

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

MATEO POSADA ARANGO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2011

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

MATEO POSADA ARANGO

Monografía para optar el título de abogado

Director

Juan Bernardo Tascón Ortiz

Abogado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2011

Nota de aceptación

Firma del jurado

Medellín, 12 de Diciembre de 2011

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su sentimiento de gratitud frente a su familia, la familia Sierra Ospina, sus compañeros de curso en la facultad de derecho y muy especialmente a las siguientes personas:

A su Madre, por ser su gran ejemplo de sabiduría.

Al Dr. Santiago Sierra Ospina, por su amistad entrañable, su ejemplo de prudencia y acompañamiento incondicional.

Al Dr. Henry Roberto Solano Vélez, por ser su maestro existencial, en derecho y un gran amigo.

A la Dra. Beatriz Elena Estrada Tobón, por brindarle la oportunidad de aprehender el derecho.

Al Dr. Camilo Uribe Posada, por inculcar un sentido crítico en la visión del derecho.

RESUMEN

La responsabilidad civil en la construcción puede ser contractual o extracontractual y puede surgir a partir de daños que se causen durante la construcción y en los diez años siguientes a la entrega de la obra o de la edificación. Las instituciones de responsabilidad civil aplicables son diversas, a saber: responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones de resultado, responsabilidad por actividades peligrosas y responsabilidad por el hecho de las cosas. No obstante lo anterior, la exhaustividad normativa es mínima, situación que facilita la presencia de diferentes asuntos problemáticos, respecto a la realidad actual de la construcción.

Palabras claves: responsabilidad, contractual, extracontractual, deber, obligación, garantía, empresario.

ABSTRACT

Civil liability within construction can be contractual or non-contractual and may arise from complications during the constructing as well as ten years after completion of the work. The applicable institutions of civil responsibility are diverse, namely: contractual responsibility by breach of result obligations, responsibility over hazardous activities, and responsibility due to the things. Notwithstanding the foregoing, completeness regulation is minimal, thus facilitating the presence of different problem areas with respect to the current reality of construction.

Key words: liability, contractual, non-contractual, duty, obligation, guarantee, entrepreneur.

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN

1. PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN LA CONTRUCCIÓN

1.1.1. Modalidades del contrato de construcción

1.1.1.1. Contrato de construcción por empresa

1.1.1.2. Contrato de construcción por administración delegada

1.1.2. Institución de responsabilidad aplicable

1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN LA CONSTRUCCIÓN

1.2.1. Instituciones de responsabilidad aplicables

1.2.1.1. Durante el contrato

1.2.1.2. En los diez años siguientes

1.3. DAÑOS POR LOS CUALES RESPONDE EL EMPRESARIO

1.4. PRESCRIPCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN

2. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

2.1. PRECIO ÚNICO PREFIJADO

2.2. QUÉ ES EMPRESARIO

2.2.1. Responsabilidad del constructor y arquitecto

2.2.2. Responsabilidad del promotor o gerente del proyecto

2.2.3. Responsabilidad del interventor

2.2.4. Responsabilidad de la sociedad fiduciaria

2.3. SUBADQUIRENTES

2.4. DAÑOS EN BIENES COMUNES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

3. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La construcción es quizá una de las actividades más ancestrales realizada por los seres humanos, habida cuenta de que dicha actividad está ligada a sus íntimas necesidades de supervivencia, desarrollo y confort. Se ha dicho que la actividad de la construcción es tan inveterada, como la existencia del hombre mismo. Durante la prehistoria surgen los primeros monumentos y el hombre comienza a dominar la técnica de trabajar la piedra.

El surgimiento de la construcción está asociado a la idea de abrigo. El abrigo, como construcción predominante en las sociedades primitivas, será el elemento principal de la organización espacial de diversos pueblos.¹

En la actualidad la actividad de la construcción constituye una de las actividades más desarrolladas en los renglones de la economía de los estados. En Colombia el auge de la construcción ha tenido un aumento inusitado en los últimos años.

No obstante lo anterior, la relación con la regulación sobre estas materias es inversamente proporcional, pues si bien en la legislación Colombiana el panorama de la Responsabilidad Civil en la construcción es supremamente amplio, no se encuentra con la misma amplitud normativa, ya que el legislador es poco exhaustivo al momento de regular la materia.

¹ [Citado en 23 de octubre de 2011] disponible en internet:
http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_arquitectura

Hasta principios del siglo XX, los contratos para la construcción de inmuebles eran relativamente simples, no solo por el personal e instrumental utilizado en la construcción, sino también porque el mercado o distribución de dichos bienes era prácticamente inexistente para ese entonces. Por otro lado, eran escasos los eventos en que terceras personas ajenas al contrato de construcción sufrían daños no solo durante el levantamiento de la obra, sino también con posterioridad a su entrega.²

Hoy en día no sucede lo mismo, pues el desarrollo industrial de la construcción ha hecho que las relaciones jurídicas que allí se aten, desborden las instituciones jurídicas pobremente reguladas en el Código Civil. La multiplicidad de figuras contractuales alrededor de la construcción que hoy en día se pactan, las personas que invierten u operan las construcciones, el volumen actual de la construcción y la peligrosidad de los equipos con los que se labora, hacen que se tenga que analizar con detenimiento esta actividad, con miras a determinar de qué manera han de entenderse las prescripciones del legislador y hasta qué punto puede llegar la llamada “*autonomía privada o autonomía de la voluntad*”, para limitar o modificar el panorama de la responsabilidad en la construcción.

² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1359.

1. PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

Según lo dispone el artículo 20, numeral 15 del Código de Comercio, es claro que la actividad de la construcción en Colombia constituye una actuación mercantil:

ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales:

(...)

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones; (...)³

No obstante lo anterior, son inexistentes las disposiciones normativas que en este Código se refieren a la materia. Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 822 de este mismo estatuto, las relaciones jurídicas que se deriven o surjan con ocasión de la construcción se regularán por lo dispuesto en el Código Civil.

ARTÍCULO 822. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.⁴

³ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 410 DE 1971 (Marzo 27) "Por el cual se expide el Código de Comercio". Publicada en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

⁴ Ibídem. Artículo 822.

Así las cosas, las relaciones jurídicas de empresarios constructores, civiles o comerciantes, en cuanto al contrato de construcción, se regulan por el Código Civil.

En el Código Civil, el panorama de la responsabilidad en la construcción es supremamente amplio, aunque de cara a su regulación, no se encuentra con la misma amplitud normativa, ya que el legislador es poco exhaustivo al momento de regular la materia. Situación que es entendible en la medida que, como ya lo hemos dicho, era imprevisible para Andrés Bello conocer las circunstancias en las que se habría de dar la construcción más de 200 años después de la elaboración de su Código Civil.

Frente a la responsabilidad del constructor o empresario, como lo denomina el Código Civil, podemos decir que este responde contractual y extracontractualmente, durante la ejecución del contrato y en los 10 años siguientes a su terminación.

De la disposición ubicada en el Libro IV sobre las obligaciones en general y de los contratos, Título XXVI sobre el contrato de arrendamiento, Capítulo VIII sobre los contratos para la confección de una obra material, artículos 2060 y 2061 del Código Civil, se puede abstraer la naturaleza primigenia del contrato de construcción y el ámbito de responsabilidad que gravita sobre él.

ARTICULO 2060. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario

hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.

4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.⁵

ARTICULO 2061. Las reglas 3, 4, y 5. del precedente artículo, se extienden a los que se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos.⁶

Según este artículo el empresario tiene una obligación contractual con quien encargó la obra de construir la edificación y que la misma no perezca en los 10 años siguientes su construcción.

De la disposición ubicada en el Libro IV sobre las obligaciones en general y de los contratos, Título XXXIV sobre la responsabilidad común por los delitos y las culpas, artículo 2356 del Código Civil, se puede concluir que el empresario tiene un deber extra contractual frente a cualquier persona de no causarle algún daño durante la construcción.

ARTICULO 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2060

⁶ Ibídem. Artículo 2061

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.⁷

Según este artículo, de donde la jurisprudencia y la doctrina han interpretado las denominadas “Actividades Peligrosas”, el empresario es el guardián de una actividad peligrosa durante la ejecución de la obra.

Pero además, de la disposición ubicada en el Libro IV sobre las obligaciones en general y de los contratos, Título XXXIV sobre la responsabilidad común por los delitos y las culpas, artículo 2351 del Código Civil, se puede determinar la posición del empresario en los diez años siguientes a la entrega de la obra, respecto de terceras personas distintas de quien encargó la obra.

ARTICULO 2351. Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3a. del artículo 2060.⁸

Interpretando este artículo y su remisión, el empresario tiene un deber extra contractual frente a cualquier persona, de no causarle algún daño en los 10 años posteriores a la construcción. Este es uno de los supuestos específicos donde se responde por el “hecho de las cosas” frente a aquellos daños que se causen a un tercero ajeno a la relación contractual de quien encargó la obra y el empresario.

Lo anterior puede resumirse en el siguiente cuadro, donde se indican los diferentes fundamentos normativos, dependiendo de la responsabilidad civil aplicable y el estadio en que se aplica:

⁷ Ibídem. Artículo 2356

⁸ Ibídem. Artículo 2351

	Responsabilidad Contractual del Constructor	Responsabilidad Extracontractual del Constructor
Durante la ejecución del contrato.	Artículo 2060 # 3	Artículo 2356 #3
En los 10 años siguientes a su terminación.	Artículo 2060 # 3	Artículo 2351 y 2060 # 3

1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN LA CONTRUCCIÓN

Como se dijo, la responsabilidad contractual del empresario se encuentra regulada por las disposiciones contenidas en el Libro IV sobre las obligaciones en general y de los contratos, Título XXVI sobre el contrato de arrendamiento, Capítulo VIII sobre los contratos para la confección de una obra material, artículos 2060 y 2061 del Código Civil.

No obstante lo anterior, dadas las circunstancias actuales en que se presenta el contrato de construcción es preciso distinguir por lo menos 2 de las modalidades a través de las cuales hoy en día se desarrolla la actividad de la construcción, sin que una de ellas, como se verá, tenga mucha correspondencia con las disposiciones precedentes que regulan el arrendamiento de servicios para la confección de una obra material.

Estas modalidades son el contrato de construcción por empresa y el contrato de construcción por administración delegada.

1.1.1. Modalidades del contrato de construcción

1.1.1.1. Contrato de construcción por empresa

Este es el tradicional contrato de construcción en virtud del cual una persona le encarga a un empresario la construcción de un edificio. Para tal efecto el empresario trabajará de manera independiente y con sus propios instrumentos, teniendo, quien encarga la obra, la carga de entregar los materiales y asumiendo la responsabilidad por los vicios que estos materiales presenten, salvo que, el empresario hubiera tenido que conocer de estos vicios con ocasión de su profesión. Lo anterior según lo dispuesto en el artículo 2057 del Código Civil, al que remite el numeral tercero del artículo 2060.

ARTICULO 2057. La pérdida de la materia recae sobre su dueño.

Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:

1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada.
2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.
3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno.⁹ **(Subrayas fuera de texto)**

Esta modalidad del contrato de construcción guarda plena correspondencia con su ubicación en el Código, pues es una clara especie de los contratos para la

⁹ Ibídem. Artículo 2057

confección de una obra material, que a su vez en una de las especies del contrato de arrendamiento.

Por la particular función que tiene la construcción en una determinada sociedad y por la magnitud de los intereses que allí se encuentran en juego, el legislador trazó unas reglas especiales para este contrato, distintas si se quiere de aquellas reglas generales consagradas para los contratos de confección de una obra material. Estas reglas se encuentran vertidas en el artículo 2060 del Código Civil.

En primer lugar, dispuso el legislador que este contrato habría de darse por un precio único prefijado, sin que el empresario pueda pedir un aumento de precio, so pretexto de que sus costos se hubieren encarecido o que se hubieran hecho modificaciones al plan inicial.

En segundo lugar, se establece la posibilidad de que el empresario se haga autorizar de quien encarga la obra, para que aquel pague los costos adicionales en los que incurra el empresario por circunstancias desconocidas.

En tercer lugar, se consagra la denominada garantía decenal como obligación contractual a la que se hará referencia más adelante, cuando se analice la institución de responsabilidad civil aplicable, en sede contractual.

En cuarto lugar, el legislador se refiere a la aprobación de la obra y es enfático en que la misma es una aprobación netamente exterior. En ese orden de ideas, no se exime el empresario de responder por la garantía decenal, así se haya hecho la probación de la obra.

Finalmente se consagra el panorama de las acciones que tienen los obreros de la construcción, que en caso de no haber contratado directamente con quien

encarga la obra, solo tienen acción contra este de manera subsidiaria y hasta la concurrencia de lo que, quien encargo la obra, debía al empresario.

1.1.1.2. Contrato de construcción por administración delegada

El contrato de construcción por administración delegada surge cuando la prestación a cargo del empresario no consiste solo en la prestación de sus servicios profesionales para la construcción de la obra, sino que, además, el empresario es quien suministra los materiales para la obra y recibe como contraprestación un precio en el que incluye tanto el valor de sus servicios como el de los materiales.

Hoy en día, es más común ver que la actividad de la construcción se desarrolle en virtud de contratos de construcción por administración delegada que por empresa, y por tanto, vale la pena hacerse la pregunta si este contrato se rige por las reglas contenidas en el artículo 2060 del Código Civil.

Según el artículo 2053, que consagra una manifestación del Principio de Realidad Contractual, en virtud del cual los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son, si el artífice es quien suministra los materiales para la obra, no nos encontramos en presencia de un contrato para confección de una obra material, sino de un contrato de compraventa.

ARTICULO 2053. Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen.¹⁰

(Subrayas fuera de texto)

En virtud de lo anterior, se podría pensar que el contrato de construcción por administración delegada no es un arrendamiento de servicios para la confección de una obra y por tanto no se encuentra sujeto a las reglas que consagra el artículo 2060 del Código, pero esta interpretación no es del todo acertada, pues si bien es cierto que el contrato de construcción por administración delegada no es un contrato para la confección de una obra material, no es cierto que este contrato no se regule por las reglas contenidas en el artículo 2060 del Código, ya que este artículo se refiere en general a la construcción, y no obstante estar ubicado en este capítulo VIII sobre los contratos para la confección de una obra material, esta regla supera los contratos de construcción tradicionales o de empresa, y prescribe cuales han de ser las reglas de responsabilidad en la construcción, sin importar cuál sea la modalidad contractual por la cual se ejecute. De alguna manera lo que ocurre aquí es que estamos en presencia de un contrato innominado, que no por ello no regulado, y por tanto se reglamenta por la figura contractual mas semejante, y en esa medida se hace prevalecer la relación de construcción, sobre la relación de compra venta, pues se le otorga al adquirente de una determinada edificación la posibilidad de ejercer una acción en contra del constructor, sin perjuicio de aquellas acciones que como comprador pueda ejercer.

La jurisprudencia y la doctrina se han referido al tema en este sentido. En sentencia del 05 Junio 2009, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, refiriéndose al artículo 2060 del Código Civil dijo:

“(...) el ordinal tercero, no hace ninguna distinción, así se entronque, según su encabezado, con los “contratos para la construcción de edificios”, se entiende que como esa garantía se activa cuando el edificio pereciere o amenazare ruina, en todo o en parte, en los “diez años subsiguientes a su entrega”, causados por los vicios referidos, la

¹⁰ Ibidem. Artículo 2053

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.

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 aquel, 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.(...)"¹¹ **(Subrayas fuera de texto)**

El Doctor Javier Tamayo en su Tratado de Responsabilidad Civil ha dicho:

“Cuando el vendedor directamente se encarga de la construcción de las obras vendidas, su responsabilidad no se rige por el contrato de compraventa, sino por la derivada del contrato de construcción y, en tal virtud le es aplicable la garantía decenal a que se refiere el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil a que ya nos hemos referido”¹²

En la misma forma la Doctora Diana Lucia Barrientos en un artículo denominado “*Responsabilidad Civil en el Sector de la Construcción*”, publicado en la revista Responsabilidad Civil y del Estado del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, ha dicho:

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 Junio 2009. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

¹² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1394.

“b) Cuando el adquirente compra directamente al constructor que a la vez es dueño del proyecto.

Considero que prima la calidad de constructor que la de vendedor, razón por la cual si es aplicable el art.2060 del C.C y la vía es la contractual.

Si el vendedor fue directamente el constructor, así el contrato de venta de inmuebles en este caso se encuentre bajo el amparo de la legislación comercial, prima el contrato de construcción y la garantía decenal que se deriva de dicho contrato (art 2010 No 3º.c.c)”¹³

1.1.2. Institución de responsabilidad aplicable

De cara a la institución de responsabilidad civil contractual aplicable, hay que decir en primer lugar, que esta ha de aplicarse indistintamente en las dos modalidades contractuales vistas anteriormente y tanto en la ejecución del contrato, como en la vigencia de la denominada garantía decenal.

La garantía decenal como obligación contractual está contenida en el artículo 2060, numeral tercero del Código Civil, y consiste en que el empresario se obliga para con el adquirente de la construcción a responder por los daños y perjuicios que se causen durante los diez años siguientes a la entrega de la construcción, por vicios de la construcción o del suelo que dicho empresario haya debido conocer en razón de su profesión u oficio, o por aquellos vicios en los materiales que el haya suministrado (tratándose de contratos de construcción por administración delegada), o le haya entregado el dueño de la obra (tratándose de contratos de construcción por empresa) y que el haya debido conocer por su profesión u oficio. Como se analizará cuando se traten los vicios en la construcción, en Colombia si bien se hace referencia a la fuente de los vicios por los cuales responde el constructor, no se diferencian por qué tipo de vicios responde el empresario durante la garantía, pues en otras legislaciones, como la

¹³ BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucía, *Responsabilidad Civil en el sector de la construcción*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 50

francesa, se diferencia la manera como responde el constructor por los vicios de la construcción durante la vigencia de la garantía.

Como ya se dijo, la institución de responsabilidad civil contractual aplicable es una sola en ambas modalidades del contrato de construcción y en ambos estadios de la construcción, es decir, durante su ejecución y en los diez años siguientes a ella. Esa institución de responsabilidad civil aplicable, según la carga de la prueba, es la de obligaciones de resultado, pues durante la ejecución del contrato, en la obligación del empresario, la aleatoriedad del resultado buscado por el acreedor es mínima, ya que la prestación de este, radica en la construcción efectiva de una edificación y no en el simple hecho de desplegar la diligencia para obtener dicho fin; y con posterioridad a la ejecución del contrato el empresario debe garantizar igualmente, el resultado de que la obra no ha de presentar ninguna clase de imperfecciones en la construcción, el suelo o los materiales, durante los 10 años siguientes a la finalización de la construcción.

Además de lo anterior, según algunos autores, la ley 400 de 1997, "*Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes*" en el párrafo único del artículo 1, agudiza aún más este panorama obligacional, al establecer que las construcciones deberán mantenerse incólumes no obstante tener que enfrentar temblores de poca intensidad sin daño, temblores moderados sin daño estructural, pero posiblemente con algún daño en elementos no estructurales y temblores fuertes con daños a elementos estructurales y no estructurales, pero sin colapso, por los que deberá responder el empresario

ARTICULO 1. OBJETO. La presente ley establece criterios y requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas, así como de aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, que puedan verse sometidas a fuerzas sísmicas y otras fuerzas impuestas por la naturaleza o el uso, con el fin de que sean capaces de resistirlas, incrementar su resistencia a los efectos que éstas producen,

reducir a un mínimo el riesgo de la pérdida de vidas humanas, y defender en lo posible el patrimonio del Estado y de los ciudadanos.

Además, señala los requisitos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones relacionadas con su objeto y define las responsabilidades de quienes las ejercen, así como los parámetros para la adición, modificación y remodelación del sistema estructural de edificaciones construidas antes de la vigencia de la presente ley.

PARAGRAFO. Una edificación diseñada siguiendo los requisitos consagrados en las normas que regulan las construcciones sismo resistentes, debe ser capaz de resistir, además de las fuerzas que le impone su uso, temblores de poca intensidad sin daño, temblores moderados sin daño estructural, pero posiblemente con algún daño en elementos no estructurales y un temblor fuerte con daños a elementos estructurales y no estructurales, pero sin colapso.

El cuidado tanto en el diseño como en la construcción y la supervisión técnica, son fundamentales para la sismo resistencia de estructuras y elementos no estructurales.¹⁴ **(Subrayas fuera de texto)**

Según el Doctor Javier Tamayo:

“La norma pareciera establecer una responsabilidad objetiva de los constructores que, pese a cumplir con la ley sobre construcciones, deben asumir en algunos casos los riesgos derivados de los temblores de tierra. Decimos que la norma es absurda porque uno entiende que cuando no se construye de acuerdo con lo previsto en la ley, el constructor incurre en culpa y es responsable. Y también entiende que cuando, pese a cumplirse las normas de construcción, el temblor de tierra causa daños en la edificación, el daño es imputable a una causa extraña y, por tanto el constructor se exonera a la luz de lo previsto en los principios generales de la responsabilidad objetiva. Pero es absurdo exigirle al constructor la garantía de que el edificio sea capaz de resistir determinados temblores de tierra, pese a que cumplan las normas de construcción de sismo resistencia. Eso se sale de las manos del constructor y no hay razón que justifique que el deba responder por esos daños”¹⁵

Esta posición parece acertada en la medida en que esta ley consagra una determinada *lex artis*, mas no un resultado reforzado de la obligación del empresario, ya que si este cumple con las normas de sismo resistencia, no

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 400 DE 1997 (Agosto 19) “Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes”. Publicada en el Diario Oficial No. 43.113, del 25 de agosto de 1997.

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1386.

obstante su responsabilidad ser objetiva como se verá, podrá exonerarse de responsabilidad probando una causa extraña según las reglas generales de la responsabilidad objetiva.

Volviendo al análisis de la obligación de resultado del empresario, hay que advertir que, la consecuencia más trascendental de la naturaleza de esta obligación, es que, dado el incumplimiento en la ejecución del contrato o presentándose un vicio en la construcción, el suelo o los materiales durante los diez años siguientes a la construcción, se presume la responsabilidad del constructor, y por tanto este tendrá que probar alguno de los supuestos de causa extraña para desvirtuar el nexo causal que lo ata a ese daño. En este caso la responsabilidad es objetiva y por tanto el elemento subjetivo del hecho ilícito no es fuente de imputación de responsabilidad.

No obstante la ley no definir si la obligación del constructor es de medio o de resultado, como en ningún contrato lo hace el legislador, es pacífica la posición de la doctrina, la jurisprudencia, y algunos laudos arbitrales, sobre este tema.

La Doctora Diana Lucia Barrientos dice, por ejemplo, que:

“En la **OBLIGACIÓN DE RESULTADO** el deudor de la prestación se obliga a producir un resultado específico y si no da, se presume en culpa al deudor y solo se libera demostrando una causa extraña. Es así el caso del empresario-constructor su obligación es de Resultado.

En estos casos de incumplimiento hay una presunción de culpa pues se ha considerado que la obligación del constructor es de RESULTADO”¹⁶

El Doctor Javier Tamayo dice que:

“En nuestro concepto, la responsabilidad contractual y extracontractual de los constructores prevista en los artículos 2060 y 2351 del Código Civil es presunta; cuando nos referimos a la responsabilidad del dueño

¹⁶ BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucia, *Responsabilidad Civil en el sector de la construcción*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 46 y 47

por la ruina del edificio expusimos nuestros argumentos, según los cuales, al dueño por la ruina hay que probarle la culpa, mientras que al constructor se le presume la ilicitud¹⁷ **(Subrayas y negrilla fuera de texto)**

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de junio 02 de 1958 dijo al respecto:

“(…) Como ya se dijo en los antecedentes de este fallo, Juan de la C. Guerra Galindo se comprometió a hacerle un edificio al demandante Luis Morales M. Tal clase de convenios se hallan expresamente regulados en nuestro Código Civil por disposiciones especiales, entre cuyas normas se hallan los artículos 2.057 y 2.060 de la citada obra, que establecen la responsabilidad del constructor hasta por un lapso de diez años subsiguientes a la terminación de la obra. En el caso sub-judice la construcción encomendada a la dirección técnica de Guerra Galindo se derrumbó parcialmente antes de haber sido terminada dicha obra. Y consta de autos y lo observa el sentenciador en la parte motiva de su fallo que el demandado no adujo durante la secuela del juicio prueba alguna capaz de exonerarlo de responsabilidad en el insuceso a que se ha hecho referencia, al efecto dijo el Tribunal:

Para exonerarse de responsabilidad incumbía al demandado demostrar caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imposible. No probó aquél, pero ni siquiera alegó ninguna de aquellas circunstancias eximentes de responsabilidad, y tan sólo se limitó a afirmar que la destrucción de parte de la obra se produjo por deficiencia de la pilastra construida por el demandante y que sostenía las viguetas de concreto y la techumbre, con lo cual se colocó en la hipótesis de excepción prevista en la regla tercera del artículo 2.060 prenombrado, por cuanto los materiales de la pilastra en cuestión fueron suministrados por el dueño. Mas, como ya se dijo, para que el constructor quede libre de responsabilidad por la destrucción de la obra cuando ésta obedece a vicios de los materiales suministrados por el dueño, se requiere que el vicio no sea de aquéllos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer. Y no cabe duda de que la deficiencia de una columna para sostener viguetas de concreto es un vicio que un arquitecto, como lo es el demandado, estaba en la obligación de conocer (…)¹⁸ **(Subrayas fuera de texto)**

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1385.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de junio de 1958. Magistrado Ponente: Ignacio Escallón

La jurisprudencia arbitral también se manifestó sobre este tópico el 16 de febrero del 2004, en el litigio entre Conavi Banco Comercial y de Ahorros S.A y Concreto S.A, con ocasión de la ejecución de un contrato de construcción:

“(…) Los vicios de construcción determinantes de la ruina de la edificación, provenientes por la mala calidad de los materiales, o de dirección, originados por la defectuosa aplicación de las reglas de la construcción directamente, sirven para ubicar la responsabilidad del artífice; y se presume la culpa del contratista por el comportamiento en la ejecución, **pues éste debe garantizar el resultado** de que la obra no ha de presentar ninguna clase de imperfecciones. (…)

(…) Como quiera que el empresario asume el deber de ejecutar la obra en los términos que se convienen, **el resultado**, de ese modo, debe estar en consonancia con el deber negocial. Por eso, se afirma que **la obligación del artífice de una obra es de resultado**, y no de medio. (…)

(…) Empero, no cambia o altera la responsabilidad del empresario, derivada de las obligaciones a su cargo, por el simple hecho de que el dueño o comitente se comprometa a colaborar. **La obra debe ejecutarse en los términos convenidos, asumiendo aquel, como se dijo, la obligación de resultado: la entrega en la forma prevista y sin que adolezca de defectos o imperfecciones que atenten contra la estabilidad en integridad de la obra.** De ese modo, **la responsabilidad se radica en cabeza del constructor por el resultado buscado** y solo podría exonerarse si prueba una causa extraña: fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de un tercero o la culpa del dueño o contratante. Con mayor razón si el constructor es un profesional en esa específica materia (…)¹⁹ **(Subrayas y negrilla fuera de texto)**

Además de todo el análisis hecho anteriormente, el nuevo Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, que comienza a regir partir del 12 de abril de 2012, en su artículo 10º, establece una responsabilidad objetiva, en este caso para el empresario, pues basta probar el daño en la edificación y se presumirá la responsabilidad del mismo.

ARTICULO 10. RESPONSABLES DE LA GARANTÍA LEGAL. Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.

¹⁹ TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Árbitros Rafael H. Gamboa Serrano, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre. Laudo del 16 de febrero de 2004. Litigio entre Conavi Banco Comercial y de Ahorros S.A y Concreto S.A.

Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 16 de la presente ley.
²⁰**(Subrayas y negrilla fuera de texto)**

1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN LA CONSTRUCCIÓN

Como se dijo, la responsabilidad extracontractual del empresario se encuentra regulada por las disposiciones contenidas en el Libro IV sobre las obligaciones en general y de los contratos, Título XXXIV sobre la responsabilidad común por los delitos y las culpas, artículos 2356 y 2351 que remite al 2060 del Código Civil.

Estos artículos disponen regulaciones para momentos distintos en la construcción y se encuentran fundados en instituciones distintas, pues el artículo 2356 regula la responsabilidad civil del empresario, con ocasión de la construcción durante la ejecución del contrato y el 2351, al remitir al 2060, regula la responsabilidad civil del empresario, con ocasión de la construcción en los diez años siguientes a la entrega de la obra.

1.2.1. Instituciones de responsabilidad aplicables

1.2.1.1. Durante el contrato

Del artículo 2356 que regula la responsabilidad civil extracontractual del empresario durante la ejecución del contrato, es de donde ha interpretado la jurisprudencia las llamadas actividades peligrosas, en virtud de las cuales quien genera un riesgo extraordinario, debe responder por los daños que estos riesgos

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 DE 2011(Octubre 12) “Por la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones”. En trámite de sanción presidencial.

causen a terceras personas, por encontrarse en una posición de guarda o custodia frente a esa determinada fuente de riesgo respecto del conglomerado social.

Más específicamente, el numeral 3 de este artículo se refiere a la actividad de la construcción, cuando prescribe que:

ARTICULO 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

(...)

3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.²¹

El aparte que se viene de transcribir, le consagra al empresario el deber de vigilar la fuente de riesgo que ha generado, para este caso, la actividad de construcción, so pena de que indemnice los daños que esta actividad pueda causar con ocasión del contrato de construcción.

Es sabido pues, que quien responde por los perjuicios que la actividad peligrosa genere es aquella persona que tenga el poder de dirección y control de la obra, es decir en el caso de la construcción el empresario, al que más adelante se hará referencia para determinar que se ha entendido por dicha calidad.

No obstante lo anterior, el Doctor Javier Tamayo, en su Tratado de Responsabilidad Civil ha sostenido que en el caso de la construcción, frente a esta actividad peligrosa, existe una guarda acumulativa, pues en su criterio, quien encarga la obra, en virtud de su facultad de ordenar los trabajos, es también guardián de esta actividad peligrosa.

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano.

“(…) Aquí es necesario aclarar que la responsabilidad por actividades peligrosas correspondería a quien tenga el poder de dirección y control de la edificación. Normalmente es el constructor quien tiene dicho control, quedando por decidir si también el dueño responde por actividades peligrosas. En las ediciones anteriores de este libro sosteníamos que el dueño solo respondía por actividades peligrosas si el vigilaba y de alguna manera dirigía la obra. Sin embargo, ahora consideramos que en la medida en que el dueño creó toda la empresa de la construcción, es lógico que él responda por actividades peligrosas así contrate con terceros la ejecución de la obra. (….)Y es innegable que el dueño, al tener la facultad de ordenar los trabajos, es guardián de la construcción (….)”²² **(Subrayas fuera de texto)**

Esta posición es parcialmente desacertada al no distinguir, en primer lugar, la modalidad en virtud de la cual se desarrolla en contrato de construcción que da lugar a la responsabilidad extracontractual con ocasión a dicho contrato. Si la construcción se desarrolla a partir de un contrato de construcción por empresa, es acertada la posición del Doctor Tamayo, aunque no de manera absoluta, pues solo si quien encarga la obra detenta una calidad de dirección, control o vigilancia sobre la misma, es posible atribuible una guarda acumulativa sobre la construcción al empresario y a quien encarga la obra. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del Sentencia del 13 Mayo 2008 dijo:

“(…) 2. A fin de analizar el cargo, ha de recordarse que el tribunal empezó por precisar que en este asunto era demandada la responsabilidad civil extracontractual derivada de la construcción de un edificio, actividad que, con apoyo en varios precedentes jurisprudenciales de esta Corte, no dudó en calificar de peligrosa, por lo que debía ser gobernada bajo las directrices del artículo 2356 del Código Civil.

Puntualizó cómo la doctrina de la corporación ha establecido que esta especie de responsabilidad puede ser atribuida al constructor o al propietario de la obra, por serlo también del terreno, o a ambos por virtud de la solidaridad que consagra el ordenamiento jurídico, casos en los cuales, con el propósito de formular la imputación correspondiente, debe determinarse plenamente “el guardián de la actividad peligrosa. (…)

(…)5. Como es sabido, en la responsabilidad civil por los perjuicios causados a terceros en desarrollo de las llamadas actividades peligrosas, gobernadas por el artículo 2356 del Código Civil, la imputación recae sobre la persona que en el momento en que se verifica el hecho dañino tiene la

²² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1371.

condición de guardián, vale decir, quien detenta un poder de mando sobre la cosa o, en otros términos, el que tiene la dirección, manejo y control sobre la actividad, sea o no su dueño.

En cuanto a la peligrosidad que la construcción de edificaciones entraña, por sí misma, para quienes intervienen en ella y para terceros, tiene dicho la Corte en providencia antañona, pero que conserva todo su vigor, que “el dueño de una cosa puede gozar de ella y darle la destinación que a bien tenga, siempre que consulte varios factores, tales como la naturaleza de dicha cosa, la función social que está llamada a cumplir, la licitud de aquella destinación y el no causar daño a las demás personas .Si la cosa consiste en un inmueble urbano, la función social del mismo radica en aprovecharlo con edificaciones que sirvan para habitación o para el funcionamiento de fábricas, almacenes, oficinas, etc. El propietario de tal inmueble puede y debe levantar sobre este la construcción o la obra que considere mejor a sus intereses. Esta actividad es normal y lícita y, como es obvio, está sujeta a los reglamentos urbanísticos establecidos en cada ciudad. Sucede, sin embargo, que, aunque la construcción de una casa o edificio o la realización de otras obras, es una actividad lícita, se pueden causar con ella daños a los vecinos y a terceras personas, y de ahí que el dueño o el constructor de la edificación o la obra deban tomar las precauciones necesarias y poner el mayor cuidado en la ejecución de esta para prevenir aquellos perjuicios y para conjurar la responsabilidad civil que tales daños podrían acarrearle” (G.J. t. CXXXIII, pág. 128 y CC, pág. 158; en similar sentido XCVIII, 341; CIX, 128; CXLII, pág. 166; y CLVIII, 50, entre otras).(...)

(...)De acuerdo con el primero de los fallos citados, no puede perderse de vista que “constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2356 precitado el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma. Es preciso, por tanto, indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa.

El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario.

De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —que desde luego admite prueba en contrario— pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario. O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener. Y la presunción de

ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada” (G.J. t. CXLII, pág. 183).

En este punto resulta pertinente citar, por venir en forma precisa al caso, el concepto de “guarda compartida” pregonado por la Corte, según el cual, en tratándose de actividades peligrosas, “no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros...”; ciertamente, se trata de situaciones, como la que muestra este asunto, donde varias personas —GDS Ingenieros Ltda. e Inmuebles Industriales Zeta Ltda.— no permanecen apartadas ni indiferentes al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada, actitud que, por fuerza, ha de entenderse asumida en la medida en que de ella se obtiene un lucro o provecho económico evidente, que se torna significativo para poner de manifiesto la existencia de un factor suficiente de atribución de responsabilidad civil (G.J. t. CCXLVI, vol. I, pág. 471; cfr. sentencia de 12 de febrero de 2002, exp. 6762, no publicada aún oficialmente).(…)”²³ **(Subrayas fuera de texto)**

Se dice que la posición del Doctor Tamayo no es absolutamente acertada porque si quien encarga la obra se limita a cumplir con sus cargas de entregar los materiales y aprobar la obra, y no detenta en la obra absolutamente ninguna calidad de dirección, control o vigilancia, no podría pensarse que este es guardián de la actividad peligrosa, ya que el solo fue quien encargo la obra, nada más.

Lo anterior sería tanto como que se imputara responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas a quien hace un determinado pedido a un almacén, y tal pedido ha de ser entregado en el domicilio de quien lo encargó, en virtud de una relación de transporte a cargo del almacén, pero durante el desplazamiento del vehículo que entrega los domicilios, este atropella a un transeúnte y por tal razón se le atribuye responsabilidad a quien hizo el pedido, ya que este tenía la facultad de encargar dichas labores.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 Mayo del 2008. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete

Por otro lado, si la construcción se desarrolla a partir de un contrato de construcción por administración delegada, es absolutamente desacertada la posición del Doctor Tamayo, pues precisamente esa es la esencia de este contrato que supone el pago de un mayor valor por la obra por parte que quien la encarga, siempre y cuando el empresario se ocupe de todas y cada una de las circunstancias que envuelven la construcción, a tal punto que, como lo expusimos anteriormente, podría confundírsele con la compraventa.

Tomando una u otra teoría, el régimen de la responsabilidad es el mismo, el de las actividades peligrosas. La jurisprudencia patria ha sentado sendas discusiones sobre la objetividad o no de la responsabilidad en las actividades peligrosas, a las cuales no se hará referencia, al considerar que en esta institución la responsabilidad es claramente objetiva, pues si la única forma de exonerarse de las actividades peligrosas es demostrando una causa extraña, el elemento subjetivo del hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad civil, no tiene ninguna cabida en esta institución de responsabilidad, por cuanto el elemento de atribución de responsabilidad es netamente objetivo.

1.2.1.2. En los diez años siguientes

Del artículo 2351 que remite al artículo 2060 del Código Civil se desprende la regulación de la responsabilidad civil extracontractual del empresario en los 10 años siguientes a la entrega de la obra, en virtud de uno de los supuestos de la responsabilidad por el hecho de las cosas. Como es sabido, en Colombia no existe un principio general que prescriba la responsabilidad por el hecho de las cosas, pero el legislador ha consagrado unos casos aislados en los cuales se responde por el hecho de estas, entre ellos el caso de la construcción.

Cuando el artículo 2351 remite al 2060, consagra la garantía decenal como deber extracontractual que consiste en que el empresario tiene el deber respecto de todo el conglomerado social de responder por los daños y perjuicios que se causen durante los diez años siguientes a la entrega de la construcción, por vicios de la construcción o del suelo que dicho empresario haya debido conocer en razón de su profesión u oficio, o por aquellos vicios en los materiales que el haya suministrado (tratándose de contratos de construcción por administración delegada), o le haya entregado el dueño de la obra (tratándose de contratos de construcción por empresa) y que el haya debido conocer por su profesión u oficio.

En Colombia, si bien se hace referencia a la fuente de los vicios por los cuales responde el empresario, no se diferencian por qué tipo de vicios responde este durante la garantía, pues en otras legislaciones, como la francesa, se diferencia la manera como responde el constructor por los vicios de la construcción durante la vigencia de la garantía.

Por no existir una institución de responsabilidad civil por el hecho de las cosas propiamente dicha, hay que analizar cada uno de los casos consagrados por el legislador de responsabilidad por el hecho de las cosas, para determinar cuál es el elemento de atribución de responsabilidad en el hecho ilícito.

En la construcción el elemento de atribución de responsabilidad en el hecho ilícito es también objetivo, pues al remitir el artículo 2351 al 2060 del Código Civil, supone que el empresario, como guardián de la obra, debe garantizar el resultado de que la misma no va a padecer ningún vicio que pueda causarle algún daño a cualquier persona. Es decir, como debe existir tan poca aleatoriedad en que los daños se materialicen, por las condiciones en que se debió realizar la construcción, no basta con que el empresario haya sido diligente en la construcción del edificio. Esta no ha de padecer ningún vicio que pueda dar lugar a causarle daños a un tercero.

Teniendo en cuenta lo anterior, la forma como se podría exonerar el empresario de su responsabilidad se reduce exclusivamente a la causa extraña.

Al respecto el Doctor Javier Tamayo ha dicho:

“(…) En nuestro concepto, la responsabilidad contractual y extracontractual de los constructores prevista en los artículos 2060 y 2351 del Código Civil es presunta; cuando nos referimos a la responsabilidad del dueño por la ruina del edificio expusimos nuestros argumentos, según los cuales, al dueño por la ruina hay que probarle la culpa, mientras que al constructor se le presume la **ilicitud** (…)”²⁴
(Subrayas y negrilla fuera de texto)

Puede presentarse un caso en el cual pueda atribuirse responsabilidad por el hecho de las cosas al empresario según lo anteriormente visto y al dueño del inmueble en virtud del artículo 2350 del Código Civil, que consagra otro de los casos en los cuales se responde por el hecho de las cosas.

ARTICULO 2350. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.²⁵

Lo anterior supone un caso de guarda acumulativa y en esa medida un concurso de responsabilidades entre el propietario del inmueble y el empresario, que conjuntamente tienen la guarda sobre los riesgos que se puedan materializar en daños por vicios en la edificación.

²⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1385.

²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano.

En este caso, si bien la hay una guarda acumulativa, el elemento de atribución de responsabilidad de los distintos agentes sería distinto, pues para atribuirle responsabilidad al propietario del inmueble, según lo indica el artículo 2350 del Código Civil deberá constatarse el elemento subjetivo o la culpa en su actuar, y por tanto podrá exonerarse probando diligencia en el mantenimiento de la edificación, en cambio, para atribuirle responsabilidad al empresario, según el artículo 2351 que remite al 2060, basta probar el hecho objetivo del actuar ilícito del empresario y en ese orden de ideas le será atribuible la responsabilidad, que solo se podrá exonerar probando una de las modalidades de causa extraña.

1.3. DAÑOS POR LOS CUALES RESPONDE EL EMPRESARIO

En materia contractual, según el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil, el empresario debe responder una vez entregue la obra, si la edificación padece o amenaza ruina total o parcialmente, por los vicios en la construcción, en el suelo o en los materiales que debió conocer con motivo de su oficio o profesión. Si bien este numeral diferencia las fuentes o vicios que son causa del daño, no se diferencian los daños por los cuales ha de responder el empresario una vez entregue la obra. En el Derecho Civil francés por ejemplo, se diferencian los daños por el perfecto acabado de la obra y los daños por la solidez de la obra. Frente a los primeros, en dicho ordenamiento, el empresario responde por cualquier daño que presente la obra en los dos años siguientes a la entrega de la misma y por los daños que atenten contra la integridad y la solidez de la obra el empresario responde en los 8 años siguientes al vencimiento de la primera garantía por daños por el perfecto acabado.²⁶

Esta clasificación parece acertada, pues resulta razonable que el empresario no tenga que responder durante toda la vigencia de la garantía decenal por daños menores en la construcción que no ponen en riesgo su solidez, como los daños en

²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1365.

la pintura, en un lavamanos, una repisa, entre otros, que se materializan por el uso legítimo de la cosas y no por deficiencias en la construcción.

En Colombia, el legislador solo establece que el empresario ha de responder en los diez años siguientes a la obra si esta perezca o si amenaza ruina total o parcialmente, por lo cual excluye de la garantía decenal otros daños en la construcción que no comprometan su solidez. Esto es absurdo, porque exime de responsabilidad al constructor por daños en la obra que si bien causalmente se encuentran atados a las deficiencias en la construcción, no atentan contra la solidez de la misma, porque no hacen que perezca o amenace ruina. Piénsese, por ejemplo, en un daño en un parqueadero, que no comprometa estructuralmente la edificación, en este caso el perjuicio que llegara a generar ese daño quedaría impune en nuestro ordenamiento.

Por lo anterior, algunos autores como el Doctor Tamayo han interpretado la *amenaza de ruina* a partir de un criterio histórico y teleológico, y han concluido que si la voluntad del legislador es obligar al empresario a construir en forma adecuada, este debe responder por todos los daños provenientes de un vicio en la construcción, el suelo o los materiales, independientemente de que haya ruina.

“(…) Sin embargo, creemos que el vacío legal no tiene mucha importancia, por cuanto nuestro artículo 2060 habla de que la garantía decenal es aplicable si el edificio “perezca o **amenaza ruina**” (resaltado fuera de texto). **Esto quiere decir que cualquier defecto de construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma. (...) En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2060 y 2351 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción, independientemente de que haya ruina.**”²⁷
(Subrayas y negrilla fuera de texto)

En materia extracontractual las consideraciones deben ser las mismas respecto de los daños que la construcción cause a terceras personas distintas de quien

²⁷ Ibidem. p 1369.

encargó la obra, pero al parecer no respecto de las fuentes o vicios causantes de dicho daño, pues el artículo 2351 del Código Civil restringe estos vicios a los vicios en la construcción y en este sentido lo ha entendido la jurisprudencia:

“(…) 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 (art. 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.(…)”²⁸
(Subrayas y negrilla fuera de texto)

Esta posición de la Corte es reprochable por su lectura exegética y poco sistemática, pues si bien el artículo 2351 señala expresamente solo los vicios en la construcción, al remitir al artículo 2060, se entiende que además el empresario responde por los daños que la construcción cause a terceras personas por vicios en el suelo o en los materiales, que debió conocer en razón de su profesión u oficio.

Toda la reflexión anterior va a desaparecer, pues el nuevo Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, que como se dijo, comienza a regir partir del 12 de abril de 2012, en su artículo 8º establece la diferencia entre daños que afecten la estabilidad de la edificación y daños de perfecto acabado, tal y como lo hace la legislación francesa, pero a diferencia de ella, el termino para los primeros daños es de 10 años y para los segundos es de 1 año.

ARTÍCULO 8. TÉRMINO DE LA GARANTÍA LEGAL. El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor. El término de la garantía legal empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 Junio 2009. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

De no indicarse el término de garantía, el término será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración.

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.

Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año.²⁹ (Subrayas y negrilla fuera de texto)

1.4. PRESCRIPCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN

La prescripción en materia de construcción no tiene un término especial en materia contractual o extracontractual, así que se rige por los términos generales de prescripción consagrados en el artículo 2356 del Código Civil, es decir que el término de prescripción es de 10 años, pero la particularidad que tiene responsabilidad civil en la construcción, es que el daño puede ocurrir, durante la construcción o en los 10 años siguientes a la terminación de la misma y desde allí se empezará a contar el respectivo termino de prescripción

²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 DE 2011(Octubre 12) “Por la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones”. En trámite de sanción presidencial.

2. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

2.1. PRECIO ÚNICO PREFIJADO

Según el encabezado del artículo 2060 del Código Civil, el contrato de construcción ha de darse por un precio único prefijado para que se rija por las reglas que le siguen. Este requisito resulta ser un punto problemático para efectos de determinar la responsabilidad de un empresario constructor en obras que no se pacten por un precio único prefijado. En principio, haciendo una lectura exegética del código habría que concluir que en aquellos contratos de construcción que no se pacten por un precio único prefijado, no habría lugar a las reglas de responsabilidad que consagra el artículo 2060, con las respectivas características que se mencionaron en su momento, cuando se habló de la responsabilidad contractual del empresario. De ser así, sería absolutamente fácil evadir la responsabilidad civil en la construcción, simplemente estableciendo en el contrato otra modalidad de precio.

Esta no debe ser la interpretación que debe dársele a este artículo, en primer lugar, porque resulta ser, como se dijo, exegética y por tanto descontextualizada de la realidad fáctica que sirvió de fuente material para la expedición del Código Civil, pues como ya se ha venido sosteniendo, esta realidad no se compadece con la realidad actual y el estado de la ciencia en la construcción, pues hoy en día la contratación en construcción se compone de estructuras tan complejas, que de interpretarse exegéticamente la norma, las disposiciones del Código Civil serían absolutamente inoperantes.

En segundo lugar, porque si no se acoge lo anterior, y se entiende que la relación contractual es innominada, el contrato de construcción ha de regirse de todas formas por las normas que dispongan supuestos similares, o dicho en otras

palabras, los contratos de construcción que no se pacten por un precio único prefijado, en virtud de la *analogía legis*, se regirán por las normas que regulen supuestos de hecho no iguales, pero si análogos.

En este sentido lo ha entendido la doctrina nacional

“Ahora, no comparto la posición de varios autores que manifiestan que para que exista responsabilidad civil del empresario o constructor, debe haberse encargado de la totalidad de la obra por un precio único prefijado, amparándose en el inciso primero del artículo 2060 de Código Civil, que dice “los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado”. **Creo que esta es una interpretación demasiado exegética que no se puede aplicar a la realidad actual del mercado,** porque “en un mismo proyecto pueden coexistir varias obras ejecutadas por diferentes profesionales, obras que son autónomas, pero interdependientes, requieren unos conocimientos específicos, son ejecutadas por personal diferente al constructor de obra autónoma y requieren manejo y dirección diferente al del constructor típico”³⁰
(Subrayas y negrilla fuera de texto)

“Es de anotar que dicha norma se aplica a aquellos contratos para construcción celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado. **Sin embargo, por analogía, la norma también es aplicable a quienes construyen total o parcialmente un edificio, así no se haya pactado previamente un precio único**”³¹ **(Subrayas y negrilla fuera de texto)**

2.2. QUÉ ES UN EMPRESARIO

Durante toda la exposición del tema se ha hablado del empresario como el sujeto activo de la responsabilidad civil derivada de la construcción, tanto en materia contractual como extracontractual, ya que esta es la denominación que para estos efectos establece el Código Civil en su artículo 2060.

³⁰ HEREDIA GÓMEZ, Fabián Orlando, *La garantía decenal en la construcción de inmuebles*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 8. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 2000, p 105

³¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1361.

Esta denominación no se puede reducir solo al constructor, pues es supremamente vaga y, máxime, si se ha venido diciendo que la actividad de la construcción hoy en día es mucho más compleja de lo que imaginó el legislador al momento de redactar el Código Civil.

En la actualidad los proyectos inmobiliarios se adelantan con tal sofisticación que el constructor no podría ser el único sujeto al que podría atribuírsele responsabilidad, pues la exigencia en su actuar puede extenderse a otros sujetos que intervienen en la construcción, como es el caso de arquitectos, ingenieros, promotores, interventores, fiduciarias, entre otros; y en tal sentido habría que entender el empresario al que se refiere el Código Civil, como toda aquella *“persona natural o jurídica que se encarga en todo o en parte de la ejecución de la obra o proyecto”*³², pues lo que ha de ser relevante para imputar responsabilidad a algún agente en la construcción, es la determinación de *“quien tenía el poder de dirección, control, mando y conocimiento de la obra encomendada”*³³. Por ejemplo en Francia, el artículo 1792-1 del Código Civil hace responsable en la construcción al constructor, al arquitecto, al vendedor, al promotor, e incluso al proveedor de los materiales incorporados en la obra, o en España, que si bien existe la misma vaguedad conceptual que en Colombia del concepto de empresario, la jurisprudencia y la doctrina han hecho extensiva la responsabilidad civil en la construcción, a todas las personas que en forma independiente participan en la ejecución, diseño y comercialización del inmueble.³⁴

Como en Colombia tal diferenciación no existe, es menester examinar cada uno de las figuras que intervienen en la construcción, con miras a determinar frente a cuáles de ellas es posible atribuir responsabilidad civil en la construcción.

³² BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucia, *Responsabilidad Civil en el sector de la construcción*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 42

³³ *Ibidem*. p 45

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1377.

2.2.1. Responsabilidad del constructor y arquitecto

La Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1229 de 2008 definió los conceptos de constructor y diseñador arquitectónico:

ARTICULO 4. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

(...)

9. **Constructor.** <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 1229 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Es el profesional, ingeniero civil, arquitecto o constructor en arquitectura e ingeniería, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de una edificación.

(...)

11. **Diseñador arquitectónico.** Es el arquitecto bajo cuya responsabilidad se realizan el diseño y los planos arquitectónicos de la edificación y quien los firma o rotula.³⁵

Frente al constructor y los arquitectos, parece ser pacífica la idea de entender que estos respondan de conformidad con todo el panorama de la responsabilidad civil en la construcción, pues de cara al primero, la denominación de empresario “*por costumbre se tipificó como constructor*”³⁶, y de cara al segundo, no hay que hacer un mayor ejercicio interpretativo, pues basta leer el enunciado normativo vertido en el artículo 2061 del Código Civil, para concluir que también le es atribuible la responsabilidad del empresario.

2.2.2. Responsabilidad del promotor o gerente del proyecto

³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 400 DE 1997 (Agosto 19) “Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes”. Publicada en el Diario Oficial No. 43.113, del 25 de agosto de 1997.

³⁶ BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucía, Responsabilidad Civil en el sector de la construcción. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 45.

El promotor o gerente del proyecto inmobiliario no se encuentra definido en el ordenamiento jurídico, pero se ha entendido que es la persona que se encarga de administrar cada una de las etapas de la construcción. Para tal efecto el promotor es quien lleva la representación legal del proyecto, aprueba los presupuestos, busca las fuentes de financiación, publicita la obra, coordina los trámites necesarios para la construcción, adjudica cada uno de los contratos al interior de la construcción, como los estudios de la obra, la interventoría, los suministros de materiales, entre otras funciones. El promotor o gerente del proyecto es el verdadero cerebro del proyecto inmobiliario, pues sus funciones *“son funciones de dirección y manejo”*³⁷.

Atendiendo a la magnitud de las prestaciones que el promotor o gerente del proyecto desempeñan en la construcción y tomando como referente el derecho comparado, no existe ninguna razón para que a este no le sea atribuible la denominada responsabilidad del empresario en la construcción, pues de cara a la responsabilidad contractual del constructor, el promotor o gerente del proyecto es quien se obliga para con quien encarga la obra a cumplir satisfactoriamente este resultado; y de cara a la responsabilidad extracontractual, quien más que el promotor o gerente del proyecto es guardián de esta determinada fuente de riesgo.

Al respecto el Doctor Javier Tamayo ha dicho que:

“Con todo, al igual que la doctrina y la jurisprudencia españolas, país en donde existe el mismo déficit legal, pensamos que en el derecho colombiano, el promotor inmobiliario debe considerarse como un constructor y, en consecuencia, le son aplicables los artículos 2060 y 2351 del Código Civil. En efecto, en la práctica, la actividad del promotor inmobiliario esta tan ligada a la ejecución misma de la obra, que éste perfectamente esta en posibilidad de controlar la calidad de la misma. Él, como conocedor de su profesión, tiene la posibilidad y la obligación de garantizar la calidad de los trabajos. No se trata, pues, de un simple mandatario que solo se encarga de asesorar a los dueños de

³⁷ Ibidem. p 42

la obra y a gestionar los diferentes contratos de la obra. Dicho de otra manera, en materia contractual su obligación es de resultado. Y lo es porque cuando la aleatoriedad del resultado buscado por el acreedor es mínima, la obligación es determinada y no de simple diligencia. En materia extracontractual le es perfectamente aplicable la responsabilidad del artículo 2351 del Código Civil por los mismos motivos. El promotor inmobiliario tiene la obligación de garantizar que las obras concebidas y dirigidas por él, no le causen daños a terceros.³⁸ (Subrayas y negrilla fuera de texto)

También, la Doctora Diana Lucia Barrientos, refiriéndose a los gerentes del proyecto ha dicho:

“Su obligación es de resultado pues quien se obliga con los dueños del proyecto a que la obra encomendada a que la obra encomendada de lleve a efecto es el representante legal del proyecto.

Considero que su responsabilidad se equipara a la del llamado EMPRESARIO³⁹ (Subrayas y negrilla fuera de texto)

2.2.3. Responsabilidad del interventor

La Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1229 de 2008, también definió el concepto de interventor:

ARTICULO 4. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

(...)

24. **Interventor.** <Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 1229 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Es el profesional, ingeniero civil, arquitecto o constructor en arquitectura e Ingeniería, que representa al propietario durante la construcción de la edificación, bajo cuya responsabilidad se verifica que esta se adelante de acuerdo con todas las reglamentaciones correspondientes, siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizados por los diseñadores.⁴⁰

³⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1381.

³⁹ BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucia, *Responsabilidad Civil en el sector de la construcción*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 42

⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 400 DE 1997 (Agosto 19) “Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes”. Publicada en el Diario Oficial No. 43.113, del 25 de agosto de 1997.

Es pues, el interventor, un puente entre el constructor y la gerencia del proyecto o los propietarios del mismo, y como su obligación radica en verificar que la obra se esté desarrollando correctamente, la aleatoriedad del resultado esperado por el acreedor es mínima, su prestación no se cumple simplemente siendo diligente, él se obliga al resultado de verificar la obra y en el caso de que algo no se esté realizando en debida forma, su obligación radica en el resultado de denunciar tal situación, con miras a que la edificación no cause un perjuicio al propietario o a un tercero, máxime, cuando para el ejercicio de su labor se requiera un conocimiento calificado, cual es, ser profesional en ingeniería civil, arquitectura o constructor en arquitectura e ingeniería según lo dispone la ley anteriormente citada.

En este caso la responsabilidad del interventor no se desprende del artículo 2060 del Código Civil y por tanto no es la misma del empresario, pues en materia de responsabilidad contractual en la construcción, el resultado al cual se obliga el interventor es a realizar efectivamente la veeduría de la obra según lo pactado entre las partes del contrato de construcción, más no a que la obra se materialice, pues si se incumple con la realización de la obra, la responsabilidad recaerá sobre el empresario y el interventor cumplirá con su obligación denunciando a quien encargó la obra de dicha circunstancia. En materia extracontractual en la construcción, el interventor tampoco responde como empresario de la obra por lo que ya vimos acerca del objeto de sus prestaciones, pero responderá por el hecho propio en virtud del artículo 2341 del Código Civil, si por culpa suya, en desarrollo de sus labores de interventoría, la edificación llegare a causar un perjuicio a una persona distinta de quien encargó la obra.

2.2.4. Responsabilidad de la sociedad fiduciaria

Es sabido que una de las modalidades del negocio fiduciario, es la fiducia inmobiliaria, en virtud de la cual, al igual que en cualquier otro negocio fiduciario,

se crea un patrimonio autónomo con la finalidad de adelantar un proyecto inmobiliario.

En estos casos, según la Carta Circular 54 de 2004, de la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, las compañías fiduciarias para no comprometer su responsabilidad deberán verificar:

- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra, se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.⁴¹

Con fundamento en lo anterior, las compañías fiduciarias en los proyectos inmobiliarios son responsables por la construcción, pero no por lo dispuesto en el

⁴¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Carta Circular 54 de 2004 (Julio 26). Referencia: Negocios Fiduciarios inmobiliarios.

artículo 2060 y 2351 del Código Civil, sino por las prescripciones especiales que rigen su correcto funcionamiento. En tal sentido su responsabilidad es exclusivamente contractual con los fideicomitentes y beneficiarios de la fiducia, y la institución de responsabilidad que las cubre es la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de medio, ya que así lo establece expresamente la circular anteriormente citada:

- Que en todo caso, las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado.

2.3. SUBADQUIRENTES

Frente a los subadquirentes, existen sendas teorías para determinar la institución de responsabilidad civil aplicable, por daños que se les causen a estos durante la vigencia de la denominada garantía decenal.

Hay quienes sostienen que la institución de responsabilidad aplicable para que se reparen los daños en la construcción a los subadquirentes, es la de la responsabilidad contractual, en virtud de uno de los supuestos de las excepciones aparentes a los efectos relativos de los contratos, cual es el de los causahabientes a título singular, en virtud del cual, quien sucede a otro en el ejercicio de un derecho, en términos generales, lo sucede en el ejercicio de los derechos sobre la cosa misma y sobre sus accesorios, como lo son las garantías.

Lo anterior tiene como fundamento normativo el artículo 928 del Código de Comercio que consagra que cuando se entrega un bien este se entrega con todos sus accesorios:

ARTÍCULO 928. OBLIGACIÓN DE ENTREGAR. El vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios, en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse; y si la cosa vendida es un cuerpo cierto, estará obligado a conservarla hasta su entrega so pena de indemnizar los perjuicios al comprador, salvo que

la pérdida o deterioro se deban a fuerza mayor o caso fortuito, cuya prueba corresponderá al vendedor.⁴² (Subrayado fuera de texto)

El Doctor Javier Tamayo dice que *“esta opinión doctrinal tiene perfecta aplicación en Colombia, (...) En efecto, se considera que las garantías forman parte de esos accesorios que se transmiten conjuntamente con el derecho de propiedad”*

Por su parte, otros sostienen que la institución de responsabilidad civil aplicable es la responsabilidad aquiliana consagrada en el artículo 2351 del Código Civil, pues los subadquirentes son un tercero respecto de la relación contractual entre quien encarga la obra y el empresario.

Los que sostienen esta teoría la fundamentan, bien en el hecho de que la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual del empresario es irrelevante, o bien en circunstancias fácticas por las cuales no se debería forzar la teoría de la responsabilidad contractual ya que existiendo el artículo 2351 del Código Civil, no hay por qué correr los riesgos propios de la interpretación jurídica de los jueces. En este último sentido la Doctora Diana Lucia Barrientos sostiene que:

“Considero que la relación que existe entre comprador y empresario en el caso que nos ocupa no es contractual y existiendo norma precisa y clara y además con las bondades que dispone el mismo 2060 c.c. como se indica a continuación, **la vía a ejercer es la EXTRACONTRACTUAL. En mi sentir emplear la vía contractual en este caso es forzar las instituciones jurídicas y correr riesgos judiciales esperando que la jurisprudencia interprete de la misma forma, pienso que es más seguro emplear normas que están dispuestas para este caso y que de todas formas nos amparan con las mismas garantías. Art 2351 C.**”⁴³
(Subrayas y negrilla fuera de texto)

En sentencia del 05 Junio 2009, la Corte Suprema de Justicia en este punto trató indistintamente estas teorías:

⁴² COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 410 DE 1971 (Marzo 27) “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Publicada en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

⁴³ BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucia, *Responsabilidad Civil en el sector de la construcción*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 49.

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

Sin mayores disquisiciones, la respuesta debe ser afirmativa, porque aparte de que la norma en cuestión, particularmente el ordinal tercero, no hace ninguna distinción, así se entronque, según su encabezado, con los “contratos para la construcción de edificios”, se entiende que como esa garantía se activa cuando el edificio pereciere o amenazare ruina, en todo o en parte, en los “diez años subsiguientes a su entrega”, causados por los vicios referidos, la responsabilidad del constructor durante ese lapso sigue siendo la misma, sin consideración a las mutaciones del dominio, puesto que, en últimas, por razones de seguridad se exige que los edificios se construyan con la estabilidad, solidez y la firmeza suficientes para evitar su ruina.

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 aquel, 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 cubija 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 (art. 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 este 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.”⁴⁴

Esta discusión, aunque por ambos rumbos permite una pretensión de responsabilidad al subadquirente, no es intrascendente, pues de optar por uno u otro camino respecto de la responsabilidad atribuible, varían los perjuicios exigibles, pues tratándose de responsabilidad contractual solo podrían exigirse los perjuicios previsibles, salvo que haya dolo o culpa grave, y tratándose de responsabilidad extracontractual podrían exigirse tanto los perjuicios previsibles como los imprevisibles, esto según el artículo 1616 del Código Civil.

ARTICULO 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 Junio 2009. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.⁴⁵
(Subrayado fuera de texto)

2.4. DAÑOS EN BIENES COMUNES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Frente a las propiedades horizontales ha surgido una inquietud de cara a quién tiene legitimación para exigir la indemnización de perjuicios por los daños causados en los bienes comunes, pues según el artículo 19 de la ley 675 de 2001, estos bienes pertenecen proindiviso a los propietarios de los bienes privados y no a la copropiedad.

ARTÍCULO 19. ALCANCE Y NATURALEZA. Reglamentado por el Decreto Nacional 1060 de 2009. Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.⁴⁶ (Subrayas fuera de texto)

La Corte Constitucional refiriéndose al concepto de propiedad horizontal señala a en cabeza de quién se encuentra el dominio de estos bienes:

“La propiedad horizontal es una forma de dominio sobre unos inmuebles, en virtud de la cual una persona es titular del derecho de propiedad individual sobre un bien y, además, comparte con otros la titularidad de dominio sobre ciertos denominados comunes, necesarios para el ejercicio del derecho que se tiene sobre el primero”⁴⁷ (Subrayas fuera de texto)

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 1616

⁴⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 675 de 2001 (Agosto 3). “Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”. Publicada en el Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-035 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

De esto se puede concluir que, por regla general, dado un daño en los bienes comunes de una propiedad horizontal, si bien la copropiedad tiene personería jurídica (presupuesto procesal “capacidad para ser parte”), en el caso concreto no tiene un interés para demandar, por cuanto quienes detentan la propiedad sobre estos bienes comunes, son los propietarios de los bienes privados y dentro del objeto social de este tipo de copropiedad según el artículo 42 de esta ley, a la copropiedad solo le están asignadas funciones de administración de las cuales no se puede desprender que se les cause un daño en razón de sus intereses.

Lo anterior no siempre es así, porque bien puede ocurrir que según lo dispuesto en el artículo 20 de esta ley, la asamblea general de la copropiedad, desafecte bienes comunes no esenciales, que pasan a ser de dominio de la copropiedad, en cuyo caso la misma si tendrá un interés legítimo en caso de que se cause un daño a dichos bienes.

ARTÍCULO 20. DESAFECTACIÓN DE BIENES COMUNES NO ESENCIALES. Previa autorización de las autoridades municipales o distritales competentes de conformidad con las normas urbanísticas vigentes, la asamblea general, con el voto favorable de un número plural de propietarios de bienes de dominio privado que representen el setenta por ciento (70%) de los coeficientes de copropiedad de un conjunto o edificio, **podrá desafectar la calidad de común de bienes comunes no esenciales, los cuales pasarán a ser del dominio particular de la persona jurídica que surge como efecto de la constitución al régimen de propiedad horizontal.**

En todo caso, la desafectación de parqueaderos, de visitantes o de usuarios, estará condicionada a la reposición de igual o mayor número de estacionamientos con la misma destinación, previo cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables en el municipio o distrito del que se trate.

PARÁGRAFO 1o. Sobre los bienes privados que surjan como efecto de la desafectación de bienes comunes no esenciales, podrán realizarse todos los actos o negocios jurídicos, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno, y serán objeto de todos los beneficios, cargas e impuestos inherentes a la propiedad inmobiliaria. Para estos efectos el administrador del edificio o conjunto actuará de conformidad con lo dispuesto por la asamblea general en el acto de desafectación y con

observancia de las previsiones contenidas en el reglamento de propiedad horizontal.

PARÁGRAFO 2o. No se aplicarán las normas aquí previstas a la desafectación de los bienes comunes muebles y a los inmuebles por destinación o por adherencia, no esenciales, los cuales por su naturaleza son enajenables. La enajenación de estos bienes se realizará de conformidad con lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal.⁴⁸ (Subrayas y negrilla fuera de texto)

⁴⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 675 de 2001 (Agosto 3). “Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”. Publicada en el Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

3. CONCLUSIONES

- La actividad de la construcción es una disciplina que por antonomasia ha acompañado al hombre a lo largo de toda su historia y que en la actualidad ha tenido un gran auge, habida cuenta del disgregarse de las familias tradicionales, que han tenido que extender los centros urbanos y en esa medida han fortalecido en gran medida la disciplina.
- No se puede mirar la construcción de hoy en día con el mismo lente que se miraba esta actividad al momento de redactar el Código Civil, pues tanto las formas técnicas, como las estructuras operativas con que actualmente se desarrolla la construcción, son sustancialmente distintas a las que antaño se utilizaban.
- Si bien la actividad de la construcción es una actividad mercantil según el numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio, no existe disposición alguna en esta compilación que se refiera a este tema. Por tanto en virtud del artículo 822 de este mismo Código, esta actividad se regulará de conformidad a las disposiciones contenidas en el Código Civil.
- El Código Civil consagra un panorama de responsabilidad civil para el constructor supremamente amplio, y no con esta misma amplitud denota exhaustividad en la regulación sobre la materia. El empresario como lo denomina el Código Civil, responde contractual y extracontractualmente, durante la ejecución del contrato y en los 10 años siguientes a su terminación; y todo esto se encuentra consagrado en tan solo 4 artículos del Código Civil (2060, 2061, 2356 y 2351).

- Como la realidad de la construcción hoy en día es diferente a la que se vivía al momento de redactar el Código Civil, existen hoy modalidades contractuales en la construcción que se separan un poco de lo que en principio se pensaba era el contrato de construcción, como una modalidad de los contratos para la confección de una obra material, pero que no obstante esto, se regulan por estas mismas normas, pues las mismas se refieren en general a la construcción y por tanto son las normas más afines a esta actividad independientemente de que el contrato de construcción sea por empresa o por administración delegada.
- La institución de responsabilidad civil aplicable a los contratos de construcción es la responsabilidad civil objetiva por obligaciones de resultado, tanto en el cumplimiento del contrato, como en la denominada garantía decenal como obligación contractual.
- Las instituciones de responsabilidad civil extracontractual aplicables en la construcción son diferentes dependiendo del estadio en que se cause el perjuicio. Si el perjuicio se causa durante la ejecución del contrato la institución aplicable es la de las actividades peligrosas (artículo 2356 #3), institución esta de responsabilidad objetiva; y si el perjuicio se causa durante la denominada garantía decenal como deber extracontractual, la institución aplicable es la de responsabilidad por el hecho de las cosas, también de responsabilidad objetiva (artículo 2351 y 2060).
- El empresario debe responder por cualquier daño en la construcción y con ocasión de ella, daños que provengan por vicios en la construcción, en los suelo y en los materiales que el empresario debió conocer en razón de su oficio o profesión.

- La prescripción derivada de la construcción tanto en responsabilidad contractual como extracontractual es de 10 años, comienza a correr desde que se cause el daño y el daño puede ocurrir hasta diez años después de entregada la obra.
- Las disposiciones precedentes sobre la responsabilidad civil en la construcción también aplican si la construcción no se pacta por un precio único prefijado.
- Por empresario ha de entenderse hoy en día al constructor, al arquitecto, al gerente o al promotor del proyecto y al interventor, y por tanto a todos de igual manera les es aplicable el régimen de responsabilidad civil previsto en el Código Civil tanto en materia contractual como extracontractual.
- Cuando el proyecto de construcción se desarrolla a través de una fiducia inmobiliaria, la sociedad fiduciaria responde contractualmente por una obligación de medio.
- Los subadquirentes de una edificación pueden hacer efectiva la garantía decenal como obligación contractual o como deber extracontractual.
- La legitimación en la causa para demandar la responsabilidad civil del empresario por daños causados en bienes comunes de una propiedad horizontal la tienen cada uno de los propietarios de los bienes privados, salvo que estos bienes comunes se hayan desafectado.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículos 15, 1616, 2053, 2057, 2060, 2061, 2351 y 2356,

_____. Ley 400 DE 1997 (Agosto 19) “Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes”. Publicada en el Diario Oficial No. 43.113, del 25 de agosto de 1997. Artículos 1 y 4

_____. Ley 675 de 2001 (Agosto 3). “Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”. Publicada en el Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001. Artículo 19 y 20

_____. Ley 1480 DE 2011(Octubre 12) “Por la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones”. En trámite de sanción presidencial. Artículos 8 y 10.

DECRETOS

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Decreto 410 DE 1971 (Marzo 27) “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Publicada en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículos 20, 822, 928

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-035 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de junio de 1958. Magistrado Ponente: Ignacio Escallón

_____. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 Mayo del 2008. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete

_____. Sala de Casación Civil. Sentencia del 05 Junio 2009. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Árbitros: Rafael H. Gamboa Serrano, José Alejandro Bonivento Fernández, Ramón Eduardo Madriñán de la Torre. Laudo del 16 de febrero de 2004. Litigio entre Conavi Banco Comercial y de Ahorros S.A y Conconcreto S.A.

CIRCULARES

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Carta Circular 54 de 2004 (Julio 26). Referencia: Negocios Fiduciarios inmobiliarios.

DOCTRINA

BARRIENTOS GÓMEZ, Diana Lucia, *Responsabilidad Civil en el sector de la construcción*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 3. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 1997, p 42, 45, 46, 47, 50

HEREDIA GÓMEZ, Fabián Orlando, *La garantía decenal en la construcción de inmuebles*. Responsabilidad Civil y del Estado. Volumen 8. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 2000, p 105

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1359, 1361, 1365, 1369, 1371, 1381, 1385, 1386, 1394.

VARIOS

[Citado en 23 de octubre de 2011] disponible en internet:
[http://es.wikipedia.org/wiki/Historia de la arquitectura](http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_arquitectura)