El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: SENTENCIA – 2ª Instancia – 19 de diciembre de 2016

Radicación Nro. : 2010-00313-01 (Interna 8531 LLRR)

Accionante: MARÍA DEL ROSARIO ARANGO ESPITIA

Accionados:       ROGELIO GÁLVEZ CASTRO Y OTRO

Proceso:                 Ordinario – Revoca decisión del *a quo* y declara probada la excepción de cosa juzgada frente a unas pretensiones y niega las demás

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DAÑO EN BIEN INMUEBLE POR ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / COSA JUZGADA POR CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / NO SE DEMOSTRARON PERJUICIOS DIFERENTES A LOS CONCILIADOS.** “[L]os hechos y pretensiones conciliadas corresponden a lo sucedido con ocasión de las obras de construcción realizadas por el señor Gálvez Castro en su predio, hasta la fecha de la audiencia, y que afectaron el bien de Espitia Ortegón con las consecuencias descritas. Ahora, revisados los hechos de esta acción (3 a 14, folios 149 a 151, cuaderno No.1 principal), se advierte que aunque, hacen una alusión extensiva de cada uno de los daños y los trámites adelantados por la actora para lograr que el demandado los resarciera, coinciden con lo conciliado, en cuanto a la causa (Obras realizadas desde la excavación sin el cumplimiento de las previsiones legales exigidas para su ejecución) y la consecuencia (Deterioro del inmueble de la actora). De tal suerte que, en cuanto e este litigio y hasta la fecha de celebración de la conciliación (24-08-2005), operó la excepción de cosa juzgada, pues debe recordarse que dicho acuerdo ésta revestido de ese efecto, por así disponerlo la Ley 640, cualidad que no puede ser desconocida bajo la premisa de que el demandado incumplió o ante el fracaso de la acción ejecutiva de obligación de hacer, porque el título fue presentado sin llenar los requisitos. (…) Ahora bien, si esas labores causaron daños y perjuicios nuevos, ellos quedan en una afirmación genérica, ya que se dice ocasionaron un deterioro mayor hasta el estado de ruina de la casa de la actora, empero, no se especifica cuáles fueron las consecuencias diferentes al detrimento que se adujo, ya había sido causado con la excavación del 04-06-2005. De otra parte, los dictámenes periciales practicados al inmueble de la señora Espitia Ortegón, en forma alguna se detienen a establecer claramente cuáles eran las obras ejecutadas luego del 24-08-2005, y menos las secuelas para esa casa. Nótese que el énfasis correspondió a la excavación, su ejecución y los efectos. En suma, se estima son inexistentes esos daños y perjuicios, lo que es suficiente para el fracaso del pedimento resarcitorio.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-441 de 2010 / Sentencia T-185 de 2013 / Sentencia C-774 de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SCC, Sentencia del 15-09-2014, Rad. 2006-00052-01 / Sentencia SC17197-2015 / Sentencia de 13-05-2008, Rad. 1997-09327-01 / Sentencia del 26-08-2014, Rad. 2007-00227-01 / Sentencias publicadas en Gacetas judiciales t. CXXXIII, pag. 128 y CC, pag. 158; en similar sentido XCVIII, 341; CIX, 128; CXLII, pag. 166; y CLVIII, 50 / Providencia SC14658-2015 / Sentencia del 23-04-2007, Rad. 1999-00125-01.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Providencia del 07-12-2016, Rad. 2012-00255-02 / Sentencia del 01-11-2016, Rad. 2012-00290-01.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de segundo grado

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad civil extracontractual

Demandante : María del Rosario Arango Espitia – Sucesora procesal

Demandado : Rogelio Gálvez Castro y otro

Procedencia : Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2010-00313-01 (Interna 8531 LLRR)

Temas : Cosa juzgada - Causalidad

Mag. Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 604 de 19-12-2016

Pereira, R., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

## El asunto por decidir

Los recursos de apelación interpuestos, por ambas partes, contra el fallo emitido el día 15-08-2013, dentro del proceso ya citado, previas las estimaciones jurídicas que enseguida se hacen.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos
     1. La señora Ruth Mary Espitia Ortegón es propietaria del bien ubicado en la calle 19 No.2-20, que colinda con predio de nomenclatura 2-14 y 2-16, que fuera de propiedad de Rogelio Gálvez Castro para el año 2005, y actualmente de Luis Fernando Quiceno Arias.
     2. El 04-06-2005 se hizo excavación en el inmueble, que fue del señor Gálvez Castro, sin supervisión técnica de la obra y con ella se causaron perjuicios a la vivienda de la señora Espitia Ortegón.
     3. Luego, la señora Ruth Mary solicitó visitas a las oficinas para la Atención y Prevención de Desastres y de Control Físico de este municipio, que concluyeron que la excavación produjo daños en su casa, además hicieron unas recomendaciones.
     4. El 10-08-2005 la demandante solicitó conciliación con el señor Gálvez Castro, pues no se había ejecutado ninguna labor para reparar los daños ocasionados a su inmueble y tampoco se habían seguido las recomendaciones de aquellas entidades.
     5. En la audiencia celebrada el 24-08-2005 se acordó que el señor Rogelio haría unas reparaciones específicas a la casa de la demandante, para sanear los daños producidos hasta esa fecha, y suscribiría un contrato de arrendamiento, para que aquella viviera, mientras se hacían los arreglos.
     6. Las adecuaciones no respondieron a lo acordado, por lo que el 05-11-2005 le fueron devueltas las llaves a la señora Espitia Ortegón y luego, en el mes de diciembre de 2008, se dejó de pagar el arrendamiento.
     7. En el periodo comprendido entre el 29-08-2005 y el 05-11-2005, se hicieron otras obras para el manejo de las aguas subterráneas, incluso a través de predios vecinos, que deterioraron más el inmueble de la actora.
     8. Ante el incumplimiento de la conciliación, se inició proceso ejecutivo por obligación de hacer, que terminó con fallo desfavorable a la señora Ruth Mary, pues se dijo que había un vicio de procedimiento por faltar una constancia en el acta.
  2. Las pretensiones
     1. Declarar civilmente responsables a los demandados por los daños ocasionados al inmueble de la actora.
     2. Que se condene a los demandados a pagar: (i) Como perjuicios materiales la suma $119.096.216; (ii) Por concepto de servicios públicos y cánones de arrendamiento dejados de percibir desde diciembre de 2008 y hasta la fecha de presentación de la demanda, la suma de $15.461.344; (iii) Por perjuicios morales a la suma de 100 smlmv; y, (iv) Que las condenas decretadas sean debidamente indexadas.
     3. Y condenar al pago de costas y gastos que cause el proceso (Sic).

## La síntesis de la crónica procesal

La demanda correspondió, el día 05-10-2010, al Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, que la admitió el 28-10-2010, previa inadmisión, y dispuso darle el trámite ordinario, ordenó notificar a los demandados y correrles traslado, entre otros ordenamientos (Folios 172 y 173, cuaderno No.1 principal).

Las notificaciones se hicieron personalmente los días 07 y 12-04-2011 (Folios 178 y 187, cuaderno No.1 principal). El demandado Rogelio Gálvez Castro contestó y presentó como medio exceptivos: *“cosa juzgada”, “ausencia de nexo causal y culpa exclusiva de la víctima”, “enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido” y “mala fe de la demandante”,* aportó y solicitó pruebas (Folios 188 a 204, cuaderno No.1 principal). Por su parte, el señor Luis Fernando Quiceno Arias, se opuso a las pretensiones sin proponer excepciones (Folios 305 a 309, ibídem). La actora a su turno, se pronunció frente a las excepciones (Folios 311 a 314, ibídem).

Con proveído del 27-09-2011 se reconoció como sucesora procesal a María del Rosario Arango Espitia (Folio 332, ib.) y la audiencia preliminar, luego de varios aplazamientos se realizó el 01-02-2012, sin lograr acuerdo, por lo que se agotaron las demás etapas (Folios 342 a 356, ib.). Con auto del 14-03-2012 se abrió a pruebas el proceso (Folios 57 a 59, cuaderno No.1 B parte B) y el 22-05-2013, al fenecer el debate probatorio, se corrió traslado para alegaciones finales (Folio 189, cuaderno No.1 B parte B). Luego el día 15-08-2013, se emitió sentencia parcialmente estimatoria (Folios 209 a 230, cuaderno No.1 B parte B) y como fuera apelada por la parte pasiva, el día 04-09-2013 se concedió ante este Tribunal (Folio 143, ib.).

En esta superioridad, con proveído del 30-10-2013 se admitió la alzada (Folio 4, de este cuaderno), para después dar el traslado de rigor (Folio 6, de este cuaderno), y pasó para fallo el 09-12-2013 (Folio 47, de este cuaderno). El suscrito Magistrado recibió el despacho el día 16-05-2014. Finalmente, con decisión del día 29-06-2016 se prorrogó el plazo para fallar (Artículo 121, CGP; Folio 55, ibídem).

1. El resumen de la sentencia de primer grado

Declaró falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del señor Luis Fernando Quiceno Arias, descartó las excepciones y la objeción por error grave formuladas. Así mismo, estimó responsable a Rogelio Gálvez Castro de los daños causados, y lo condenó a pagar los materiales, pero reducidos en un 50% porque consideró que operaba la concurrencia de culpas. También lo condenó a pagar los arrendamientos dejados de percibir, según la tasación allí definida.

Explicó que la construcción de edificaciones es considerada una actividad peligrosa, que puede ser endilgada, tanto al constructor como al propietario del inmueble, donde al demandante le corresponde probar que se hizo la obra y el nexo causal, mientras que al demandado le incumbe acreditar que operó alguna causal exonerativa.

Indicó que logró probarse, con la experticia y la inspección judicial, que el hecho causante del daño fue la construcción del edificio de dos pisos, que se inició sin contar con licencia, ubicado en la calle 19 Nos.2-14 y 2-16, colindante con el predio de propiedad de la actora, que lo desestabilizó, originó el desplazamiento lateral del suelo y derrumbes bajo nivel, que a su vez causaron el agrietamiento en paredes, pisos, muros y desajuste del portón. A partir del dictamen pericial informó que la excavación, previa la construcción, fue hecha sin cumplir el procedimiento, pues no protegió el bien de la actora.

Consideró improcedente la cosa juzgada, dado que en el proceso ejecutivo que se adelantó con base en la conciliación, fracasó ante la falta de exigibilidad del acta. Evidenció que existía culpa de la actora al impedir que se realizarán integralmente las reparaciones del demandado, por lo que, dispuso reducir la condena en los daños materiales, al igual que los arrendamientos y los servicios públicos dejados de pagar, pues estos eran parte de lo conciliado.

Se abstuvo de condenar por perjuicios morales, porque no se acreditaron y desestimó la objeción al peritaje, ya que lo concluido en este, además de provenir de una profesional en la materia, coincidía con lo dicho por la Dirección Operativa para la Prevención y Atención de Desastres de este municipio, en cuanto debía demolerse la vivienda de la actora (Folios 209 a 230, cuaderno No.1 B parte B).

1. La síntesis de las apelaciones
   1. La parte demandada

El mandatario judicial de los demandados criticó la valoración de la excepción de cosa juzgada, ya que si se hubiesen analizado sus elementos, se concluiría que procedía su declaratoria, pues fue acercada como prueba, por ambas partes, y ello es indicativo del valor que le dan a lo conciliado y diferente a sus efectos, es que en el proceso, coercitivo de obligación de hacer, hubiese sido presentada el acta sin el lleno de los requisitos para que prestará mérito ejecutivo.

De otra parte, censuró la apreciación probatoria que se hizo de los testimonios, de los que indicó dan cuenta que el demandado estuvo presto a hacer los arreglos acordados, pero que la actora se lo impidió y más allá de eso, la mayoría de ellos, quienes fueron vecinos, son claros al indicar que el bien de la señora Espitia Ortegón, ya tenía un deterioro considerable, al iniciar su obra el demandado Gálvez Castro.

Formuló similar reproche frente a la valoración de los peritajes, dado que en su entender el primero de ellos tiene errores manifiestos, independientemente que haya sido realizado por un profesional, y carece de credibilidad, pues la perito solo vio el inmueble una única vez e hizo apreciaciones para su reconstrucción, cuando los daños ni siquiera fueron plenamente identificados.

Expuso que faltó pronunciamiento sobre las excepciones diferentes a la cosa juzgada, por lo que se puede hablar de falta de congruencia. Por último, refiere que quedaron sin demostrarse los elementos de la responsabilidad *aquiliana* (Folios 33 a 39, este cuaderno).

* 1. La parte actora

Revisadas las diligencias surtidas en esta sede, se encontró que la parte actora, a pesar de no haber formulado recurso contra la sentencia, allegó en los términos del artículo 353 del CPC, escrito de sustentación de su propia alzada, en lo que estimó, le fue desfavorable. Así entonces, aun cuando ninguna mención se hizo acerca de que se tratase de una apelación adhesiva, bien se nota que se aviene a lo previsto por la norma en cita, por ende, así se considerará.

De otra parte, se tramitará el memorial del apoderado judicial de la parte actora (Folios 7 a 9, este cuaderno) más no el allegado por la señora Arango Espitia (Folios 11 a 31, este cuaderno), por carecer del derecho de postulación, conforme al artículo 63 del CPC, requerido para actuar en esta instancia (Artículos 25, 28 y 29, Decreto 196 de 1971).

El procurador judicial de esta parte, manifestó que, la responsabilidad ya declarada debió extenderse al señor Luis Fernando Quiceno Arias, toda vez que tiene legitimación y eso se probó al evidenciar la simulación del negocio jurídico, celebrado entre aquel y Rogelio Gálvez Castro, además que esa responsabilidad compartida que existe entre los demandados se advierte en lo afirmado en la declaración de Luis Fernando, frente a que la falta de entrega del bien se hará, una vez termine este proceso (Folios 7 a 9, este cuaderno).

## LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

* 1. La competencia en segundo grado

Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R., donde cursó la primera instancia.

* 1. Los presupuestos procesales

Están debidamente cumplidos, hay competencia, capacidad para ser parte y procesal, así como demanda en forma, por manera que es viable resolver de fondo. El Despacho de primer grado era competente por el factor territorial (Artículo 23-1º del CPC) y la cuantía (Artículo 16-1º, CPC). En todo caso, las partes no discutieron este aspecto al concurrir al proceso (Artículo 144, CPC).

* 1. El trámite adecuado y el derecho de postulación

Este litigio se gestionó según el rito procedimental prescrito para el proceso ordinario, conforme los artículos 396 y subsiguientes del CPC. Las partes estuvieron asistidas por profesionales del derecho, a quienes asiste el derecho de postulación (Artículo 63, CPC).

* 1. El problema jurídico a resolver

¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta municipalidad, según los razonamientos de la apelación de la parte actora?

* 1. El tipo de acción procesal

El tipo de responsabilidad civil aquí planteada, sin discusión alguna, es la extracontractual, también llamada *aquiliana*, se trata de una responsabilidad por causa de las cosas y se presenta cuando, en razón del levantamiento de una obra o por un defecto de la misma, se irrogan daños a terceros. La jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad, ha considerado que se regula por el artículo 2356 del CC.

La doctrina autorizada[[1]](#footnote-1), refiere que se cataloga como una actividad peligrosa, dado que *“(…) surge por virtud de los medios empleados en ella, que si no se controlan debidamente, pueden generar un proceso autónomo que escapa a la mayor previsión que puede exigirse, susceptibles de generar un daño que debe indemnizarse (…)”*. Este tipo de responsabilidad recae en el constructor (Arquitecto o empresario) y el propietario del bien, de manera solidaria (Artículo 2344, CC), para lo que ha de definirse quién tenía el manejo soberano de la obra.

* 1. Los presupuestos sustanciales

Delimitada la acción, sobreviene determinar la legitimación en la causa en los extremos de la relación procesal, máxime que, además de ser un aspecto de examen oficioso[[2]](#footnote-2)-[[3]](#footnote-3)-[[4]](#footnote-4), es el cuestionamiento de la actora y por haber sido el motivo de absolución de un demandado.

En este caso, por tratarse de una responsabilidad civil extracontractual, es de orden personal y por tanto, la reparación debe intentarse por el dueño, o poseedor de la cosa sobre el cual haya recaído el daño (Artículo 2342, CC), de allí que ha de acreditarse la propiedad. Así las cosas, debe admitirse que hay legitimación por activa en la señora María del Rosario Arango Espitia, pues actúa como sucesora procesal, reconocida en proveído del 27-09-2011 (Folio 332, cuaderno No.1 principal), de Ruth Mary Espitia Ortegón, quien para la época de los hechos, y al iniciar el proceso, era la propietaria del bien de matrícula 290-533, según certificado de tradición (Folios 145 a 146, cuaderno No.1 principal).

Respecto a la legitimación por pasiva, se tiene que la parte actora imputa la responsabilidad de manera solidaria, por los perjuicios invocados, a Rogelio Gálvez Castro y Luis Fernando Quiceno Arias.

Para definir si a ambos les asiste, es viable retomar la doctrina jurisprudencial de la CSJ*[[5]](#footnote-5)*, cuando refiere: *“(…)* *quien debe ser convocado a resarcir un daño causado es aquel que lo ha generado ya por sus propios actos, ya por razón de las actuaciones de sus dependientes o, directamente por los bienes estén bajo su guarda (…); hipótesis de ese talante imponen a la víctima el compromiso de identificar y señalar al causante del agravio, amén de atribuirle y, por supuesto, demostrarle, el grado de culpabilidad que acompañó su proceder; en otros términos, al afectado le corresponde exhibir tal situación y, además, acreditar que el comportamiento censurado fue el detonante del perjuicio sufrido, es decir, el nexo causal entre la conducta y el deterioro infligido (…)”* y ante lo cual, más adelante concluyó: *“(…) por razón de los daños ocasionados o surgidos de la misma puede pregonarse del constructor, del titular de la autorización legal para realizar las obras, del dueño de ellas e, igualmente, del titular del dominio del predio en donde se adelantan las mejoras (…)”.*

En ese contexto, no existe duda que el primero de los nombrados, está llamado a afrontar la acción, pues para el momento de los hechos, era el propietario del predio identificado con folio 290-153115 (Folio 144, cuaderno No.1 principal) y también fue por cuenta de quien se hicieron las obras en ese inmueble, es decir, que se le puede calificar como el guardián, que tenía la dirección, manejo y control de la actividad.

Diferente se presenta la situación respecto del señor Quiceno Arias, dado que a pesar de haber adquirido la propiedad y tener esa calidad para la fecha de iniciación del proceso, en forma alguna, puede considerársele como la persona que al momento de los hechos dañinos tenía la calidad de guardián, tampoco era el responsable de la obra, de allí que desde ya y sin más ambages deba decirse que, fracasa el recurso adhesivo de la demandante.

* 1. La resolución del problema jurídico planteado

Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 357 del CPC, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados.

* + 1. La responsabilidad derivada de la construcción

Como ya se anticipara, en frente de la responsabilidad que se genera por la actividad de la construcción, la jurisprudencia de la CSJ[[6]](#footnote-6)-[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8) ha indicado pacíficamente que, se trata de una actividad peligrosa, encuadra en el artículo 2356 del CC, así lo ha entendido:

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 éste 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 ésta para prevenir aquellos perjuicios y para conjurar la responsabilidad civil que tales daños podrían acarrearle’[[9]](#footnote-9).

En ese contexto, la culpa es presuntiva y por ende, a cargo del designado responsable, estará acreditar que la causa eficiente del daño fue extraña a su voluntad (Fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero) en tanto a la víctima, le incumbe probar el ejercicio de la construcción, el daño y el nexo causal.

Y es importante ello, porque en lo tocante a la relación de causalidad entre la conducta presumida y el daño padecido, si bien una persona puede estar en ejercicio de la actividad peligrosa de la construcción*,* no todo acontecimiento que cause daño a otra y que se le quiera imputar a la primera, necesariamente se deriva de esa ejecución*;*de tal suerte que pese a que la construcción de edificaciones pueda catalogarse como una de aquellas actividades, y que por esa razón, dicha calificación permita la presunción de la culpa, la conexión que debe existir entre ésta y el daño, imperiosamente debe estar probada, para que de esa forma tenga relieve la inferencia presuntiva.

* + 1. La carga probatoria

A quien demanda se le exige la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión, si aspira a que ella salga triunfante. Tal concepto se recoge en el principio general enunciado así: “Quien alega, prueba” y se halla consagrado en nuestra legislación en dos textos: El artículo 1757 del Código Civil, y el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En este estado de cosas, correspondería verificar, con estribo en el caudal probatorio arrimado al plenario, si la parte actora demostró la existencia del nexo de causalidad entre la conducta presumida y el daño padecido, lo que en manera alguna puede tenerse por suplido por la inferencia presuntiva de la culpa y la existencia de los daños.

* + 1. La figura de la cosa juzgada

El artículo 332 del CPC, aplicable al asunto, estipula literalmente en su parte inicial: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada (…).*”. Aunque es una regla no exenta de algunas críticas doctrinarias[[10]](#footnote-10). Ello implica que una decisión, luego de alcanzar la cosa juzgada material por haber precluído los términos para interponer contra ella recursos extraordinarios si a ellos había lugar, resulta ser imperativa, inmutable o invariable y susceptible de cumplirse coercitivamente.

Una vez resuelto el litigio, el derecho de acción queda satisfecho, el fin del proceso cumplido y la jurisdicción agotada, explica el profesor Rojas Gómez[[11]](#footnote-11), de tal manera que no es legítimo que se pueda desconocer lo ya decidido y replantearlo en procura de una solución diferente, porque el régimen procesal debe garantizar no solo el ejercicio de los derechos, sino evitar su abuso, ya que incluso su consagración busca salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, estatuido por la Constitución Política (Artículo 29), cuando estipula que no se puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Y debe acotarse, con miras a sustentar la decisión, que si bien lo regular es que sea una sentencia el origen de la cosa juzgada, hay en nuestro ordenamiento positivo, otras decisiones que implican que el proceso termine antes y sin sentencia. Dígase, por vía de ejemplo, las providencias que reconocen la conciliación, la transacción, el desistimiento, el fallecimiento de una parte (Divorcio), situaciones todas avaladas en el CPC y que mantienen vigencia en el CGP (Artículos 312, 314 y 388-3); y no obstante hallarse sin vigencia total, aquellas reglas pendientes de regir, sirven de criterio orientador[[12]](#footnote-12) en la intelección de la normativa.

Idéntico carácter tiene la conciliación extrajudicial celebrada entre las partes, ante funcionario autorizado, pues lo allí acordado tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, según dispone la Ley 640 (Parágrafo 1° del artículo 1°).

De allí que opere su declaratoria frente a una conciliación prejudicial, como lo prohijó la CSJ[[13]](#footnote-13) al punto que señaló: *“ (…) Así las cosas, la excepción de cosa juzgada que el sentenciador halló demostrada, y en cuya virtud los compromisos ajustados ante el Notario Quinto de Bucaramanga como conciliador habilitado por ley, no podían ser objeto de nuevo debate judicial, confiriéndole certeza a los derechos allí consignados, tuvo cabal aplicación en la causa, si en cuenta se tiene, justamente, el temperamento irrevocable que a esa conciliación le dieron las partes (…)”*.

En suma la teleología de la cosa juzgada como institución previene el abuso en el ejercicio de protección de los derechos e impone que se brinde tal efecto a todas aquellas determinaciones que implican la composición del litigio y respecto de las cuales el legislador les confiere, tal entidad. Así mismo, encontrarla probada en cualquier etapa del proceso faculta al juez a pronunciar sentencia anticipada (Inciso final artículo 97 del CPC, hoy 278-3º CGP).

La jurisprudencia de la CSJ[[14]](#footnote-14), sobre este medio exceptivo ha traído a colación lo dicho, tanto en decisiones de constitucionalidad como de tutela, por el Alto Tribunal Constitucional[[15]](#footnote-15)-[[16]](#footnote-16), así: “*(…) En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico (…)”*.

Son requisitos de la cosa juzgada: (i) Que el nuevo proceso se instaure ulteriormente a la ejecutoria de la sentencia dictada en el primer proceso; (ii) Que haya identidad jurídica de partes o sujetos; (iii) Que el objeto de la pretensión sea idéntico; y, (iv) Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que dio origen al anterior. En este sentido, entre otros, los profesores López Blanco[[17]](#footnote-17) y Rojas Gómez[[18]](#footnote-18).

La comprobación de tales exigencias, se verificará adelante, aunque se precisa decir, que para la acreditación de los presupuestos reseñados, es menester que obre en el plenario la sentencia (Vale decir para este caso, acta de conciliación), con la nota de ejecutoria correspondiente, sostiene el maestro Devis Echandía[[19]](#footnote-19): “*Sin que se trate de una presunción o ficción de verdad, el hecho declarado en sentencia previa con valor de cosa juzgada entre quienes son partes en el nuevo litigio, no requiere más prueba que la copia de dicha sentencia y de su notificación y ejecutoria. (…)*”. El profesor López Blanco acompaña esta tesis[[20]](#footnote-20).

Sin embargo debe recordarse, que no se trata de una figura absoluta, pues ante algunas decisiones judiciales (En situaciones excepcionales) el ordenamiento jurídico estipula que se atenúa ese efecto o se estima como cosa juzgada relativa, como en el caso del recurso extraordinario de revisión o la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al igual que en los eventos consagrados en el artículo 333 del CPC: (i) Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria; (ii) Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley; (iii) Las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento; (iv) Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

Así lo recordó el Alto Tribunal Constitucional[[21]](#footnote-21), al revisar un caso donde se postuló esa excepción frente a una sentencia emitida en proceso ejecutivo y en la que se había declarado, que al título le faltaba claridad, al punto que expresamente refirió: *“(…) Ahora, por expresa disposición legal, estas sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada cuando reconozcan excepciones temporales o dilatorias, es decir, aquellas en virtud de las cuales “sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impiden que sea actualmente exigible pero no constituyen cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique”. La doctrina ha considerado que hacen parte de esta clasificación, entre otras, las que se refieren a la inexigibilidad del título o a la petición antes de tiempo (…)”.* Sublínea fuera de texto.

* + 1. El caso concreto materia de análisis

La decisión cuestionada, será revocada, con apoyo en los razonamientos jurídicos que a continuación se expondrán.

* + - 1. La cosa juzgada

Entre los señores Ruth Mary Espitia Ortegón y Rogelio Gálvez Castro, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial, ante la Fundación Universitaria del Área Andina, el día 24-08-2005 y como constancia se expidió el acta de conciliación No.089 (Folios 253 a 254, cuaderno No.1 principal).

Al descender en el caso y con el fin de verificar los elementos de la institución en cita, fácil emerge que frente a los dos primeros, el estudio se da por superado, dado que: (i) Este proceso fue instaurado con posterioridad a aquella conciliación, pues fue radicado el 05-10-2010 (Folio 169, cuaderno No.1 principal); y, (ii) Las partes en ambas actuaciones son, los señores Espitia Ortegón y Gálvez Castro.

Sobre el examen de la identidad en el objeto de la pretensión, debe tenerse en cuenta que este presupuesto es conocido según el tratadista Devis Echandía[[22]](#footnote-22), como el “bien de la vida” reconocido o declarado en el acuerdo y estrechamente relacionado con una o varias cosa(s). Es un elemento que se muestra tanto en las pretensiones (Correlacionadas con los hechos) como en la decisión o, en este caso, el acuerdo conciliatorio.

La constatación de una igualdad en el objeto de ambos trámites puede dar lugar a la declaratoria de la excepción, pero ha de tenerse en cuenta que la variación de este, aun cuando sea mínima, hará diferente el litigio, la pretensión, y por supuesto, las decisiones entre sí.

En este asunto, aunque de bulto pareciera que ambos trámites tratan de diversas pretensiones y motivos, es menester decir que parcialmente coinciden, tal como pasará a explicarse, y para ello, se precisa transcribir el acápite de hechos y pretensiones, descritos en la conciliación:

(…)

1.- El señor ROGELIO GALVEZ CASTRO, es propietario del inmueble (…). en la calle 19 Nº 2-18, predio en el cual inició el levantamiento de una edificación.

2.- La señora RUTH ESPITIA ORTEGÓN, es la propietaria del inmueble ubicado en esta ciudad en la calle 19 Nº 2-20.

3.- Con la edificación que iniciara el señor GALVEZ CASTRO en su predio, el cual es contiguo al de la señora ESPITIA ORTEGÓN, le causó perjuicios a la edificación de esta, consistentes en: Fisuras de los muros, fracturas de los cimientos del concreto, asentamiento del suelo que ocasionaron l hundimiento de los pisos de la casa, todo lo anterior tienen la edificación en un alto riesgo de colapsar definitivamente.

4.- La señora RUTH MARY ESPITIA ORTEGÓN, ha tratado en forma reiterada con el señor GALVEZ CASTRO, lo concerniente a la solución de los daños y perjuicios que éste le ha ocasionado debido a la ejecución de la construcción sin observancia de los reglamentos y disposiciones que rigen la materia.

(…)

Una vez propuestas las diferentes formuladas de arreglo dentro de un ambiente de imparcialidad y legalidad, se llegó a un acuerdo respecto de las pretensiones solicitadas en los siguientes puntos:

El señor **ROGELIO GALVEZ CASTRO,** en su condición de propietario del inmueble que hoy construye el cual ocasiona problemas al inmueble contiguo de la señora **RUTH MARY ESPITIA ORTEGÓN** se obliga hacer los siguientes trabajos:

(…)

Estando de acuerdo las partes sobre todo lo anterior por mutuo consentimiento, manifiestan que lo aceptan libremente y se responsabilizan de sus obligaciones y el Conciliador(a) STELLA FRANCO FRANCO aprueba dichas fórmulas de arreglo y aclara nuevamente a las partes QUE EL PRESENTE ACUERDO HACE TRÁNSITO A COSA JUZGADA, EL ACTA DE CONCILIACIÓN PRESTA MÉRITO EJECUTIVO Y NO ES SUSCEPTIBLE DE NINGÚN RECURSO.

De lo anterior, se concluye que los hechos y pretensiones conciliadas corresponden a lo sucedido con ocasión de las obras de construcción realizadas por el señor Gálvez Castro en su predio, hasta la fecha de la audiencia, y que afectaron el bien de Espitia Ortegón con las consecuencias descritas.

Ahora, revisados los hechos de esta acción (3 a 14, folios 149 a 151, cuaderno No.1 principal), se advierte que aunque, hacen una alusión extensiva de cada uno de los daños y los trámites adelantados por la actora para lograr que el demandado los resarciera, coinciden con lo conciliado, en cuanto a la causa (Obras realizadas desde la excavación sin el cumplimiento de las previsiones legales exigidas para su ejecución) y la consecuencia (Deterioro del inmueble de la actora).

De tal suerte que, en cuanto e este litigio y hasta la fecha de celebración de la conciliación (24-08-2005), operó la excepción de cosa juzgada, pues debe recordarse que dicho acuerdo ésta revestido de ese efecto, por así disponerlo la Ley 640, cualidad que no puede ser desconocida bajo la premisa de que el demandado incumplió o ante el fracaso de la acción ejecutiva de obligación de hacer, porque el título fue presentado sin llenar los requisitos.

Y es menester señalar que, por supuesto, la revisión de ese medio exceptivo se hace en frente a la conciliación y no a la sentencia en el proceso ejecutivo, pues en aquella fue donde se resolvió el conflicto y la ejecución fue el instrumento para intentar el cumplimiento, pero además, si en todo caso se entrara a revisar ese efecto en la sentencia judicial, la consideración no podría ser diferente a que la cosa juzgada es relativa, pues la declaratoria oficiosa de que falta título, en forma alguna impide el inicio de una nueva ejecución con base en un documento que sí reúna los requisitos, acción que pretermitió la parte actora.

* + - 1. La responsabilidad civil por los hechos posteriores al 24-08-2005

Quedaría entonces por revisar, si el demandado realizó obras nuevas luego de la conciliación, y cuáles fueron los daños y perjuicios causados a la vivienda de la actora.

Revisados los hechos relacionados con esas circunstancias, se evidencia que se trata del manejo de aguas subterráneas, de una parte hechas, en el inmueble de la demandante, trabajos que se consideran acreditados, pues de ellos dan cuenta, la contestación de la demanda (Folios 275 a 285, cuaderno No.1 principal) y la confesión que hiciera en la declaración del señor Rogelio Gálvez (Folio 62, cuaderno No.3), sin embargo, menciona que fueron realizados para cumplir con lo conciliado. De otra parte, adujó la actora que la labor con esas aguas, que afectó su casa, también se hizo a través de predios vecinos (Calle 19 #2-26 y 2-38) y si bien el señor Luis Javier Muñoz acepta que se hicieron, aduce haberlas realizados por su cuenta y riesgo para proteger su propio bien (Folios 74 a 79, cuaderno No.3).

Ahora bien, si esas labores causaron daños y perjuicios nuevos, ellos quedan en una afirmación genérica, ya que se dice ocasionaron un deterioro mayor hasta el estado de ruina de la casa de la actora, empero, no se especifica cuáles fueron las consecuencias diferentes al detrimento que se adujo, ya había sido causado con la excavación del 04-06-2005.

De otra parte, los dictámenes periciales practicados al inmueble de la señora Espitia Ortegón, en forma alguna se detienen a establecer claramente cuáles eran las obras ejecutadas luego del 24-08-2005, y menos las secuelas para esa casa. Nótese que el énfasis correspondió a la excavación, su ejecución y los efectos. En suma, se estima son inexistentes esos daños y perjuicios, lo que es suficiente para el fracaso del pedimento resarcitorio.

Tampoco puede decirse que constituyan un daño nuevo, la falta en el pago del arrendamiento y los servicios públicos, pues nuevamente hay que decir, que son obligaciones derivadas de la conciliación.

Por lo anterior, a pesar de que pueda entenderse que se produjeron daños a la propiedad de la actora y que se le causaron unos perjuicios, no es posible reconocerlos, pues aquellos sobre los que acreditó el nexo causal, corresponden a los ocurridos con anterioridad al acuerdo celebrado entre las partes, y sobre ellos, se itera, operó la cosa juzgada. Y en cuanto a los que se alega, fueron causados con posterioridad al 24-08-2005, no fueron probados. Se impone entonces, el fracaso de la acción impetrada contra el demandado, como en efecto se declarará.

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para revocar la sentencia impugnada, al tenor de las motivaciones expuestas, puesto que hacen inviable apreciar las pretensiones. Se condenará en costas en ambas instancias, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, por haber triunfado en el recurso (Artículo 365-1º, CGP).

La liquidación se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, sin que haya lugar a fijar las agencias en derecho en esta instancia, por así disponerlo esa normativa al referir que: *“(…) Las costas y agencias serán liquidadas en manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera instancia (…)”*. Válido mencionar que en ese sentido se resolvió recientemente apelación, en Sala Unitaria, por el magistrado sustanciador de esta decisión[[23]](#footnote-23), donde se explicó en amplitud la tesis que avala esta postura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR íntegramente, el fallo fechado el día 15-08-2013 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R., dentro del presente proceso ordinario.
2. DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada, en cuanto e este litigio y hasta la fecha de celebración de la conciliación (24-08-2005).
3. DENEGAR las pretensiones de la demanda y por los hechos ocurridos con posterioridad al 24-08-2005.
4. CONDENAR en costas en ambas instancias, a la parte demandante y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia.
5. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH / DGD / 2016

LA SENTENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA

POR FIJACIÓN EN **ESTADO** DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Responsabilidad civil, tomo II, parte especial, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.189. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. Sentencia del 23-04-2007, MP: Ruth Marina Díaz Rueda; expediente No.1999-00125-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Providencia SC14658-2015, MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-3)
4. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 01-11-2016; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2012-00290-01. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 26-08-2014, MP: Margarita Cabello Blanco, expediente No.2007-00227-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ, Civil. Sentencias publicadas en Gacetas judiciales t. CXXXIII, pag. 128 y CC, pag. 158; en similar sentido XCVIII, 341; CIX, 128; CXLII, pag. 166; y CLVIII, 50, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, Civil. Sentencia de 13-05-2008, MP: César Julio Valencia Copete, expediente No.1997-09327-01. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 26-08-2014, ob. cit.  [↑](#footnote-ref-8)
9. Ídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal, tomo II, procedimiento civil, Escuela de Actualización Jurídica ESAJU, 2013, 5ª edición, Bogotá DC, p.286. [↑](#footnote-ref-10)
11. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Ob. cit., p.279. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. Sentencia del 15-09-2014, MP: Margarita Cabello Blanco, radicado No.2006-00052-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Sentencia SC17197-2015, MP: Margarita Cabello Blanco. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencia Providencia STC7292-2015, MP: Margarita Cabello Blanco. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. Sentencia C-774 de 2001. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. Sentencia T-185 de 2013. [↑](#footnote-ref-16)
17. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré editores, 2016, p. 688-691. [↑](#footnote-ref-17)
18. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Ob. cit., p.280. [↑](#footnote-ref-18)
19. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo II, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.335. [↑](#footnote-ref-19)
20. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. cit., p.567. [↑](#footnote-ref-20)
21. CC. Sentencia T-441 de 2010. [↑](#footnote-ref-21)
22. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., p.503. [↑](#footnote-ref-22)
23. TSP, Sala Civil – Familia. Providencia del 07-12-2016; MS: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2012-00255-02. [↑](#footnote-ref-23)