

TEMA: CARGA DE LA PRUEBA EN CONTRATOS INMOBILIARIOS - El comprador en un contrato de consumo inmobiliario tiene la carga de probar el defecto de la obra. El origen del defecto, si se debe o no a un error constructivo o de diseño, es en cambio un tema de la excepción, que corresponde acreditar al constructor o productor inmobiliario para exonerar su responsabilidad. / **PUBLICIDAD ENGAÑOSA** – Se define como aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión. / **LA CONFESIÓN** - Se entiende que para que produzca efectos debe ser sobre hechos que conlleven consecuencias jurídicas que favorezcan a la parte contraria. /

HECHOS: En el presente proceso de responsabilidad civil contractual, pretende la actora que se conde a las sociedades demandadas al reconocimiento y pago de los perjuicios a título de daño emergente consolidado y futuro, en virtud del incumplimiento contractual, al faltar elementos prometidos para la entrega de la obra. En sentencia de primera instancia se desestimaron las pretensiones de la demanda bajo la consideración de que la parte demandante no probó las fallas constructivas o los incumplimientos en las entregas que se atribuyen a la parte demandada. Corresponde a la sala determinar si la parte demandante cumplió con las cargas de afirmación y de prueba que le correspondían, para acreditar que el productor inmobiliario incumplió con las obligaciones relativas a la entrega de la obra prometida.

TESIS: Si un comprador de productos inmobiliarios pretende la indemnización de perjuicios derivada de la falta de entrega o de una entrega irregular de un inmueble, en principio le corresponde afirmar y probar la existencia del contrato con base en el cual adquirió derechos en el proyecto inmobiliario, incluyendo las condiciones de la obra, y afirmar la ausencia de entrega o acreditar la irregularidad de la obra que se entregó en relación con la obra contratada, con base en la regla general de distribución de la carga de la prueba del artículo 167 del CGP. (...) Cuando la relación entre el demandante y el demandado se haya dado en un contexto de relación de consumo entre productores y compradores de proyectos inmobiliarios, se aplican las garantías especiales del Estatuto del Consumidor. Tales garantías incluyen las distribuciones probatorias a favor del consumidor y a cargo del productor, sobre las condiciones del contrato, en materia de publicidad engañosa, cuando hay cláusulas abusivas, contratos especiales, entre otros. (...) En otras palabras, probado el defecto de la obra, el productor inmobiliario demandado tiene la carga de acreditar cuáles son las reparaciones o adiciones de obra ciertas requeridas para corregir, así como su precio. La ausencia o insuficiencia probatoria sobre este punto, se resuelve en contra de la excepción y a favor de la estimación del demandante. (...) Al respecto, señala la corte que “...se regula la carga de la prueba en materia de reclamaciones por garantía legal de la siguiente forma: (I) corresponde al consumidor demostrar el defecto o vicio que atenta contra la calidad, idoneidad y seguridad; (II) es deber del productor o proveedor demostrar la reparación, para lo cual debe expedir una constancia sobre las actividades realizadas y los repuestos suministrados; y (III) cuando se invoque una causal de exoneración, su demostración está en cabeza del productor o proveedor”. (...) Otro aspecto a resaltar es la protección especial que tiene el consumidor inmobiliario frente a la publicidad engañosa. El estatuto del consumidor define la publicidad engañosa como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. Esta protección consiste, entre otras, a darle un carácter vinculante u obligatorio a las condiciones objetivas que se publiciten del proyecto inmobiliario y obligando al productor inmobiliario o bien a cumplir con ellas o ya a reclamar la indemnización de perjuicios. (...) Así, por ejemplo, si el productor inmobiliario ofrece un proyecto de vivienda en un conjunto que incluye un gimnasio y el gimnasio no se entrega, el productor puede ser obligado o bien a pagar lo

que vale el gimnasio por la propiedad horizontal. No es relevante que el gimnasio no se haya incluido en los actos formales del negocio con cada uno de los copropietarios. Basta que se pruebe que fue parte de la oferta a los compradores para que se le dé la fuerza vinculante. (...) Cuando la responsabilidad se deriva de la publicidad engañosa, el demandante debe acreditar la publicidad y negar la entrega según lo publicitado; el demandado anunciante sólo podrá exonerarse de responsabilidad, “cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación”. (...) En cuanto a la confesión -art. 191 del CGP-, se entiende que para que produzca efectos debe ser sobre hechos que conlleven consecuencias jurídicas que favorezcan a la parte contraria. En tal sentido, la confesión debe ser completa. Si recae sólo sobre hechos parciales sin los cuales no se configura el supuesto jurídico del efecto que se persigue, su eficacia como confesión depende de que las condiciones faltantes se prueben a través de otros medios. Cabe anotar que la confesión admite prueba en contrario -art. 197 del ibídem-.

MP. MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

FECHA: 20/11/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO. JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinte de noviembre de dos mil veintitrés

Tipo de pretensión:	Responsabilidad civil contractual
Procedencia:	Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín.
Demandante:	Olivares de Camino Verde P.H.
Demandados:	Conaltura Construcción y Vivienda S.A.
Radicado:	05001 31 03 008 2017 00318 01
Decisión:	Revoca decisión de primera instancia.
Relevante:	El comprador en un contrato de consumo inmobiliario tiene la carga de probar el defecto de la obra. El origen del defecto, si se debe o no a un error constructivo o de diseño, es en cambio un tema de la excepción, que corresponde acreditar al constructor o productor inmobiliario para exonerar su responsabilidad. En otras palabras, probado el defecto de la obra, el productor inmobiliario demandado tiene la carga de acreditar cuáles son las reparaciones o adiciones de obra ciertas requeridas para corregir, así como su precio. La ausencia o insuficiencia probatoria sobre este punto, se resuelve en contra de la excepción y a favor de la estimación del demandante. Si el productor inmobiliario publicita el proyecto para su venta con unas condiciones determinadas (por ejemplo, con un gimnasio), está obligado a entregar la obra según lo publicitado (con el gimnasio), o a responder por su precio, aunque ello no se haya explicitado en los contratos o títulos traslativos de dominio.

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de fecha 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La demanda (cfr. c.1 arch. 02. Cfr. fls 1-29):

El Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde P.H. demandó a las sociedades Conaltura Construcción y Vivienda S.A y Fiduciaria Corficolombiana S.A., dando lugar a un procedimiento verbal de mayor cuantía.

Como fundamentos de hecho de la demanda se afirma lo siguiente:

Desarrollos Inmobiliarios S.A. y Conaltura Construcción y Vivienda S.A. desarrollaron el proyecto inmobiliario de vivienda denominado Olivares de Camino Verde P.H., en la carrera 25 núm. 39 B Sur – 101 del municipio de Envigado. La primera en calidad de comercializadora y la segunda en calidad de constructora. Fiduciaria Corficolombiana S.A. participó como administradora fiduciaria.

Desde la entrega misma de las unidades de vivienda, tanto los copropietarios como la administración de la copropiedad han reclamado “a la constructora por daño y pendientes constructivos de diferentes magnitudes y conceptos”. Estos problemas estarían relacionados con los siguientes aspectos:

- Las estructuras del edificio, según informe anexo a la demanda de ICE Ingeniería de Consultas en Estructuras, ingeniero Jairo Hernán Upegui.
- Las redes y apantallamiento eléctrico, según informe de IELEC- Ingeniería Eléctrica y Civil.
- El sistema hidrosanitario de la copropiedad, según informe de la Ingeniera Sanitaria Clara Cecilia Escobar Pérez.
- Cambio del cerramiento del conjunto.
- Dotación de la piscina

- Entrega del gimnasio

Tampoco se habría hecho entrega de algunos los diseños y planos estructurales y de servicios de la copropiedad.

Por otro lado, la parte demandante también presentó informe del ingeniero civil Rafael Tobías Álvarez de Aceros y Concretos Ingeniería, un informe sobre “presupuesto de obras necesarias para recibir copropiedad en las condiciones prometidas por el constructor”. Según el informe, el precio de esas obras y dotaciones, relacionada con los elementos ya relacionados, sería de \$2.600.475.686.

Lo que se pretende es que se condene a las sociedades demandadas al pago de las siguientes sumas de dinero:

- Daño emergente consolidado: \$16.600.000, discriminados así:
 - o \$8.700.000, precio del informe de ICE Ingeniería.
 - o \$1.740.000, precio del informe de Rafael Tobías Álvarez.
 - o \$6.160.000, por asesoría jurídica para la presentación de la demanda.
- Daño emergente futuro: \$2.600.475.686, correspondiente al precio de las obras necesarias para que la copropiedad cumpla con las condiciones prometidas por el constructor.
- Perjuicios morales: \$1.620.219.250, o diez salarios mínimos para cada unidad de vivienda para el momento de presentación de la demanda.

La contestación de Conaltura Construcción y Vivienda S.A. (cfr. c.1, arch. 03, fls. 1 -20).

La sociedad demandada reconoce su participación en el proyecto Olivares de Camino Verde. Sin embargo, niega que haya un incumplimiento atribuible a los productores inmobiliarios. Aunque se reconoce que se han atendido reclamaciones después de la entrega de las unidades privadas y comunes, se niega que haya daños o pendientes a su cargo; se afirma que se cumplieron las obligaciones según el

contrato. Lo anterior se acreditaría con los informes contratados por la constructora, de las empresas Soluciones Hidráulicas D-C S.A.S., Ingelevi S.A.S. y Diseños Estructurales J.A.A.S.A.S. Se afirma que los planos estructurales y de diseño se entregaron. Se desconocen y se cuestionan los datos de los informes que se presentaron con la demanda y las condiciones de la contratación de los peritos.

Con base en lo anterior, se proponen las siguientes defensas y excepciones “inexistencia de la obligación”, “falta de causa y objeto de las pretensiones de la actora”, “petición de lo no debido”, “cumplimiento del contrato”, “ausencia de vicios ocultos o redhibitorios”, “falta de legitimación en la causa por activa”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”. Se objetó el juramento estimatorio.

La contestación de la Fiduciaria Corficolombiana S.A. y Conaltura Constructora y Vivienda S.A. (cfr c.1 arch. 04, fls. 214 y s.s.).

La administradora fiduciaria reconoció su participación en el proyecto Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde P.H., en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Olivares de Camino Verde -antes “Mykonos”-, con base en un contrato de fiducia mercantil, constituido a favor de Desarrollos Inmobiliarios S.A. -hoy Conaltura Construcción y Vivienda S.A.). Negó y manifestó que no lo constaban los errores o incumplimientos que se imputan a la constructora.

Por un lado, se alega que Fiduciaria Corficolombiana S.A. no está llamada a responder con su patrimonio propio, en razón de los contratos que firmó en calidad de administradora fiduciaria del proyecto Olivares de Camino Verde. Se alega que el incumplimiento de las obligaciones propias del fideicomitente o de la constructora, si las hubo, no comprometen la responsabilidad del administrador fiduciario. Además, se alega que la sociedad demandante no fue parte de ninguno de los contratos que la administradora firmó en ejecución del contrato de fiducia. Por otro lado, alega que la administradora cumplió a cabalidad las obligaciones que le correspondían en tal calidad.

Con base en lo anterior, se propusieron los siguientes medios de defensa y excepciones: “ausencia de presupuestos axiológicos”, “cumplimiento del contrato”, “inexistencia de una obligación solidaria”. Se objetó el juramento estimatorio.

Durante la audiencia inicial la parte demandante desistió de las pretensiones frente a la administradora fiduciaria (cfr. c.1, arch. 02). El proceso continuó sólo con la constructora.

La sentencia de primera instancia (cfr. c.1 arch. 20).

Se desestimaron las pretensiones de la demanda bajo la consideración de que la parte demandante no probó las fallas constructivas o los incumplimientos en las entregas que se atribuyen a la parte demandada.

Se consideró que los informes y el presupuesto de obra que se presentaron con la demandada son generales, imprecisos y carentes de fundamento técnico, tratándose más bien de “observaciones y comentarios”, donde las conclusiones sobre las obras necesarias no son ciertas, sino probables, sujetas a verificación. Además, se realizaron sin tener en cuenta información relevante -planos técnicos del edificio-, como se advierte en los mismos informes.

La presentación del recurso ante la primera instancia (cfr. c.1 arch. 23).

La parte apelante apeló la sentencia y presentó los siguientes reparos:

- Se alega que se vulneró el derecho al debido proceso, pues se suspendió la audiencia de juzgamiento sin anunciar el sentido del fallo y la sentencia escrita se dictó dos meses después.
- También se considera que hubo un trato desigual en la audiencia de alegatos,

pues al demandante se le escuchó 20 minutos, a la demandada “entre 30 a 40”.

- Se manifiesta “ausencia de valoración probatoria” en la sentencia de primera instancia. Se alega que a la demanda se presentaron dictámenes periciales que se presentaron oportunamente y que no se objetaron.
- Se alega que el representante legal de la sociedad constructora confesó que se había ofrecido un gimnasio, que ni se construyó ni se entregó.
- Se indica que ha falta de congruencia de la sentencia, pero no se justifica en concreto por qué se considera que el fallo fue incongruente.

Aunque la parte apelante tuvo oportunidad para sustentar el recurso ante esta instancia, guardó silencio.

Los alegatos de Conaltura Construcción y Vivienda S.A.S. (cfr. c.2 arch. 13).

Se solicita que se confirme la sentencia y se alega lo siguiente:

- Se alega que la parte demandante no probó las fallas y los defectos estructurales y arquitectónicos que fundamentan sus pretensiones.
- Se alega que los informes que fundamentan la cuantificación del perjuicio carecen de seriedad, actualidad y se basan en supuestos.
- Se alega que la constructora entregó la obra cumpliendo la totalidad de sus obligaciones contractuales y legales.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

La competencia de la Sala se limita a resolver los reparos concretos que formule la parte con su recurso de apelación. En este caso la parte apelante omitió su carga

de sustentar el recurso; para preservar la doble instancia, en atención a los precedentes, se tomaron los reparos que se presentaron ante la primera instancia como sustentación.

Se considera que las irregularidades formales que se alegan en el recurso en relación con el desarrollo de la audiencia en primera instancia (irrespeto del término para la sentencia escrita, tiempo de las alegaciones), no son un obstáculo para dictar sentencia resolviendo la apelación en la medida que, aunque se aceptara la irregularidad, ésta se habría saneado en los términos del párrafo del artículo 133 del CGP. La parte debió alegarlas oportunamente, antes del cierre de la etapa de alegatos, ante el juez de primera instancia. Las etapas del procedimiento son preclusivas. Por tanto, su alegación posterior en la apelación, después de una sentencia desfavorable, resulta inoportuna. Por último, se considera que las irregularidades que afirma el apelante no comprometieron de fondo su derecho a plantear y a probar su perspectiva del litigio, que se garantizó plenamente; en consecuencia, no son irregularidades que ameriten una nulidad u otra medida de saneamiento, o por lo menos esto no se justifica ni se pide.

En relación con el reparo relativo a la falta de “congruencia de la sentencia apelada”, no habrá pronunciamiento pues no se sustentó el punto de manera concreta en relación con el caso, sino solo general, refiriendo conceptos abstractos sobre la congruencia. La Sala no advierte ningún problema de congruencia en la conclusión del juez de encontrar que la parte demandante no acreditó el daño que se reclama.

Con base en lo anterior, se considera que los puntos de fondo de la apelación que debe resolver la Sala en atención a su competencia legal se refieren a: la “ausencia de valoración probatoria” de los dictámenes que se presentaron con la demanda; y b. la indebida valoración de la confesión del representante legal de la constructora sobre la promesa incumplida de entregar un gimnasio como parte de las zonas comunes.

¿La parte demandante cumplió con las cargas de afirmación y de prueba que le correspondían, para acreditar que el productor inmobiliario incumplió con las obligaciones relativas a la entrega de la obra prometida?

La parte apelante no realizó cuestionamientos concretos sobre la valoración probatoria que se realizó en la sentencia, ni aportó criterios de sana crítica o análisis contrastivo de pruebas que sustentar una hipótesis más convincente; se limitó a señalar que no se valoraron los informes que se acompañaron a la demanda y una confesión. No obstante, congruentemente, la Sala limitará su estudio a verificar si los elementos de prueba señalados en el recurso se valoraron razonablemente en la sentencia, con el propósito de asignar a ese hecho la consecuencia jurídica que corresponda en atención al régimen probatorio. No extenderá su análisis o valoración probatoria más allá de esos aspectos generales, en atención a sus límites competenciales.

Como no se formularon reparos respecto de las pretensiones por perjuicios morales o lucro cesante, no se abordará su estudio.

Fundamentos jurídicos:

Si un comprador de productos inmobiliarios pretende la indemnización de perjuicios derivada de la falta de entrega o de una entrega irregular de un inmueble, en principio le corresponde afirmar y probar la existencia del contrato con base en el cual adquirió derechos en el proyecto inmobiliario, incluyendo las condiciones de la obra, y afirmar la ausencia de entrega o acreditar la irregularidad de la obra que se entregó en relación con la obra contratada, con base en la regla general de distribución de la carga de la prueba del artículo 167 del CGP.

Cuando la relación entre el demandante y el demandado se haya dado en un contexto de relación de consumo entre productores y compradores de proyectos inmobiliarios, se aplican las garantías especiales del Estatuto del Consumidor. Tales garantías incluyen las distribuciones probatorias a favor del consumidor y a cargo

del productor, sobre las condiciones del contrato, en materia de publicidad engañosa, cuando hay cláusulas abusivas, contratos especiales, entre otros.

Cuando se reclama a un productor inmobiliario por un defecto o un faltante de obra en un conjunto o edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, la legitimación en la causa por activa depende de si el defecto o faltante afecta una unidad privada o un área común del conjunto o del edificio.

Si es una unidad privada, reclama el propietario. Cuando se trata de áreas comunes, dada la propiedad conjunta e indivisible de los copropietarios sobre éstas y las demás características del régimen de propiedad horizontal sobre administración de tales bienes, la representación legal la tienen los órganos de administración de la propiedad horizontal; la judicial, el administrador del conjunto o edificio, quien estaría llamado a hacer la reclamación. Todo esto según la Ley 675 de 2001.

Es cierto que entre el conjunto y la constructora no media un contrato, por obvias razones. Tampoco es que la ficción del conjunto como persona jurídica sea el destinatario o consumidor final de la obra, porque tanto la propiedad como el disfrute de las zonas comunes corresponde a los copropietarios.

El conjunto actúa como continuador de los intereses individuales de los compradores del producto inmobiliario en lo que respecta a las áreas comunes. De ahí que se considere al conjunto o al edificio sometido al régimen de propiedad horizontal como “consumidor inmobiliario”, en tanto representante de los intereses de los compradores de productos inmobiliarios sobre las áreas comunes que, en razón de la constitución del régimen de propiedad horizontal, por disposición legal, se constituyeron en propiedad común administrada por el conjunto a través de sus órganos de administración.

En concordancia, los conflictos que surjan en esta relación se resuelven con base en las reglas generales de responsabilidad por incumplimiento contractual, las reglas específicas relativas al contrato de obra -2053 y s.s. del Código Civil-, y las

garantías especiales a favor del consumidor y a cargo del productor inmobiliario - Ley 1480 de 2011-, demás normas civiles y comerciales concordantes.

Entre esas garantías, se resalta especialmente la contenida en el artículo 10 de esa ley, según la cual “para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto...”. Esto quiere decir que, en línea de principio, ni el origen del daño ni el manejo para su reparación son en principio relevantes para que la pretensión del consumidor inmobiliario esté llamada a prosperar. Ciertamente, debe acreditarse el perjuicio y cuantificarse para una condena en concreto, pero el supuesto de la prueba no es la labor que se requiera para reparar el producto cuando eso es posible, sino sólo cuánto cuesta. Por su parte, el artículo 16 de esa ley señala que es carga del productor demostrar el nexo causal entre la causal de exoneración de responsabilidad y el defecto del bien.

En litigios similares a éstos que involucran los derechos del consumidor inmobiliario, la Corte ha hecho las siguientes precisiones sobre la distribución de la carga de la prueba:

“Estas normas, interpretadas en conjunto, regulan la carga de la prueba en materia de reclamaciones por garantía legal de la siguiente forma: (I) corresponde al consumidor demostrar el defecto o vicio que atenta contra la calidad, idoneidad y seguridad; (II) es deber del productor o proveedor demostrar la reparación, para lo cual debe expedir una constancia sobre las actividades realizadas y los repuestos suministrados; y (III) cuando se invoque una causal de exoneración, su demostración está en cabeza del productor o proveedor” (SC2850- 23 de junio de 2022, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalve”).

Así, por ejemplo, en ese caso, una propiedad horizontal reclamaba frente al constructor del proyecto inmobiliario la indemnización derivada de fallas de la obra: problemas de grosor de las placas de concreto, exposición de mallas

eléctricas, filtraciones. Se consideró que la parte demandante probó estas fallas con “fotografías, videos, y documentos”, cumpliendo con su carga probatoria. No se atribuyó al demandante la carga de probar que la falla tuviera su origen en un error del proceso constructivo, del diseño, o cualquier otra fase del proyecto inmobiliario, porque esto corresponde al productor. Probado el defecto, la Corte atribuyó a la empresa constructora la carga de acreditar el supuesto que exceptuar su responsabilidad, según su hipótesis exceptiva.

En ese orden de ideas, si lo que se alega es un defecto de un edificio consistente en el empozamiento de aguas, al consumidor inmobiliario le basta probarlo; es el productor inmobiliario el que debe probar que el empozamiento se debe una causa que exonera su responsabilidad (causal de exoneración). Si hay dudas se resuelven en contra del productor inmobiliario.

Ahora bien, cuando como consecuencia del defecto que genera la responsabilidad del productor se solicita una indemnización en dinero por daño emergente, lucro cesante u otro tipo de perjuicio, corresponde al pretensor probar la ocurrencia y cuantificar razonablemente el daño, siguiendo las reglas sobre estimación de perjuicios -art. 206 del CGP-, en concordancia con las reglas arriba reseñadas a favor del consumidor inmobiliario.

Otro aspecto a resaltar es la protección especial que tiene el consumidor inmobiliario frente a la publicidad engañosa –art. 3° L. 1480-. El estatuto del consumidor define la publicidad engañosa como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión” –art. 5 núm.13-. Esta protección consiste, entre otras, a darle un carácter vinculante u obligatorio a las condiciones objetivas que se publiciten del proyecto inmobiliario y obligando al productor inmobiliario o bien a cumplir con ellas o ya a reclamar la indemnización de perjuicios.

Así, por ejemplo, si el productor inmobiliario ofrece un proyecto de vivienda en un conjunto que incluye un gimnasio y el gimnasio no se entrega, el productor

puede ser obligado o bien a pagar lo que vale el gimnasio por la propiedad horizontal. No es relevante que el gimnasio no se haya incluido en los actos formales del negocio con cada uno de los copropietarios. Basta que se pruebe que fue parte de la oferta a los compradores para que se le dé la fuerza vinculante del artículo 29 de la ley 1480.

Las reglas de distribución probatoria bajo estas condiciones especiales serían las siguientes.

- a. El demandante consumidor inmobiliario tiene la carga de probar el defecto o vicio que atenta contra la calidad, idoneidad y seguridad del inmueble -art. 167 del CGP. No es su carga probar el origen del defecto o daño, o su relación con la actividad de construcción o diseño, temas de la excepción. Según el artículo 10 de la ley 1480, sólo “basta con demostrar el defecto del producto”.

Si el demandante alega que se ofreció en la publicidad la entrega de uno o varios elementos del proyecto inmobiliario que luego no se incluyeron en los contratos ni se entregaron, tiene la carga de acreditar la existencia de la publicidad engañosa.

La ausencia o insuficiencia probatoria sobre estos puntos se resuelve en contra de la parte demandante.

- b. Siguiendo la regla general del artículo 206 del CGP, el demandante también tiene la carga de estimar razonadamente y bajo juramento los perjuicios económicos derivados del defecto o faltante en la obra.

Sin perjuicio de la libertad probatoria, la estimación económica de la falla o faltante de obra (daño emergente futuro) se considera razonablemente fundada cuando se sustenta una opinión con experiencia y experticia en el campo de la construcción, el diseño o las compras especializadas que se

requiera. Deben tenerse en cuenta las reglas de interpretación de los dictámenes periciales, arts. 226 y s.s. del CGP.

- c. Por su parte, el demandado productor inmobiliario tiene la carga de probar causales que exoneren su responsabilidad frente al productor inmobiliario. Por ejemplo, que el origen del defecto o el faltante de obra no tiene su origen o causa en la construcción o en cualquier otra etapa del proceso inmobiliario, sino al deterioro normal por el uso, por un indebido mantenimiento, o por otra causa que le sea ajena.

Cuando la responsabilidad se deriva de la publicidad engañosa, el demandante debe acreditar la publicidad y negar la entrega según lo publicitado; el demandado anunciante sólo podrá exonerarse de responsabilidad, “cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación” –art. 32 de la ley 1480-.

- d. Según la carga de razonabilidad que impone el artículo 206 a la objeción a la estimación económica, en relación con las cargas especiales del productor inmobiliario, se considera que el demandado tiene la carga de acreditar, o bien que no es necesaria ninguna reparación o entrega; o que la reparación o entrega que se requiere tiene un precio menor al que se estimó.

Se considera que estando debidamente acreditado el defecto o vicio que atente contra la calidad, idoneidad y seguridad del inmueble y una estimación razonablemente fundada sobre el valor de la reparación necesaria, las dudas o insuficiencias probatorias sobre el procedimiento o el valor del procedimiento adecuado debe resolverse en contra del productor inmobiliario.

En consecuencia, si existen dudas sobre el tipo de procedimiento requerido para estimar el precio preciso de una reparación, tales dudas se resuelven contra la objeción y a favor de la estimación inicial.

Cuando se trata de acreditar fallas o errores técnicos en la construcción de una obra, de orden estructural o arquitectónico o de otro tipo, el dictamen pericial es la prueba idónea -art. 2059 del C. Civil-.

Si lo que se cuestiona en la apelación es la valoración de un dictamen pericial, se deben tener en cuenta las reglas de los artículos 226 y s.s. del CGP. Se resaltan cuatro elementos: 1. El dictamen se debe presentar en la oportunidad para pedir pruebas; 2. Debe cumplir los requisitos legales para su validez y eficacia; 3. Para la contradicción concreta al dictamen puede pedirse la comparecencia del perito o presentarse otro dictamen; 4. Su valoración se realiza atendiendo las cualidades del dictamen, la sustentación en la audiencia y la correspondencia con otras pruebas.

En cuanto a la confesión -art. 191 del CGP-, se entiende que para que produzca efectos debe ser sobre hechos que conlleven consecuencias jurídicas que favorezcan a la parte contraria. En tal sentido, la confesión debe ser completa. Si recae sólo sobre hechos parciales sin los cuales no se configura el supuesto jurídico del efecto que se persigue, su eficacia como confesión depende de que las condiciones faltantes se prueben a través de otros medios. Cabe anotar que la confesión admite prueba en contrario -art. 197 del ibídem-.

El juez debe valorar los indicios a favor y en contra de las pretensiones -art. 240 del CGP; la conducta de las partes debe ser valorada como fuente de indicios, por expreso mandato legal -art. 241 ibídem. Cuando se trata de probar un daño, se consideran como indicios en contra de la causación del daño que quien tenga la carga de probar el hecho dañino no presente medios de prueba actuales del estado del daño al momento de presentar la demanda, siendo esto pertinente. Por ejemplo: que se presente un dictamen pericial, sin tomar en cuenta las condiciones posteriores que modifiquen el resultado de ese dictamen. Asimismo, se considera

que no sustentar el recurso de apelación ante la segunda instancia, expresando las disconformidades concretas sobre la valoración probatoria, también es indiciario de una causa o una inconformidad infundada, o no demostrable.

Un último tema para considerar se refiere a los términos de prescripción aplicables para este tipo de reclamación. Si el supuesto de reclamación es el incumplimiento del contrato en cuanto a la entrega de áreas comunes de un proyecto inmobiliario, se considera lo siguiente:

- a. Los cálculos de prescripción para reclamar por defectos o faltantes de obra son los términos ordinarios de prescripción de las obligaciones contractuales, art. 2536 del Código Civil.
- b. Si el problema es estructural y el edificio amenaza a ruina, se aplica la garantía decenal del artículo 2060 del artículo Código Civil para la reclamación

¿Se aplica la prescripción corta de un año del artículo 1923 del Código Civil, relativo a la pretensión redhibitoria? Esta pretensión procede en razón los vicios ocultos del cuerpo cierto que se vende. Una condición legal de estos vicios es que existan al tiempo de la venta, lo que a su vez presupone la existencia de la cosa que se vende al momento del contrato -art. 1915 del C. Civil.

Se considera que esta norma no es aplicable al contrato de compraventa de un producto inmobiliario cuando se reclaman fallas o faltantes de obra, porque al momento de acordarse la compraventa de las unidades de vivienda las obra no se había construido; lo que generalmente se compra son proyectos en construcción; es decir, ni el proyecto de vivienda que se vende, ni los vicios de la obra preexisten al contrato, con lo cual no es posible hablar en legal forma de un “vicio redhibitorio”.

Similar a lo que ocurre en el contrato de obra regulado en los artículos 2060 y s.s. del Código Civil, en el contrato de compra de un producto inmobiliario futuro el

consentimiento del comprador respecto del cumplimiento del contrato, como en el contrato de obra, sólo puede expresarse positivamente al momento de la entrega; por tanto, sólo desde ese momento se pueden verificar vicios, incumplimientos y comienzan a correr los términos extraordinarios de prescripción.

Caso concreto:

En este caso no se discute que entre el Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde P.H. y Conaltura Construcción y Vivienda S.A y Fiduciaria Corficolombiana S.A. se dio una relación contractual regulada entre consumidor-productor inmobiliario, en razón de la cual la propiedad horizontal demandante se constituyó en acreedora de unas obras concretas de las zonas comunes del conjunto, a cargo de la constructora demandada, como administradora de los derechos de los compradores del proyecto, en razón de la constitución del reglamento de propiedad horizontal.

Según la sentencia de primera instancia, la parte demandante no probó un daño o un defecto que comprometa la responsabilidad de la constructora, pues las pruebas que se presentaron se consideran insuficientes. El apelante cuestiona que esto se probó con los informes periciales que se acompañaron con la demanda y que no se valoraron adecuadamente en la sentencia.

Según las reglas de distribución probatoria que ya se expusieron, para que la pretensión esté llamada a prosperar, la parte demandante tenía la carga de acreditar: o bien que no se entregó la obra prometida; o bien que la obra que se entregó presenta un vicio o defecto que afecte la calidad, idoneidad y seguridad del inmueble.

¿Se cumplió con esa carga?

Con la demanda se presentaron cuatro informes. Tres de ellos tienen por finalidad acreditar las irregularidades y defectos que la parte demandante reclama. Un

informe principal, en dos momentos (2011, cfr. arch. 02., fls. 162 y s.s. 2015, fls. 54 y s.s.) firmado por el ingeniero Jairo H. Upegui), que daría cuenta de la totalidad de los daños y faltantes de obra. Este informe se apoya en dos informes auxiliares: uno de la ingeniera Clara Cecilia Vélez (cfr. fls. 107 y s.s.), sobre redes hidrosanitarias. Otro del ingeniero Juan Pablo Sierra Quiroz, sobre redes eléctricas. El cuarto informe sería un “Presupuesto de obras necesarias para recibir copropiedad en las condiciones prometidas por el constructor”, por el ingeniero Rafael Tobías Álvarez (fls. 65 y s.s.), que se basaría en los informes precedentes para cuantificar el precio de las compras y obras necesarias.

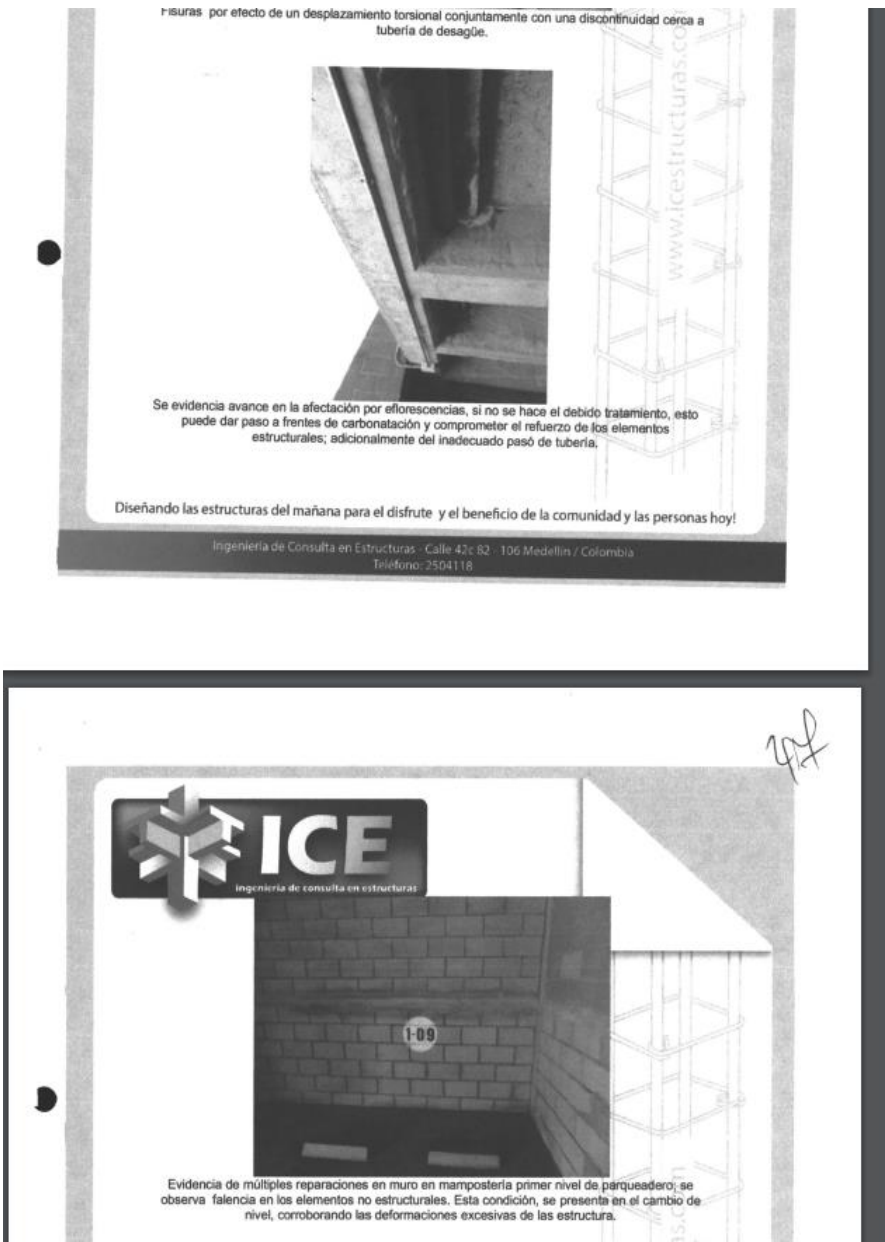
Al ingeniero Jairo H. Upegui lo contrató el Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde, a través de su Consejo de Administración para que revisara “las condiciones de infraestructura del edificio” y las “inconformidades de los propietarios”, antes y después del recibimiento de las zonas comunes del conjunto en el año 2011 (cfr. fls. 126 y s.s.).

El informe se refiere a tres aspectos relativos a las zonas comunes del conjunto: las redes eléctricas, las redes hidrosanitarias y el sistema estructural. Según se explicó, se tuvo en cuenta: estudio de suelos, planos arquitectónicos, planos estructurales, memorias de cálculo, documentos legales de tramitación. Se afirma que no hubo acceso ni a diseños hidrosanitarios, ni eléctricos ni a las memorias de cálculo de esos diseños, ni a las memorias de la ejecución de la obra. También se realizó una visita a la obra, se realizó un estudio clínico: verificación ocular de los daños. Se realizó una modelación estructural matemática del edificio. Se tomó registro fotográfico de los daños visibles.

El bloque de parqueaderos:

En los informes se refiere que el bloque de parqueaderos presenta varias fallas en sus elementos estructurales y no estructurales, que lo hacen vulnerable ante sollicitaciones sísmicas. Estas fallas se advierten fisuras en las vigas, columnas y en la mampostería de la fachada del edificio; fisuras que se presentan, se reparan y

continúan presentándose. Se evidencian múltiples reparaciones en distintas zonas del edificio. También se evidencian desplazamientos de la mampostería que afecta la tubería del edificio.



Desde ese primer informe de 2011, el perito advierte sobre el posible “vulnerabilidad de la estructura” y requiere al ingeniero diseñador estructural del edificio para que justifique o realice una propuesta. En el informe se lee:

Con relación a la vulnerabilidad de la estructura en el bloque de parqueaderos, esta deberá de mitigarse en el menor tiempo posible, esperando la propuesta o la justificación por parte del Ingeniero Germán Serrate, diseñador estructural del edificio. (a la fecha no se ha presentado por parte de la constructora ninguna opción de intervención estructural para mitigar los efectos descritos)

En el informe de 2015, el perito confirma la continuidad de las deficiencias en el edificio. En una carta dirigida al conjunto residencial (cfr. arch. 02, fl. 64), conceptúa que estos problemas se deben a asentamientos del suelo debido a las cargas del edificio, que afecta la estabilidad del edificio. Se requiere nuevamente al ingeniero diseñador del proyecto para “considerar” sus sustentaciones. En el mismo documento se propone un “sistema de arriostramiento para mitigar la vulnerabilidad del edificio y el riguroso cumplimiento de las derivas de entre piso del edificio”.

Cabe anotar que los otros tres ingenieros que declararon ante la primera instancia, la administradora de la propiedad horizontal e incluso el representante de la constructora demandada, reconocen que el bloque de parqueaderos presenta fisuras, empozamientos, filtraciones en la mampostería, eflorescencias sobre la estructura de cemento.

Aunque la parte demandada aduce y presenta pruebas que a continuación se valoran, orientadas a cuestionar la existencia de una falla estructural en el edificio de parqueaderos, lo cierto es que no cuestiona probatoriamente la existencia de estos defectos.

El ingeniero representante legal de la constructora, durante su declaración, explicó los defectos del parqueadero negando falla estructural, aduciendo que las fisuras son normales en estructuras de cemento, que las filtraciones se deben a falta de mantenimiento de las fachadas. Acepta que las eflorescencias son un defecto o patología de la estructura en cemento, limitándose a negar que en este caso comprometa la estructura del edificio.

En consecuencia, se considera que la existencia de defectos en el edificio de parqueaderos -efluorescencias, empozamientos, fisuras, filtraciones, compromiso de la estabilidad de la mampostería-se encuentra probada, con lo cual se satisface la carga probatoria del demandante: esta pretensión está llamada a prosperar.

Con el informe del ingeniero Upegui que se anexó a la demanda se presentó una modelación matemática del edificio y sus cargas (cfr. arch. 02 fls. 169 y s.s.), a través de un software especializado. Durante la audiencia, el perito afirmó que una vez se establecieron en el modelo las condiciones de geometría, suelo y carga del edificio con las variables normativas aplicables, la conclusión matemática del software es que el edificio de parqueaderos no cumple con las normas de estructura para sismo resistencia vigentes en Colombia.

PLAN TORSIONAL IRREGULARITY CHECK - **NSR-10**

Level	EARTHQUAKE - X				EARTHQUAKE - Y			
	Δ/h max	Δ/h avg	max/avg Δ/h	Irregular	Δ/h max	Δ/h avg	max/avg Δ/h	Irregular
9	0.0011	0.0008	1.3514	YES	0.0090	0.0082	1.0956	NO
8	0.0016	0.0013	1.2187	YES	0.0120	0.0030	4.0185	EXT
7	0.0020	0.0016	1.2388	YES	0.0141	0.0132	1.0676	NO
6	0.0025	0.0021	1.1726	NO	0.0168	0.0053	3.1682	EXT
5	0.0029	0.0022	1.3159	YES	0.0176	0.0163	1.0817	NO
4	0.0032	0.0026	1.2558	YES	0.0178	0.0064	2.7905	EXT
3	0.0030	0.0025	1.2204	YES	0.0145	0.0131	1.1129	NO
2	0.0015	0.0014	1.0723	NO	0.0064	0.0020	3.2651	EXT

Torsional irregularity is considered to exist if Δ/h max > 1.2 Δ/h ave
EXTreme torsional irregularity is considered to exist if Δ/h max > 1.4 Δ/h ave

Tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte, la constructora niega la existencia de una falla estructural en el edificio. Se reconocen las fisuras y las efluorescencias, pero se niega que haya compromiso estructural, o que el edificio amenace a ruinas. Las fisuras se explican como un fenómeno normal de las estructuras en concreto; las efluorescencias, como una patología a tratar, que en este asunto no compromete la seguridad y la estabilidad del edificio.

Con la contestación de la demanda se presentó un informe del ingeniero calculista Jaime Aristizabal y una carta dirigida a Conaltura. En la carta se expresa que el cálculo en el informe Jairo H. Upegui se realizó con la norma técnica NSR 10, a pesar de que el proyecto se diseñó y se aprobó con una versión anterior, la norma técnica NSR 98. Según el ingeniero, él realizó la modelación matemática con la norma NSR 98, dando fe que el proyecto cumple con los requerimientos legales (cfr. arch. 03, fls. 481 y s.s.).



JAR-INGENIERIA
DISEÑOS ESTRUCTURALES J.A.A. S.A.S.
NIT. 900.355.829-7

Medellín, 22 Marzo 2018

Señor(es)
CONALTURA

Ciudad

Ref.: "Memorial Proyecto PARQUEADERO OLIVARES CAMINO VERDE"

Cordial Saludo,

Por medio de la presente les informamos que al revisar las memorias de cálculo y diseño realizado por la empresa Ingeniería De Consulta En Estructuras (ICE, Ingeniero Jairo Hernando Upegui) del proyecto en referencia, podemos concluir lo siguiente:

1. El proyecto inicial fue desarrollado, diseñado y calculado con la norma NSR-98 (Ley 400 de 1997 – Decreto 33 de 1998).
2. La citada empresa lo reviso bajo la NSR-10 (Decreto 2525 de 2010 - Decreto 0092 de 2011).
3. La empresa ICE bajo esta revisión emitió un concepto desfavorable del proyecto, hacemos énfasis que lo reviso bajo una norma que no aplica para este proyecto en este caso específico.
4. JAR Ingeniería reviso el diseño estructural bajo la norma NSR-98 (Ley 400 de 1997 – Decreto 33 de 1998), dado que con esta norma se aprobó el diseño inicial, se calculó y se construyó, manifestamos que el diseño cumple a cabalidad con lo establecido en las normas, leyes y decretos vigentes aplicables a estos diseños.
Nota: Encontramos además que las columnas y vigas tienen inclusive más acero del necesario para cumplir con las cargas de diseño.
5. Se adjunta memorias de cálculo y diseño elaborado bajo la NSR-98 (Ley 400 de 1997 – Decreto 33 de 1998).
6. En la norma vigente aplicable a estos diseños NSR-98 (Ley 400 de 1997 – Decreto 33 de 1998), inclusive para edificaciones de grupo de uso I se permite un grado de desempeño bajo para elementos no estructurales (Muros de Mampostería), esto indica que se puede tener un agrietamiento en estos elementos.

Se aclara que la revisión efectuada del proyecto no constituye una aprobación al diseño, sino una verificación del cumplimiento de los Decretos antes mencionados.



JAR-INGENIERIA
DISEÑOS ESTRUCTURALES J.A.A. S.A.S.
NIT. 900.355.829-7

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL R.
Ingeniero Calculista

Carrera 46 No. 7-103 Tel: 444 08 54 Fax: 311 00 12 Medellín
E-mail: jaringenieria@jaringenieria.com

Preguntado sobre este punto en la audiencia de sustentación, el ingeniero Upegui reconoció que el parqueadero de Olivares Camino Verde se diseñó y construyó bajo la vigencia de la norma técnica NSR-98 y que la modelación matemática se realizó con las condiciones de la norma NSR-10, con la que estaba programado el software. Sin embargo, aclaró que tales condiciones son virtualmente las mismas, en relación con el cálculo que interesa. Afirmó ser parte de la comisión redactora de las normas técnicas y tener conocimiento suficiente para realizar esa afirmación.

Asimismo, aclaró que la modelación matemática prueba elementos de deterioro que se verificaron en el trabajo clínico del edificio, como las fisuras, los desplazamientos, empozamientos, entre otros. La hipótesis del perito es que no hay un equilibrio entre vigas y columnas, probablemente por un asentamiento del suelo; con el movimiento por sismos o uso del parqueadero, estas estructuras se desplazan, afectando la tubería y la mampostería (muros de la fachada). Esta situación habría empeorado debido a malas prácticas constructivas y de diseño, como la perforación de vigas para el paso de tuberías.

En el presupuesto de obra, el ingeniero Rafael Tobías Álvarez R. conceptuó que eran necesarias columnas para “repotenciación estructural”, con lo cual se presupuesta la construcción de 5 columnas en el bloque de parqueaderos *“las cuales permitirán el control de las derivas, la reducción de los momentos torsionales y la rigidez general del bloque”*. Durante la audiencia, el ingeniero afirmó que su concepto se basaba en el resultado de los hallazgos del perito Upegui, que con la evidencia disponible respondían a su propio criterio de lo que era necesario realizar.

Tanto el perito Upegui como el perito Tobías Álvarez son coherentes al señalar las fallas estructurales y no estructurales del edificio del parqueadero. La opinión de estos peritos es relevante dada su amplia experiencia y experticia en el campo específico de las patologías constructivas. El conocimiento, coherencia y suficiencia de sus conceptos se refleja en la sustentación oral de sus experticios. Además, sus opiniones se basan en la verificación en campo de las averías, empozamientos, fisuras, desplazamientos de tubería, necesidad constante de reparación, que se verificaron en varias visitas al edificio y que concuerdan con los registros fotográficos que los sustentan y con la versión de los demandantes.

El peso probatorio de estos informes se relativiza en tres puntos, que son objeto de alegación por la parte demandada: la negación de daños o defectos que comprometan la estructura, según el informe del perito Jaime Aristizabal, quien señala que en la modelación del perito Upegui se realizó con una norma técnica posterior a la aplicable; la falta de certeza del mismo informe, pues en él se dice

que la falla estructural debe confirmarse con el ingeniero calculista del proyecto; y la falta de un plan de obra o trabajo concreto que justifique el presupuesto que se presenta. También se recalca que no se tuvieron en cuenta todos los diseños y planos de la obra; además, que el edificio se construyó con base en los planos estructurales y estudios de suelo adecuados para la obra y aprobados por las autoridades competentes en el procedimiento de licenciamiento.

A consideración de la Sala, con la prueba disponible existen dudas sobre si la falla del edificio del parqueadero es una falla estructural, o si efectivamente requiere el sistema de arriostramiento que se cotizó en el presupuesto. Aunque están los informes que se anexaron a la demanda y el acuerdo coordinado de varios ingenieros expertos sobre la necesidad de intervención, no es menos cierto lo que alega la parte demandada: el hecho de que la modelación matemática se haya hecho con base en una norma distinta, genera dudas sobre el resultado, aún con las explicaciones que da el perito.

La existencia de los defectos que presenta el edificio de parqueaderos podría responder a otro tipo de patologías y requerir otro tipo de intervenciones, como alegan los demandados. Sin embargo, esto no resulta menos dudoso. El dictamen pericial que se presentó con la contestación de la demanda no hace prueba de este punto, pues se limita a la modelación matemática a partir de los planos y diseños; no hay evidencia de visita o trabajo clínico en el sitio. Por otro lado, las declaraciones que hizo el ingeniero representante legal de la constructora, fueron vagas y generales, insuficientes para concluir qué está causando las fallas, como solucionarlas o cuánto cuesta.

La Sala considera que esta ausencia o insuficiencia probatoria debe resolverse frente al demandado, productor inmobiliario. En efecto, el Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde P.H. probó defectos o fallas en el edificio de parqueaderos. Aunque Conaltura Construcción y Vivienda S.A. alegó y logró generar dudas sobre la existencia de una falla estructural, no logró acreditar que las fallas que efectivamente presenta el edificio de parqueaderos –fisuras, fallas

mampostería, empozamientos, defectos en la estructura de cemento- sean ajenas al proceso de diseño o construcción a su cargo, o que requiera una intervención distinta a la que señala y cotiza la parte demandante.

En consecuencia, la parte demandada está llamada a responder por este perjuicio, acorde con la estimación de la demanda.

Para cuantificar el perjuicio, la Sala se basará en el presupuesto que se presentó con la demanda, en los siguientes puntos:

Estructura:	\$490.924.464
Mampostería:	\$323.519.747
Acabados:	\$ 1.145.467
Pintura:	<u>\$ 619.793</u>
Total:	\$816.209.471

Este perjuicio se reconoce bajo la modalidad de daño emergente, gastos que tendrá que asumir la copropiedad para reparar los defectos del edificio del parqueadero, derivados del incumplimiento contractual.

Las redes eléctricas:

El ingeniero Juan Pablo Sierra Quiroz presentó las siguientes conclusiones en su informe:

IELEC

Ingeniería eléctrica y civil
Ingo. Juan Pablo Sierra Quiroz
Nit 10.264.795

Redes eléctricas

11

CONCLUSIONES

1. Se debe solicitar al contratista o EPM la rectificación de la línea de media tensión.
2. Se debe solicitar al contratista revisar con detenimiento el montaje del apantallamiento, revisarlo hasta el punto de que este quede en condiciones técnicas aceptables.
3. Verificar a la luz de la evaluación de riesgos ante descargas atmosféricas la necesidad de la instalación de DPS.
4. Realizar una revisión detallada en las instalaciones eléctricas internas a la luz del cumplimiento del RETIE y ejecutar los correctivos pertinentes.
5. Consultar si las instalaciones eléctricas fueron certificadas por un ente externo como debe ser y solicitar tal certificación en original.
6. Verificar el certificado de conformidad de la luminaria del alumbrado exterior.
7. Solicitar la rectificación de la red aérea de teléfonos.
8. Solicitar una copia de los diseños eléctricos debidamente firmados por el responsable de estos. Los cuales la administración los debe tener.
9. Este evaluación se hizo con observaciones de campo, en ningún momento se tuvo en cuenta los diseños y las memorias de cálculo ya que nunca fueron suministradas.

Durante la audiencia, el perito hizo énfasis en el trazado de la línea de media tensión y el montaje del apantallamiento (sistema de protección contra descargas eléctricas). Sobre el primero, se señala que el trazado de la línea no respeta las reglas sobre retiros y distancias. Se pasa la línea por encima de una piscina y sin la distancia debida de muros y ventanas. Sobre el sistema de apantallamiento (protección del edificio frente a descargas eléctricas), se insistió en que no se observaron bajantes de cable, ni anillos, ni varillas de puesta a tierra. En el informe se precisa que si bien el montaje de apantallamiento del edificio está permitido por las normas, no se verificaron la instalación de las condiciones mínimas necesarias para su funcionamiento.

Sobre esta prueba, la parte demandada alega que se realizó sin verificar los diseños de los planos eléctricos. Tampoco se considera que se haya conceptualizado la necesidad de una obra concreta, sino sólo la pertinencia de comprobar el funcionamiento. Se alega que todas las redes eléctricas del edificio se aprobaron y certificaron con la norma RETIE por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia ONAC. En general, se cuestiona la falta de rigor en el dictamen y la necesidad de las obras.

En el informe del ingeniero Luis Fernando Villegas Escobar, presentado por la demandada (cfr. arch. 03, fls. 261 y s.s.), se contradice las conclusiones del informe presentado por la demandante.

Sobre la distancia de la red de media tensión respecto de la piscina, se sustenta que se tomó mal la referencia de distancia, pues no se aplica la norma general sobre distancia respecto de muros o ventanas, sino un nivel máximo de agua. En el informe se resalta que la adecuación de la red eléctrica está acreditada y certificada según la norma RETIE.

Sobre la necesidad de apantallamiento, se afirma que el asunto fue objeto de una evaluación de riesgo según “la norma NTC4552/2009”, y que “después de alimentarlo con los datos adecuados”, dio como resultado que el edificio no requiere ninguna protección contra rayos. El diseñador eléctrico recomendó “un sistema de apantallamiento usando las varillas de refuerzo de la estructura como bajantes naturales a tierra y la cimentación como terminales de tierra”. Se dice que en la certificación RITE se da por cumplido el requisito “para las distintas torres”. Igual argumento se presenta sobre las redes en las zonas comunes.

Como conclusión se presenta lo siguiente:

CONCLUSIONES:

De acuerdo a lo revisado y a la recopilación de documentación técnica y legal podemos determinar que todos los sistemas eléctricos cumplen con la normativa y reglamentación vigentes a la fecha de su construcción y adicionalmente con procesos serios de certificación por entes autorizados en su momento.

En el informe de redes eléctricas e instalaciones hidrosanitarias, tanto como en la sustentación, los peritos informaron que no estaban las memorias completas, ni los planos. Informan que un análisis más preciso y riguroso requeriría de los planos. Sin embargo, también afirman que todas las anotaciones en sus informes sobre fallas, faltantes y defectos están respaldadas por la verificación en campo, como se advierte en los informes y los registros fotográficos. El ingeniero que realizó el

presupuesto de obra afirmó que los procedimientos allí reseñados se basan en la información técnica del proyecto, en los informes de los otros ingenieros y en su propia experticia.

A consideración de la Sala, la parte demandante no cumplió con la carga de acreditar lo referente a este daño. Por un lado, el informe del año 2011 que se presenta no es actual. Según el acta que allegó la parte demandada, la entrega formal de las zonas comunes se realizó el 1 de noviembre de 2013 (cfr. c.1 arch. 03 fls. 155 y s.s.); no se realizaron anotaciones sobre las redes eléctricas, con lo cual es razonable pensar que la mayoría de los faltantes o defectos que se refieren en el informe de 2011, se resolvieron en ese tiempo, como alegan los demandados.

En cuanto al sistema de apantallamiento y los trazados de las líneas eléctricas, se considera que el dictamen presentado por la parte demandada, en concordancia los certificados de licenciamiento y funcionamiento también allegados por esa parte, son pruebas consistentes respecto de que el sistema eléctrico cumple con las condiciones legales, por lo menos en lo que respecta a su diseño, que fue aprobado por las autoridades competentes y que el perito de la parte demandante no tuvo en cuenta.

A diferencia de lo que ocurren con el edificio de parqueadero, donde las fallas o defectos son evidentes con el material fotográfico, en este caso esa evidencia falta. Si bien se muestran fotos sobre parte del sistema de apantallamiento y las líneas eléctricas, estas por sí solas no acreditan irregularidad.

Así las cosas, dado el diseño y la instalación efectiva de un sistema de apantallamiento, su aprobación por la entidad certificadora, la ausencia de evidencias directas más allá de la opinión del perito que acrediten el defecto o falla, se considera que sobre este punto hay ausencia o insuficiencia probatoria que impide reconocer el perjuicio.

Instalaciones hidrosanitarias:

La ingeniera hidrosanitaria Calara Cecilia Escobar Pérez, en un informe de fecha 29 de diciembre de 2011, suscribió un informe sobre las instalaciones hidrosanitarias del Conjunto Residencial Camino de Olivares.

En su informe se refieren los siguientes faltantes y defectos: humedades en los muros de la cubierta, debido a falta de filtros para evacuar aguas o correcta impermeabilización; tanques de agua sin tapa, faltas de tubería en los reboses y tanques de desagüe; tuberías de impulsión “sueltas” (deben estar sujetas); falta de apoyo de los equipos de bombeo y abastos de red contra incendios; tableros de control frente a los equipos de bombeo contra incendio; gabinetes y mangueras deterioradas o inadecuadas; diámetros de desagüe inadecuados. Aunque se “hipotetiza” una posible falla en los diámetros de los cárcamos y cunetas, se advierte que no es posible un concepto definitivo por falta de planos.

La perito constató estos elementos de su informe en la audiencia. También afirmó que, en los elementos allí señalados que no son de verificación en obra, la certeza sobre la naturaleza de los faltantes o defectos requiere verificación de planos, a los que no tuvo acceso para formular su informe.

La parte demandada insiste en la falta de seriedad de este informe por falta de sustento en los planos, según reconoce la misma perito. También se alega que todas las instalaciones hidrosanitarias fueron aprobadas por EPM.

En el informe hidrosanitario presentado por la parte demandada y firmado por Miguel Jerónimo Vergara (cfr arch. 03 fls. 600 y s.s.), se resalta lo siguiente:

Se reconoce la existencia de humedades en los muros, se hacen recomendaciones. También se reconoce que los desagües y reboses deben ser llevados al cárcamo de desagüe. Asimismo, se indica la necesidad de fijar y adosar las tuberías a los muros y las losas. Sobre la tapa de los tanques se afirma que es responsabilidad del operario. Sobre los equipos de bombeo y sus tableros de control, se manifiesta

que esa reclamación ya habría sido atendida por Conaltura, según le informan al perito; en el informe se deja constancia de que hay que verificar. Sobre los faltantes en las mangueras y sus gabinetes, se refiere que estos elementos ya habían sido recibidos por la copropiedad y que su adecuada administración depende de ellos. Se afirma que, según los diseños, la tubería del parqueadero presenta una adecuada capacidad de drenaje. Sobre los desagües, se dijo que estaban bien diseñados pero que había que constatar en terreno. Se confirmó en los planos hidráulicos que el diámetro y la pendiente de los cárcamos y cunetas son los adecuados.

Cabe anotar que la parte demandada aportó certificación del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia ONAC, sobre la adecuación de las redes eléctricas del conjunto a la norma RITIE (cfr. fls. 299 a 453).

A consideración de la Sala, la parte demandante no cumplió con las cargas probatorias mínimas que le correspondían para acreditar estos defectos o fallas. Lo anterior se debe principalmente a la falta de actualidad del informe que soporta el perjuicio y a las propias declaraciones de la perito en la audiencia. El informe es de 2011, pero en el 2013 la copropiedad recibió formalmente las zonas comunes, sin referir los faltantes. Según el perito de los demandados, muchos de los elementos que se señalan en el informe habrían sido atendidos. Además, la propia experta aclaró que no había consultado planos de diseño, lo que efectivamente limitaba la certeza de aquellos conceptos de su informe que no pudieran verificarse directamente en la obra.

Por estas razones, no se reconocerá las reclamaciones por este concepto, con una excepción: las labores de impermeabilización de los muros, para corregir la causa de las humedades. La presencia de esas humedades fue ratificada por los cuatro peritos que dieron su declaración ante la primera instancia. La existencia de humedades y la necesidad de obra para corregir es un asunto que reconoce el propio informe presentado por los demandados sobre este punto. Se considera que no es un tema que se deba a falta de mantenimiento, pues se presenta desde 2011.

Según el presupuesto presentado con la demanda, el precio de las impermeabilizaciones: \$ 5.630.000. Este valor no fue concretamente cuestionado por la parte demandada. En consecuencia, se reconocerá.

Dotaciones:

Este concepto se refiere a la piscina y al gimnasio.

Respecto de la piscina, se considera que no hay evidencia que permita concluir sobre una falla, defecto o faltante de la piscina. Por el contrario, la parte demandada entregó prueba documental de que la piscina se entregó funcionando y que además fue certificada por el municipio de Envigado como una piscina apta para su uso, por cumplir con las reglas pertinentes (cfr, fls. 220 y 293 a 298 s.s.).

En consecuencia, este concepto no se reconocerá.

El gimnasio, en cambio, debe reconocerse.

Durante la audiencia de interrogatorio de parte, el representante legal de la constructora negó que se haya entregado y que se hubiera ofrecido un gimnasio en el proyecto inmobiliario. No obstante, en esa misma audiencia, se le puso de presente y no supo explicar la publicidad del proyecto, donde se incluye la oferta del gimnasio.

Olivares de Camino Verde
APARTAMENTOS

Y NO LO PUEDES DEJAR PASAR

TRAER UN REFERIDO Y TE REGALAMOS \$1.500.000

En Envigado

INCLUYE PARQUEADEROS Y ACABADOS
CONOZCA EL MODELO

60 y 63 m2
3 alcobas+estudio
DESDE: \$134.000.000

• Piscina Adultos y Niños
• Turco • Sauna • **Gimnasio**
• Salón Social • Cancha Múltiple
• Amplias zonas verdes
• Con impuestos y servicios de Envigado

Carrera 25 # 39 B Sur 115

www.desarrollosinmobiliarios.com.co

La publicidad del proyecto es clara al ofrecer el gimnasio. Se puede inferir de este mismo hecho, puesto que se incluye en la publicidad, que la oferta del gimnasio es parte importante de la oferta pública para ganar el consentimiento del comprador. En la audiencia de interrogatorio de parte, el representante se limitó a negar que el gimnasio fuera parte de la oferta, pero no explicó la publicidad. Cabe anotar que la parte demandada ni afirmó, ni probó que esta publicidad fuera adulterada o no fuera publicitada por los socios del proyecto, siendo su carga.

En consecuencia, al haberse ofertado un gimnasio que no se entregó, el productor inmobiliario incurrió en una práctica de publicidad engañosa y está obligado a responder por el valor de la oferta.

Según el presupuesto presentado, el gimnasio tendría el siguiente costo:

- Edificación \$36.000.000
- Dotación: \$15.000.000

A consideración de la Sala, el presupuesto hace una estimación razonable de la dotación, no así del rublo destinado a la construcción. Lo anterior, en la medida que no es claro que la oferta contenida en la publicidad de construir el gimnasio incluya una oferta de hacerlo en una construcción distinta a las que efectivamente se construyeron. Bien podría ser un gimnasio, al aire libre, o implementos de gimnasio funcionando en el salón social o en otra zona.

En consecuencia, sólo se reconocerá el valor relativo a la dotación, \$15.000.000. Este perjuicio tiene carácter indemnizatorio; se reconoce bajo la modalidad de daño emergente como menor valor de los bienes comunes.

Conclusiones sobre los valores que se reconocerán en la sentencia:

En el informe “presupuesto de obras necesarias para recibir copropiedad en las condiciones prometidas por el constructor de Olivares de Camino Verde”, el ingeniero Rafael Tobías Álvarez se basa en los tres informes anteriores para presentar un presupuesto de las obras que su juicio requiere el Conjunto, por incumplimientos imputables a la demandada.

Según el perito, de los informes anteriores y de su propia verificación en el campo se evidenció que el conjunto requiere:

- Obra para potenciar los elementos estructurales y no estructurales del edificio de parqueadero.
- Obra para superar las fallas de drenaje, evitar empozamientos de aguas lluvias.
- Obra para las redes a tierra y apantallamiento requerido por las obras RETIE.

- Obras y compras para atender faltantes y corregir defectos en el sistema hidrosanitario (humedades, tuberías, anclaje equipos de bombeo, intervención de ramajes de alcantarillado, etc).
- Obras y compras para cumplir con el gimnasio publicitado.
-
- Obras de reubicación de redes eléctricas –pasarlas a subterráneas, por motivos de seguridad- (cables sobre la piscina).
- Obras de retiro de la subestación eléctrica y reemplazo por tres instalaciones de menor tamaño.
- Obras para la estabilidad del cerramiento de la copropiedad.

En el informe se detalla el tipo de intervención, los materiales que se requieren y sus costos. Se discrimina entre: preliminares de obra, movimiento de tierra, estructura, mampostería, acabados, pintura, instalaciones eléctricas, redes de alcantarillado e impermeabilizaciones, anclajes, equipos, dotaciones, cerramiento. Posteriormente, se realiza el análisis de precios unitarios. El total se estima en \$2.600.475.686.

No se reconocerán valores por “preliminares de obra”, “movimientos de tierra”, “costos indirectos” o “administración”, por considerar que la parte demandante no cumplió con la carga mínima de razonabilidad al estimar el perjuicio, dada la imposibilidad de desagregar tales conceptos de las otras obras que no se reconocerán.

No se reconocerá valor por “cerramiento”, pues además de la inclusión de este rubro en el presupuesto, no se incluyó ninguna prueba que acredite que se trata de un faltante de obra. Por el contrario, los demandados acreditaron que el cerramiento liviano que tiene el conjunto fue el que se ofreció y se aprobó con los diseños.

Sobre estos valores, con base en las consideraciones precedentes, se reconocerán los siguientes rubros:

- Reparaciones del parqueadero:	\$816.209.471
- Impermeabilizaciones:	\$ 5.630.000
- Gimnasio:	<u>\$ 15.000.000</u>
TOTAL	\$836.839.471

Este valor se indexará desde la presentación de la demanda (junio 2017) hasta el último registro a la fecha del proyecto de sentencia (octubre 2023):

$$\text{VR} = \$836.839.471 * \frac{136.45 \text{ (IPC actual)}}{96.23 \text{ (IPC inicial)}}$$

$$\text{VR} = \$836.839.471 * 1.42$$

$$\text{VR} = \mathbf{\$1.188.312.049}$$

Resolución de defensas y denominadas “excepciones” de la demandada:

La parte demandada propuso las siguientes defensas y excepciones “inexistencia de la obligación”, “falta de causa y objeto de las pretensiones de la actora”, “petición de lo no debido”, “cumplimiento del contrato”, “ausencia de vicios ocultos o redhibitorios”, “falta de legitimación en la causa por activa”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

Todas estas defensas se basan en el hecho afirmado de que la constructora cumplió con todas las obligaciones a su cargo al entregar la obra. No obstante, como quedaron probados los defectos en la torre de parqueaderos, la falta de

impermeabilización y la publicidad engañosa sobre el gimnasio, por las razones ya expuestas, las excepciones no están llamadas a prosperar en relación con estas pretensiones.

También se propuso la excepción “prescripción”, con base en el artículo 1923 del Código Civil. Esa disposición, que regula la prescripción de la “acción redhibitoria” por vicios ocultos de la cosa que se vende; no aplica en este caso por existir una disposición especial; a saber, el artículo 2059, relativo a la indebida ejecución de una obra que se debe. Aplica entonces la norma general de prescripción del artículo 2536 del *ibídem*.

Haciendo el cómputo con esta norma resulta claro que la prescripción no se configura pues el acta de entrega de la obra es del 1 de noviembre de 2013 y la demanda del 16 de junio de 2017. Claramente no se configura el término de 10 años previsto por la ley para la prescripción de las reclamaciones contractuales ordinarias –art. 2536 del C. Civil-. En consecuencia, tampoco se reconocerá.

COSTAS

Con base en lo dispuesto en el artículo 365.5 del CGP, en tanto prosperarán parcialmente las pretensiones de la demanda, procede una condena parcial en costas a favor de la parte demandante. Dada la inactividad de la parte demandante ante esta instancia, no se reconocerán agencias en derecho, por no encontrarse acreditada su causación.

El juez de primera instancia fijará el valor de las agencias y liquidará las costas correspondientes a la primera instancia a favor del demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión en Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: Revocar la sentencia de fecha 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín en el asunto de la referencia.

Segundo: Acoger parcialmente las pretensiones de la demanda y desestimar las excepciones, según lo considerado en la parte motiva.

Tercero: Condenar a Conaltura Construcción y Vivienda S.A. a pagar al Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde PH, una suma equivalente a mil ciento ochenta y ocho millones trescientos doce mil cuarenta y nueve pesos (\$1.188.312.049).

Cuarto: Condenar en costas Conaltura Construcción y Vivienda S.A. a favor del Conjunto Residencial Olivares de Camino Verde PH. Sin agencias en derecho ante esta instancia. Al momento de liquidar las cotas, el juez fijará proporcionalmente las agencias en derecho que correspondan a la primera instancia.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,


MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

(Salvamento parcial de voto)


JULIO NÉSTOR ECHEVERRY ARIAS



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 05001 31 03 008 2017 00318 02

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

Al momento de considerar el régimen de responsabilidad a aplicar, la decisión de la que parcialmente me aparto, indicó:

“El conjunto actúa como continuador de los intereses individuales de los compradores del producto inmobiliario en lo que respecta a las áreas comunes. De ahí que se considere al conjunto o al edificio sometido al régimen de propiedad horizontal como “consumidor inmobiliario”, en tanto representante de los intereses de los compradores de productos inmobiliarios sobre las áreas comunes que, en razón de la constitución del régimen de propiedad horizontal, por disposición legal, se constituyeron en propiedad común administrada por el conjunto a través de sus órganos de administración.”.

Es decir, el régimen que se asumió fue el del consumidor inmobiliario, planteamiento con el que coincido; pero si ello es así, lo mismo ha de asumirse en su integridad, por lo que del inciso final del artículo 8º de la Ley 1480 de 2011, se tiene que; *“Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año.”.*

Lo anterior equivale en lo que atañe a “*la estabilidad de la obra*”, que la garantía coincide con la decenal prevista en el artículo 2060 del C.C., pero en lo que se refiere a acabados y demás, es necesario aplicar la norma especial, esto es, la del inciso final del artículo 8º de la Ley 1480 de 2011 que prevé sobre el particular el término extintivo de un (1) año.

Entonces, al alegarse por el interesado lo anterior (inciso 1º artículo 282 C. G. del P.), lo referente a “*acabados*” no podía ser estimado al operar el evento extintivo, pues en este caso del hecho 4º de la acción se tiene que las obras finiquitaron y recibieron de entre 2011 y 2013¹; entonces, cuando se incoó la demanda, se había materializado la prescripción alegada, por lo que la decisión debió ser de conformidad.

Lo anterior implica que no era factible estimar las pretensiones relacionadas con mampostería, acabados, pintura o elementos de gimnasio, todo ello bajo la modalidad de daño emergente, como tampoco ninguna otra que no tenga que ver con “*amenaza de ruina*”, pues respecto a la garantía decenal tiene dicho la jurisprudencia:

¹ El correspondiente hecho se presentó así:

CUARTO. El proyecto mencionado, fue desarrollado en 3 etapas, acorde con el artículo séptimo de la Ley 675 de 2001, siendo la primera etapa terminada en el año 2011 y la tercera etapa en el año 2013. No obstante lo anterior, a la fecha, no figura en las bases de datos de la Administración de la copropiedad, que ésta se hubiere recibido formalmente y de conformidad al constructor en todas sus etapas.

No obstante la anterior, la copropiedad existe y funciona como persona jurídica autónoma desde el 4 de abril del año 2011, en virtud de la resolución 1.198 de 2011 emitida por la Alcaldía o Municipio de Envigado Antioquia y tal y como se colige del certificado de existencia y representación legal que se adosa con la presente.

“No sobra por lo demás dejar establecido que la denominada garantía decenal a que se refiere el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil significa que durante los diez años siguientes a la entrega corre a cargo del constructor la responsabilidad derivada de daños que en ese tiempo afloren, surjan o aparezcan en la edificación, que provengan de los vicios anotados en ese precepto y que generen su ruina total o parcial, actual o inminente (“amenaza”), entendiéndose por ruina la caída o destrucción por desintegración del edificio o de parte de él, y por edificio una obra del hombre que se adhiere permanentemente al suelo. Acerca de si la ruina supone sólo la desintegración actual o potencial de componentes estructurales del edificio y no los acabados, es hoy una circunstancia dilucidada según lo establecido en el transcrito artículo 8º de la ley 1480 de 2011.” (Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 2847 de 2019).

Con el mayor respeto, cordialmente:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Magistrado