños que venía

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia marzo 31 de 1.982. Citada Código Legis p. 1043

causando el vecino la llamó para que ella como dueña del bien se apersonara del asunto, que existieron acercamientos de arreglo debido a que le ofrecieron indemnizarla y cuando se le interroga quienes son los propietarios actuales del inmueble afirma sin vacilación: "Pues lógicamente doña Carmen de la Ossa" (fl. 22 cdno pruebas). En forma coincidente rinde su testimonio Helen Patricia Díaz Martínez, quien dice haber vivido en el inmueble y sufrido con las incomodidades de la obra, siempre refiriendo como la directa perjudicada a Carmen (fl. 23 cdno pruebas).

Pero no se trata de testimonios sueltos o infundados, debido a que Carmen de la Ossa demostrando ese poder que ejercía sobre el bien, presentó quejas ante el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena - IPCC-, informando sobre los daños causados a su inmueble y las irregularidades en las obras ejecutadas en el predio colindante (fl. 73 C1).

Y los demandados mal hacen ahora en deslegitimar el pleno derecho de la actora, cuando a través de abogado le ofrecieron resarcir los daños causados al inmueble (ver fl. 62 C1), con mayor veras, si de consuno las partes solicitaron un dictamen pericial para precisar el monto del daño (fl. 78 C1) o cuando en inspección judicial practicado al inmueble se encontró allí a la actora (fl. 8 cdno pruebas).

En suma, si ha sido Carmen de la Ossa quien ha estado al frente del inmueble, si es quien ha asumido el pago de los arreglos de los daños imputados a los vecinos como lo afirma José Hurtado Calvo, se le debe reparar el daño todo el daño y nada más que el daño, toda vez, que su interés no es *iure hereditario* y, el acervo probatorio no deja duda que reclama un perjuicio personal atendiendo que es la única persona que se encuentra al frente del

inmueble y que ha padecido el daño, luego el cargo no está llamado a prosperar.

3. Se duele el recurrente que dentro de la tasación del daño se incluyeron perjuicios por humedad cuando no está probado que la misma le es imputable a los demandados.

En el proceso encontramos el testimonio de José Hurtado Calvo, maestro contratado por Carmen, quien sin ambages afirma que la pared colindante con el predio de los demandados no presentaba humedad con antelación a la ejecución de las obras, debido a que él ya la había pintado, que la humedad apareció después de los trabajos en la casa vecina, que intentó arreglar la humedad en repetidas ocasiones pero fue infructuoso y así se lo hizo saber a la señora Carmen (fl. 2 cdno pruebas).

Esa misma humedad la percibieron Alfonso José Hurtado y Helen Patricia Díaz, quienes vivieron en el inmueble y en forma directa refieren que esos daños fueron ocasionados por las obras ejecutadas en la casa vecina (fls. 19 y 23 cdno pruebas).

Y corroborando lo dicho por los deponentes, en inspección judicial practicado al inmueble, en efecto, se encontró humedad y grietas en la pared medianera con el predio de los demandados, fuera que, en el predio de los demandados se encontró una cascada en la pared colindante con el predio de la actora (fl. 8 cdno pruebas), luego, dentro del sentido común y la lógica, esa sería una fuente de la humedad, máxime que José Hurtado dice que con antelación las paredes no presentaban humedad y no se perciben otras causas.

Los registros fotográficos, que para nada fueron reprochados por la demandada así lo reflejan (fls. 30 a 44 C1, 26 a 34 cdno

pruebas), siendo esa la conclusión final del perito, luego, a pesar que este no pudo determinar a ciencia cierta que la humedad estaba relacionada con las obras adelantadas en el predio de los demandados, el acopio probatorio sí permite establecer ese nexo, lo que significa que los rubros cobrados para esa reparación se mantienen.

4. Se reprocha, por otro lado, que en este caso, a la actora no se le causa un perjuicio moral, debido a que las remodelaciones en el son normales y que ese tipo de molestias las deben asumir las personas.

Todo titular del derecho de dominio está facultado para disponer del bien, pero no hacerlo de manera arbitraria², debido a que esta debe cumplir una función social y ecológica – art. 58 C.N., amén que como lo expresa el artículo 669 del Código Civil debe respetar el derecho ajeno, en ese contexto, toda modificación o remodelación debe contar con las licencias, pero más allá de esa autorización, debe tomar todas las medidas ingentes para evitar causar daño a las cosas o personas, pues, no es cierto, que los vecinos tengan que soportar cualquier incomodidad por la ejecución de obras de particulares o del mismo Estado.

En este caso, la prueba testimonial al unísono deja en evidencia que los demandados adelantaron obras de remodelación en su inmueble que generaron incomodidades a los moradores del predio contiguo, en especial, a Carmen quien debió soportar caída de escombros en su casa, humedad, rotura de tejas, inundaciones y polvo, lo que para nada desconocen los demandados al intentar reparar el daño.

² Sentencia C-595 de 1999

Si eso ocurrió de ese modo, se trata de hechos que *per se* desencadenan en la persona desazón, intranquilidad, malestar y aflicción, así lo padeció Carmen como lo refiere Helem Patricia al decir: "Carmen sufrió físicamente cuestiones de salud de una rinitis, que se le presentó, y también ya cuestiones de ella, angustia, sosiego de que la pared se le podía venir encima, de que el agua se le podía filtrar von mayor fuerza..." (fl. 23 cdno pruebas), hechos que igualmente refleja Alfonso José Hurtado (fl. 19 cdno pruebas), siendo precisamente, esa desazón o padecimiento interno, el que constituye el perjuicio moral propiamente. Sobre ese particular la Corte ha dicho:

"Tal perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece.." (CSJ, Sal. Cas. Civil, sent. Mayo 5/99, exp. 4978)

Entonces, no es cierto como lo afirma la apelante, que no está probado el daño inmaterial, debido a Carmen de la Ossa padeció sufrimiento y dolor como resultado de las incomodidades creadas por la ejecución de la obra de los demandados.

Distinto es el quantum, debido a que no se tiene un dolorímetro o unos derroteros precisos para tasarlos, por lo que, se ha tenido que acudir al *arbitrio iudicis*, que deja a buen juicio del fallador tasar el daño inmaterial, sirviendo como guía para ciertos casos los techos establecidos por la Corte Suprema de Justicia³ como por el Consejo de Estado⁴, aun por la misma Corte

³ Corte Suprema de Justicia sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos

⁴ El Consejo de Estado dese la sentencia del 6 de septiembre de 2001 (exp. 13.232 – 15.646), consideró improcedente la aplicación analógica del artículo 97 del Código Penal y dio cabida al artículo 16 de la ley 446 de 1998, señalando como límite 100 salarios mínimos legales mensuales.

Interamericana de Derechos Humanos⁵, luego, dentro de esos derroteros se encuentra razonable el valor asignado en este caso por el juez de instancia, lo que indica que este cargo igualmente decae.

5. Finalmente, en una operación de matemática elemental, se concluye, que el monto establecido en el juramento estimatorio no supera el 30% del valor reconocido en el fallo como perjuicio material y moral, descartando con ello la sanción prevista en el artículo 10 de la ley 1395 de 2010, pues, el valor total estimado fue de \$ 152.081.126oo y lo reconocido en el fallo \$ 53.192.208oo.

Si bien existen elementos indicativos del acercamiento de los demandados con la actora y las ofertas de indemnización, esos propósitos por loables que resulten, no están consagrados en el ordenamiento como eximentes del pago de costas, bajo las reglas previstas en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, amén que la actora, en últimas adelantó un juicio en donde los demandados resultaron vencidos.

DECISION

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 27 de marzo de 2015, proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito Especializado

⁵ Así la Corte ha fijado: 250.000 lempiras en el caso Velásquez Rodríguez y Godines Cruz, US 213.157 en el caso Aloeboetoe; en el Caso El Amparo y Neira Alegría US 20.000, y Caballero Delgado US 30.000.

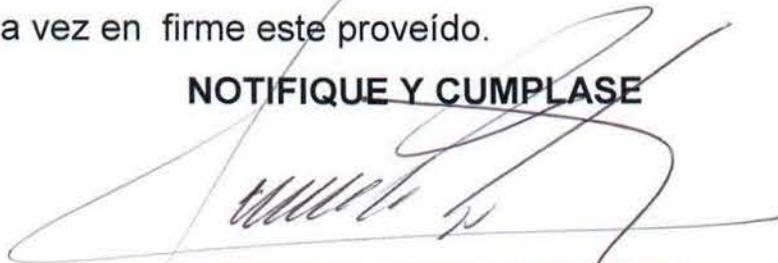
Juzgado: 13001312100220130006802
Tribunal 2015-229-01

en Restitución de Tierras de Cartagena, dentro del proceso ordinario de Carmen de la Ossa Martínez contra James Oliver y Anthony Joseph MC Farland.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia al apelante. Fijar como agencia en derecho la suma de \$ 700.000oo.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente a su lugar de origen una vez en firme este proveído.

NOTIFIQUE Y CUMPLASE



MARCOS ROMAN GUIO FONSECA
Magistrado Ponente



OMAR ALBERTO GARCIA SANTAMARÍA
Magistrado



RAMON ALFREDO CORREA OSPINA
Magistrado