

Proceso	Verbal
Demandante	Magdalena Pérez Pulgarín
Demandado	Luis Javier Atehortua Suescún
Radicado	No. 05001-31-03-017-2017-00675-01
Procedencia	Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 002
Decisión	Confirma
Tema	Responsabilidad civil
Subtemas	Incumplimiento contractual del demandado. Terminación por consentimiento mutuo del contrato. La prueba técnica. Valoración de la prueba técnica. Determinación de las prestaciones en el contrato. Carga de la prueba.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, dos de marzo de dos mil veintiuno

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el **JUZGADO DIECISIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, en este proceso verbal instaurado por la señora **MAGDALENA PÉREZ PULGARÍN** en contra del señor **LUIS JAVIER ATEHORTUA SUESCÚN**.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: Solicita se declare el incumplimiento o cumplimiento imperfecto del contrato por parte del demandado; que es civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a la demandante; ordenar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento relacionados en el acápite 1.2; ordenar al demandado la devolución del dinero cobrado en exceso y relacionado en el acápite 1.1, indexado y los intereses previstos en el art. 884 del C. de Comercio desde el 21 de junio de 2016, que se dio la terminación bilateral del contrato de obra con compromisos; consecuente con lo anterior y en vista del incumplimiento contractual, se condene el pago de perjuicios a saber: Daño emergente: \$113.151.151,00; perjuicios morales: 100 SMLMV. Por último, solicita se condene en costas al demandado.

Elementos fácticos: Afirma que el 28 de octubre de 2015, las partes celebraron un contrato de prestación de servicios, para reforma y construcción de una casa en el Barrio Simón Bolívar de Medellín; que el 28 de octubre de 2015, se inició la ejecución del contrato; el término acordado por las partes fue de 120 días solares y la fecha de terminación el 25 de febrero de 2016, que se debía entregar la obra con recibo de satisfacción de la contratante; durante la ejecución del contrato, de común acuerdo se realizaron modificaciones a la obra inicial contratada, consistentes en algunos acabados internos y la terminación de la construcción con cubierta en terraza y no en techo como se diseñó inicialmente; el

demandado realizó las obras y cobró los ítems adicionales como consta en las 14 actas que elaboró; por deficiencias técnicas evidenciadas, la actora contrató los servicios profesionales del arquitecto e ingeniero civil, especialista en estructura John Jairo Cuartas Salgado, quien inspeccionó la construcción advirtiendo varias irregularidades en la obra; el ingeniero Jorge Iván García Palacio, empleado de almacenes ALFA, donde la actora adquirió los materiales para el piso de la terraza, frente al requerimiento de ésta señaló: *"El producto no presenta vicios o problemas por calidad e idoneidad, por cuanto después de verificarlo físicamente comprobamos que cumple con las especificaciones de las normas para su fabricación."*

"Las fisuras observadas, son producidas por errores en los procesos constructivos, como son estampillar el piso directamente en el mortero, el uso de morteros de alta retracción, fisuras estructurales producidos en la placa, entre otros". La actora requirió verbalmente al demandado para que efectuara las reparaciones y acatará las recomendaciones de los expertos por su cuenta y riesgo, ya que los materiales y la mano de obra habían sido cancelados por la demandante y los defectos obedecían a la mala instalación y prácticas constructivas; en la cláusula quinta se pactó que el contratista es responsable de las fallas que llegue a presentar el montaje e instalación de la obra; amén, que esta actividad hacía parte de su experticia y práctica profesional; a raíz de las discrepancias, los contratantes decidieron dar por terminado el contrato por documento privado, suscrito el 21 de junio de 2016, pactando en la cláusula segunda que el contratista

ejecutaría las obras ya pagadas y no realizadas a entera satisfacción de la contratante, junto con las reparaciones solicitadas como garantía a más tardar el 12 de julio de 2016, y a expedir el recibo a satisfacción por parte de la contratante, sin que ésta tuviera que asumir ningún costo; como el accionado no ejecutó lo acordado ni entregó la obra como fue pactada, la demandante tuvo que contratar la realización de dichas obras por un costo \$58.856.506,00; además, por las filtraciones de agua de la terraza contrató la construcción de un invernadero por \$2.150.000,00; la actora canceló al demandado el valor de las 14 actas semanales que presentó por \$164.237.837,00, trabajos que ascienden a \$134.553.592,00 conforme lo acordado en el contrato de prestación de servicios, existiendo un saldo que pagó de \$29.584.245,00, que no fue ejecutado por el demandado y que no le han sido reembolsados a la pretensora; en la etapa final de la ejecución de la obra, evidenciaron que existían deficiencias técnicas en la construcción de los acabados, afectando la habitabilidad de la vivienda tal como consta en el peritaje técnico y financiero aportado; donde igualmente, se resalta lo pactado en la cláusula quinta del contrato, especialmente lo relativo a las obligaciones del contratista y se relacionan las obras de reparación y varias que fueron realizadas por cuenta de la demandante; pasando a transcribir en extenso las conclusiones a las que llegó el experto.

Como la vivienda no cumplía con las condiciones de habitabilidad requeridas que fueron contratadas y la obra no fue terminada ni entregada en la fecha acordada, la actora tuvo que cancelar cánones de arrendamiento adicionales a los

presupuestados hasta el 04 de enero de 2017, por \$1.257.000.00 mensuales, cuando pudo terminar el contrato de arrendamiento con la agencia Metro Casas y habitar la vivienda que quedó inconclusa y que terminó por su cuenta con otros constructores; el 27 de julio de 2016, se llevó a cabo la audiencia de conciliación donde el demandado manifestó no estar dispuesto a llegar a ningún acuerdo; con el fin de defraudar a la demandante el sujeto pasivo afectó a vivienda familiar el bien inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 017-28523 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Ceja, mediante escritura pública No. 908, del 18 de agosto de 2016, otorgada en la Notaria Única de El Retiro.

Admisión de la demanda y réplica: Admitida y notificada al extremo pasivo replicó la demanda, se opuso a las pretensiones y como medios de defensa esgrimió los siguientes: ***(i) inexistencia de causa para demandar; (ii) inexistencia de nexo de causalidad y, (iii) mala fe de la demandante.***

Sentencia: Se profirió el diez (10) de abril de la pasada anualidad, con la siguiente resolución:

“PRIMERO: *Es infundada y por consiguiente se desestima íntegramente el planteamiento de la demanda. Declara configurada excepción “DE INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL” entre la ejecución de la obra por parte del arquitecto constructor demandado LUIS JAVIER ATEHORTUA SUESCUN y*

perjuicios por daños atribuibles a fallas técnicas y errores constructivos del contratista demandado.

“SEGUNDO: *Se levanta medida cautelar de inscripción de la demanda comunicada a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Ceja-Antioquia mediante el oficio 109 del 23/01/2018 en el folio de matrícula inmobiliaria N° 017-28253.*

“Por la secretaría del juzgado líbrese el oficio respectivo de la cancelación de la medida.

“TERCERO: *La parte demandante pagará costas del proceso a favor de la parte demandada.*

“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada por la secretaría de este juzgado de conocimiento cuando quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de cúmplase lo resuelto por el superior, según previsión del numeral 1 del artículo 366 del Código General del Proceso”.

Indica que estamos frente a un proceso de responsabilidad civil contractual, en tanto que resulta incontrovertida la celebración de un contrato de obra, donde el demandado se comprometió a la demolición y construcción de una vivienda ubicada en la carrera 85C No. 35A-34, barrio Simón Bolívar de Medellín; luego, hace un recuento de los hechos de la demanda, en la que además concluye que la labor contratada quedó inconclusa con deficiencias que no fueron subsanadas y

que comprometen la habitabilidad de la vivienda, lo que llevó a la actora a contratar las reparaciones y ejecuciones de obras pendientes, generando mayores costos en materiales y mano de obra por \$58.856.506,00.

Se trajo con la demanda el documento visible a folios 41 a 45, suscrito por el arquitecto e ingeniero civil John Jairo Cuartas Salgado, que da cuenta de lo que evidenció en la inspección que realizó a la obra el 21 de junio; dictamen que ratificó en declaración que rindió, con seguimiento en la filmación realizada en la construcción; nada permite concluir que los defectos constructivos señalados fueron causados por el demandado, al respecto realizó esta manifestación *“fui contratado por la demandante, hubo reunión con el constructor y Magdalena, consultaron sobre planos estructurales debido a que se tenían dudas con el diseño inicial y se revisaron porque tenían bastantes deficiencias, se volvió a hacer el cálculo y se realizaron nuevos planos, estos planos los elaboré y se los entregué a Magdalena”*; el declarante no deslinda con claridad la fase de terminación de la obra en las condiciones que consta en las fotografías a folios 64 a 67, en punto de la terraza, correspondiente a ejecución de obra por parte del accionado, con la fase a la que se refiere en la visita de inspección, cuando se había levantado en parte el recubrimiento de la superficie de la terraza, lo que es esencialmente el origen de la reclamación; al efecto expresó: *“no se puede determinar con las fotografías, si estaban bien instalados los bajantes para la filtración del agua en la terraza, pues solo se ve el tubo, solo con la demolición de la esquina derecha fue donde se evidenció, los demás no se pudieron*

verificar pues esas zonas no habían sido demolidas”; esta declaración y el escrito no infunden ninguna convicción acerca de si se usó o no se usó para la impermeabilización de la terraza, los materiales Alfa Color a que refiere el folios 46 del cuaderno de anexos y, en caso afirmativo, por parte de quién y, en cuanto al producto Plastextil a que alude a folios 53 del cuaderno principal; expresa determinadamente “que la ejecución de obra tiene que ceñirse en todo caso a lo que se describa, a lo que se indica en los planos, y que no le consta que en esta obra el constructor haya actuado desconociendo o desbordando la indicación de los planos; por ejemplo, en los planos debe estar definido que los muros estén aislados de la estructura, que se pongan o no en los muros refuerzos horizontales y/o verticales”; el declarante también concluye en forma contundente, indicando que “los daños observados no son estructurales y únicamente afectan el aspecto estético de la construcción”.

Por su parte, el testigo Jorge Alberto Toro, ingeniero civil, con experiencia en proyectos inmobiliarios, quien inspeccionó la construcción un mes después de terminada la relación contractual con el demandado; indicó que el inmueble estaba desocupado; las obras fueron ejecutadas con un déficit de calidad evidenciado en una mala praxis estructural y defectos técnicos en el proceso constructivo; en los términos de la Ley 400 de 1997, el responsable directo de los defectos de la obra es el constructor; el tema de impermeabilización de la terraza es un tema por revisar, pero visualmente no se puede determinar; no había rejillas para la conducción del agua lo que generó humedad y deterioro en los acabados; enfatiza

diciendo que no estuvo en el proceso de impermeabilización, por lo que la única forma de saber si fue realizado correctamente es demoliendo.

Con el libelo genitor, también se aportó informe técnico financiero, el cual fue puesto en conocimiento de la parte demandada y entre sus conclusiones señala: *“De acuerdo con lo presentado anteriormente se observa, que el contratista Luis Javier Atehortua Suescún, no solo realizó cobros por mayores cantidades de obra ejecutada, sin ejecutar, sino que se detectó una mala ejecución en algunos ítems de obra, desde el punto de vista técnico se evidenció que algunos materiales fueron instalados en forma inadecuada, lo que generó graves afectaciones a la vivienda, pérdidas económicas a la contratante, ocasionando sobre costo no justificable en las actas de pago y en la ejecución física de la obra.*

“Uno de los mayores ítems de obra cobrados por el contratista sin ejecutar en la forma pactada y cobrada, sin justificarse a la propuesta técnica-económica son las actividades de las instalaciones eléctricas, ya que se pasan por aparte cobros por salidas eléctricas, recorrido de cables, recorrido de tuberías, tendido de tuberías, actividades que corresponde a una salida de instalación eléctrica de acuerdo a la descripción de lo que realmente es; dicha actividad se consultó con varios ingenieros electricistas contratistas de la parte eléctrica, coincidiendo todos con su descripción de componentes de una salida de instalación eléctrica.

“Por lo anterior, y después de realizar un minucioso estudio de actividades ejecutadas por el contratista en la obra, se concluye que éste debe reembolsar a la contratante \$88.440.751.00.

En los términos del art. 232 del C. General del Proceso, este dictamen no ofrece ninguna convicción porque es confuso en sus fundamentos, carece de solidez y de exhaustividad, la conclusión de que el contratista tiene que reembolsar a la contratante \$88.440.781.00, por duplicidad de pago de obra ejecutada o por cobro de obra no ejecutada, es infundada; basta con confrontar sus explicaciones y las que contiene el dictamen con el texto del hecho séptimo de la demanda, que indica: *“Durante la ejecución del contrato, se realizaron modificaciones a la obra inicialmente contratada, consistentes en algunos acabados internos y la cubierta en terraza en vez del techo diseñado inicialmente; todo esto aceptado por el demandado y sin objeción alguna, ya que realizó las obras y cobró los ítems adicionales, como consta en las 14 actas elaboradas a mano alzada por el mismo demandado”*; a lo que el demandado respondió que es cierto, y fue ratificado en el interrogatorio recíproco que absolvió las partes; de estos interrogatorios en particular y en conjunto de la prueba por declaraciones, consta que la demandante realizó los pagos periódicos convenidos contra entrega por etapas, conforme el avance de la obra y cada acta describe lo ejecutado, recibido y pagado; ninguna reclamación o requerimiento específico o particular consta en las actas de entrega y pago de obra, se resalta que conforme a la cláusula sexta del contrato *“El contratante o su representante supervisarán la ejecución del*

servicio encomendado, y podrá formular las observaciones del caso, para ser analizadas conjuntamente con el contratista"; al ser preguntada la contratante, de qué forma cumplió con lo pactado en esta cláusula, contestó que no lo vio necesario porque confiaba plenamente en el demandado y que había obtenido información de parte de la Curaduría de que la interventoría era requerida para obras grandes; la demandante entra en contradicción porque termina admitiendo y explicando que el arquitecto Luis Fernando Zuluaga Pulgarín, pariente suyo, ejerció interventoría del diseño arquitectónico en desarrollo de lo cual la acompañó a seleccionar y comprar materiales, coherente con lo cual, en el dictamen técnico financiero y en los anexos de la demanda se incluye soporte de pago por honorarios de interventoría al citado profesional; de manera que si así fue, las entregas periódicas que constan en las actas tuvieron el visto bueno del arquitecto interventor, dada la inexistencia de reclamación por parte de éste en las fases de obra ejecutada, entregada y recibida a entera satisfacción por la contratante.

Ahora, los profesionales que declararon son coincidentes en afirmar que el inmueble ni ha representado ni representa riesgo de seguridad para su destinación natural de vivienda; también los medios de prueba ponen de manifiesto que en desarrollo de la obra fueron convenidas las modificaciones que variaron las labores inicialmente estipuladas y el tiempo de ejecución de la obra; este hecho acreditado, descarta la exclusiva responsabilidad del extremo pasivo en la variación de la fecha de terminación de la obra y, por ende, no está obligado a reconocer a favor de la demandante los meses de

más que tuvo que pagar arriendo, toda vez que el término de la construcción fue alargado para la realización de las modificaciones; en cuanto al daño moral pretendido no existe prueba para sustentar dicho reclamo, pues este no opera per se; el constructor puede liberarse de responsabilidad demostrando causa extraña; esto es, fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima; respecto de la responsabilidad contractual, el constructor está habilitado para oponer en su defensa, que fue la parte contratante quien determinó e hizo la provisión de los materiales y quien concurrió a la modificación de los planos iniciales determinantes de la vinculación contractual en la ejecución de la obra; en este caso concreto, ante el análisis y valoración de las pruebas aportadas, el juzgado concluye que está configurada la excepción de "*inexistencia de nexo causal*", entre la ejecución de la obra por parte del demandado y los perjuicios atribuibles a fallas técnicas o errores constructivos; consecuentemente, se desestimarán las pretensiones de la demanda; se condenará en costas a la parte demandante a favor de la demandada, las cuales serán liquidadas por la secretaría.

Apelación: Lo interpuso la parte demandante y como reparos indica: Al proceso se aportó el informe pericial financiero realizado por contador público, donde consta los pagos realizados al demandado por \$164.000.00.00 y actas contabilizadas por \$134.000.000.00, lo que arroja una diferencia de \$29.584.245,00; dictamen que sirvió de base para la experticia presentada como soporte de la demanda; adicionalmente, el ingeniero civil John Jairo Cuartas Salgado,

visitó la obra antes, durante y después de que el demandado se retirara de la misma, dando cuenta de lo encontrado; la condición de los planos estructurales a que refiere el a quo tal como se indicó en el testimonio, tuvo lugar en el mes de marzo y consistió en un acompañamiento a los estudios estructurales y al cálculo; en cuanto a la visita que realizó en el mes de junio y puntualmente, cuando se le pone de presente el informe, lo que indica es que existen unas posibles fallas de condiciones y de calidad de la ejecución de la obra, cosa diferente a la que se relaciona con los planos que hacen parte del proceso constructivo; como se reiteró en los alegatos de conclusión, los planos y los diseños según la Ley 400 de 1997, son aprobados por los curadores urbanos tal como lo ordena el Decreto 1077 de 2015, es así como se desarrolla la parte constructiva de la obra con los pormenores que indica dicha normativa; asimismo, como lo constató el experto Cuartas Salgado en la visita ocular en el mes de junio y en la declaración que rindió, pudo verificar cuando se dio el proceso de demolición de la terraza; en la parte parcial que constató observó que existían errores constructivos y de calidad de colocación de materiales; es así como muestra en el video y de manera presencial, como la manta asfáltica no puede hacer el recorrido para llegar a la embocadura de lo que estaba instalado y de las rejillas que se podían revisar; con relación a la pregunta de si se podían verificar de manera ocular, obviamente los tres profesionales en la materia constatan que una visita ocular no da cuenta de ello, sino, que solo la demolición de la terraza podría identificar las causas reales de por qué falla la impermeabilización, y los tres al unísono indican que la misma no se da por cuestiones de materiales

sino por mala praxis de la obra; es decir, por la mala colocación de los elementos que están a cargo del constructor como lo indica la Ley 400 de 1997; el video que no fue objetado y está dentro de las pruebas documentales aportadas, da cuenta de las condiciones de la obra que se presentaron al momento de terminación y que no fueron controvertidas por el demandado.

Igualmente, el documento donde ALFA certifica que las terrazas son por errores constructivos, como estampillar el piso directamente en el mortero, el uso de morteros de alta retracción, fisuras estructurales producidas por la placa entre otros; también fue corroborado en el video presentado en la audiencia del 09 de abril, en donde el ingeniero Cuartas Salgado verifica cuando levanta un trozo de la terraza que el piso comprado a ALFA, es pegado directamente al mortero, debiendo haber intermediado entre el piso y el mortero una capa asfáltica, situación que no se presentó; igualmente, el acta del 21 de julio de 2016, suscrita por las partes contrajo obligaciones de cubrimiento de garantía para ambos; manifestó el demandado en el interrogatorio a pregunta realizada por el Juzgado, que en efecto conocía que la terraza hacia parte de las condiciones de garantía que se estaban solicitando; también es un hecho objetivo según los documentos presentados con la demanda y suscritos por profesionales en la materia, y los mismos contratos que no fueron objetados, que la reparación y terminación de la obra con relación a los ítems de la visita del 29 de junio de 2016, realizada por el ingeniero John Jairo Cuartas Salgado, y corroborados al momento de ejecución, debido a que los vicios

ocultos de la construcción, solo pueden evidenciarse en el momento en que empieza a realizarse el proceso constructivo nuevamente, ascendieron a la suma de \$58.856.506,00; con relación al dictamen presentado por el señor Jaime de Jesús Granda Mejía, es claro que se fundamenta en la prueba documental allegada al proceso, y su formación e intervención en pericias de interventoría públicas y privadas, es decir, tal como lo indica el Código General del Proceso y la Ley 1796 de 2016, la interventoría de obra en estos contratos se constituye en la pericia y en la idoneidad profesional para presentarlos; el experto con su amplia experiencia en proyectos privados como funcionario público, como interventor y constructor, tiene los conocimientos necesarios para elaborar el informe y presentar todo el material que sirvió como objeto de la pericia, indicando que se basó en pruebas documentales aportadas al proceso, como planos, actas de pago de obra, videos y fotografías; por su parte, el ingeniero Jorge Alberto Toro, visitó las obras pocos días después de la terminación del contrato por el demandado y es un testigo ocular que presta toda la validez y da cuenta del estado del inmueble, el cual estaba deteriorado y que no permitía ser habitado, cuando fue contratado con visiones de calidad atribuible al constructor de la obra en los términos de la Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1796 de 2016; no está acreditado que el señor Luis Fernando Zuluaga haya ejercido como interventor; como lo manifestó la demandante, éste prestó sus servicios como diseñador arquitectónico lo que está regulado legalmente; la supervisión técnica que también está desarrollada en los arts. 18 y 17 de la citada codificación, establece las condiciones técnicas de interventoría; en efecto, el servicio que prestó el

señor Luis Fernando Zuluaga no cumple con lo exigido en los citados artículos, pues estos expresan que la supervisión técnica para los predios que no superen los 2.000 metros cuadrados, no es exigible y, en razón de ello, señala la misma ley que es el constructor quien adquiere la obligación de la supervisión de calidad de los mismos.

La responsabilidad del constructor en este tipo de obras, es de resultado, lo que configura una responsabilidad objetiva que se demuestra con la mala calidad de la obra, situación que los tres testigos técnicos dieron y emitieron su aprobación; frente a las preguntas relacionadas con la mala calidad de la obra, indican que no era un problema de material, sino de práctica constructiva y de mano de obra que eran obligaciones exclusivas del constructor según lo contratado; además, la parte demandada no aportó testimonios técnicos para controvertir los presentados por la demandante, y que pudieran garantizar que la calidad de la obra cumpliera estrictamente con el contrato y con las normas de sismo-resistencia que el demandado declaró que conocía.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, indicó: i) existe una indebida valoración probatoria: Con el informe del contador, el dictamen pericial y la prueba documental de las actividades contratadas y pagadas al demandado, está acreditado que entre el valor cancelado y las obras ejecutadas existe un desfase de dinero a favor de la demandante, lo que fue corroborado por el demandado al absolver el interrogatorio de parte, quien expone en forma clara como fue el proceso de

ocultos de la construcción, solo pueden evidenciarse en el momento en que empieza a realizarse el proceso constructivo nuevamente, ascendieron a la suma de \$58.856.506,00; con relación al dictamen presentado por el señor Jaime de Jesús Granda Mejía, es claro que se fundamenta en la prueba documental allegada al proceso, y su formación e intervención en pericias de interventoría públicas y privadas, es decir, tal como lo indica el Código General del Proceso y la Ley 1796 de 2016, la interventoría de obra en estos contratos se constituye en la pericia y en la idoneidad profesional para presentarlos; el experto con su amplia experiencia en proyectos privados como funcionario público, como interventor y constructor, tiene los conocimientos necesarios para elaborar el informe y presentar todo el material que sirvió como objeto de la pericia, indicando que se basó en pruebas documentales aportadas al proceso, como planos, actas de pago de obra, videos y fotografías; por su parte, el ingeniero Jorge Alberto Toro, visitó las obras pocos días después de la terminación del contrato por el demandado y es un testigo ocular que presta toda la validez y da cuenta del estado del inmueble, el cual estaba deteriorado y que no permitía ser habitado, cuando fue contratado con visiones de calidad atribuible al constructor de la obra en los términos de la Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1796 de 2016; no está acreditado que el señor Luis Fernando Zuluaga haya ejercido como interventor; como lo manifestó la demandante, éste prestó sus servicios como diseñador arquitectónico lo que está regulado legalmente; la supervisión técnica que también está desarrollada en los arts. 18 y 17 de la citada codificación, establece las condiciones técnicas de interventoría; en efecto, el servicio que prestó el

señor Luis Fernando Zuluaga no cumple con lo exigido en los citados artículos, pues estos expresan que la supervisión técnica para los predios que no superen los 2.000 metros cuadrados, no es exigible y, en razón de ello, señala la misma ley que es el constructor quien adquiere la obligación de la supervisión de calidad de los mismos.

La responsabilidad del constructor en este tipo de obras, es de resultado, lo que configura una responsabilidad objetiva que se demuestra con la mala calidad de la obra, situación que los tres testigos técnicos dieron y emitieron su aprobación; frente a las preguntas relacionadas con la mala calidad de la obra, indican que no era un problema de material, sino de práctica constructiva y de mano de obra que eran obligaciones exclusivas del constructor según lo contratado; además, la parte demandada no aportó testimonios técnicos para controvertir los presentados por la demandante, y que pudieran garantizar que la calidad de la obra cumpliera estrictamente con el contrato y con las normas de sismo-resistencia que el demandado declaró que conocía.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, indicó: i) existe una indebida valoración probatoria: Con el informe del contador, el dictamen pericial y la prueba documental de las actividades contratadas y pagadas al demandado, está acreditado que entre el valor cancelado y las obras ejecutadas existe un desfase de dinero a favor de la demandante, lo que fue corroborado por el demandado al absolver el interrogatorio de parte, quien expone en forma clara como fue el proceso de

construcción y su pago; no existe aprobación de la obra por un interventor y en ese caso, no se requería la presencia de éste; en cuanto al papel que cumplió su primo, el arquitecto Luis Fernando, fue el cuidado del diseño arquitectónico y acompañamiento en compra de materiales decorativos, situación que difiere de la definición de interventor prevista en la Ley 400 de 1997; el a quo desconoce el art. 176 del C. General del Proceso, pues da amplias libertades a la apreciación conjunta de la prueba e impone una carga mayor al exigir siempre una exposición razonada del mérito de la prueba; toma por cierto lo afirmado por el demandado en el interrogatorio que absolvió; no obstante, que en varias oportunidades falta a la verdad; además, no es cierto que el soporte de pago allegado con la respuesta a la demanda hace parte del informe contable y desconoce que una obra puede tener interventoría y supervisiones arquitectónicas; el demandado acepta que los pagos fueron realizados por la demandante y no por el señor Fernando Zuluaga y, no obstante ello, el a quo afirma que existió una interventoría al aceptar que el arquitecto firmaba y aprobada las actas de pago, lo que no es cierto, basta con verificar la prueba documental allegada y lo afirmado por el accionado en la versión que rindió, en la que aceptó que la actora le solicitó cubrir las garantías de la obra conforme su compromiso contractual y legal; además, se desconoce el acta de terminación del contrato, reconocida ante notario el 21 de julio de 2016 y cuyo contenido es aceptado por el demandado al absolver el interrogatorio; igualmente, se dejan de lado los anexos aportados al dictamen pericial donde aparece un cuadro comparativo de las actas de obra y los pagos

realizados, evidenciando lo cobrado en exceso, lo que fue ratificado por el experto al rendir declaración; elementos de convicción que fueron desestimados por el a quo en la sentencia, lo que evidencia una mala valoración de la prueba pericial, e inaplicación al art. 250 del C. General del Proceso; tal como fue señalado en la audiencia de juzgamiento, no valoró en debida forma la prueba porque la visita del 21 de junio de 2016, cuando la obra estaba en construcción, se circunscribió a temas técnicos relacionados con la impermeabilización de la terraza y la mala calidad constructiva, tal y como se evidencia en el video y las fotografías aportadas y en la declaración que rindió el experto; resulta relevante la memoria audiovisual y fotográfica allegada con la demanda, que evidencia las condiciones en las que quedó la obra, las cuales no fueron objetadas por el extremo pasivo; por último, la recurrente realiza un cuadro indicativo de las contradicciones en que incurrió el accionado en la versión que rindió; ii) Violación al debido proceso por indebida aplicación normativa: El a quo solo aplica las normas previstas en el Código Civil, a un caso con regulación especial, dejando de lado lo dispuesto en el art. 8º la Ley 1480 de 2011, y los arts. 4º, 18 y 19 de la Ley 400 de 1997; tal como está acreditado, pasó por alto los reclamos realizados por la mala calidad de la obra, por parte de la demandante y la no cobertura de las garantías por parte del constructor, a pesar de suscribir el documento privado fechado el 21 de junio de 2016, y reconocido al absolver el interrogatorio de parte, pues considera que el simple pago de las actas de obra, constituye el recibo a satisfacción y no procede la reclamación posterior; lo que conlleva a que el consumidor no puede reclamar los

vicios ocultos desconociendo las normas que rigen la materia que son de orden público; iii) incongruencia entre lo pretendido y lo resuelto: La sentencia resolvió problemas estructurales de un edificio que amenaza ruina, no problemas de calidad de la construcción que afectaron la habitabilidad de la vivienda, como lo indica la demanda, lo que fue acreditado en el proceso; incluso, el a quo en la sentencia señaló que la edificación no ponía en riesgo la vida de las personas que la habitaban, desconociendo las pruebas aportadas que indican que los errores constructivos detectados obedecen a las malas prácticas constructivas y mala instalación de los materiales, como incluso aparece en el fallo; iv) desconocimiento de la prueba documental aportada como se ha venido peticionando; en el proceso se acreditó que la demandante tuvo que contratar la reparación de las obras pendientes de ejecución para cubrir las garantías a cargo del demandado por \$58.856.506.00 y, sobre lo cual no existió pronunciamiento alguno, ni sobre la terminación del contrato suscrita el 21 de junio de 2016, donde indica que el demandado debe cumplir con las garantías de la obra; no tuvo en cuenta los correos remitidos en tal sentido por la actora al demandado; v) vulneración del derecho de defensa y contradicción porque no se realizó una debida valoración de las pruebas allegadas al plenario; vi) contaminación de la prueba en el interrogatorio de parte, porque a pesar que el demandado se retiró de la sala de audiencias, previa solicitud, cuando la actora estaba absolviendo el interrogatorio, el a quo autorizó su ingreso antes de su terminación y se observa que el demandado se apoya en respuestas dadas por la demandante, acomodándolas a su alegato de defensa; vii) prejuzgamiento

en el interrogatorio porque el a quo le indica a la demandante que el no tener una interventoría de obra independiente, desconoce las normas constructivas, argumentando que no es lógico que el mismo constructor sea quien se supervise; viii) violación de las formalidades establecidas para el interrogatorio de testigos porque la apoderada del demandado una vez termina de interrogar al deponente Alberto Toro, en desconocimiento de lo ordenado en el art. 221 del C. General del Proceso, interrumpe el cuestionario del juez para continuar interrogando al testigo, configurando un doble interrogatorio; ix) violación a las formalidades para controvertir el dictamen pericial porque la contradicción la solicitó la parte demandada; sin embargo, el interrogatorio lo inició la parte que aportó la pericia, lo que significa que la oportunidad de conainterrogar al perito se vio cercenada y, x) violación al valor probatorio de la confesión porque el a quo pasó por alto la confesión de los hechos de la demanda, relacionados con las garantías del proceso constructivo, lo que además está corroborado con la prueba documental relacionada y que da cuenta de la mala fe de éste y de su afán de ocultar las garantías y responsabilidades que tiene como constructor.

Al descorrer el traslado para la sustentación del recurso, la parte recurrente en esencia, reiteró los argumentos esgrimidos en primera instancia y que vienen de indicarse y solicita la revocatoria del fallo de primer grado y, en consecuencia, conceder las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el extremo pasivo describió el traslado, indicando que al contrario de lo afirmado por la recurrente, luego de

decretar y practicar las pruebas de acuerdo con el Código General del Proceso, el a quo las apreció conjuntamente conforme las reglas de la sana crítica, planteando una exposición razonada frente al mérito que le dio a cada una para sustentar de fondo la decisión; estos elementos dan cuenta que la demandante estuvo acompañada por el arquitecto Luis Fernando Zuluaga Pulgarín, en cumplimiento de la cláusula sexta del contrato, encargado de recibir a satisfacción la obra que iba entregando, previo pago de la misma, como consta en el comprobante de egreso del 31 de diciembre de 2015 por \$1.288.700,00, y como lo señala y reconoce la actora, a pesar de intentar ocultar y negar tal hecho; documento que tiene plena validez y corrobora lo dicho por el demandado; a pesar que el arquitecto Zuluaga Pulgarín no rindió declaración en el proceso su participación en la obra fue directa y determinante, como lo señala el objeto del contrato y lo afirmó el accionado en su declaración de parte, dicho profesional era la persona que lo dirigía, acudía a la obra dos veces al día, y a mas de que recibía los trabajos a satisfacción, autorizaba los pagos; adicionalmente, era la persona que asesoraba a la demandante en la compra de los materiales como ella misma lo confesó, ya que es una persona de su entera confianza, es familiar suyo, es su primo; el citado profesional fue la persona que elaboró los planos y especificaciones de la obra tal como consta en el mismo contrato; tenía pleno conocimiento y total capacidad de comprender lo que se le entregaba por parte del contratista; bajo estas circunstancias, no es procedente que se hable de la mala calidad de la obra realizada por el demandado, cuando la misma contó con la supervisión del arquitecto Luis Fernando

Zuluaga Pulgarín, quien recibió la obra a entera satisfacción siendo la persona más idónea para ello; tampoco es de recibo, que se diga que el demandado no realizó algunas obras que le fueron pagadas, porque como quedó demostrado, los pagos se hacían con el visto bueno del arquitecto Zuluaga Pulgarín; no existe prueba que demuestre sin lugar a duda que la causa directa, necesaria y determinante de los daños referidos en la demanda y que dieron lugar a la presente Litis, hayan obedecido a la conducta culposa del demandado al momento de realizar la obra y, en cambio, el incumplimiento del contrato, como las fallas técnicas a que alude la demanda y que pretenden imputar al demandado, quedó desvirtuado. Está probado que actuó con total diligencia, cuidado y responsabilidad al solicitar la revisión de los planos estructurales al evidenciar algunas fallas en los mismos, para lo cual se reunió con el arquitecto e ingeniero civil John Jairo Cuartas Salgado como éste lo afirmó en su declaración; así mismo, que asesoró a uno de los dueños de la obra, el señor John Ruther Ford, en la compra del material más idóneo para la impermeabilización de la terraza, pidiendo cotizaciones a diferentes empresas, a fin de evitar humedades que eran la principal preocupación del señor Ruther Ford y que la demandante se opuso a la compra del material más idóneo sugerido por el contratista y eligió uno diferente.

Tal como lo señaló la demanda y lo ratificó el demandado en su declaración, el proceso de impermeabilización de la terraza se inició desde el acuerdo con el señor John Ruther Ford, mucho antes que se firmara el contrato; en la propuesta presentada y aceptada, el contratista dijo que, “/a

impermeabilización final y con material transitable se podría pensar en una empresa con respaldo de pólizas y garantías para el propietario"; razón por la cual, el demandado consiguió tres (3) cotizaciones y el señor Ruther Ford escogió a la empresa PLASTEXTIL, como consta en el documento obrante en el expediente; pese a ello, la pretensora no aceptó ese material porque requería mucho tiempo y la terraza estaba reservada para una celebración familiar inaplazable; canceló la solicitud con PLASTEXTIL; luego, la demandante se presentó con cuatro (4) canecas de un impermeabilizante, ordenó al demandado que procediera a su aplicación y para la terraza compró material de acabado en Alfa (lechada) que fue debidamente instalado, previa preparación del mortero de nivelación y cambio de niveles del agua lluvia; por ello, la demandante asumió su total responsabilidad sobre el resultado de la obra; aspectos que aparecen corroborados en el dictamen rendido por el ingeniero John Jairo Cuartas Salgado y, cuyas explicaciones fueron señaladas por el extremo pasivo en la declaración de parte que rindió; además, es relevante lo indicado por el arquitecto Jorge Alberto Toro y por el servicio post venta de Alfa, en cuanto que, *"es importante aclarar que ALFAGRES S.A. suministró el producto utilizado como revestimiento de la terraza, pero no hizo parte del proceso constructivo por lo que no es posible emitir un concepto concluyente sobre la situación actual de la terraza";* por estas razones, en el deterioro prematuro de las obras realizadas por el demandado, existió una circunstancia ajena a su voluntad; amén, que luego de entregadas las obras se realizaron otros trabajos abriendo las paredes, dañando lo que él había hecho; puntualiza que las fotografías y videos

aportados, fueron muy posteriores a la terminación del contrato y ninguno de los declarantes pudo señalar con certeza que ello correspondía a la manera como el demandado lo había dejado; es más, señalaron que visitaron la obra un mes después de que terminó sus trabajos y cuando ya se había iniciado la demolición y uno de ellos, manifiesta que llegó cuando la reconstrucción ya se había hecho; en cuanto al muro que se derrumbó, el ingeniero John Jairo Cuartas Salgado, indica que un muro de esas características se puede derrumbar con un golpe o con una lluvia fuerte o por cualquier otra circunstancia, y agrega que *“la señora Magdalena me contó que le habían amarrado una techumbre que había derribado el muro”*; amen, que las especificaciones del muro deben estar descritas en los planos y no están al arbitrio del constructor; los dictámenes periciales presentados no se pueden tener en cuenta porque no cumplen con el Art. 226 del C. General del Proceso; además, no se puede dejar de lado que el demandado es un profesional con amplia trayectoria e idoneidad; por estas razones, solicita desestimar los argumentos esgrimidos por la recurrente.

III. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: ¿existe una indebida valoración probatoria? ¿se deben acoger las pretensiones de la demanda?

El caso concreto: Como pretensión principal solicita la demandante, se declare el incumplimiento o cumplimiento imperfecto del contrato imputable al demandado, y en consecuencia, se le condene a pagar los daños y perjuicios causados.

Al efecto, tenemos que con la demanda se trajeron los siguientes medios de convicción: "*Contrato de prestación de servicios para reforma y construcción - casa Barrio Simón Bolívar Medellín*", suscrito el 28 de octubre de 2015, por la demandante Magdalena Pérez Pulgarín, como contratante y el demandado Luis Javier Atehortua Suescún, como contratista y, entre otras estipulaciones, acordaron:

"PRIMERA-OBJETO: EL CONTRATISTA en su calidad de *arquitecto constructor independiente, se obliga para con **EL CONTRATANTE** a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado, el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento y que consistirá en: (realizar los trabajos de demolición y posterior construcción de la obra ubicada en la Carrera 85 N° 35 A-34 de la ciudad de Medellín y según los planos y especificaciones del arquitecto **Luis Fernando Zuluaga** y de los planos estructurales del ingeniero **Diego Cortez Córdoba** y según los presupuestos acordados por el contratante y el contratista en documentos anexos y que hacen parte integral del presente contrato)*" {folios 9 a 12 cuaderno 2}; como lo afirma el hecho undécimo de la demanda y por las discrepancias que se presentó, los contratantes decidieron darlo por terminado, mediante

documento privado, suscrito el 21 de junio de 2016, denominado "Terminación de contrato de prestación de servicios de mano de obra"; en el que pactaron:

"PRIMERO: *Dar por terminado el contrato de prestación de servicios consistentes en la reforma y construcción de una casa en la carrera 85C número 35A-34 Barrio Simón Bolívar de la ciudad de Medellín, contrato firmado el día 28 de octubre de 2015.*

"SEGUNDO: *Que el CONTRATISTA no se exonera de ejecutar las obras y gastos cancelados por LA CONTRATANTE para el desarrollo del contrato que se está dando por terminado, EL CONTRATISTA se obliga a entregar terminado a satisfacción de la CONTRATISTA y con las garantías legales (Código civil y Código de Comercio), igualmente LA CONTRATANTE se obliga a cancelar los ítems o parte de la obra que se ejecutaron y no han sido canceladas.*

"TERCERO: *LA CONTRATANTE no asume ningún costo por las actividades que se desarrollen por los ítems afectados (garantías) ya que ésta cumplió con el pago de ellos, el tiempo máximo de entrega de las reparaciones el día 12 de Julio de 2016, para lo cual se hará la respectiva acta de entrega".*

Por su parte, el testigo Jorge Alberto Toro Montoya, ingeniero civil, afirmó que en dos visitas que realizó a la vivienda observó las obras ejecutadas con un déficit de calidad y sin cumplir la Norma Técnica Colombiana; las instalaciones eléctricas, la losa o cubierta que tenía problemas de filtración

de aguas muy fuertes, los acabados estaban deteriorados, las redes eléctricas tenían enmendaduras entre sí, y las sanitarias estaban movidas del sitio sin que ello prestara algún servicio puntual a la construcción, las escalas tenían desnivel, un muro esbelto de la cubierta con una mala praxis estructural porque con un aguacero fuerte se cayó, incluso lo observó sobre la losa caído; no funcionaba bien el sistema de drenajes de agua; para el día que realizó la visita no se estaban ejecutando labores porque según información un mes antes se había terminado el proceso contractual que tenía la demandante con el contratista; el inmueble estaba totalmente desocupado con material adentro, había goteras, agua, suciedad, pantano, de todo; pudo evidenciar defectos técnicos del proceso constructivo, pero no puede certificar quien los hizo; algunas de las evidencias que encontró se pueden manifestar en menos de un mes, por ejemplo, la inundación porque estaba lloviendo y el no ejecutar la actividad como corresponde ocasionó inundación, manejo de aguas y filtraciones; la losa de la cubierta estaba inundada, incluso un muro lateral derecho estaba caído, el agua había hecho daños en los acabados, el cielo raso porque no había el tema de la impermeabilización, existía un tema por revisar, pero visualmente eso no se determina; no había las rejillas para conducir perfectamente el agua lluvia; en una de las alcobas había una madera laminada con cierto deterioro y se evidenciaba humedad en los muros posteriores de la vivienda; no conoce el proceso de impermeabilización de la terraza, para determinarlo técnicamente había que demoler la losa, para poder evidenciar si estaba impermeabilizado y si estaba bien construida; tampoco tuvo referencia sobre los materiales

utilizados; si se hace la impermeabilización y se expone a agua abundante y retenida debe funcionar el material; la tela a que refiere el folio 59 se utiliza para la impermeabilización de superficies vaciadas en concreto y el producto que se menciona en el folio 46, es un enchape; es decir, una superficie de acabado, tal como se muestra en la fotografía del folio 47; los dos elementos se usan para la impermeabilización, la tela se utiliza dentro de la losa cuando se vacia, se echa el mortero y se coloca la tela, que impide la circulación de agua directa, encima va un pequeño mortero y se pega el otro material que es de acabado, pero por las propiedades químicas que tiene cuando está correctamente instalado impermeabiliza; en la visita no constató si los muros divisorios tenían refuerzo vertical y horizontal y ello no es comprobable a simple vista; solo es comprobable a simple vista, cuando existe una mala praxis y queda expuesto; pero, para ello se tendrían que realizar algunas pruebas destructivas de la pared para determinar si tiene el hierro o acero correspondiente; la vista fue ocular y eso no se constató; recuerda fisuras en un muro de la cubierta derecha, en un piso y en algunos acabados estuco generalmente alrededor de donde estaban las salidas eléctricas; las del muro de arriba fue por esbeltez, los otros porque era una etapa constructiva que se podía subsanar posteriormente; no recuerda un daño significativo a través de fisuras; no recuerda el sistema estructural de la edificación; no detectó ningún problema de nivel en la terraza que pueda endilgarse como falla constructiva (minuto 7:25 y ss., nuevo archivo 400, CD folio 98 cuaderno principal).

Igualmente, el testigo Jaime de Jesús Granda Mejía, indicó que realizó una visita a la propiedad y de un análisis de los documentos para elaborar el informe; encontró unas inconsistencias en cuanto a cantidades de obra, básicamente de la parte eléctrica porque existía una duplicidad de cobro en varias actas; también observó inconsistencias en los contratos con respecto a los baños donde también existe duplicidad de pagos; hubo un cambio en lo que era cubierta en teja de barro por losa en lo que fue legalizado por la señora Magdalena ante Curaduría, y se cobraron las vigas de la cubierta en teja de barro cuando realmente no se hicieron; se realizaron unos cobros que no fueron ejecutados como ocurrió con el piso y el drywall; para dar claridad a la situación realizó un cuadro comparativo entre la obra contratada y la realmente ejecutada en relación con todos los ítems que tenían inconsistencias; para concluir que existe una diferencia como de \$29.000.000.00; estuvo en varias ocasiones en el inmueble pero la obra estaba totalmente terminada y la propiedad ocupada; no observó la obra antes pero se basó en el registro fotográfico y en dos videos que le puso a disposición la demandante donde están evidenciadas las fallas; no se hicieron las cámaras de aire en los abastos lo que generó daños, colocar las cámaras y volver a enchapar; en uno de los videos se observan las fallas superficiales de la losa y el acabado de piso, sobre todo en las juntas; la demandante contrató al ingeniero John Jairo Cuartas, quien realizó un informe donde indica que el acabado de piso de la terraza había fallado por su instalación y que la impermeabilización de la losa tampoco era la adecuada; por eso salieron filtraciones que dañaron el cielo falso del segundo piso y la recomendación

de él era demoler el piso y de nuevo impermeabilizar con productos de excelente calidad y volver a instalar el piso; la construcción es aporticada que tiene sus vigas de fundación y amarre y columnas, y los muros son solo tabiques pero no se ven bien estéticamente; la construcción estructuralmente no tiene riesgos para la propiedad porque no tiene fallas; el proceso constructivo de la terraza tuvo dos fallas, primero la impermeabilización porque una buena impermeabilización no permite filtraciones de agua, hubo problemas en la instalación de los bajantes porque quedaron por encima del nivel de la terraza, y como el agua no tenía por donde salir se encharcaba y eso era una ayuda para que se filtre más el agua; en la instalación del piso de pronto no se utilizó el material adecuado para la pega del acabado de piso porque empezó a presentar fisuras, y el material para este tipo de terrazas lo vende el mismo fabricante para evitar como son sitios donde está entrando sol y agua continuamente, hay dilataciones y contracciones continuas ello hace que los pisos se fisuren o agrieten, entonces parece que no fue el material adecuado; de acuerdo a lo observado en la demolición fue un mortero que a lo mejor no estaba cumpliendo con esas indicaciones; la falla fue la mala instalación del material de impermeabilización; el informe de Alfa refiere al acabado de piso que bien instalado también puede ser un impermeabilizante; en relación con el producto referido a folio 56 es un buen impermeabilizante, el problema es sino se coloca adecuadamente; el contrato inicial contemplaba tres capítulos demolición, estructuras y otro, la terraza fue un cambio que se hizo después; para la realización del cuadro comparativo tuvo en cuenta el presupuesto inicial en el que faltaron muchas cosas; lo que conversó con la

demandante es que en las actas de pago que le presentaban aparecían las cantidades ejecutadas, entonces no existía realmente un documento claro; en el desarrollo de la obra no hubo interventoría pues esta fue posterior a la terminación del contrato con el arquitecto y el interventor fue el doctor Martínez San Miguel; conoce los documentos visibles a folios 31 y 32 que corresponden al capítulo 3; y le pareció extraño que acá se pagara y en otra acta se canceló como precio global de baño; efectivamente, en el informe aparece en el capítulo 3 en el ítem 24, el cual se descuenta totalmente porque las partes acordaron pagar los baños en forma global y aparece la forma como fueron cancelados, en el ítem 2 del acta 10 el 60%, y en el ítem 27 y 28 del acta 11 el 40% restante, y el baño principal aparece en las actas 1 y 14, donde se cancela el 60 y 40%, entonces se está pagando en el capítulo 3 y se vuelve a pagar en este capítulo; no tuvo conocimiento si existieron cambios entre los baños cotizados y los que fueron construidos, pero aparecen conforme los planos, los cuales no son detallados; la señora Magdalena no le dijo como fueron contratados pero al observar esa dualidad advirtió que no era normal; lo cotizado según las actas fue cancelado; no obstante que el contrato no fue liquidado como se acordó para concluir lo señalado en el informe tuvo presente que la señora Magdalena entregó al contratista \$164.000.000.00 como consta en las actas, lo que realmente fue ejecutado de acuerdo a todas las consideraciones fue \$134.000.000.00 aproximadamente; por lo tanto, todo lo que presentó el arquitecto en sus actas fue pagado por la señora Magdalena, y por eso existe una diferencia de veintinueve o treinta millones de pesos entregados de más al contratista; en las

actas se describe la actividad que se está cobrando (minuto 39:16 y ss., nuevo archivo 400 y 401, CD folio 98 cuaderno principal).

Asimismo, el declarante John Jairo Cuartas Salgado, informó que la propietaria tenía ciertas dudas con los planos estructurales y lo contactó, hizo un nuevo cálculo para la parte estructural de la construcción, eso se ejecutó y al tiempo hubo unos daños por una inundación que causó unas filtraciones de la terraza que se construyó; cuando eso se revisó, básicamente levantaron el material de la terraza y en resumen lo que pasó fue que el impermeabilizante se colocó a un nivel que no debía estar, es decir se instaló más debajo de los tubos de desagüe, eso ocasionó que el agua no podía salir libremente sino que se empozó y comenzó a salir por cualquier fisura que había hacia la vivienda; el impermeabilizante era una especie de tela asfáltica que cuando se instaló no se introdujo dentro del bajante porque estaba en un nivel más abajo entonces el agua no puede hacer esa curva de subir y bajar; ese hecho lo constató en el 2016 o 2017 que fue varias veces; cuando ocurrió el problema la obra estaba prácticamente terminada porque la filtración dañó muchos acabados que ya estaban listos en el primer y segundo piso; se contactó con el demandado cuando fue la primera vez a la obra a mirar los planos estructurales que tenían, estaban iniciando, tenían construida una pequeña parte, irían en el 10 o 15%; necesitaban los cálculos rápidos para continuar ejecutando la obra; la terraza se impermeabilizó en dos ocasiones, la primera la observó porque estuvo en el inmueble cuando se estaba levantando, y la segunda le comunicó a la dueña que

la habían hecho de nuevo y había quedado bien; que el escrito a folio 41 a 45 es de su autoría y se ratifica en lo allí expresado; el sistema de construcción es aporticado, es decir columnas y vigas, los muros no ejercen ninguna función estructural son divisorios, dichos muros no atienden la parte sísmica; los muros no se aislaron de la estructura principal y eso causa ciertos agrietamientos porque tienen diferente rigidez los muros de las columnas, entonces al suceder eso cualquier movimiento hace que aparezcan fisuras, por eso se deben aislar; ahí se dice que se induce una grieta con la pulidora para que no se vea tan feo y quede derecha; la otra, fue que habían unas tuberías muy superficiales y no alcanzaba a pasar el revoque, simplemente se recomendó que las profundizaran un poquito y se colocara una malla para ayudar al revoque para que se comportara bien, cree que eso también se hizo; y en las grietas de la terraza supuso que el material no era el adecuado porque no tendrían que aparecer las fisuras; el producto a que se refiere el folio 46 fue el que se utilizó en la terraza y se manejó en los dos procesos, básicamente en el primer proceso no conocía el producto y no sabe cómo fue manejado, el caso fue que se fisuró; y con relación al producto a que se contrae el folio 59 nunca lo ha manejado; para aislar los muros divisorios de la estructura se construye el muro y se deja un espacio y se llena con unas masillas especiales para eso porque tienen elasticidad, entonces el muro no se mueve cuando se mueve la columna; cuando se presenta cualquier proyecto estructural hay que especificar esos detalles; inducir la fisura es que si se deja que el material se fisure no se va a desarrollar en línea recta, sino en un montón de curvas que se ve antiestético y a las personas les parece que eso se va a

caer pero no, a eso no le va a pasar nada; lo que hay que hacer ya que no se hizo el aislamiento con el disco de la pulidora se hace la ranura derecha y listo; eso se observa mucho en las fachadas cuando se revoca porque son superficies muy grandes y se cuarteán, entonces se tiene que inducir la junta por algún lado, sino se hizo la junta en el revoque simplemente con una pulidora hace la ranura y listo; las tuberías de las redes eléctricas al menos deben estar más profundas que el revoque que es de aproximadamente un centímetro y medio o dos para que pueda funcionar bien; cuando las canchas son muy anchas se tiene que colocar malla con la que se hacen los gallineros para poner el revoque ahí y para que no se vaya a fisurar; la seguridad de las personas que ocupan la construcción en ningún momento está en riesgo; cuando realizó el informe técnico la obra estaba a punto de terminar; es decir estaba, en ejecución porque no estaba al 100%; no recuerda si cuando dio las instrucciones de cómo se reparaban las fisuras de los muros si a más de Magdalena estaba el constructor; cuando miró lo de la reparación de la terraza tampoco lo recuerda porque realizó varias visitas en el transcurso de la construcción, y no recuerda bien en esas visitas cuando estuvieron los tres y cuando estuvo solo con Magdalena; de lo señalado en el informe técnico con relación a las humedades en la losa, después de la demolición de la terraza pudo evidenciar que la principal falla fue colocar el impermeabilizante más abajo que los tubos de desagüe porque el agua no podía subir y bajar, la segunda fue que el impermeabilizante en los guarda escobas no se hizo algo que se llama media caña, no se subió un poquito hacia los muros para evitar que se filtrara por las

grietecitas de los rincones; el impermeabilizante que usaron no lo conocía porque utiliza otros materiales; otro error fue que el bajante además de no tener el impermeabilizante llegando sobre el entre el bajante y la losa habían muchas grietas, y por ahí se fue mucha agua cuando se produjo la inundación; dichas deficiencias corresponden a una mala práctica constructiva; en torno a los otros errores que señala en el informe advierte que efectivamente hizo falta el refuerzo de los muros tabiques.

● En relación al video que se le puso de presente, señala que aparecen partes del material impermeabilizante que se utilizó, que es como un plástico; en esa oportunidad no sabía quiénes eran los responsables de la obra y no tuvo contacto con ninguno de ellos, solo habló con Magdalena; la cerámica que aparece en el video no tiene función de aislamiento; le parece ver las grietas de los muros contra una columna que básicamente es por no estar aislado; se ve el mal sellamiento entre el zócalo y el piso y por todo ese montón de grietas el agua se filtra; en relación con el muro que se desplomó solo se dio cuenta cuando se cayó, que se percató que no tenía refuerzo interno por lo que pudo haber caído en cualquier momento; esos muros tienen que tener un refuerzo que esté anclado en la losa y suba por el muro para que atienda una cosa que se llama el momento o la tendencia al giro, ese refuerzo no lo tenía; no sabe si ese muro hacía parte de la ejecución de la obra; en lo que alcanza a observar caído aparentemente esta la parte superior del muro, un montón de tubería eléctrica, alguna varillita horizontal en el remate; la parte superior del muro se llama el sillar y eso es lo que está

en el piso, lo que se observa es el lagrimal con un montón de tuberías; un muro de esos se puede derribar por varias causas, con un golpe duro lo tiran al suelo, un ventarrón bien horrible lo puede tumbar, el problema es que el muro debe tener cada 1.20 o 1.40 una varilla vertical anclada en la losa y un refuerzo horizontal cada 60 centímetros o tres hiladas para formar una media mallita, porque esos muros como simplemente están pegados con un mortero los ladrillos eso con alguna fuerza horizontal se puede ir al piso; es más, esos muros se caen mucho porque a veces dejan los edificios sin colocarle los refuerzos y por x o y motivo se caen; esos muros también se pueden caer por el paso del tiempo; el muro se cayó porque habían unas fijaciones del plástico que colocaron para poder hacer el nuevo acabado, cuando se está haciendo una obra de esta en tiempo de lluvia, se debe colocar alguna protección porque si no el trabajo no rinde y, en este caso, me contaron que se colocó un techito de plástico y seguro por algún viento haló un poquito el muro e inmediatamente se cayó; el refuerzo se le coloca por dos motivos uno por la fuerza del viento y otro la fuerza horizontal de un sismo y debe ir especificado en los planos; no recuerda si ese refuerzo estaba o no en los planos; el bajante al lado de un trozo de madera es imposible verlo porque solo se observa el tubo pero no se ve el nivel al que está; las grietas que aparecen en esta parte del video se produjeron por la humedad porque el muro se aísla es de las columnas; las grietas que aparecen son las de los rincones; no verificó si las pendientes de la terraza estaban bien hechas porque estaban en el proceso de demolición y solo observó partes sin la cerámica, o sea, tal como aparece en el video, simplemente observó unas zonas; cuando se demolió la

terrazza no había malla electro soldada; frente al contenido de los folios 61 a 67 del expediente, manifiesta que cuando llegó habían sido demolidas unas zonas que es lo que aparece en el video; en la fotografía a folio 67 donde se observan los bajantes, no puede determinar si está bien el tubo porque lo que se ve es la rejilla, porque una cosa es el tubo y otra la rejilla que se coloca para evitar que caiga basura; el tubo debe estar a un nivel en el que el impermeabilizante llegue por encima del tubo ligeramente para poderlo voltear, cuando se hace eso se introduce la rejilla, en la fotografía es imposible mirar si eso está bien o no; en la demolición identificó que estaba más alto el tubo que la losa en la esquina derecha donde hizo el dibujo en el que se observa el tubo sobresaliendo por encima de la losa, los otros no los pudo identificar; se reunió con la demandante y el contratista porque tenían serias dudas sobre el diseño inicial y de hecho cuando se revisaron los planos habían unos con bastantes deficiencias, a raíz de eso se volvió a hacer el cálculo y los planos; elaboró los planos y se los entregó a la señora Magdalena; otro error constructivo que indica en el informe fue pegar los muros a las columnas y eso está definido en planos porque en las curadurías siempre lo exigen; en el plano que revisó observó algo sobre eso que se llaman elementos no estructurales, y le parece que era muy pequeño y no se veía bien la especificación; las fotografías que con anterioridad se le pusieron de presente no recuerda bien si corresponden a lo que observó en su primera visita (nuevo archivo 402 y 403, CD folio 98 cuaderno principal).

Como fundamento toral de lo pretendido, en el hecho octavo de la demanda afirma, que la pretensora al evidenciar algunas

deficiencias técnicas en la construcción adelantada por el demandado, contrató los servicios profesionales del arquitecto e ingeniero civil, especialista en estructuras John Jairo Cuartas Salgado, quien en el informe que realizó y se aportó con la demanda, frente a lo inspeccionado en la obra señaló: *“En visita realizada a la propiedad el día 21 de junio, se verificó la existencia de fisuras en algunos muros y pisos de la terraza.*

“Un (sic) los muros existen tanto fisuras horizontales como verticales, lo que afecta la apariencia estética de estos, además se observó que algunas de las juntas del piso de la terraza, también se han fisurado y hay zonas donde ha habido pérdida de material. En general el guarda escobas presenta un mal sellamiento en el empate con el piso.

“... Es importante mencionar que los daños observados no son estructurales y únicamente afectan el aspecto estético de la construcción” (folios 42 cuaderno 2).

Al respecto, tenemos que se pudieron presentar algunas deficiencias en la construcción adelantada por el demandado; pero estos daños no son extructurales y solamente afectan la parte estética, como lo indicó en el informe el perito John Jairo Cuartas Salgado e incluso, lo confirma el expeto Jaime de Jesus Granada Mejía; lo que también es predicable de la terraza; pues el primero de los citados, afirmó que la propietaria no aceptó reparaciones para corregir las supuestas deficiencias constructivas que presentaba (folio 44 cuaderno 2), de donde la demolición y cambio de terraza o su reconstrucción no obedeció a una decisión técnica, sino a una

decisión unilateral de la demandante, quien no tuvo en cuenta que las posibles fallas que presentaba se podían reparar y de esta forma quedaban superadas las deficiencias que pudiera presentar, con una incidencia muy significativa en el precio; adicionalmente, fue la pretensora quien cambio la cubierta inicial de la obra que terminaba en techo de teja para cambiarla por losa o plancha, con los inconvenientes que ello pudiera conllevar; a lo que se agrega, como lo afirmó el ingeniero Cuartas Salgado, que las humedades de la losa, entre otras causas, se pudieron presentar por baja calidad del material impermeabilizante (folio 43 cuaderno 2), producto que al igual que todos los materiales utilizados para la construcción, como fue estipulado en la cláusula quinta del contrato de obra y lo corroboró el experto Jaime de Jesús Granda Mejía, en el peritaje técnico financiero (folio 423 Vto., cuaderno 2), lo suministró la demandante; frente a las juntas del piso de la terraza, el experto John Jairo Cuartas Salgado en su informe precisó que *"...se puede suponer que el material utilizado para estas no fue el apropiado, debido a su rigidez la cual no le permite su expansión y retracción de acuerdo a los cambios de temperatura, que en este caso son grandes debido a su exposición a la intemperie"* (folio 43 cuaderno principal); amén que en el acápite de recomendaciones, señaló que en superficies tan grandes como la de la terraza expuestas al sol y al agua son difíciles de manejar y requieren mantenimiento periódico; a lo que se agrega, que frente a las humedades que se han presentado en la losa de la construcción, no existe prueba técnica sobre las causas de las mismas, pues tal como lo señaló el experto *"...Según la propietaria del inmueble se han presentado humedades en la losa, las cuales se pueden*

estar produciendo por varios motivos..." (folio 43 cuaderno 2); es más, el perito no da certeza sobre su existencia y causas, al afirmar que las mismas se "*pueden*" estar produciendo por varios motivos, lo que deja en duda que tales daños sean atribuibles al demandado, como lo afirmó la recurrente al formular el disenso contra la decisión de primer grado, frente a las causas de las humedades de la losa, y como se desprende de la prueba oral relacionada líneas atrás; donde los tres profesionales en la materia coinciden en indicar que en una visita ocular no se puede constatar la causa que las produce, sino, que solo la demolición de la terraza podría identificar las causas reales de por qué falla la impermeabilización.

Aunado a lo anterior, el extremo activo también pretende el reembolso de \$29.584.245.00, que pagó por obras no ejecutadas y presupuestadas; al efecto, advierte el Tribunal, que de las labores desplegadas por el demandado y el pago de las mismas por parte de la pretensora, estas constan en las 14 actas de avance de obra, aportadas con el peritaje técnico financiero, realizado por el experto Jaime de Jesús Granada Mejía, donde consta que la actora recibió a entera satisfacción los ítems allí relacionados y como prueba de ello procedió a su pago; de donde la conclusión de la recurrente que del valor que canceló y el precio de los ítems ejecutados, existe una diferencia de \$29.584.245.00 a su favor; resulta contrario al acuerdo de voluntades celebrado por los contratantes el 21 de junio de 2016, donde dan por terminado el contrato de obra celebrado el 28 de octubre de 2015 y, además pactaron "*...igualmente LA CONTRATANTE se obliga a cancelar los ítems o parte de la obra que se ejecutaron y no han sido canceladas*",

de donde se sigue, que al contrario de lo señalado por el experto, la contratante – demandante se obligó a pagar al demandado los ítems o parte de la obra ejecutada y no pagada; y este acuerdo mientras no sea invalidado legalmente, es ley para las partes por mandato del art. 1602 del C. Civil, lo que significa, que la demandante independiente de los valores acordados y aceptados para la ejecución de la obra, en forma expresa reconoce que adeuda al demandado parte de las obras que ejecutó y, de contera, no le puede endilgar incumplimiento alguno, pues ésta no ha honrado sus obligaciones y no puede exigir al contratista que cumpla con las suyas, entregando las obras terminadas en su totalidad y respondiendo por las garantías, cuando a éste no le ha sido cancelado el total de la obra ejecutada como lo acordaron en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios; amén, que como aparece consignado en el numeral cuarto de dicho acuerdo de voluntades, suscrito el 21 de junio de 2016, el extremo pasivo no podía realizar otras actividades distintas de las obras que ya se encontraban pagadas y de las garantías de obras ejecutadas y pagadas; es más, el informe técnico y financiero presentado por el ingeniero Jaime de Jesús Granada Mejía, no ofrece suficiente credibilidad para el Tribunal, porque tal como lo señaló en la versión que rindió, el informe lo realizó con apoyo en el presupuesto inicial y que posteriormente fue modificado por los contratantes en forma verbal; fue así como se acordó cambiar la techumbre de techo con teja a terraza; cuando se había dado inicio a los trabajos se encontró deficiencias en los planos, lo que llevó a elaborarlos de nuevo con cambios estructurales; durante la ejecución de la obra se cayó un muro medianero, lo que ocasionó algunas dificultades

como pérdidas de materiales, hecho que no le es imputado al demandado.

Sumado a lo anterior, advierte la Sala, que la demanda presenta serias deficiencias, porque no determina con claridad y precisión, las obras no ejecutadas y, de contera, no entregadas, así como el valor de las mismas; ni en qué consistían las garantías que debía asumir el demandado, ni en qué obras se presentó esas deficiencias por las que debía responder; como tampoco, informa que ese contrato inicial sufrió modificaciones que fueron acordadas en forma verbal por los contratantes, para lo cual además tenía que indicar con claridad en que consistieron esas modificaciones, su incidencia en precios y tiempos acordados para la ejecución de la obra.

Pero, como si lo anterior fuera poco, los extremos de la relación sustancial de mutuo acuerdo, plasmado por escrito, el 21 de junio de 2016, dieron por terminado el contrato y en la cláusula segunda documentaron: *"Que el CONTRATISTA no se exonera de ejecutar las obras y gastos cancelados por la CONTRATANTE para el desarrollo del contrato que se está dando por terminado, EL CONTRATISTA se obliga a entregar terminado a satisfacción de la contratista y con las garantías legales (Codigo Civil y Código de Comercio), igualmente LA CONTRATANTE se obliga a cancelar los items o parte de la obra que se ejecutaron y no han sido canceladas"* (Véase documento figurante a folios 40 del cuaderno 2); de donde se sigue, como se puede advertir con la sola lectura de esta atestación que no se determinó: i) qué obras o partes de esa

obra había sido pagadas por la contratante y que el contratista no había ejecutado y, por lo tanto, tenía que terminar; ii) qué obras había realizado el contratista y que la contratante no había pagado; iii) de las garantías que se tenían que reconocer o corregir, no se indicó cuales fueron las deficiencias o daños que presentaron las obras realizadas y, iv) no precisa si de las obras acordadas, quedaban algunos faltantes o parte de obra, que con posterioridad la demandante tuviera que terminar. Estas deficiencias no solo tienen incidencia en el contrato de obra inicialmente realizado, porque la demandante en el libelo demandador al suplicar su cumplimiento, entendió que siguió teniendo vigencia, pues ni siquiera refirió a las obligaciones contraídas al darlo por terminado y si estas fueron cumplidas o no; pero, además, todos estos elementos tienen que quedar debidamente esclarecidos y deslindados con la actividad probatoria, carga que no asumió el extremo activo en este litigio.

De lo anterior se sigue, como acertadamente lo coligió el señor juez A quo, que la parte actora no acreditó que las causas que dieron lugar a los daños que reclama son atribuibles al demandado por defectos constructivos en la obra y no a la mala calidad de los materiales que fueron utilizados y suministrados por ella.

Conclusión: Consecuente con lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer y grado, sin que sea necesario otras motivaciones o abordar las demás inconformidades del recurrente por sustracción de materia.

Se condenará en costas a la parte demandante a favor de la demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia que se fijarán por el Magistrado Ponente, se asigna la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$2.725.578,00), que equivalen a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

IV. RESOLUCIÓN:

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

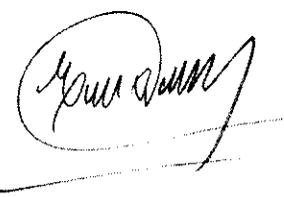
- 1.** Por lo dicho en la parte mortiva se confirma la sentencia de primer grado, de fecha y procedencia indicada.
- 2.** Se condena en costas a la parte demandante a favor de la demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia por el Magistrado ponente se asigna la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$2.725.578,00), que equivale a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el

Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

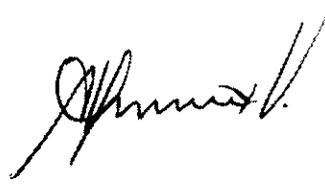
3. Una vez ejecutoriado el proceso, vuelva al Juzado de origen.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

