

**UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESARIO Y AL TRATAMIENTO
DE LOS TERCEROS DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA
CONSTRUCCIÓN**

LAURA TOBAR SALAZAR Y DANIEL VÉLEZ ESCOBAR

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN**

2014

**UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESARIO Y AL TRATAMIENTO
DE LOS TERCEROS DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA
CONSTRUCCIÓN**

LAURA TOBAR SALAZAR Y DANIEL VÉLEZ ESCOBAR

Monografía para optar por el título de abogado

Asesora

CRISTINA GONZÁLEZ DUARTE

Abogada

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2014

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 06 de octubre de 2014

AGRADECIMIENTOS

A la abogada Cristina González Duarte por su gran disposición y generosidad al momento de asesorar esta monografía.

RESUMEN

Si bien la construcción, de acuerdo con el Código de Comercio colombiano, es una actividad mercantil, su régimen de responsabilidad civil se encuentra regulado dentro del Código Civil colombiano. Dentro de estas normas se establece como sujeto pasivo de dicha responsabilidad al *empresario*, el cual responde contractual y extracontractualmente por hechos ocurridos durante la ejecución de una obra y después de la entrega de la misma. Al encontrarse dentro del régimen de responsabilidad de la construcción, lo más natural sería entender como “empresario” a ese típico constructor material de una obra, pero debido al gran desarrollo de la actividad edificadora y a la gran cantidad de personajes que participan en ella se hace necesario acudir a criterios de dirección, control, manejo y conocimiento para determinar a quién se calificará con dichas calidades. La identificación del o de los empresarios de una obra será fundamental para determinar quién constituye un verdadero tercero para éstos y así delimitar su responsabilidad.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	9
1.1. LA IMPUTACIÓN DEL HECHO GENERADOR.....	12
1.1.1. SISTEMAS DE IMPUTACIÓN.....	13
1.1.2. TIPOS DE HECHOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD.....	15
1.2. NEXO DE CAUSALIDAD.....	18
1.3. EL DAÑO.....	20
1.3.1. PRINCIPIOS DEL DAÑO.....	21
1.3.2. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO.....	22
1.4. CAUSA EXTRAÑA COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	23
1.4.1. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.....	24
1.4.2. HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO.....	25
1.4.3. CULPA O HECHO DE LA VÍCTIMA.....	26
2. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN	27
2.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA CONSTRUCCIÓN.....	32
2.1.1. DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA.....	36
2.1.2. DESPUÉS DE LA ENTREGA DE LA OBRA.....	37
2.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LA CONSTRUCCIÓN.....	39
2.2.1. DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA.....	39
2.2.2. DESPUÉS DE ENTREGADA LA OBRA.....	40
2.3. DE LOS VICIOS O DEFECTOS OCULTOS.....	41
3. ALCANCE DEL CONCEPTO DE EMPRESARIO	44
3.1. EL PROPIETARIO DEL PROYECTO.....	45
3.2. PROMOTOR O GERENCIA DEL PROYECTO.....	46
3.3. INTERVENTORÍA DEL PROYECTO:.....	47
3.4. CONSTRUCTOR.....	48
4. TERCEROS EN LA CONSTRUCCIÓN	54
4.1. EL EMPRESARIO FRENTE A SUS EMPLEADOS.....	56
4.2. EL EMPRESARIO FRENTE A SUS CONTRATISTAS.....	59
4.3. DEL EMPRESARIO FRENTE A OTROS EMPRESARIOS (NO CONTRATISTAS).....	62
5. ESTATUTO DEL CONSUMIDOR COMO RÉGIMEN ALTERNATIVO	65
6. CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA	77

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, con el gran apogeo de la construcción, el desarrollo y emprendimiento de las obras civiles se ha convertido en un escenario donde participan una gran cantidad de actores y de agentes, en el que el empresario o constructor cumple con su obligación de construir un inmueble apoyándose en una gran cantidad de terceros que desarrollan una parte específica de la obra. Sin embargo, estos terceros no toman ninguna relevancia, en principio, dentro de las relaciones de responsabilidad que surgen una vez el inmueble presenta un vicio dentro de su construcción, pues a los ojos de los medios es la empresa constructora o promotora quien debe asumir toda la responsabilidad de los daños que se causen, pues ésta es quien se hace visible al público al momento de desarrollarse el proyecto inmobiliario.

De acuerdo con lo anterior, la construcción no es una actividad donde interviene el empresario o constructor en solitario, sino que intervienen diversos actores que entran al escenario de la construcción a través de múltiples figuras, ya sea subcontratos, contratos de trabajo con la constructora, contratos de trabajo con un subcontratista, entre otros.

El problema a tratar y el cuál es en sí mismo la justificación de esta monografía, surge cuando la obra construida adolece de vicios en su construcción y llega el momento de determinar quién es el llamado a responder por los daños y perjuicios que se ocasionen bien sea a sus propietarios o a terceros afectados, centrándose principalmente en el problema de establecer quién es empresario o constructor a la luz de la normativa colombiana y qué responsabilidad se deriva para éste de la actuación de los terceros que intervienen en dicha actividad.

Así las cosas, para abordar la temática propuesta se tendrán como fuentes formales del derecho la Constitución Política de Colombia, la Ley, la jurisprudencia, los conceptos jurídicos emitidos por diferentes entidades y la doctrina más influyente en este campo del derecho.

Este trabajo se concentrará principalmente en realizar un estado del arte sobre la responsabilidad civil del constructor en Colombia, en especial en lo que se refiere a la definición del concepto de empresario o constructor y al tratamiento de los terceros dentro de los supuestos de responsabilidad civil de la construcción. Sin embargo, se dará lugar a la interpretación y a la crítica de aquellos presupuestos que lo merezcan bajo los criterios de la justicia, la idoneidad y la eficiencia.

Para la elaboración de esta monografía se realizará un breve recuento de los principios y fundamentos de la responsabilidad civil en Colombia, para así tener claros los conceptos teóricos necesarios para abordar la pregunta que motiva la elaboración de este trabajo. Luego, se estudiará la normatividad que regula la responsabilidad civil de la construcción en Colombia, para extraer los elementos de esta regulación que complementan el régimen general de responsabilidad civil y que constituyen así el régimen de responsabilidad civil de la construcción. Posteriormente, se intentará determinar el alcance del concepto de empresario o constructor, para luego pasar a estudiar el papel que adquieren los terceros que intervienen en la actividad de la construcción. Después se presentará un breve análisis sobre la regulación especial que consagra el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, como alternativa al régimen de responsabilidad civil de la construcción. Por último, se procederá con la extracción de los argumentos más relevantes desarrollados en este trabajo para presentarlos a modo de conclusión.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil es la institución dentro del ordenamiento jurídico colombiano que permite establecer cuándo una persona debe indemnizar los daños que la ha causado a otra, la cual a su vez es conocida como la víctima.¹

Esta institución jurídica encuentra fundamento legal en el artículo 2341 del Código Civil colombiano², artículo que quizá se queda corto en la actualidad al no poder describir la infinidad de situaciones en las que resulta posible su aplicación, por ello la responsabilidad civil ha tenido gran desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

Coinciden la doctrina y la jurisprudencia en señalar que los elementos que estructuran la responsabilidad civil en Colombia son el hecho generador, el nexo causal y el daño³. El primero se refiere a la conducta desplegada por el presunto responsable o por una persona por la que éste debe responder, puede ser una acción o una omisión, consistente principalmente en el incumplimiento de un contrato o en la violación del deber general de no causar daño a otros cuando no existe un contrato de por medio entre el presunto responsable y la víctima. El segundo elemento estructural, el nexo causal, consiste en la relación de causalidad que debe existir entre el hecho generador del daño y el daño, es decir, que existe una relación de causalidad que permite imputarle jurídicamente el hecho generador del daño al presunto responsable⁴. Finalmente, el daño como elemento de la responsabilidad civil, se refiere al menoscabo que sufre la víctima

¹ LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A., 2004, pág. 21.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 57 DE 1887 (Abril 15). Código Civil Colombiano. Artículo 2341: “*ARTICULO 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*”

³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado De Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 188.

⁴ *Ibidem*, pág. 249.

en sus bienes o facultades jurídicas y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial⁵.

La responsabilidad civil puede ser estructurada bajo la óptica de al menos dos teorías jurídicas:

- a) **La teoría de las obligaciones:** La responsabilidad civil es una obligación de indemnizar dentro de la cual se encuentra un sujeto activo y un sujeto pasivo. El primero puede ser una persona natural o jurídica, que despliega un hecho generador (bien sea por una acción o una omisión) causante de un daño, convirtiéndose en el deudor de la obligación de indemnizar. El segundo también puede ser una persona natural o jurídica, y es quien padece el menoscabo o daño en sus bienes jurídicos causado por el hecho generador desplegado por el sujeto activo, convirtiéndose en el acreedor y/o víctima. Lo que va a deber el sujeto pasivo, que a la vez es la acreencia del sujeto activo, constituye en sí mismo el objeto de la obligación de la responsabilidad civil, que es la reparación integral. Este principio, consagrado positivamente en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁶ y que rige toda indemnización en Colombia, versa lo siguiente: a la víctima se le debe dejar en la situación más cercana posible a la que se encontraba antes de que ocurriera el hecho generador causante del menoscabo en su haber jurídico.

⁵ Ibídem, pág. 247.

⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 446 DE 1998 (7, julio, 1998) Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario oficial. Bogotá D.C., 1998. No. 43.335. Artículo 16: "*ARTÍCULO 16: Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*"

Hay daños que en estricto sentido son imposibles de reparar, pues no existe un método que permita darles con certeza un valor económico, haciéndose necesario la creación de un mecanismo indemnizatorio, que por lo general queda a discreción del operador jurídico, el cual es la compensación.

- b) **La estructura de las normas jurídicas como supuestos de hecho y consecuencias jurídicas:** La responsabilidad civil, analizada bajo la estructura de una norma jurídica, se compone por un supuesto de hecho, el cual sería la ocurrencia de un hecho generador, unido por un nexo causal a un daño, del cual se desprende una consecuencia jurídica que sería la obligación indemnizatoria de reparación o compensación según el caso.

Ahora bien, existen varios tipos o regímenes de responsabilidad civil, esto es, la responsabilidad civil contractual, extracontractual y otros regímenes que se consideran especiales porque plantean supuestos de responsabilidad específicos y criterios de imputación diversos, como son la responsabilidad civil médica, la responsabilidad de administradores, la responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad del Estado⁷.

La responsabilidad civil contractual es aquella donde la obligación indemnizatoria nace del “daño surgido del incumplimiento de las obligaciones contractuales”⁸, y esta obligación indemnizatoria, valga la redundancia, se causa en virtud de este contrato. Por regla general, cuando hay lugar a la responsabilidad contractual solo se indemnizan los daños previsibles al momento de celebrarse el contrato, a no

⁷ CHILE, ALGUNOS REGIMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD. Editorial Jurídica de Chile. Internet: (<http://es.scribd.com/doc/229690842/12-Algunos-Regimenes-Especiales-de-Responsabilidad>).

⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado De Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 32.

ser que haya mediado culpa grave o dolo dentro del incumplimiento, situación en la que serían indemnizables los daños previsibles e imprevisibles⁹.

Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual es aquella en donde la obligación civil indemnizatoria surge entre partes que se encuentran ocasionalmente, sin que ello quiera decir que estas partes no se puedan conocer o que entre éstas no pueda existir alguna relación jurídica previa, sino que el hecho generador que hace surgir la obligación indemnizatoria no está dentro de la esfera de cobertura de una relación obligacional previa, sino que surge por el incumplimiento del deber general de no causar daño a otros.¹⁰

1.1. LA IMPUTACIÓN DEL HECHO GENERADOR

Cuando se habla de imputar se está hablando de atribuir y es esta atribución la que permite hacer a un sujeto responsable de una obligación indemnizatoria. La imputación debe responder a dos preguntas básicas: por qué y a quién se le va a atribuir la obligación indemnizatoria. La pregunta de por qué es la que permitirá determinar el tipo de responsabilidad en que se enmarcará cada caso específico, ya que la respuesta a ésta deberá ser: porque hubo culpa, porque

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 57 DE 1887 (Abril 15). Código Civil Colombiano. Artículo 1616: *“ARTÍCULO 1616. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACIÓN DE PERJUICIOS. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al 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.”*

¹⁰ COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia (20, julio, 1991) Diario Oficial. Bogotá D.C., 1991. No. 116. Este deber se deriva el numeral primero del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, que dice: *“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”*

desplegó un riesgo, porque incumplió un contrato, porque faltó al deber de confidencialidad, porque faltó a la *lex artis*, etc. Ahora bien, la pregunta referida a quién es la que permitirá identificar el sujeto que deberá asumir la obligación indemnizatoria, pues la respuesta que arroja esta pregunta deberá ser: al imprudente, al negligente, al guardián de la actividad, al contratista incumplido, a quien actúa con impericia, etc.

1.1.1. SISTEMAS DE IMPUTACIÓN

Existen en la responsabilidad civil dos sistemas de imputación, a saber, el sistema de imputación subjetivo y el sistema de imputación objetivo, los cuales han ido evolucionando a través de la historia de acuerdo con las realidades a las que se han tenido que enfrentar.

El sistema de imputación subjetivo es el sistema de imputación clásico y del cual se desprenden los artículos 2341 a 2360 del Código Civil colombiano. Éste afirma que para poder realizar la atribución de responsabilidad se debe hacer un juicio de reproche en la conducta del actor, es decir, que éste haya cometido una culpa.

El concepto de culpa ha tenido dos momentos importantes a lo largo de la historia. En un primer momento se hablaba de una concepción subjetiva de la culpa, que consistía en realizar un reproche moral de la conducta del sujeto y para ello eran tenidas en cuenta todas sus particularidades, es decir, que el reproche recaía sobre la persona específica. Luego, este concepto evolucionó hacia la concepción objetiva de la culpa, conocida también como culpa social, para la cual se creó un estereotipo de hombre medio que actúa diligente y cuidadosamente a efectos de poder comparar la conducta desplegada por el sujeto y la manera en que hubiera actuado el hombre medio puesto en su misma situación. Bajo esta concepción, ya no

se analiza al hombre como tal, sino que se aparta de sus particularidades para analizar la conducta desplegada por éste, determinando si la misma es socialmente reprochable. Este último es el estado actual del concepto de culpa en Colombia.¹¹

Por su parte, el sistema de imputación objetivo tuvo una aparición posterior en el tiempo al sistema anterior surgiendo debido a las necesidades que generó la Revolución Industrial en la sociedad, como en el caso de las enfermedades profesionales y el surgimiento de los vehículos motorizados, ya que se empiezan a presentar cada vez más casos en donde efectivamente existe una víctima que ha sufrido un menoscabo en su haber jurídico, pero que a través del sistema subjetivo no se logra hacer una imputación. Es por esto que se llega a crear un hecho generador de responsabilidad el cual se imputa sin la necesidad de que exista una culpa, sino que se hace necesario el mero hecho de desplegar una conducta, como son la creación de riesgos y el ejercicio de actividades peligrosas.

Actualmente en Colombia coexisten ambos sistemas de imputación que se aplican en diferentes casos, pues no sería viable un ordenamiento jurídico en el cuál se prescindiera de alguno de estos sistemas de imputación¹². Sin

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 57 DE 1887 (Abril 15). Código Civil Colombiano. Artículo 2346 *“ARTÍCULO 2346: Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia.”*

¹² COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 DE 1971 (Marzo 27) *“Por el cual se expide el Código de Comercio”*. Publicado en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículo 1827: Así, por ejemplo, se encuentra el artículo 1827, referido a la responsabilidad del explotador de una aeronave: *“ARTÍCULO 1827. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS EN LA SUPERFICIE. La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a ser indemnizada por el explotador de la aeronave con solo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma. Sin embargo, no habrá lugar a indemnización si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o cuando se deban al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo si se observaron los reglamentos de tránsito aéreo.”*

embargo, el sistema de imputación subjetivo sigue siendo el aplicado por regla general en Colombia con un régimen de culpa probada, donde la carga de la prueba la tiene el demandante, es decir, la víctima.

1.1.2. TIPOS DE HECHOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD

Existen en el ordenamiento jurídico colombiano varios tipos de hechos generadores de responsabilidad civil, entre los más importantes se destacan: la responsabilidad por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad por el hecho de las cosas y la responsabilidad por actividades peligrosas.

1.1.2.1. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO

La responsabilidad por el hecho propio es la responsabilidad civil tradicional que responde a un régimen subjetivo de imputación, con un régimen probatorio de culpa probada, la cual se encuentra consagrada en el artículo 2341 del Código Civil colombiano, ya citado. Este hecho generador también tiene una vocación subsidiaria o universal, es decir, que si un supuesto de responsabilidad civil no logra ser encuadrado en un régimen de imputación y/o probatorio especial, deberá ser encuadrado dentro de la responsabilidad por el hecho propio.

1.1.2.2. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

La responsabilidad por el hecho ajeno encuentra fundamento entre los artículos 2346 a 2349 del Código Civil colombiano¹³ y responde a un régimen subjetivo de imputación, su régimen probatorio es de culpa probada frente al directamente responsable y de culpa presunta frente al civilmente responsable que es la persona llamada a responder por los daños causados por el directamente responsable.

Los fundamentos para que el civilmente responsable responda por los actos del directamente responsable son la ley y la consanguinidad; así por ley se responde por el hecho de los trabajadores, de los dependientes o subordinados, de los hijos adoptivos y de quien se tenga bajo guarda, y por consanguinidad se responde por los hijos menores.

El civilmente responsable se puede exonerar esgrimiendo alguno de los siguientes argumentos: primero, puede alegar que no existe dependencia, subordinación o consanguinidad frente al directamente

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 57 DE 1887 (Abril 15). Código Civil Colombiano. ARTÍCULO 2346 ya fue citado. “ARTÍCULO 2347: RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO. *Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. El nuevo texto es el siguiente: Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.*” (...) “ARTÍCULO 2348: RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS HIJOS *Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir.*” (...) “ARTÍCULO 2349. DAÑOS CAUSADOS POR LOS TRABAJADORES. *Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.*”

responsable; segundo, podrá desvirtuar la culpa del directamente responsable y finalmente podrá desvirtuar la presunción de culpa que opera en su contra demostrando diligencia y cuidado en concreto frente a los hechos desplegados por el directamente responsable.

1.1.2.3. RESPONSABILIDAD POR HECHO DE LAS COSAS

La responsabilidad por el hecho de las cosas encuentra su fundamento principal en la idea de garantía frente a los terceros¹⁴ y es aquella que pretende establecer quién responde por los daños ocasionados por una cosa.

El ordenamiento jurídico francés es aquel que más ha desarrollado este régimen¹⁵ y lo ha considerado como una responsabilidad objetiva. En Colombia, no se encuentra consagrado como tal un régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas; sin embargo, en el Código Civil se encuentran regulados algunos casos específicos como la responsabilidad por animales fieros¹⁶, los cuales han ayudado para que la doctrina y la jurisprudencia resuelvan los supuestos de dicha naturaleza.

¹⁴ LE TOURNEAU, Phillepe. La responsabilidad civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A., 2004, pág. 186.

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado De Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 817

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2354: “*ARTÍCULO 2343: DAÑO CAUSADO POR ANIMAL FIERO. El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.*”

1.1.2.4. RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

El artículo 2356 del Código Civil colombiano establece la llamada responsabilidad civil por actividades peligrosas estableciendo que *“todo el que cause un daño en el ejercicio de una actividad peligrosa, estará obligado a indemnizar a la víctima, a menos que establezca una causa extraña”*¹⁷. Por actividades peligrosas se entiende aquellas actividades necesarias para el funcionamiento de la sociedad, que bien siendo lícitas, tienen un gran potencial para generar daños, tal como son la conducción de vehículos, la manipulación de maquinaria y de armas de fuego, etc.

La jurisprudencia actual en Colombia entiende que ésta es una responsabilidad a título de culpa presunta y de la cual el presunto responsable solo se puede liberar demostrando una causa extraña. Por el contrario, gran parte de la doctrina aboga porque ésta sea tenida como una responsabilidad objetiva por la cual se responda a título de riesgo, es decir, que la víctima solo tuviese que demostrar el despliegue del riesgo de la actividad peligrosa materializado en el daño sufrido, y que este daño fuese asumido por el guardián de la actividad o el beneficiario de ésta.

1.2. NEXO DE CAUSALIDAD

Este elemento de la responsabilidad es el que permite que se hable de un hecho generador imputable y de la causación de un daño. El nexo de causalidad es el elemento que une los demás elementos de la responsabilidad civil dando nacimiento a la obligación indemnizatoria, es entonces la conexión

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 37.

que debe existir entre el supuesto responsable y el daño¹⁸. En otras palabras, la causalidad es la institución que permite atribuir a un sujeto los daños que ha sufrido otro sujeto denominado víctima.

Durante la evolución de este elemento de la responsabilidad civil, han surgido diferentes teorías de la causalidad que se han acogido y desarrollado de acuerdo a las necesidades que el desarrollo de la sociedad ha exigido para esta institución. Estas teorías han tenido un gran desarrollo por los doctrinantes del derecho penal, puesto que la responsabilidad penal también exige un análisis de causalidad. Dentro de las teorías principales se pueden encontrar las siguientes¹⁹:

a) **La teoría de la equivalencia de las condiciones:** De acuerdo con esta teoría, absolutamente todas las condiciones que se presentaron para que se produjera un resultado tienen la misma relevancia causal y por tanto deben ser tenidas en cuenta jurídicamente al momento de establecer si existe relación causal entre un hecho y un daño. El criterio establecido por esta teoría presenta un gran inconveniente y es el hecho de que la cadena causal de un daño se hace infinita y toma como causas algunos hechos que podrían ser absurdos frente a la ocurrencia del resultado. Por tanto, esta teoría hoy en día solo es utilizada como complemento o refuerzo de otras teorías más razonables.

b) **La teoría de la causalidad adecuada:** De acuerdo con esta teoría, todas las condiciones que se presentaron en la ocurrencia del resultado son relevantes físicamente pero no todas serán relevantes jurídicamente. Jurídicamente la causa que se debe tener en cuenta será aquella que

¹⁸ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 5 de julio de 2007. (5, julio, 2007). Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2007.

¹⁹ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, pág. 356.

“según la experiencia general de forma habitual produce el resultado”²⁰.
Esta teoría exige que se haga, además de un examen físico de la cadena causal, un examen valorativo de ésta.

Hoy en día no hay una teoría que se acoja en su totalidad, puesto que éstas cuando se aplican en sentido estricto siempre se encuentran con algún obstáculo conceptual. La base del análisis causal, en el presente, se basa en la teoría de la causalidad adecuada, pero no deja de lado la teoría de la equivalencia de las condiciones ni otras teorías minoritarias como la teoría de la causa más próxima para complementar el análisis y seleccionar la causa jurídicamente relevante.

1.3. EL DAÑO

El daño se propone como una alteración negativa a un estado de cosas preexistente o una afectación a una situación benéfica pasada, presente o futura. Algunos doctrinantes proponen entender el daño como un menoscabo a los bienes o facultades jurídicas²¹.

En la doctrina se discute si daño y perjuicio son lo mismo, es decir, son sinónimos, o si por el contrario son conceptos diferentes los cuales es útil tratar por separado. La posición doctrinaria que aboga por su diferencia afirma que el daño es la sede del golpe, es en donde recae la afectación o el menoscabo, mientras que el perjuicio es la consecuencia de éste²².

²⁰ Ibídem, pág. 359

²¹ ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 2005, pág. 1.

²² MORENO QUIJANO, Fernando. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Civil de la Universidad de París II (Francia). Docente del pregrado de Derecho de la Universidad EAFIT y de la especialización de Responsabilidad Civil y Seguros de la misma universidad.

1.3.1. PRINCIPIOS DEL DAÑO

En este punto se analizarán los principios que rigen la teoría del daño:

1.3.1.1. PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

El principio de la reparación integral pretende que la indemnización devuelva a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de ocurrir el daño o a la situación más cercana posible a ésta. Por esto, la medida de la indemnización será el daño y nada más que el daño, haciéndose imposible que ésta sea una fuente de enriquecimiento para la víctima.²³

Este principio encuentra algunas excepciones en el ordenamiento jurídico colombiano, tales como: la responsabilidad contractual por un hecho generador imputable doloso o gravemente culposo, ya que esta situación hace que la medida de la indemnización crezca y en ésta se cuantifiquen, además de los daños previsibles, aquellos daños que eran imprevisibles para las partes²⁴; la cláusula penal indemnizatoria, ya que ésta se hace exigible con que exista un mero incumplimiento, sin que se haya determinado la existencia de un daño²⁵; o la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales, pues una suma de dinero nunca logrará reparar o compensar una pérdida emocional y siempre parecerá insuficiente a los ojos de la víctima.

²³ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A., 2004, pág. 68.

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 1616.

²⁵ *Ibíd*em, Artículo 1599. “EXIGIBILIDAD DE LA PENA. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”

1.3.1.2. NO EXISTE RESPONSABILIDAD CIVIL SIN DAÑO

Este principio surge del hecho de que el daño sea un elemento esencial y configurativo de la estructura de la responsabilidad civil, pero esta máxima en algunas situaciones se logra poner en jaque al encontrar situaciones en las que, sin haberse determinado un daño, pareciera haber lugar a una indemnización, estos casos son: la cláusula penal indemnizatoria y la víctima que alega sufrir perjuicios por la sola amenaza de un daño, este es el caso en que, por ejemplo, el propietario de un establecimiento de comercio alega tener un lucro cesante debido a que su clientela se ha disminuido por la amenaza de destrucción de un edificio vecino a su establecimiento.

1.3.2. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

Pueden identificarse algunas características principales del daño²⁶, estas son: 1) el daño tiene que ser cierto, no puede ser ni imaginario, ni contingente ni hipotético; para ser cierto el daño tiene que ser actual y tangible o virtual para el caso de daños futuros; 2) el daño debe ser personal, es decir, “solo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación”²⁷; 3) el daño tiene que ser directo, es decir, que se explique causalmente en el hecho generador imputable; 4) el daño tiene que ser lícito, pues de lo contrario no será un daño jurídicamente indemnizable, pues la responsabilidad civil pretende proteger únicamente

²⁶ HINOJOSA CARRILLO, Paul. El daño a la persona. Justiniano.com. Internet: (http://www.justiniano.com/revista_doctrina/dano.htm)

ÁLVAREZ PÉREZ, Andrés Orión. Teoría del daño. Universidad de La Sabana – IARCE. Internet: (<http://www.andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2013/03/EL-DAÑO-UNIVERSIDAD-DE-LA-SABANA-2012.pdf>)

²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado De Responsabilidad Civil. Tomo II. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 421.

los bienes jurídicos tutelables; y 5), el daño no pudo haber sido indemnizado antes, pues éste no puede ser una fuente de enriquecimiento para la víctima sino una fuente de reparación, por tanto si un daño se indemniza más de una vez, se configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la víctima.

1.4. CAUSA EXTRAÑA COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Como se vio, para que exista responsabilidad civil es necesario que concurren los tres elementos estructurales²⁸. La causa extraña es una causal de exoneración de responsabilidad civil en donde se desvirtúa uno de estos elementos, pues rompe el nexo de causalidad entre un hecho generador del presunto responsable y un daño.

Para que se configure la causa extraña se deben dar tres elementos: que sea un hecho imprevisible, irresistible y externo para el presunto responsable. El elemento de la imprevisibilidad se debe analizar en cada caso específico, teniendo como hechos previsible aquellos casos que dentro del transcurrir normal y ordinario de la vida es suficientemente probable que ocurran como para que el deudor *“haya debido razonablemente precaverse contra él”*²⁹ y por lo tanto se deben analizar tres presupuestos para determinar el nivel de imprevisibilidad de un hecho: *“1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El referente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo”*³⁰. Por su parte, en cuanto a la irresistibilidad del hecho, ha dicho la Corte Suprema

²⁸ Hecho generador, nexo causal y daño.

²⁹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de junio de 2000. (23, junio, 2000). Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2000.

³⁰ *Ibidem*.

de Justicia que es *“aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos - y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico - que le impiden efectuar determinada actuación”*³¹, es decir que es la imposibilidad de oponerse a una acción o fuerza extraña en concreto. En cuanto al elemento de la exterioridad, se ha dicho que es necesario que sea un evento ajeno jurídicamente al presunto responsable, es decir, no necesariamente implica que sea un hecho exterior a él, puede ser un hecho interno pero que sea ajeno jurídicamente al presunto responsable.³² La carga probatoria de la causa extraña la tiene el sujeto activo o generador del daño y sus modalidades son las siguientes:

1.4.1. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Ambos conceptos se refieren a un hecho o acontecimiento que es imposible resistir, según el artículo 64 del Código Civil *“se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de (sic) autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”* Sin embargo, según una de las clasificaciones tratadas por la jurisprudencia, fuerza mayor hace referencia a hechos externos a la órbita del imprudente, del negligente, del contratista incumplido o del presunto responsable, mientras que el caso fortuito es relativo a sucesos internos de los anteriores sujetos.³³

³¹ *Ibíd.*

³² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 54-58.

³³ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de noviembre de 1989 (20, noviembre, 1989). Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 1989.

1.4.2. HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO

Para que el hecho de un tercero configure una causa extraña para el sujeto responsable, este hecho debe ser la causa exclusiva del daño, puesto que si a este hecho le concurriese una culpa del presuntamente responsable, no se configuraría una causa extraña para éste sino que surgiría una responsabilidad solidaria o una obligación al todo del presuntamente responsable con el tercero, según lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil³⁴. Es preciso aclarar que, además, se hace necesario que ese hecho de un tercero sea imprevisible, irresistible y externo al sujeto presuntamente responsable para que se pueda hablar de una causa extraña. Ahora bien, cuando se habla de un tercero se hace referencia a una persona que es jurídicamente ajena al presunto responsable, lo cual se determina de acuerdo con los criterios que ha construido la jurisprudencia y la doctrina³⁵ a partir de los artículos 2346 al 2349 del Código Civil.

Debido a que este tema específico es fundamental para el propósito de este trabajo, se debe desarrollar con mayor claridad quién constituye un verdadero tercero. Según el doctor Javier Tamayo³⁶, un tercero es una persona que no depende jurídicamente del presuntamente responsable, es decir, es una persona que es jurídicamente ajena y externa a éste, que se encuentre fuera de la esfera jurídica del mismo. Cabe entonces advertir que, para el doctor Tamayo, la dependencia jurídica no se circunscribe solo a la esfera de la actividad, sino que se extiende a todas las demás

³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2344. *“ARTÍCULO 2344: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.”*

³⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 131.

³⁶ *Ibidem*, pág. 131.

personas y situaciones que tengan algún tipo de dependencia jurídica con el presunto responsable.

Ahora bien, una vez se identifica quién es un verdadero tercero, se puede establecer si el hecho de éste constituye o no causa extraña para el presunto responsable.

1.4.3. CULPA O HECHO DE LA VÍCTIMA

Para que la culpa o hecho de la víctima o acreedor se configure como causa extraña, es necesario que dicha actuación sea la causa exclusiva de la ocurrencia del daño y que además sea imprevisible e irresistible al sujeto presuntamente responsable. No obstante, cuando la culpa o hecho de la víctima no son suficientes para explicar exclusivamente el daño, se presenta el fenómeno de la concurrencia de culpas, lo que implica una reducción proporcional del monto a indemnizar por parte del sujeto presuntamente responsable, así lo establece el artículo 2357 del Código Civil³⁷.

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2357. *“ARTÍCULO 2357: REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

2. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONSTRUCCIÓN

La construcción en Colombia, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio colombiano, es una actividad mercantil³⁸. No obstante, dicho compendio normativo no le dedica ningún otro artículo a su regulación y por lo tanto se debe recurrir al artículo 822³⁹ del mismo, el cual hace una remisión general a las normas y principios del Código Civil colombiano para aquellos asuntos mercantiles que no estén regulados por normas especiales. Debido a lo anterior, se hace necesario acudir a las normas que regulan la construcción dentro del estatuto civil para conformar el marco normativo aplicable a dicha actividad.

Sin embargo, se encuentra que las normas que regulan la construcción dentro del Código Civil colombiano son también insuficientes para explicar la realidad actual que vive esta actividad, puesto que éstas son muy pocas y fueron redactadas y promulgadas en el año 1887 a través de la Ley 57, sin ser modificadas hasta la fecha por otra norma, para una sociedad en un contexto totalmente diferente al de estos tiempos, dentro del cual la construcción era una actividad mucho más reducida, en la que intervenían menos actores, se desarrollaba a una escala menor y en el que además era una actividad propiamente civil.

Por las razones expuestas, para la aplicación actual de la normatividad contenida en el Código Civil colombiano sobre la construcción, se hace necesario realizar

³⁸ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 DE 1971 (Marzo 27) "Por el cual se expide el Código de Comercio". Publicado en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículo 20. "ARTICULO 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."

³⁹ Ibídem, artículo 822. "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."

una interpretación de dichas normas para adaptarlas a la realidad que hoy se enfrenta. Para lograr esto se debe entender cuál es el fin perseguido por la norma para así poder dotarla del contenido, alcance, conceptos y significados coherentes con el gran apogeo que tiene hoy en día la actividad de la construcción, ya que ésta se desarrolla a gran escala y, como ya se dijo, como un acto mercantil. Esta tarea interpretativa se abordará más adelante cuando se intente definir el alcance del concepto que abarca la palabra *empresario*, utilizada por el Código Civil Colombiano dentro de la redacción de las precitadas normas.

Tradicionalmente, se han tomado como fundamento de la responsabilidad civil contractual de la construcción los artículos 2060 y 2061 del Código Civil colombiano, los cuales establecen:

“ART. 2060. Los contratos para la 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 rehúsa, 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 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.”⁴⁰

“ART. 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.”⁴¹

De las normas transcritas se desprende que el empresario adquiere una obligación contractual y de resultado⁴² de construir una obra y de que ésta no

⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2060.

⁴¹ *Ibíd*em, Artículo 2061.

⁴² OSPINA, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A, pág. 27, 127 a 129: “La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella.” (...) “Son de resultado aquellas en que el fin perseguido por el acreedor no se reduce a que el deudor tome una serie de medidas para alcanzar dicho fin, sino que este realmente se logre. Quien contrata arquitecto para que le construya su casa, no tiene en mente los medios que este habrá de emplear para hacer los cimientos, los muros, el techo, sino que espera a entrega del edificio totalmente conforme a las reglas de la técnica y apto para ser habitado.” (...) “Pero si la obligación es de resultado, tal prueba no le serviría; ineludiblemente tendría que demostrar que el daño o la insatisfacción del acreedor han sido causados objetivamente por un hecho extraño que, por tanto, excluye la participación del deudor.”

adolezca de vicios en su construcción dentro de los diez años siguientes a su entrega; así, el vínculo contractual se depende del contrato celebrado entre el empresario y quién le encargó la obra.

Ahora bien, es claro que el empresario también puede incurrir en responsabilidad civil extracontractual **durante la ejecución de la obra** por los daños que cause a terceros, materia dentro de la cual existe acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que la construcción es una actividad peligrosa⁴³, lo que explica que el régimen de responsabilidad extracontractual del empresario por los daños que cause a terceros **durante la ejecución de la obra**, se rige por el artículo 2356 del Código Civil Colombiano, norma que fundamenta la responsabilidad por actividades peligrosas en Colombia:

“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:

- 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.”⁴⁴*

Según el estado actual de las cosas, al ser el empresario el guardián de una actividad peligrosa, se le aplica la presunción de culpa del agente que despliega el

⁴³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 655 (5, septiembre, 2011). Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C.: La Corte Constitucional, 2011.

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2356.

riesgo y de la cual solo se puede exonerar demostrando una causa extraña⁴⁵. En este sentido, el Tribunal Superior de Bogotá con ocasión de la apelación a la sentencia de primera instancia en el proceso ordinario del señor Alonso Castiblanco Villamil en contra la señora Julieta Correal de Siegel, adelantado en razón de haberle ocasionado grietas y daños en su casa por la construcción antitécnica y negligente de la edificación que se estaba construyendo en el predio propiedad de la demandada, respecto de la actividad de la construcción sostiene:

“Refiriéndonos a la construcción de edificios, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de indicar, que ésta por su propia naturaleza está considerada como una actividad peligrosa y que la responsabilidad que de ella se derive le puede ser endilgada tanto al constructor como al propietario de la obra, quien es a su vez el dueño del inmueble donde se levanta ésta, o a ambos como consecuencia del principio de solidaridad que consagra el artículo 2344 de la ley sustantiva. De la misma forma se ha determinado, que ese tipo de responsabilidad se encuentra edificado en el artículo 2356 del Código Civil, como una actividad peligrosa donde se parte de la presunción de culpa, por lo que al demandante le basta probar el daño, la actividad edificadora por parte del demandado y la relación de causalidad, en tanto que al demandado para exculparse, iterase, la fuerza mayor, el caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.”⁴⁶

⁴⁵ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 26 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz. Expediente No. 2005-611-01. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2010.

⁴⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ, D.C. - SALA CIVIL - Bogotá, D.C. Veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007). Magistrada Ponente: CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA. Identificación Del Proceso: Radicación: 11001310300719980482301. Bogotá D.C.: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2007

Dentro del régimen de responsabilidad extracontractual de la construcción también se hace necesario traer al escenario el artículo 2351 del Código Civil colombiano, que establece:

ART. 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 2060.⁴⁷

La norma anterior es la que fundamenta la responsabilidad extracontractual en la que puede incurrir el empresario por los daños que se causen a terceras personas **durante los diez años siguientes a la construcción de la obra por vicios en su construcción**. Esta norma extiende la presunción que se establece en el artículo 2060 del Código Civil colombiano para el régimen de responsabilidad contractual del empresario a su régimen de responsabilidad civil extracontractual, la cual presume la responsabilidad del empresario frente a aquellos daños ocurridos dentro de los diez años siguientes a la ejecución de la obra por un vicio de construcción o por un vicio del terreno que éste debiera conocer de acuerdo con su oficio, profesión u ocupación.

2.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA CONSTRUCCIÓN

Como se desarrolló en el acápite anterior, el régimen de responsabilidad civil contractual en la construcción se fundamenta en los artículos 2060 y 2061 del Código Civil colombiano, normas que ya fueron citadas. Ahora bien, para poder profundizar en la responsabilidad civil contractual en la construcción, se hace necesario desarrollar primero la figura contractual estructurada en el artículo 2060 del Código Civil colombiano, esto es, el contrato de construcción por empresa.

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2351.

El contrato de construcción por empresa⁴⁸ es el contrato a través del cual una persona le encomienda o encarga a otra, denominada empresario, la construcción de una edificación. Es la figura contractual que se ha entendido tradicionalmente como el contrato de construcción, consagrado en el artículo 2060 del Código Civil colombiano, y dentro de la misma el empresario deberá trabajar de forma autónoma e independiente, es decir, que deberá emplear su propio personal, sus propias herramientas y materiales con el fin de llevar a término la obra encomendada.

Lo que pretendió el legislador en el artículo 2060 del Código Civil colombiano fue consagrar un contrato de confección de obra especializado para la construcción, el cual, además de regirse por las reglas generales establecidas para los contratos de ejecución de una obra material, se sujeta a las normas especiales dispuestas en la precitada norma:

- a) Se establece que la obra deberá ser realizada por el empresario bajo un precio único y prefijado con quién le encarga la obra, es decir, que éste no tendría lugar a exigir, por ejemplo, costos adicionales por el encarecimiento de los materiales requeridos.
- b) Se establece que si dentro de la ejecución de la obra encargada se generan costos que no pudieron haber sido previstos al momento de celebración del contrato, podrá el empresario solicitarle al dueño de la obra que le autorice estos gastos para así poder cobrárselos. Si quien encargó la obra se negara a autorizar estos gastos, el empresario podrá acudir ante el juez competente para que éste determine si dichos gastos debieron haber sido previstos por las partes o si por el contrario hay lugar al ajuste en el precio único prefijado.

⁴⁸ POSADA ARANGO, Mateo. La responsabilidad civil en la construcción. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho, 2001.

- c) Si la totalidad de la obra o una parte de ésta *perece o amenaza ruina*⁴⁹ dentro de los diez años siguientes a la fecha de su entrega por un error en la construcción, un vicio en el suelo que el empresario debiera conocer en virtud de su profesión, oficio u ocupación o por un vicio en los materiales, se entenderá responsable el empresario. Si quien encargó la obra, fue quién suministró los materiales, y estos adolecen de un vicio, él será el responsable de éstos en virtud del artículo 2057 del Código Civil colombiano. La regla descrita en este numeral es la denominada garantía decenal para bienes inmuebles en Colombia.
- d) Se establece que quien encargó la obra deberá aprobarla al momento de su entrega por parte del empresario, aprobación que en ningún momento exime a éste último de responsabilidad, sino que se entiende como la aceptación de que la obra se encuentra aparentemente ajustada a lo encargado.
- e) Por último se establece que las personas empleadas para la ejecución de la obra tendrán una acción subsidiaria contra quien encargó la obra hasta por el monto que éste le debiera al empresario si éstas dependen del último, pero tendrán acción directa contra el que encargó la obra si han sido contratadas directamente por éste.

Si bien hoy en día la actividad de la construcción no se desarrolla a través de ese clásico contrato de construcción por empresa, sino que se realiza a través de figuras contractuales innominadas y diversas, lo cual podría llevar a concluir que por esta razón dichas figuras no estarían sujetas a las reglas especiales contenidas en el artículo 2060 del Código Civil, la doctrina⁵⁰ y la jurisprudencia

⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2060 numeral 3.

⁵⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Legis S.A., 2009, pág. 1394.

concuerdan en afirmar que de acuerdo con la finalidad de la enunciada norma, estas reglas, más que regir un contrato específico, pretenden regir la actividad misma de la construcción. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de junio de 2009 con ocasión de la demanda de casación presentada contra la sentencia emitida en el proceso ordinario adelantado por la señora Rosa Antonia Coral Erazo y otros, contra las sociedades Consorcio Técnico de Construcciones S.A., Conteco y Construcciones El Caribe S.A., debido a que el edificio que construyeron presentaba filtraciones de agua, con respecto a la garantía decenal 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 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.”⁵¹

Por lo tanto, para efectos de este trabajo, se adhiere la posición de que las normas que establece el artículo 2060 del Código Civil colombiano lo que buscan es regular la actividad de la construcción y no una figura contractual específica, por lo tanto dicho artículo le será aplicable a cualquier figura contractual, nominada o innominada, que se utilice para desarrollar dicha actividad.

⁵¹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de junio de 2009. Expediente 0800131030061993-08770-01 Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2009

2.1.1. DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

Durante la ejecución de la obra, la responsabilidad contractual de la construcción se encuentra determinada por la obligación contractual que el empresario asume de entregar una obra de acuerdo con los parámetros que le fueron encargados. Esta obligación es entendida por la doctrina y la jurisprudencia como una obligación de resultado, puesto que es la entrega de la obra el objeto mismo de la obligación.

Al respecto, el doctor Guillermo Ospina en su obra “Régimen General de las Obligaciones” ha mencionado:

“Son de resultado aquellas en que el fin perseguido por el acreedor no se reduce a que el deudor tome una serie de medidas para alcanzar dicho fin, sino que este realmente se logre. Quien contrata arquitecto para que le construya su casa, no tiene en mente los medios que este habrá de emplear para hacer los cimientos, los muros, el techo, sino que espera a entrega del edificio totalmente conforme a las reglas de la técnica y apto para ser habitado.”⁵²

El hecho de que esta obligación sea de resultado implica que su deudor solo pueda exonerarse de responsabilidad, ante un incumplimiento, demostrando una causa extraña. Lo anterior no significa otra cosa distinta a que el empresario tiene una presunción de responsabilidad contractual frente a su contratante por los vicios de construcción que se puedan presentar durante la ejecución de la obra.

Al respecto, la doctora Diana Lucía Barrientos ha dicho lo siguiente:

“En la OBLIGACIÓN DE RESULTADO el deudor de la prestación se obliga a producir un resultado específico y si no da, se presume en

⁵² OSPINA, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A, pág. 127 a 129.

*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*⁵³

2.1.2. DESPUÉS DE LA ENTREGA DE LA OBRA

De cara a la responsabilidad contractual en la construcción, el elemento más importante que trae el artículo 2060 del Código Civil colombiano es su numeral tercero, el cual ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia como la *garantía decenal* y sobre el cual se fundamenta este régimen. Este numeral, el cual ya fue citado dentro de este trabajo, se refiere a que el empresario ejecutor de la obra se obliga contractualmente a entregar la edificación de acuerdo a lo encargado y será responsable por aquellos daños ocurridos durante los diez años siguientes a la entrega de la obra con ocasión a un vicio de construcción, en los materiales o en el suelo que el empresario debiera haber conocido en razón de su profesión, oficio u ocupación. Esta llamada garantía decenal, ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia⁵⁴ como una obligación de resultado⁵⁵ dentro de los

⁵³ 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.

⁵⁴ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de junio de 1958. Magistrado Ponente: Ignacio Escallón. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 1958. "(...) 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 de 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

contratos que tengan como objeto desarrollar la actividad de la construcción y la cual es debida por el empresario. El hecho de que sea una obligación de resultado no quiere decir otra cosa distinta a que dentro de los diez años siguientes a la entrega de la obra, se le presumirá la responsabilidad del empresario por los daños ocasionados por vicios en la construcción, los materiales o en el suelo que haya debido conocer en razón de su profesión, oficio u ocupación. Además, esto implica que el empresario solo podrá exonerarse o desvirtuar esta pretensión de responsabilidad demostrando una causa extraña⁵⁶. Sobre este punto, el doctor Tamayo Jaramillo ha afirmado que:

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 (...)"

⁵⁵ COLOMBIA, TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. 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.: "(...) 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 (...)"

⁵⁶ 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. "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"

“En concepto, la responsabilidad contractual y extracontractual de los constructores prevista en los artículos 2060 y 2351 del Código Civil es presunta (...)”⁵⁷.

2.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LA CONSTRUCCIÓN

Como se dijo anteriormente, el régimen de responsabilidad civil extracontractual en la construcción está delimitado por los artículos 2356 y 2351, este último que remite al artículo 2060 del Código Civil colombiano. Cada uno de estos artículos establece el régimen extracontractual de la construcción dependiendo del momento en el que se encuentre, así: el artículo 2356 será aplicable durante la construcción de la obra, mientras que el artículo 2351 será aplicable después de la entrega de ésta⁵⁸.

2.2.1. DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

El régimen extracontractual de la construcción durante la ejecución de la obra se rige por el artículo 2356 del Código Civil colombiano, el cual, como ya se ha mencionado, es la base de la responsabilidad civil por las actividades peligrosas. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de agosto del año 2010⁵⁹, se trata de una responsabilidad por culpa presunta en donde el supuesto responsable solo podrá exonerarse demostrando causa extraña, cosa que termina siendo una responsabilidad objetiva o una responsabilidad presunta, pues si realmente

⁵⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: LEGIS, 2010, p. 1385.

⁵⁸ POSADA ARANGO, Mateo. La responsabilidad civil en la construcción. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho, 2001.

⁵⁹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 26 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz. Expediente No. 2005-611-01. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2010.

fuera una responsabilidad por culpa presunta, el supuesto responsable debería poder exonerarse demostrando diligencia y cuidado, pero no es así.

En la responsabilidad por actividades peligrosas, como ya se desarrolló en el capítulo primero de este trabajo, el sujeto pasivo o responsable será el guardián del riesgo desplegado, es decir, quien detente el control intelectual de la actividad.

Es una posición uniforme en la doctrina y la jurisprudencia calificar la construcción como una actividad peligrosa, tal como se ha sustentado dentro de los fragmentos y autores que se han citado durante este trabajo. Por lo tanto, será el empresario, figura que se analizará más adelante con el fin de delimitar su concepto, el llamado a vigilar el riesgo que se entiende desplegado dentro de la actividad de la construcción, ya que, como se verá, es éste quien tiene la dirección, control y manejo de la misma.

2.2.2. DESPUÉS DE ENTREGADA LA OBRA

El régimen extracontractual de la construcción después de entregada la obra se encuentra regulado por el artículo 2351 del Código Civil colombiano, el cual remite al numeral 3 del artículo 2060 del compendio civil para determinar el responsable de los daños ocasionados a terceros originados en un vicio de construcción. Este artículo lo que hace es trasladar, al régimen extracontractual, la obligación de resultado que tienen los empresarios dentro de su régimen contractual de que la obra construida no adolezca de vicios en la construcción dentro de los diez años siguientes a su entrega.

Por lo tanto, como se desarrolló en el acápite de la responsabilidad contractual de la construcción, al ser ésta una obligación de resultado, se

entiende que existe una presunción de responsabilidad de la cual el empresario solo se puede exonerar demostrando una causa extraña.

Así las cosas, de los dos eventos desarrollados se puede concluir que, dependiendo del momento en que el tercero sufra el daño en razón de una construcción, se determinará el régimen por el cual se hará responsable al empresario, puesto que si el daño ocurre durante la ejecución de la obra éste responderá por una actividad peligrosa, pero si el daño ocurre después de entregada la misma responderá bajo el régimen consagrado en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil.

2.3. DE LOS VICIOS O DEFECTOS OCULTOS

Para finalizar este mapeo de la normativa que regula la responsabilidad civil de la construcción en Colombia, se hace necesario traer a colación el artículo 934 del Código de Comercio colombiano, el cual regula el tratamiento de los vicios ocultos que presente la cosa vendida o permutada dentro de una compraventa o una permuta mercantil. El tenor literal de esta norma reza:

“ARTÍCULO 934. VICIOS OCULTOS. Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor.

En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida.”⁶⁰

(...)

“ARTÍCULO 938. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La acción prevista en los artículos 934 y 937 prescribirá en seis meses, contados a partir de la entrega.”⁶¹

Si bien la acción contemplada en las normas citadas no se refiere a un caso de responsabilidad de constructores o empresarios por los vicios ocultos en los bienes inmuebles vendidos o permutados, sino a la responsabilidad que por estos motivos le atañe a vendedores y permutantes en general, teniendo en cuenta que la actividad de la construcción hoy en día es desarrollada como un acto mercantil y que además se vale de contratos de compraventa y permuta de la misma naturaleza⁶² para transar los bienes que produce en el mercado, dichos contratos están sujetos al régimen que establece el artículo anterior para darle tratamiento a los vicios ocultos que presenten los bienes inmuebles una vez vendidos al comprador.

Este artículo le es aplicable a cualquier tipo de compraventa o permuta mercantil, no es necesario que el vendedor tenga la calidad de empresario

⁶⁰ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 410 DE 1971 (Marzo 27) “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Publicado en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículo 934.

⁶¹ *Ibíd.* Artículo 938.

⁶² El artículo 1914 y siguientes del Código Civil regulan la acción redhibitoria que tiene el comprador para reclamar por los vicios ocultos que surjan en virtud de una compraventa de naturaleza civil. Sin embargo, teniendo en cuenta que para el caso es de interés analizar cuándo sería aplicable esta figura al empresario o constructor, es importante recordar que toda compraventa o permuta celebrada por un empresario, para enajenar los bienes inmuebles por él construidos, estaría regida por el Código de Comercio, por cuanto el artículo 22 de dicho compendio normativo señala que “si el acto fuere mercantil para una de las partes se registrá por las disposiciones de la ley comercial.”

establecida en el artículo 2060 del Código Civil colombiano. Por lo tanto, solo tomará relevancia dentro del régimen contractual de la responsabilidad civil de la construcción en aquellas situaciones en que el empresario constructor sea a su vez el vendedor del inmueble.

Lo anterior es de gran importancia debido a que, al ser esta figura un remedio especial del comprador para exigirle al vendedor el saneamiento de los vicios ocultos que presente el bien, podría interpretarse que ésta debe ser aplicada con prevalencia a otros regímenes generales como el que establece numeral tercero del artículo 2060 del compendio civil, lo cual supone, en otras cosas, una diferencia importante respecto de la prescripción de la acción que se tiene para reclamarlos.

3. ALCANCE DEL CONCEPTO DE EMPRESARIO

En el apartado anterior se ha mencionado al *empresario* como la persona sujeta a la responsabilidad civil de la construcción, en calidad de deudor, puesto que es con esta palabra que el Código Civil colombiano se refiere a este sujeto en los artículos previamente citados. Como viene de anotarse, el contenido o alcance de esta expresión o concepto no se puede limitar al típico constructor entendido como ejecutor material de la obra, puesto que además de que su concepto en un sentido natural del lenguaje es demasiado vago y amplio⁶³, el hecho de que hoy en día la actividad de la construcción sea desarrollada por múltiples personajes quienes intervienen en conjunto o de manera separada debe tomarse como algo relevante a la hora de imputar responsabilidad por la actividad de la construcción.

Es necesario entender que el hecho de que los proyectos inmobiliarios hoy en día se desarrollen por agentes de diferente naturaleza, como son los constructores, los arquitectos, los promotores, los ingenieros en sus diferentes especialidades, los interventores, entidades financieras, etc., hace que la tarea de dotar de significado la palabra *empresario* no sea un cometido fácil, lo que ha llevado a que no exista una posición unánime dentro de la doctrina, ya que tampoco ha sido objeto de grandes desarrollos académicos o jurisprudenciales. Por lo tanto, de la mano de la doctora Diana Lucía Barrientos⁶⁴ y para los fines de este trabajo se definirá al empresario como toda **“persona natural o jurídica que se encarga en**

⁶³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario De La Lengua Española. Vigésima primera edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2000, pág. 550. “Constructor, ra. (Del lat. constructor, -ōris.) adj. Que construye.”

⁶⁴ COLOMBIA, IARCE. Miembros. Internet: (<http://www.iarce.com/miembros/>) “DIANA LUCÍA BARRIENTOS G. Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Responsabilidad y Seguros, Universidad EAFIT. Estudios de Alta Gerencia en la Universidad de los Andes. Estudios de Maestría en Educación y Desarrollo Humano CINDE – Universidad de Manizales, Abogada Consultora y Litigante en Derecho Inmobiliario y de la Construcción. Docente.”

todo o en parte de la ejecución de la obra o proyecto⁶⁵ y que tenga bajo su esfera jurídica ***“el poder de dirección, control, mando y conocimiento de la obra encomendada”***⁶⁶. Acogiéndose esta definición, se hace posible entender cómo personas que, si bien no realizan actividades propiamente constructivas en una obra, pueden llegar a ser considerados empresarios en la medida que con sus decisiones, actuaciones u omisiones, pueden afectar su destino y su resultado, pudiendo de esta forma incidir en la causación de un daño.

Esta definición no arroja un listado taxativo sobre los agentes que deben calificarse como empresarios dentro del marco de la responsabilidad de la construcción. Por el contrario, lo que establece es una serie de criterios o parámetros para determinar si un sujeto específico, que interviene de cierta manera en la actividad de la construcción, se puede investir con dichas calidades, por lo tanto se considera necesario analizar algunas figuras de las que se podría predicar dicha cualidad.

3.1. EL PROPIETARIO DEL PROYECTO

Esta figura se encuentra definida dentro de la Ley 400 de 1997 “Por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes”, modificada por la Ley 1229 de 2008, así:

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

(...)

31. Propietario. Es la persona, natural o jurídica, dueña del predio, a nombre de la cual se expide la licencia de construcción y quien contrata los

⁶⁵ 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.

⁶⁶ *Ibíd.*

*diferentes profesionales que intervienen en el diseño, la construcción y la supervisión técnica de la estructura de la edificación y de los elementos no estructurales contemplados por esta ley y sus reglamentos*⁶⁷

También, de acuerdo con la doctora Diana Lucía Barrientos Gómez, éste puede ser una persona natural o jurídica que individualmente o en conjunto, a través de figuras bien sea de hecho o de derecho, se disponen a desarrollar un proyecto de construcción o son propietarios de un inmueble en el que se pretende construir.

3.2. PROMOTOR O GERENCIA DEL PROYECTO

Es quien tiene la representación legal del proyecto, además de su dirección y manejo, es decir, se encarga de la contratación de las diferentes etapas y actividades del proyecto a construir; de acuerdo con la doctora Barrientos, “su obligación es de resultado pues es quien se obliga con los dueños del proyecto a que la obra encomendada se lleve a efecto”⁶⁸. Considerando así mismo, que la responsabilidad de este agente es la responsabilidad del empresario denominado por el Código Civil Colombiano. Puede estar a cargo de una persona natural o jurídica.

De otro lado, en palabras del doctor Javier Tamayo Jaramillo en su obra “Tratado de Responsabilidad Civil”:

“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

⁶⁷ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 400 (19 de agosto de 1997). Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes. Diario oficial. Bogotá D.C., 1997. No. 43.113.

⁶⁸ 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.

del promotor inmobiliario está tan ligada a la ejecución misma de la obra, que éste perfectamente está 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 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.”⁶⁹

3.3. INTERVENTORÍA DEL PROYECTO:

Dentro de las normas vigentes del ordenamiento jurídico colombiano, en especial en la Ley 400 de 1997 “Por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes”, modificada por la Ley 1229 de 2008, se puede encontrar una definición es una figura:

“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*

⁶⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: Legis, 2010, pág. 1381.

*propietario durante la construcción de la edificación, bajo cuya responsabilidad se verifica que ésta se adelante de acuerdo con todas las reglamentaciones correspondientes, siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizados por los diseñadores.*⁷⁰

Acogiendo además la definición de esta figura que hace la doctora Barrientos, el interventor es el que se encarga de controlar las actividades que desarrolla el constructor material de la obra y servir como un canal entre éste y la gerencia o propietario del proyecto⁷¹. Sus funciones principales consisten en velar porque la construcción se desarrolle de acuerdo con las directrices y planes pactados con anterioridad, reportar las irregularidades que se presenten durante el desarrollo del proyecto, siendo quien “aprueba o rechaza las entregas totales o parciales de la obra según los planes trazados y el programa a ejecutar”⁷². Así, ha señalado la doctora Barrientos, que a éste se le presumirá responsabilidad y se le tratará con la calidad de empresario en aquellas situaciones que de acuerdo con su profesión u oficio debía conocer los vicios que originaron el daño.

3.4. CONSTRUCTOR

Esta figura también se encuentra definida por la Ley 400 de 1997 “Por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes”, modificada por la Ley 1229 de 2008:

⁷⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 400 (19, agosto, 1997). Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes. Diario oficial. Bogotá D.C., 1997. No. 43.113.

⁷¹ 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.

⁷² *Ibidem*.

“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.”⁷³*

Para complementar y precisar esta definición, se recurre también a la doctrina especializada en el tema, donde la doctora Barrientos hace una precisión sobre las distintas formas a través de las cuales se puede vincular un constructor a una obra determinada y que se consideran relevantes a la hora de determinar su posible responsabilidad dentro de este régimen:

- a) **Constructor como ejecutor de la obra:** En este caso se entiende por constructor la persona encargada de desarrollar materialmente la obra o parte de ésta, la cual ha sido contratada por la gerencia o por el propietario del proyecto con este propósito, de acuerdo con unos parámetros establecidos previamente en planos, licencias y diseños, los cuales no elabora o desarrolla el constructor ejecutor de obra. Dicha ejecución debe realizarla con autonomía administrativa y de acuerdo con sus conocimientos técnicos, esto implica que tiene la potestad de realizar observaciones y correcciones sobre los planos preestablecidos conforme a los conocimientos generales o específicos que pudiere tener para hacerlo. Es también el encargado de la compra de materiales y de la administración del personal que participe en la ejecución de la obra bajo su autoridad y por tanto del pago de sus salarios y prestaciones sociales, entre otros. En

⁷³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 400 (19, agosto, 1997). Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes. Diario oficial. Bogotá D.C., 1997. No. 43.113.

resumen, su misión es dirigir técnica y administrativamente la construcción de la parte de la obra encargada, lo cual no es algo distinto al “*poder de dirección, control, mando y conocimiento de la obra encomendada*”⁷⁴ que lo convierte en un empresario a la luz de las normas del Código Civil y destinatario de las normas que componen el régimen de responsabilidad civil del constructor.

El hecho de que este constructor ejecute su parte de la obra de acuerdo con los planos, estudios, licencias y diseños que le entrega la gerencia o el propietario del proyecto, podría llevar a concluir que, en principio, éste podría exonerarse de responsabilidad aduciendo como causa extraña el hecho de un tercero – de la gerencia o propietario del proyecto - en caso de que la construcción adolezca un vicio ocasionado porque alguno de los documentos entregados esté errado o tenga un vicio. Lo anterior siempre y cuando el constructor no haya debido conocer estos vicios en razón de su profesión, oficio u ocupación, ya que como se dijo anteriormente, la dirección administrativa y técnica de la obra encomendada incluye la observación y corrección de los documentos preestablecidos que se le entreguen conforme sus conocimientos generales o específicos sobre el tema. Sobre este asunto se hará un desarrollo más detallado en el acápite siguiente.

Lo descrito en éste literal no obsta para que la obra les sea encargada a varios constructores. Por ejemplo, a uno se le podría entregar la construcción del sistema hidráulico y a otro el resto de la obra, lo que implicaría la necesidad de analizar cada caso específico para determinar quién o quienes tienen la calidad de *empresario* a efectos de determinar su

⁷⁴BARRIENTOS 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.

participación o injerencia en la generación del daño por el cual se pretende atribuir responsabilidad

- b) **Constructor como quien maneja directamente el proyecto:** Bajo esta modalidad se entiende por constructor aquel empresario, bien sea persona natural o jurídica, que desarrolla en su totalidad un proyecto de construcción, ya sea porque una persona se lo encargue o porque éste es el propietario del terreno en donde se ejecutará el proyecto. A diferencia de la figura enunciada anteriormente, aquí el constructor emprende desde el inicio el proceso para llevar a cabo la ejecución material de la obra, es decir, es quién debe realizar o contratar los estudios, planos y diseños, así como obtener las licencias y cumplir los demás requisitos necesarios para luego ejecutar la construcción material de la obra y promover o vender el proyecto. Podría decirse que bajo ésta modalidad confluyen la figura del constructor ejecutor y la figura del promotor de la obra en una misma persona, e incluso puede llegar a confluir también la figura del propietario del proyecto, haciéndose más reducida para este empresario la baraja de posibilidades que puede llegar a tener para exonerarse de responsabilidad aduciendo una causa extraña por el hecho de un tercero, como pasará a explicarse más adelante.

Del desarrollo anterior se puede concluir que dentro de una misma obra es posible encontrar varios empresarios sujetos al régimen de responsabilidad de la construcción, los cuales tienen como elemento común y determinante la dirección y control sobre una parte específica y diferente de la obra, o sobre una obra autónoma contenida dentro de la obra principal, sin que estos empresarios tengan que realizar precisamente actividades de construcción material, así como lo manifiesta la doctora Diana Lucía Barrientos: *“en muchas oportunidades en un mismo proyecto pueden coexistir varias obras ejecutadas por diferentes profesionales obras que son autónomas pero ejecutadas por personal diferente al*

del constructor de otra obra autónoma y requieren manejo y dirección diferente al del constructor típico”⁷⁵.

También se puede concluir que las cualidades de las distintas figuras, que pueden tener la calidad de empresario, pueden llegar a confluir en una misma persona. El hecho de que puedan encontrarse varios empresarios dentro de una misma obra supone la posibilidad de que cada uno de éstos pueda llegar a exonerarse de responsabilidad aduciendo una causa extraña por el hecho de otro empresario, o que por el contrario surja una responsabilidad solidaria⁷⁶ o una responsabilidad solidaria imperfecta⁷⁷ entre ellos, dependiendo si hay lugar a una responsabilidad contractual o extracontractual cuando varios de estos empresarios concurren en la causación de un daño originado en un vicio de la construcción.

Por lo tanto, cuando una obra adolece de un vicio de construcción es necesario identificar cada uno de los empresarios que intervinieron en la ejecución de la misma, para determinar quién tenía **la dirección, mando control y dirección** del hecho que causó la falla generadora del daño. No obstante, es preciso aclarar que cuando no se puede identificar el empresario responsable del vicio causante del daño, la presunción⁷⁸ de responsabilidad que se establece en el artículo 2060 del

⁷⁵ 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.

⁷⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil colombiano. Artículo 2344: “**ARTÍCULO 2344 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.** Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.”

⁷⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: Legis, 2010, pág. 45

⁷⁸ 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. “Conforme lo dispone el art. 2060 N° 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

Código Civil Colombiano en su numeral tercero operará en contra de todos los empresarios que intervienen en ésta, presunción que debe ser desvirtuada por cada uno de ellos demostrando que la actividad por ellos desarrollada no incidió en el daño. En palabras de la doctora Diana Lucía Barrientos: *“cuando no es fácil determinar de donde proviene el daño y existen varios empresarios que tengan relación directa con la ejecución de la obra la presunción operará contra todos y cada uno para exonerarse deberá demostrar o la culpa del otro o que su participación no incidió en el resultado”*⁷⁹. De este último fragmento citado se puede concluir que la culpa demostrada de un empresario frente a la ocurrencia de un hecho, exonera a los empresarios diligentes de la causación de éste siempre y cuando, entre el empresario que pretenda demostrar la causa extraña y el empresario al que se le demuestre la culpa no exista una relación contractual directa, esto último se explicará con más detalle en el capítulo siguiente.

Finalmente, se puede decir que el núcleo del concepto de empresario es “el poder de dirección, control, mando y conocimiento de la obra”⁸⁰.

2041, inciso final”. (Se debió citar el 2057 que reza: ... 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.)

En la norma citada se establece un término de garantía de diez años después de la entrega de la obra para presumir la responsabilidad del empresario – constructor por los daños que se ocasionen en la obra por vicio de construcción, del suelo y vicio de los materiales, según el caso, esto es lo que comúnmente se ha denominado GARANTÍA DECENAL.”

⁷⁹ 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.

⁸⁰ *Ibidem*.

4. TERCEROS EN LA CONSTRUCCIÓN

Como se ha pretendido exponer hasta el momento, el régimen especial de responsabilidad que se aplica a la actividad de la construcción tiene un criterio subjetivo al momento de seleccionar la persona que responderá bajo las condiciones que imponen estas normas especiales, es decir, que el régimen de responsabilidad de la construcción que se describió en el capítulo anterior, le es aplicable a la persona que ostente la calidad de empresario, como lo llama el Código Civil. Por el contrario, dicho régimen no le será aplicable a aquellas personas que a pesar de tener relación con un proyecto o con una obra, no cumplan con los requisitos de dirección, control, mando y conocimiento de la misma.⁸¹

Ahora bien, al acercarse a las razones que motivaron la realización de este trabajo, lo que se pretende en este capítulo es intentar determinar cuándo el empresario puede alegar la ocurrencia de una causa extraña por el hecho exclusivo de un tercero en la situación hipotética de que la obra que le fue encargada adolezca de un vicio en su construcción; es decir, intentar determinar quién puede ser un verdadero tercero de cara al empresario: ¿lo serán los empleados de los que se vale para ejecutar la obra encomendada?, ¿lo serán los contratistas de los que se valga para ello?, ¿lo serán los demás empresarios que participan de la obra?.

Es necesario aclarar que intentar dar solución a esta inquietud no es una tarea fácil teniendo en cuenta que, a la fecha de realización de este trabajo y luego de realizar una búsqueda minuciosa, no se tiene registro de que este tema haya sido abordado de forma explícita por la doctrina o por la jurisprudencia, por lo cual lo que se hará es acoger el desarrollo que hace la teoría general de la responsabilidad civil para la causa extraña por el hecho de un tercero y adaptarlo

⁸¹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El régimen de la responsabilidad civil de los constructores en Colombia. Santa Marta: Segundo Congreso Internacional de Derecho de Seguros: Actuales paradigmas jurídicos - Fasecolda, 2014.

a la responsabilidad de la construcción dándole una aplicación a cada una de las situaciones específicas que se abordarán. Con ello se pretende analizar si es posible encontrar un verdadero tercero frente al empresario, o si por el contrario, se tiene una persona por la cual éste deba responder por el hecho ajeno – si se trata de un ámbito extracontractual - o por el incumplimiento de una prestación contractual causado por el hecho de sus dependientes, en un ámbito contractual.⁸²

Al retomar la teoría general de responsabilidad civil sobre quién constituye un verdadero tercero, se encuentra que es aquel que no dependa jurídicamente del responsable. Ahora bien, al traer dicho concepto al ámbito de la construcción, se puede afirmar que es un tercero quien no tenga ningún vínculo de dependencia jurídica con el empresario, es decir, que sea una persona que fáctica o jurídicamente no dependa de aquella que detente la dirección, control, mando y conocimiento de una obra específica que adolezca de un vicio de construcción. También es válido aclarar que esa dependencia, bien sea fáctica o jurídica, debe circunscribirse al momento, lugar y modo de los hechos, es decir, la dependencia deberá estar enmarcada en el ámbito de la actividad desarrollada.

Según lo anterior, para que se configure frente al empresario la causal de exoneración de responsabilidad por el hecho exclusivo de un tercero, es necesario que el vicio en la construcción haya sido causado exclusivamente por una persona que no haya estado bajo la dirección, el manejo o el control de quien se erige como empresario de la obra que adolece del vicio.

Habiendo desarrollado ya el núcleo teórico del concepto de tercero en relación con la actividad del empresario y aclarando nuevamente que existe en Colombia un precario desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario sobre el tema, a continuación se analizarán algunas situaciones específicas, que pueden presentarse en el marco de la actividad edificadora, en las que se presenta la discusión que ocupa a este escrito, no sin antes advertir que éste es un ejercicio

⁸² PODETTI, Humberto. Contrato de Construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, pág. 69.

académico que pretende arrojar posibles respuestas o soluciones a esta problemática, sin pretender llegar a conclusiones definitivas.

4.1. EL EMPRESARIO FRENTE A SUS EMPLEADOS

Esta situación se da cuando el empresario tiene personas a cargo vinculadas bajo la modalidad de un contrato de trabajo y una de éstas personas culposa o dolosamente despliega una actuación que genera un vicio en la construcción. Al encontrarse frente a un régimen de responsabilidad civil contractual, es pertinente aclarar que el empresario respondería por el incumplimiento de una obligación contractual que deviene del hecho de un dependiente suyo. En cambio, si se enfrenta a un régimen extracontractual de responsabilidad civil, primero es necesario determinar si el empresario es una persona jurídica o natural. En el primer caso, los hechos de sus empleados, cuando estén en ejercicio o en ocasión de sus funciones, se entenderán como los propios hechos de la persona jurídica⁸³. En el segundo caso, los hechos de sus empleados no se entenderán como los hechos propios de éste, pero él podría llegar a ser responsable por esos actos cuando el empleado se encuentre en ejercicio o en ocasión de sus funciones⁸⁴. Para determinar si un empleado está actuando en ejercicio o en ocasión de sus funciones, se debe analizar la conexidad temporal, funcional e instrumental entre las funciones del empleado y el hecho dañoso.

Ahora bien, de acuerdo con los tres elementos esenciales del contrato de trabajo - prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y

⁸³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 909 (1, diciembre, 2011). Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C.: La Corte Constitucional, 2011.

⁸⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 57 DE 1887 (Abril 15). Código Civil Colombiano. Artículo 2347.

dependencia⁸⁵-, es claro y se puede determinar que los empleados del empresario dependen jurídicamente de él y se encuentran dentro de su esfera de autoridad y control mientras se encuentren en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Por tanto, no podría alegar el empresario la existencia de una causa extraña por el hecho de un tercero cuando por la actuación de uno de sus empleados la edificación que le fue encomendada adolezca de un vicio en su construcción. Esta situación cambiaría completamente en el caso hipotético en que el empleado del empresario realice una conducta, bien sea culposa o dolosamente, por fuera del ejercicio de sus funciones y sin ocasión a éstas que conlleve a la ocurrencia de un vicio en la edificación. En esta situación el constructor, al ser demandado en un proceso como presunto responsable del daño, podría defenderse alegando el hecho exclusivo de un tercero como causa extraña siempre y cuando el hecho, además de provenir de un verdadero tercero para él, lo cual cumpliría el requisito de la exterioridad, cumpla con los otros dos requisitos necesarios de la causa extraña: imprevisibilidad, irresistibleidad.

Un ejemplo ilustrativo de una situación en la que el empresario no podría alegar como causa extraña el hecho de su empleado, sería el caso en que uno de sus trabajadores, haciendo la mezcla del concreto que se va a utilizar en la estructura de la edificación, omite culposamente verter en la mezcla la cantidad de cemento necesaria para lograr la idoneidad del concreto, omisión que luego se ve reflejada en la debilidad y agrietamiento de la estructura del edificio.

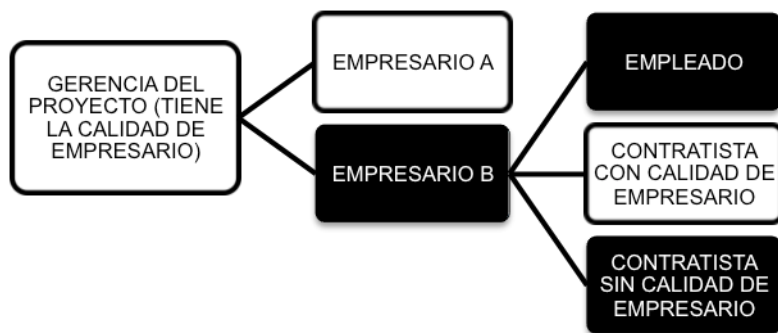
⁸⁵ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 2663 (9, septiembre, 1950) Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1950. No. 27.407. “Artículo 24. Elementos Esenciales. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y c) Un salario como retribución del servicio. 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

Por otra parte, un caso que ejemplifica la situación en la que el empresario podría exonerarse de responsabilidad alegando el hecho de uno de sus trabajadores como causa extraña, sería aquel en que uno de sus empleados, en un día de descanso, en el que no tiene que cumplir ninguna de las funciones a las que lo obliga su contrato laboral, decide ir al lugar de la construcción a fisurar dolosamente una de las columnas que cimienta el edificio con el fin de causar un daño en la misma. Valga aclarar, como se dijo antes, que para que se configure la causa extraña es necesario que dicho hecho haya sido irresistible e imprevisible para el empresario además de ser exterior para éste, lo cual se demuestra cuando se prueba que no existe dependencia jurídica entre el empresario y el tercero.

Dentro del planteamiento anterior pueden enmarcarse también aquellos casos de los contratistas de los que se vale el empresario para desarrollar materialmente la obra. Este sería el caso de las personas vinculadas con el empresario a través de un contrato de prestación de servicios pero que, por las labores que desempeñan, no alcanzan a tener la calidad de empresario – dirección, mando, control y conocimiento de la obra -, puesto que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que el elemento necesario cuando se responde por el hecho de un empleado no es el contrato de trabajo en sí mismo⁸⁶, sino la dependencia, trasladándole el mismo régimen de los empleados a aquellas personas que cumplen sus mismas funciones a través de un contrato de prestación de servicios.

Una imagen ejemplificativa de esta figura sería aquella señalada por los personajes marcados con negro:

⁸⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 909 (1, diciembre, 2011). Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C.: La Corte Constitucional, 2011.



4.2. EL EMPRESARIO FRENTE A SUS CONTRATISTAS

Los contratistas que se pretende analizar en este fragmento son aquellos que ostentan la calidad de empresario, es decir, aquellos que por el objeto y la naturaleza del contrato que celebran con el empresario contratante, asumen la dirección, el control, el mando y el conocimiento de la parte de la obra que se les encomienda, alcanzando así la calidad necesaria para que le sea aplicable el régimen especial de la responsabilidad civil en la construcción que se desarrolló en capítulos anteriores. Así, este es el caso en el que el empresario contratante encomienda la realización de una parte específica de la obra, sobre la cual él tiene dirección, control y manejo, a un contratista al que le otorga dirección, control y manejo de la parte de la obra que se le encomienda. En este punto hay que tener presente que entre el empresario contratante y el empresario contratista existe una relación jurídica vertical.

De acuerdo con el concepto de empresario desarrollado en este trabajo, en esta situación se logran identificar dos empresarios distintos, esto es, el empresario contratante y el empresario contratista, quienes participan de la ejecución de una parte de la obra con dirección control y manejo de la parte que le fue encomendada a cada uno.

Frente a esta situación se considera que se podrían asumir dos posiciones, a saber:

- a) Cuando el empresario contratante le encomienda una parte de la obra al empresario contratista y le da dirección, control y manejo sobre la misma, el primero se libera de la dirección, control y manejo de la parte específica encomendada, pues se la transfiere al empresario contratista. Los argumentos que sustentan esta posición radicarían en que el empresario contratante contrata al empresario contratista porque no posee la capacidad y conocimiento técnico para realizarlo por sí mismo, y son estos conocimientos o capacidades especiales que tiene el empresario contratista, los que hacen que solo él pueda determinar y materializar las decisiones y el destino de la actividad que le fue encomendada, teniendo entonces la dirección control y manejo absoluto sobre dichas actividades. Ejemplos de lo anterior podrían ser aquellos en los que el empresario contratante contrata a un empresario contratista con una especialidad tal como un ingeniero estructural, un ingeniero de suelos, un arquitecto, etc.

Adoptar esta posición permitiría llegar a concluir que el daño o vicio causado en la parte de la obra encomendada, por una culpa o dolo del empresario contratista, configura una causa extraña por el hecho exclusivo de un tercero frente al empresario contratante, esto si además concurren los demás elementos de la causa extraña⁸⁷.

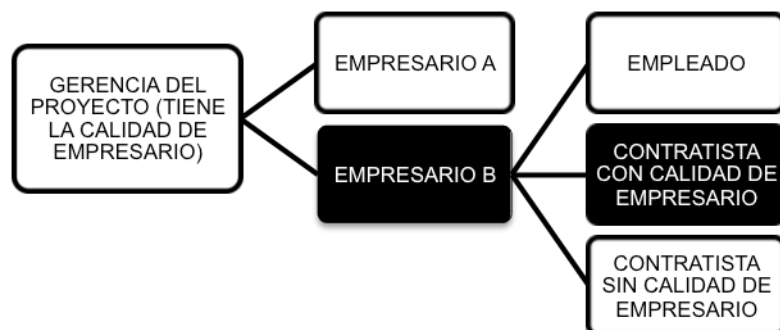
- b) Cuando el empresario contratante le entrega a un empresario contratista una parte de la obra, dándole dirección, control y manejo, no significa que esta parte de la obra salga de su esfera de dirección, control y manejo, pues esta parte de la obra no deja de pertenecer a la obra del empresario contratante. En otras palabras, el empresario contratante sigue tendiendo dirección, control y manejo sobre el empresario

⁸⁷ Imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad.

contratista, así éste tenga a su vez dirección, control y manejo sobre la parte de la obra que le fue encomendada. Si se asume esta posición, el empresario contratante no puede alegar, por los hechos del empresario contratista, una causa extraña por el hecho exclusivo de un tercero, pues bajo esta posición, el empresario contratista y la parte de la obra que le fue encomendada, siguen dependiendo jurídicamente del empresario contratante.

Un ejemplo de esta situación sería aquél en el que el empresario al que le fue encargada la construcción material de una obra, contrata a un ingeniero estructural o calculista para que realice el diseño estructural de la obra a construir. Esto implica que dicho ingeniero adquiere en sí mismo las cualidades de un empresario, cuyos hechos podrá alegar el empresario contratante como una causa extraña por el hecho exclusivo de un tercero, dependiendo de la posición que se asuma frente a la permanencia o no permanencia de éste dentro de la esfera de dirección control y manejo del empresario contratante.

Una imagen ejemplificativa de esta figura sería aquella señalada por los personajes marcados con negro:



4.3.DEL EMPRESARIO FRENTE A OTROS EMPRESARIOS (NO CONTRATISTAS)

Este es el caso en el que dentro de ejecución de una obra confluyen varios empresarios diferentes encargados cada uno de la dirección, manejo y control de una parte diferente de la obra, no porque uno de estos haya contratado a los otros, sino porque otro empresario, que bien podría ser el gerente del proyecto, el propietario del proyecto u otro empresario al que se le había encomendado la ejecución de la obra, contrató a cada uno de éstos para que desarrollara una parte determinada de la obra bajo la calidad de empresarios, es decir, que entre los empresarios que se analizarán en este punto no existe una relación jurídica vertical. En esta situación, el hecho de uno de estos empresarios puede constituirse como causal de exoneración por el hecho exclusivo de un tercero para el otro empresario, pues ninguno de éstos hace parte de la esfera de dirección, manejo y control del otro; es decir, entre ellos no existe una relación de dependencia jurídica y por lo tanto el hecho de uno de estos es ajeno a los demás.

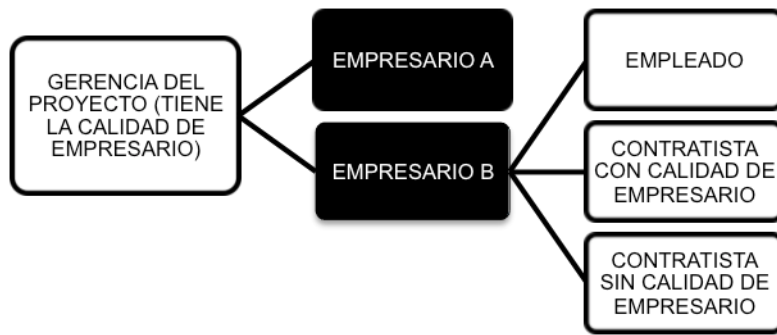
En este punto es necesario aclarar que, cuando la obra encargada a uno de éstos empresarios debe ser desarrollada a partir de la obra que desarrolló otro empresario, la cual adolece de un vicio de construcción, éste no debe haber conocido el error o culpa cometido por el otro empresario en virtud de su profesión, oficio u ocupación para poderse exonerar por causa extraña (hecho de un tercero). Si por el contrario, el empresario tenía el deber de conocer el vicio, éste no podría alegarlo como una causa extraña, pues dicho hecho no le sería ni imprevisible ni irresistible. No le sería imprevisible porque en virtud de su profesión, oficio u ocupación, debió haberse percatado del vicio que adolecía la obra del otro empresario, ni le sería irresistible, pues de haberlo conocido lo hubiera puesto en conocimiento del otro empresario y se hubieran podido adoptar las medidas necesarias para corregirlo, o en el peor de los

casos se habría abstenido de ejecutar su parte de la obra partiendo de la obra mal construida.

Esta situación podría ejemplificarse con el caso en el que el gerente de un proyecto le encomiende a un empresario el diseño estructural de la obra y a otro empresario le encomiende la ejecución material de la misma. Suponiendo que el ingeniero calculista comete un error en la elaboración del diseño estructural y éste se materialice en un vicio de la estructura del edificio, el cual ocasione un daño, el empresario que construyó materialmente la obra podría alegar una causa extraña por el hecho exclusivo del ingeniero calculista, siempre y cuando éste no debiera haber conocido el error en virtud de su profesión, oficio u ocupación.

El hecho de que hoy en día la construcción sea una actividad en tanto crecimiento, ha hecho que los profesionales y empresas que participan de ella se especialicen cada vez mas en una actividad específica. Esto hace que sea muy difícil hablar de empresarios en general, ya que son muchas las diferencias que pueden darse entre éstos. Por ejemplo, dentro de la ingeniería no se puede hablar de meros ingenieros – pues los hay mecánicos, eléctricos, electrónicos, químicos, etc. -, ni tampoco de simples ingenieros civiles, pues al interior de una obra se pueden diferenciar también la especialidad de cada uno de éstos - ingenieros de suelos, ingenieros de materiales, ingenieros estructurales, etc. -, todo con el fin de poder determinar el nivel de conocimiento que se les debe exigir de acuerdo con su profesión, oficio u ocupación. Esto se traduce en que, para responder a la pregunta de sí un empresario debía o no conocer una determinada situación en virtud de su profesión, oficio u ocupación, se deba hacer un análisis con un gran rigor técnico.

Una imagen ejemplificativa de esta figura sería aquella señalada por los personajes marcados con negro:



5. ESTATUTO DEL CONSUMIDOR COMO RÉGIMEN ALTERNATIVO

Con la promulgación de la Ley 1180 de 2011, que constituye el actual Estatuto del Consumidor, entran en vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano un conjunto de normas que resultan aplicables y útiles para solucionar algunas de las controversias que se presentan en la actividad de la construcción, constituyéndose como una alternativa a la tradicional régimen de responsabilidad de la construcción que se logra dilucidar del régimen civil, desarrollado en los párrafos anteriores. Ahora bien, bajo las normas del referido estatuto, se regulan únicamente aquellas relaciones que tienen las calidades de una relación de consumo⁸⁸, es decir, que podrán dirimirse bajo dicho compendio normativo solamente los conflictos que resulten de aquellas relaciones.

Dicho lo anterior, se hace necesario traer a colación las definiciones básicas del Estatuto del Consumidor para entender lo que éste entiende por una relación de consumo y qué situaciones, dentro de la construcción, se logran enmarcar dentro de la misma, así:

“ARTÍCULO 5. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...)

3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto,

⁸⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220. Artículo 2. *“ARTÍCULO 2. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados.”*

cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

(...)

8. Producto: Todo bien o servicio.

9. Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

(...)

11. Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

(...)

17. Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.

(...)⁸⁹

Las anteriores definiciones que trae la ley permiten dilucidar claramente que dentro de la actividad de la construcción se puede identificar un consumidor, un productor y un producto, surgiendo así una relación de consumo que permitiría, al consumidor de dicha relación- por ejemplo, el comprador de un inmueble - acudir a

⁸⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220. Artículo 5.

estas normas para proteger sus derechos o reparar los daños sufridos con ocasión de un producto defectuoso, que claramente podría ser un inmueble que presente vicios en su construcción. Dichos vicios dentro de este régimen le son atribuibles al productor y al proveedor, en este caso al empresario o constructor que intervino en la ejecución de la edificación y en general a cualquier persona que se pueda identificar como parte en la cadena de producción o distribución del bien.

Debido a la reciente expedición de esta ley, no hay gran desarrollo doctrinal ni jurisprudencial sobre la aplicación del Estatuto del Consumidor al ámbito de la construcción, pero hay varios puntos de esta norma que vale la pena enunciar, pues resultan novedosos a la hora de analizar un conflicto.

Primero, se puede observar que dentro de la definición de consumidor que interesa para esta ley, no es necesario que éste tenga un derecho real de dominio sobre el producto. Tampoco interesa que éste tenga una relación contractual con el productor o con el expendedor, sino que basta con el mero disfrute o uso del mismo para que éste se haga a la calidad de consumidor y se entienda como sujeto de una relación de consumo.

De lo anterior, aterrizado a la actividad de la construcción, se puede llegar a concluir que, por ejemplo, el comodatario o el arrendatario de un inmueble, bajo el entendimiento de que tiene una relación de consumo con el productor de éste, pueda perseguir la reparación de los daños que pueda llegar a sufrir por un vicio en la construcción del mismo, sin tener que diferenciar su acción dentro de un régimen contractual o extracontractual, sino que le bastaría con ejercer la “acción de protección al consumidor, contenida en el numeral 3, artículo 56⁹⁰ del Estatuto

⁹⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220. “ARTÍCULO 56. Acciones jurisdiccionales. Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son: (...) 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las

del Consumidor, con los mismos derechos que la ejercería un sujeto de mayor derecho como el propietario del inmueble.

Segundo, el concepto de productor que acoge esta ley no exige, a diferencia del concepto de empresario que adopta el régimen civil, que éste tenga dirección, control y manejo sobre la ejecución del producto, en este caso de un bien inmueble, pudiéndose concluir que cualquier persona que participe de la ejecución de éste se entenderá como productor, estando sometido a la solidaridad contenida en el artículo 20⁹¹ del estatuto, la cual implica que el consumidor podría perseguir la totalidad de los daños que sufra por un producto defectuoso a cualquiera de los intervinientes que tenga la calidad de productor.

En tercer lugar, el Estatuto del Consumidor establece en su artículo 8⁹² para productos inmobiliarios, una garantía de diez años por la estabilidad de la obra y

normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.”

⁹¹ *Ibidem*. ARTÍCULO 20. Responsabilidad por daño por producto defectuoso. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto. Como daño, se entienden los siguientes: 1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso. Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

⁹² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220. 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. 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

de un año para los acabados de la misma, lo cual se diferencia de la garantía establecida en el régimen civil, que de acuerdo al doctor Tamayo Jaramillo es de diez años tanto para acabados como para la estabilidad de la obra:

“Finalmente, el artículo 8°, inciso final, establece para los inmuebles, una garantía legal de un año para los acabados. Esta norma, lejos de proteger al consumidor, lo que hace es desmejorarlo. En efecto, el artículo 932 del Código de Comercio establece la garantía de eficiencia en la que nada exonera de responsabilidad al vendedor. Y es lógico que así sea, pues no me imagino al vendedor de una estufa ineficiente, que se exonere probando que la falta de eficiencia se debe al hecho de un tercero. En la compraventa, el vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato. Y si hay una causa extraña que hace ineficiente el producto, ese riesgo lo asume el vendedor. De otro lado, el artículo 2060 del Código Civil establece una garantía de 10 años aun para los acabados de los inmuebles. Como se ve, el estatuto lo que hace es proteger al productor y perjudicar al consumidor⁹³”.

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.

⁹³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad civil en el nuevo Estatuto del Consumidor. Internet: (http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-08la_responsabilidad_civil_en_el_nuevo_estatuto_del_consumidor/noti-120314-08la_responsabilidad_civil_en_el_nuevo_estatuto_del_consumidor.asp)

Es importante aclarar que la garantía enunciada anteriormente la deben solidariamente al consumidor los sujetos con calidad de productores y proveedores de acuerdo con el artículo 10⁹⁴ de la Ley 1480 de 2011.

Finalmente, también es necesario resaltar dentro de este conjunto de normas, lo dispuesto por el artículo 13⁹⁵ del decreto 735 de 2013, el cual reglamenta la ley

⁹⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220.

⁹⁵ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 735 DE 2013. Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7° y siguientes de la Ley 1480 de 2011. Publicado en el Diario Oficial No. 48.764 del 17 de abril de 2013. *“Artículo 13. Garantía legal de bienes inmuebles. En el caso de bienes inmuebles, para solicitar la efectividad de la garantía legal sobre acabados, líneas vitales del inmueble (infraestructura básica de redes, tuberías o elementos conectados o continuos, que permiten la movilización de energía eléctrica, agua y combustible) y la afectación de la estabilidad de la estructura, definidos en la Ley 400 de 1997, el consumidor informará por escrito dentro del término legal de la garantía, al productor o expendedor del inmueble el defecto presentado. El productor o expendedor, entregará una constancia de recibo de la reclamación y realizará, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, una visita de verificación al inmueble para constatar el objeto de reclamo. Parágrafo 1°. Cuando la solicitud de la garantía legal sea sobre los acabados y las líneas vitales, el productor o expendedor deberá responder por escrito al consumidor, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la visita de verificación del objeto del reclamo. Este término podrá prorrogarse por un periodo igual al inicial, cuando la complejidad de la causa del reclamo así lo requiera, situación que deberá ser informada por escrito al consumidor. A partir de la fecha de la respuesta positiva dada al consumidor, el productor o expendedor reparará el acabado o línea vital objeto de reclamo, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la respuesta. Si una vez reparado el acabado o la línea vital, se repite la falla, el consumidor a su elección, podrá solicitar una nueva reparación, la reposición del acabado o la línea vital afectados o la entrega de una suma equivalente al valor del acabado o línea vital afectados. Parágrafo 2°. Frente a la reclamación por la afectación de la estabilidad de la estructura del inmueble, el productor o expendedor deberá responder por escrito al consumidor, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la realización de la visita de verificación señalada en el presente artículo. Este término podrá ser prorrogado por un periodo igual al inicial, cuando la complejidad de la causa del reclamo así lo requiera. En todo caso, deberá ser informado por escrito al consumidor. A partir de la fecha de la respuesta positiva dada al consumidor y dentro del plazo que señalen los estudios técnicos que definan la solución a implementar, el productor o expendedor reparará el inmueble, restituyendo las condiciones de estabilidad requeridas conforme a las normas de sismorresistencia vigentes con que fue diseñado. De no ser posible la reparación del inmueble ni restituir las condiciones de estabilidad que permitan la habitabilidad del mismo, el productor o expendedor del bien procederá a la devolución del valor total recibido como precio del bien. Para tal efecto, y en caso de existir crédito financiero, reintegrará al consumidor tanto el valor cancelado por concepto de cuota inicial así como la totalidad de las sumas de dinero canceladas por concepto de crédito a la entidad financiera correspondiente, debidamente indexado con base*

1480 de 2011 en materia de garantías. Este artículo en particular regula la garantía legal que trae el estatuto del consumidor para bienes inmuebles estableciendo tres puntos los cuales es necesario mencionar:

- a) En este artículo se establece un procedimiento el cual debe ser seguido por el consumidor para poder hacer efectiva la garantía del bien. Este procedimiento consiste en que el consumidor deberá presentar una solicitud por escrito al productor, dentro del término de la garantía, el cual deberá entregar una constancia de recibo y realizar una visita al inmueble dentro de los cinco días hábiles siguientes. El productor deberá darle una respuesta a la solicitud dentro de los diez días hábiles siguientes a la visita, si se trata de una garantía por los acabados del inmueble, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a la visita si se trata de una garantía por la estabilidad de la estructura del inmueble. Dicho requerimiento escrito es además requisito de procedibilidad especial para adelantar la acción de protección al consumidor, según lo establece el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011⁹⁶.

en la variación del IPC. Así mismo, deberá cancelar a la entidad financiera, el saldo total pendiente del crédito suscrito por el consumidor. Una vez realizada la devolución del dinero al consumidor y a la entidad financiera, se producirá la entrega material y la transferencia del derecho dominio del inmueble al productor o expendedor. En caso de no existir crédito financiero, el productor o expendedor deberán reintegrar el valor total cancelado por concepto del bien, debidamente indexado con base en la variación del IPC. En todo caso, el consumidor devolverá el inmueble libre de cualquier gravamen y deuda por concepto de impuestos, servicios públicos o cánones de administración. La devolución del dinero se hará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que el productor o expendedor y el consumidor suscriban la escritura pública de transferencia de la propiedad del inmueble a la persona indicada por el productor o expendedor y siempre que se hubiere procedido con el registro de la correspondiente escritura. Los gastos de la escritura pública y registro correrán por cuenta del productor o expendedor. Parágrafo 3°. Para los bienes inmuebles, el término de la garantía legal de los acabados y las líneas vitales será de un (1) año y el de la estabilidad de la obra diez (10) años, en los términos del artículo 8° de la Ley 1480 de 2011.”

⁹⁶ *Ibidem*. Artículo 58: “Procedimiento. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes

- b) El consumidor no puede pretender como primera medida, dentro de su reclamación, que le sea devuelto el precio que pagó por el inmueble, ya que en caso de que el vicio de los acabados o de la estructura sea reparable, el consumidor solo tendrá derecho a esta reparación como garantía.

- c) En caso de no ser posible la reparación del bien, el consumidor solo tendrá derecho al precio que pagó por el inmueble, indexado de acuerdo con la evolución del IPC. ¿Quiere decir esto que los demás daños que sufra el consumidor con ocasión al daño que hizo exigible la garantía legal, los deberá cobrar a través de las acciones propias del régimen de responsabilidad civil? En efecto, si por ejemplo el inmueble se había valorizado entre el momento de su compra y el momento en que ocurrió el daño, el consumidor deberá acudir al régimen de responsabilidad civil de la construcción para reclamar este daño.

Las opiniones enunciadas con anterioridad no pretenden ser conclusiones definitivas, son la apreciación de algunas inquietudes que se presentan al adentrarse en este estatuto, pero de lo que sí no cabe duda, es que dentro de la actividad de la construcción se pueden conformar relaciones de consumo, lo cual hace que este compendio se presente como una alternativa para que las víctimas de los perjuicios generados con ocasión de la actividad edificadora puedan reparar sus daños acudiendo a un régimen que, al basarse en principios y conceptos diferentes a los del tradicional régimen civil, les puede resultar más beneficioso.

reglas especiales: (...) 5. A la demanda deberá acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor y/o proveedor, reclamación que podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente, con observancia de las siguientes reglas:"

6. CONCLUSIONES

- Hoy en día la construcción se desarrolla principalmente como una actividad mercantil y no se ejecuta en solitario por un empresario, sino que en ésta intervienen gran cantidad de agentes y de personas, realidad que es contraria a lo que estableció legislador en la Ley 57 de 1887. Por lo tanto, para darle aplicación en la actualidad a estas normas, se hace necesario realizar una labor interpretativa, labor que implica llenar de nuevos contenidos los conceptos establecidos en dichas normas.
- El empresario podrá responder en virtud de su calidad tanto contractual como extracontractualmente, las normas fundantes de su régimen contractual son los artículos 2060 y 2061 del Código Civil colombiano, y las normas fundantes de su régimen extracontractual son los artículos 2351 y 2356 del compendio civil.
- El artículo 2060 del Código Civil, en el cual se fundamenta el régimen de responsabilidad civil en la construcción, se encuentra ubicado dentro de la regulación de los contratos de ejecución de obras materiales. Existe hoy consenso en la doctrina y la jurisprudencia de que dicho artículo es aplicable a cualquier figura contractual que se utilice para emprender una construcción.
- Contractualmente el empresario podrá ser responsable durante la ejecución de la obra y dentro de los diez años siguientes a la entrega de la misma. En ambas situaciones responde dentro de un régimen de responsabilidad presunta, de la cual solo se exonerará demostrando causa extraña. Lo anterior, debido a que durante la ejecución de la obra y dentro de los diez años siguientes a su entrega, el empresario adquiere obligaciones de

resultado, esto es, la entrega de la obra encargada y la denominada garantía decenal.

- Extracontractualmente el empresario podrá responder bajo dos regímenes de responsabilidad diferentes, esto dependerá del momento en el que ocurra el daño. Si el daño ocurre dentro de la ejecución de la obra, el empresario deberá responder bajo el régimen de las actividades peligrosas, ya que la construcción es considerada como tal y el empresario es su guardián. Por su parte, si el daño ocurre dentro de los diez años siguientes a la entrega de la obra, se le extiende al empresario el régimen consagrado en el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil, es decir, responde bajo un régimen de responsabilidad presunta. Lo anterior implica que el empresario, en ambas situaciones, solo podrá exonerarse probando causa extraña.
- De acuerdo con la doctrina especializada en el tema, hoy en día se puede tomar como definición del concepto de empresario la siguiente: empresario es toda persona natural o jurídica que ejecute la totalidad o una parte de la obra y que tenga dirección, control, manejo y conocimiento de la misma.
- El concepto de empresario no exige que la ejecución que éste haga dentro de la obra sea una actividad típica de construcción, sino que podrá ser una actividad de otra naturaleza, incluso intelectual, que tenga la suficiente relevancia dentro de la obra.
- Conforme a esta definición de empresario será válido concluir que dentro de una construcción podrán confluir varios empresarios sujetos al régimen de responsabilidad de la construcción, los cuales tiene como elemento común y determinante la dirección y control sobre una parte específica y diferente de la obra o sobre una obra autónoma contenida dentro de la obra principal.

- Se configura una causa extraña por el hecho exclusivo de un tercero, cuando además de cumplirse con los dos primeros elementos esenciales de ésta, - imprevisibilidad e irresistibilidad, - el tercero no tenga una relación de dependencia jurídica con el presunto responsable del daño, hecho que cumpliría con el tercer elemento esencial de la causa extraña, la exterioridad.
- Para que el empresario pueda alegar como causa extraña el hecho de uno de sus empleados o de uno de sus contratistas que no tiene la calidad de empresario, es necesario que tal persona no se encuentre dentro del ejercicio de sus funciones o no cometa el daño con ocasión de éstas; es decir, que frente a la ocurrencia del daño no se encuentre dentro de la dependencia jurídica del empresario.
- El empresario podrá alegar el hecho exclusivo de un tercero, como causa extraña, el hecho de uno de sus contratistas con calidad de empresario si se entiende que al encomendarle una parte de la obra al empresario contratista dándole dirección, control y manejo sobre la misma, éste se libera de la dirección, control y manejo de la parte específica encomendada pues se la transfiere al empresario contratista. Por el contrario, el empresario contratante no podrá alegar causa extraña por el hecho exclusivo de un tercero si se entiende que al encomendarle al empresario contratista una parte de la obra, dándole dirección, control y manejo, no significa que esta parte de la obra salga de su esfera de dirección, control y manejo, pues ésta no deja de pertenecer a la obra del empresario contratante.

- El hecho de que dentro de una obra puedan confluír varios empresarios entre los que no exista una relación vertical, es decir, que ninguno de ellos haya contratado al otro, quiere decir que el hecho de uno de estos empresarios puede ser alegado por el otro como una causa extraña, pues no existe ninguna relación de dependencia jurídica entre ellos. Esto sin perder de vista la situación en la que uno de estos empresarios deba construir su obra a partir de la obra del otro, caso en el que, para poder alegar como causa extraña un error en la construcción de otro empresario no debió haber conocido dicho error en virtud de su profesión, ocupación u oficio.
- De acuerdo con las definiciones establecidas en la Ley 1480 de 2011, dentro de la actividad de la construcción se pueden dar relaciones de consumo, lo que implica que la acción jurisdiccional para la protección del consumidor que se establece en esta ley se presente como una alternativa al régimen general de responsabilidad civil de la construcción contemplado en gran medida en el Código Civil, para solucionar los conflictos que se presenten con ocasión de las relaciones de consumo existentes en dicha actividad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ÁLVAREZ PÉREZ, Andrés Orión. Teoría del daño. Universidad de La Sabana – IARCE. Internet: (<http://www.andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2013/03/EL-DAÑO-UNIVERSIDAD-DE-LA-SABANA-2012.pdf>)

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.

CHILE, ALGUNOS REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD. Editorial Jurídica de Chile. Internet: (<http://es.scribd.com/doc/229690842/12-Algunos-Regimenes-Especiales-de-Responsabilidad>).

COLOMBIA, IARCE. Miembros. Internet: (<http://www.iarce.com/miembros/>)

HINOJOSA CARRILLO, Paul. El daño a la persona. Justiniano.com. Internet: (http://www.justiniano.com/revista_doctrina/dano.htm)

LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A., 2004.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

POSADA ARANGO, Mateo. La responsabilidad civil en la construcción. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho, 2001.

PODETTI, Humberto. Contrato de Construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El régimen de la responsabilidad civil de los constructores en Colombia. Santa Marta: Segundo Congreso Internacional de Derecho de Seguros: Actuales paradigmas jurídicos - Fasecolda, 2014.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado De Responsabilidad Civil. Tomo I. Bogotá: Legis S.A., 2009.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado De Responsabilidad Civil. Tomo II. Bogotá: Legis S.A., 2009.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad civil en el nuevo Estatuto del Consumidor. Internet: (http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-08la_responsabilidad_civil_en_el_nuevo_estatuto_del_consumidor/noti-120314-08la_responsabilidad_civil_en_el_nuevo_estatuto_del_consumidor.asp).

VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 2005.

CONSTITUCIÓN NACIONAL

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia (20, julio, 1991) Diario Oficial. Bogotá D.C., 1991. No. 116.

LEYES Y DECRETOS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 57 DE 1887 (Abril 15). Código Civil Colombiano.

_____. LEY 400 (19, agosto, 1997). Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes. Diario oficial. Bogotá D.C., 1997. No. 43.113.

_____. LEY 446 DE 1998 (7, julio, 1998) Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre

descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario oficial. Bogotá D.C., 1998. No. 43.335

_____. Ley 1480 de 2011 (12, octubre, 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220.

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO LEY 2663 (9, septiembre, 1950) Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1950. No. 27.407.

_____. DECRETO 410 DE 1971 (Marzo 27) “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Publicado en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

_____. DECRETO 735 DE 2013. Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7° y siguientes de la Ley 1480 de 2011. Publicado en el Diario Oficial No. 48.764 del 17 de abril de 2013.

JURISPRUDENCIA Y LAUDOS ARBITRALES

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 655 (5, septiembre, 2011). Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C.: La Corte Constitucional, 2011.

_____. Sentencia T 909 (1, diciembre, 2011). Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C.: La Corte Constitucional, 2011.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de junio de 1958. Magistrado Ponente: Ignacio Escallón. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 1958.

_____. Sentencia del 20 de noviembre de 1989 (20, noviembre, 1989). Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 1989.

_____. Sentencia del 23 de junio de 2000 (23, junio, 2000). Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2000.

_____. Sentencia del 5 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucár. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2009.

_____. Sentencia 26 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz. Expediente No. 2005-611-01. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2010.

_____. Sentencia del 5 de julio de 2007. (5, julio, 2007). Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete. Bogotá D.C.: La Corte Suprema de Justicia, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ, D.C. - SALA CIVIL - Bogotá, D.C. Veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007). Magistrada Ponente: CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA. Identificación Del Proceso: Radicación: 11001310300719980482301. Bogotá D.C.: Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, 2007.

COLOMBIA, 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.

DICCIONARIOS

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario De La Lengua Española. Vigésima primera edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2000.