

Señores

SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO

tsalcivf@cendoj.ramajudicial.gov.co

Proceso DECLARATIVO ORDINARIO
Demandante MARIA CONSTANZA ZARAMA HIDALGO Y OTROS
Demandado INMOBILIARIA DE LOS COLOMBIANOS SAS
Radicado: 52001310300120200015601
Asunto FUNDAMENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA

ENDERSON JESÚS SANZ DA SILVA, identificado con la cédula de extranjería No. 640941 expedida en Bogotá DC, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 299.146 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la sociedad **INMOBILIARIA DE LOS COLOMBIANOS SAS** mediante el presente memorial y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, muy respetuosamente presentamos escrito de fundamentación, en los siguientes términos:

El 11 de febrero de 2022, en la continuación de la audiencia de juzgamiento con ocasión a la demanda de responsabilidad civil extracontractual interpuesta por María Constanza Zarama Hidalgo y otros el Juzgado Primero Civil de Circuito de Pasto dictó sentencia en la que se pronunció de los siguientes puntos: (archivo 89.9 del expediente)

- Análisis respecto al tema de la responsabilidad civil (minuto 10:10).
- **Delimitación del problema jurídico** (minuto 15:00 del archivo 89.9).
 - Establece del hecho dañoso** (minuto 15:48).
 - Carga de la demandada (minuto 16:00 .9).
- Análisis del hecho dañoso (minuto 16:20).
- Análisis de la prueba del daño (minuto 19:11).
- **Análisis del nexo de causalidad** (minuto 27:31).
 - Presunción de culpa (minuto 28:04).
 - Modo de ejecución de la obra (31:42, 53: 32, 1:01:15, 1:09:26).
 - Incumplimiento de normas (minuto 45:09 del archivo 89.9).
 - Conclusión del nexo de causalidad (minuto 52:48, 1:00:44, 1:02:58, 1:07:15).
- **Idoneidad de experto y objeción del dictamen** (minuto 1:04:12, 1:10:51).
- Presanidad del edificio Tosoabi (minuto 1:25:40).
- Causa extra (minuto 1:28:10 del archivo 89.9).
- **Calificación de la conducta de la parte demandante** (minuto 1:29:15).
- Da por demostrados los supuestos de la demanda (minuto 1:36:25).
- Resuelve excepciones (minuto 1:37:00).
- **Daño emergente** (minuto 1:39:15).
- **Lucro cesante** (minuto 1:48:33).
- **Perdida de oportunidad** (minuto 2:07:16).
- **Daño moral** (minuto 2:12:30).
- **Costas procesales** (minuto 2:14:34).

Frete a la sentencia comentada, las partes interpusieron recurso de apelación. En particular, la extrema demandada precisó ante el *a quo* los siguientes reparos:

1. Error de hecho, al inadvertir que en el hecho 13 de la demanda se atribuyó como causa única y exclusiva causa del daño alegado, el desconfinamiento del suelo vecino del edificio Tosoabi, sin embargo, quedó demostrado en el proceso, que los daños en el edificio comenzaron el mes de julio de 2018 y las excavaciones a las que se le atribuyo el daño efectivamente comenzaron el 6 de agosto de 2018, por lo que no existe una relación de causalidad, entre la actividad desarrollada por el la demandada y los daños en el edificio.
2. Error de derecho, al equiparar la presunción de culpabilidad frente a los daños con ocasión al desarrollo de actividades calificadas como peligrosas a la una supuesta presunción de la relación de causalidad entre el hecho y el daño, situación que no tiene fundamento probatorio.
3. Error de hecho, al atribuir valor probatorio al señalamiento contenido en el informe del ingeniero José Antonio Martínez referido que vio el abatimiento del agua freática, aun cuando su propia declaración en la oportunidad del contradictorio al dictamen pericial suscrito por el reconoció que la primera vez que contactó al demandante fue en diciembre de 2019 y en enero de 2020

visitó por primera vez el edificio Tosoabi. No obstante, la contradicción, el juzgado da por cierto y sin la debida valoración de la prueba con forme a las reglas de la sana crítica, este hecho, para establecer que si ocurrió el abatimiento del manto freático del suelo que se alegó como causa del daño.

4. Error de hecho en la valoración de las pruebas cursante en el plenario al concluir que no se habían tomados las medidas necesarias para evitar daños en las edificaciones vecinas o garantizar su estabilidad, dejando de valorar aquellos medios que de los que se desprende que si se cumplió con dichas medidas y que los daños no le eran atribuibles a la demandada.
5. Error Jurídico al interpretar las normas de sismo resistencia vigentes y concluir que las recomendaciones del estudio de suelo tienen carácter vinculante y no pueden ser modificadas y que de no cumplirse literalmente constituye una desatención a la norma, por lo que se infería un actuar negligente.
6. Error de hecho al estimar que el tanque de recolección construido para el manejo de agua freática era distinto al recomendado en el estudio de suelo.
7. Error jurídico y de hecho al estimar que el dictamen pericial de la parte demandante se trataba de un solo dictamen cuando en la realidad del proceso SON TRES (estudio de patología, estudio de suelos y estudio topográfico) los cuales fueron indebidamente incorporados al proceso en contravención de lo dispuesto en el artículo 226 del CGP, y lo justifica el A QUO en que la parte demandada tuvo acceso al dictamen y pudo solicitar la comparecencia de los expertos que suscribieron esos dictámenes y no lo hizo.
8. Error de hecho al valorar y resolver la objeción al estudio de suelo anexo a la experticia aportada por la demandante, ya que estimó que esta versaba sobre la falta sustento, cuando ésta se refirió al error en su conclusión cuando utilizó un software para realizar una modelación o simulación con condiciones que no eran las que se presentaron en el terreno del edificio Tosoabi, por lo que sus conclusiones no correspondían a la realidad.
9. Error de hecho por falsa apreciación de los hechos procesales de los que infirió que existió mala fe de la demandada, por una parte, al estimar que la frase contenida en la contestación de la demanda específicamente al hecho veinte que dice "*la persona jurídica INMOBILIARIA DE LOS COLOMBIANOS S.A.S., no ha reparado ni reparará...*" constituía una frente a la autoridad judicial o que al solicitar el decreto como documentos de unos medios que en realidad eran experticias se pretendía evadir control de la parte; cuando respecto a la frase, debe indicarse que se descontextualizó porque esta expresión expuesta al calor de la defensa y se circunscribía a contentar un hecho de la demanda, específicamente a que no accedió a lo pretendido por la parte demandante porque no había probado el daño ni la relación de causalidad, lo que en modo alguno puede hacer suponer rebeldía ante el proceso y; en cuanto a la solicitud de prueba nada más alejado de la realidad, incluso aun cuando fue promovido como documento también se solicitó el decreto como testigos expertos de quienes los elaboraron.
10. Error jurídico al darle mayor alcance del que legalmente tiene al componente reparatorio del DAÑO EMERGENTE, al establecer que para cumplir este, se tenía que pagar la suma de la construcción de una edificación nueva, colocando a los demandantes en una situación patrimonial más ventajosa otorgando una indemnización que no corresponde a la definición del daño emergente, sino a un enriquecimiento sin causa.
11. Error de hecho al condenar al lucro cesante cuando quedo demostrado a través de las declaraciones de renta que ese dinero no ingresaba a patrimonio de los demandantes, justificando la decisión en que ello no era suficiente porque podría tratarse de un caso de evasión de impuesto y que la parte si así lo estimaba podía presentar la denuncia correspondiente. Obviando la naturaleza del documento de declaración de renta y cuyo argumento favorable constituía el actuar ilícito de los demandados, deviniendo en un argumento en beneficio de que actúa en forma antijurídica en contravención de la integridad del ordenamiento jurídico. Siendo que las declaraciones de rentas son un documento eficaz para demostrar los ingresos patrimoniales por tanto su inexistencia también.
12. Error a estimar la pérdida de la oportunidad siendo que uno de las oficinas ya se encontraba vacía sin arriendo hacia más de 5 años por lo que era plausible que la otra también se prolongara en el tiempo sin arriendo, sumados al hecho de la y las situaciones de orden público que previo a la pandemia afectaron el país que hacía casi imposible materializar el arriendo de esos inmuebles.
13. Error de hecho en la valoración de la prueba técnica tanto para establecer los hechos fundamentales de la demanda como el que se fundamentó para establecer el lucro cesante ya que esta se circunscribió a realizar un cálculo matemático apartado de la realidad y que los demandantes no aportaron pruebas de esos ingresos y los que señalaron en el interrogatorio de parte eran inferiores a los contenidos en la experticia contable.
14. Error de hecho y de derecho al establecer en la fijación del litigio su existencia del daño moral, sin mediar disposición de las partes aun cuando no consta en el expediente elementos para su cuantificación como su intensidad, particularidad y demás elementos subjetivos.

15. Igualmente desmentimos de la condena en costa y las agencias de derechos, por cuanto como se dijo inicialmente no existe relación de causalidad y adicionalmente respecto de la segunda por resultar excesiva.

PUNTOS PREVIOS

En orden a lo anterior, con la venia de estilo, para facilitar la fundamentación y el estudio por parte del Honorable Tribunal, agruparemos los reparos, según el punto de la sentencia que se cuestione.

No obstante, de entrada, no permitimos señalar que la sentencia impugnada parte de falsas suposiciones postuladas por la demanda que no guardan relación con los hechos procesales, que conllevaron al *a quo* a incurrir en los vicios que se acusan, estas suposiciones son:

1. Que la en la ejecución de la obra de ampliación del Hotel Xilon no se ciñó a las recomendaciones del Estudio de Suelo aportado a la solicitud de licencia de construcción ante la Curaduría Segunda de Pasto.
2. Que se realizó una excavación en la totalidad del lote a una profundidad de 9 metros al mismo tiempo.
3. Que no construyó el muro de contención y el pozo de control de nivel freático
4. Que no se cumplió con las normas de la NSR-10 durante la ejecución de las obras.
5. La pre-sanidad del edificio Tosoabi por contar con una licencia de construcción.
6. Que la Inmobiliaria actuó de mala fe o con actitud contraria a la lealtad.

En orden a estos equívocos se enfilan los reparos que a continuación fundamentamos:

FUNDAMENTACIÓN DE LOS REPAROS

1.- En primero lugar nos permitiremos fundamentar los reparos (7, 3 y 8) respecto al punto de la sentencia que decidió sobre las **objeciones al dictamen** pericial promovido por la parte actora y suscrito por el Ing. José Antonio Martínez Guerra denominado Patología de los Daños Estructurales al Edificio Tosoabi.

En orden a contextualizar los reparos y fundamentarlos, nos permitimos relacionar algunos hechos que constan en las actuaciones procesales:

La actora allegó con la demanda el informe pericial antes identificado (archivos 01.2 y 01.3 del expediente) que a su vez estaba constituido por lo siguiente:

1. **Estudio de Patológico** elaborado por Ingeniero José Antonio Martínez Guerra en el que documenta, descripción y clasificación las lesiones que se presentan en el edificio Tosoabi (archivo 01.2 del expediente).
2. **Estudio de Suelo** en cabeza del ing. Pablo Narvaes Campo (folios 2 al 74 del archivo 01.3 del expediente).
3. **Estudio Topográfico** realizado por el ing. Yovani Unigarro Santacruz (folios 75 al 236 del archivo 01.3 del expediente).

Adicionalmente consta que en la demanda que la parte actora solicitó:

"DICTAMEN PERICIAL

Señor (a) juez, de conformidad con lo establecido en el artículo 226 y 227 del C. General del Proceso, aporto DICTAMEN TECNICO PERICIAL DE PATOLOGIA DE LOS DAÑOS ESTRUCTURALES CAUSADOS AL EDIFICIO TOSOABI y el correspondiente presupuesto de demolición y reconstrucción, en un total de DOS(02) TOMOS elaborado por el ingeniero José Antonio Martínez Guerra, con Matricula profesional No. 19202-16403., especialista en patología de la construcción, y quien contó para su estudio con la participación profesional especializada de la firma INGELAND SOLUCIONES S.A.S., y el Ing. Yovany Eduardo Unigarro Santacruz, a través de cuyo experticio se constata y demuestra: a) los daños estructurales ocasionados al Edificio Tosoabi . b) las causas directas y determinantes de los daños sufridos por la edificación Edificio Tosoabi P.H. c) la inviabilidad de intervención o reparación del edificio

Tosoabi, d.) el quantum al que ascienden los daños irrogados para efectos de la demolición y reconstrucción del Edificio Tosoabi. d.) la necesidad de las medidas de prevención a tomar por parte del causante del daño. e.) El riesgo de colapso o desplome del edificio Tosoabi”.

En la contención de la parte demandada se petición lo siguiente:

“...al despacho judicial se sirva solicitar la comparecencia de los peritos José Antonio Martínez Guerra al representante legal de la firma INGELAND SOLUCIONES S.A.S., y el Ing. Yovanny Eduardo Unigarro Santacruz en condición de peritos de la parte demandante, y por otro lado a los señores Eduardo Rodríguez Martínez Especialización en Patología de la Construcción y por el ingeniero EDISON FERNEY GARZON MONTAÑO en calidad de peritos del dictamen aludido en el presente acápite, a la audiencia respectiva, con el fin de que tanto el Juez, como las partes INTERROGUEMOS bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido de los dictamen rendido”.

En la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de los medios promovidos el a quo decretó lo siguiente:

“PERICIAL. Se decreta la práctica de la prueba pericial, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 226 no puede haber más de un dictamen sobre el mismo tema y cada pericia no puede ser presentada sino por un solo perito.

Así entonces, se tendrá como tal:

1.3.1 “DICTAMEN TECNICO PERICIAL DE PATOLOGIA DE LOS DAÑOS ESTRUCTURALES CAUSADOS AL EDIFICIO TOSOABI” y el correspondiente presupuesto de demolición y reconstrucción, en un total de dos (02) tomos elaborados por el ingeniero José Antonio Martínez Guerra, con el objeto de probar:

- a) los daños estructurales ocasionados al Edificio Tosoabí*
- b) las causas directas y determinantes de los daños sufridos por la edificación Edificio Tosoabí P.H.*
- c) la inviabilidad de intervención o reparación del edificio Tosoabí,*
- d.) el quantum al que ascienden los daños irrogados para efectos de la demolición y reconstrucción del Edificio Tosoabí.*
- d.) la necesidad de las medidas de prevención a tomar por parte del causante del daño.*
- e.) El riesgo de colapso o desplome del edificio Tosoabí.*

Para el efecto, de conformidad con el artículo 228 del CGP considera este Despacho la necesidad de escuchar en audiencia al experto: José Antonio Martínez Guerra, con Matrícula profesional No. 19202-16403, quien se servirá comparecer en la fecha que más adelante se precisa, para sustentar las resultas del dictamen pericial”.

En sede de contradicción, el experto José Antonio Martínez absolvió interrogatorio (archivo 89 del expediente).

En la sentencia impugnada en lo concerniente a las objeciones al dictamen (minuto 1:04:12, 1:10:51 del archivo 89.9) se señaló:

- Que se trataba de un solo dictamen en el cual el experto se apoyó en otros para arribar a una conclusión y que ese proceder no está vedado por la norma procesal ya que el auxiliar elegido por las partes debe examinar el objeto de su dictamen sin menoscabo de que pueda recurrir a otros auxiliares o asesores en la realización de exámenes, experimentos etc, pero bajo su responsabilidad, es su opinión.
- Que el concepto pericial le fue puesto de presente a la pasiva, lo conoció cuando se notificó de la demanda, sin embargo, no enfiló ninguna actuación en ese sentido en momento procesal oportuno, reclamo o que quería que los auxiliares compareciesen o vinieran a declarar en audiencia. Tampoco protestó sobre este particular en el decreto de pruebas solo viene a enrostrar dicho alegato en sede de alegatos de conclusión.
- Que la opinión del experto se fundó en la observación y examen directo del edificio Tosoabi y de documentos que sirven de respaldo histórico para su levantamiento, tales como la licencia de construcción, sus planos entre otros que fueron anexados al plenario, que el experto tuvo oportunidad de visitar en 4 oportunidades el edificio Tosoabi y en 1 oportunidad la obra aledaña, es decir, que su estudio se basó en la inspección y examen directo que hizo del objeto.

Conforme a los hechos que constan en el plenario nos permitimos fundamentar los reparos respecto a este punto de las sentencias a continuación:

1.1-Error jurídico en la interpretación y aplicación de las normas procesales que gobiernan el dictamen pericial

En orden al reparo alegado, el Código General del Proceso establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”

“Artículo 173. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código (...)”

“ARTÍCULO 226. Procedencia. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.

(...)

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen”

“Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor (...)”

Conforme a las normas citadas el dictamen pericial es un medio probatorio procedente para verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, esto debe entenderse como aquellas situaciones que necesita un especial conocimiento para comprenderlas por lo que se justifica la intervención de un experto para llevar el hecho al proceso.

Esta incorporación al proceso para que tenga eficacia probatoria debe ser regular, es decir, cumpliendo las formalidades referidas a la debida solicitud, decreto, practica, en esta última permitir el ejercicio del derecho a la contradicción.

En el medio pericial, la contradicción, que no es otra cosa que el ejercicio del derecho a la defensa, se materializa de dos formas, una de ellas es requiriendo la comparecencia del perito para ser interrogado bajo juramento sobre su idoneidad, imparcialidad y el contenido del dictamen.

No obstante, si bien es plausible que un experto se haga acompañar de otros auxiliares para emitir un dictamen integro sobre un hecho, tal como lo sostuvo el *a quo* y como se desprende de la norma (art. 226 CGP) cuando señala que debe indicarse la identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración, **se incurre en error** al interpretar que es a libre elección de quien solicita el medio quien deberá adsorter el interrogatorio, ya que el contenido axiológico de la norma demanda que la persona que cumpla esa fase procesal cuente con la aptitud para responder por la idoneidad del equipo de trabajo, la imparcialidad de sus miembros y el contenido del dictamen, los métodos utilizados, la aceptación de esos métodos entra la comunidad científica, los márgenes de confiabilidad de sus conclusiones.

Bajo la interpretación contenida en la sentencia impugnada resultaría posible que un conjunto de dictámenes sea unificado a través de un informe, y quien elabore ese informe por elección de la parte interesada se determine quién comparecerá al interrogatorio, y a pesar de esa mediación (en contravención del principio de inmediación art. 171 CGP) la judicatura fundamente su decisión en prueba irregular.

En este sentido, lo fundamental recaemos en analizar la situación en particular y diferenciar si se trata de:

1. Dictamen elaborado en conjunto o con concurrencia de expertos.
2. Dictamen apoyado en conceptos de diversos profesionales. Recordando que los conceptos técnicos o científicos defieren de la experticia porque el primero presenta hechos y el segundo conclusiones u opiniones.
3. Codificación de dictámenes presentado como uno solo a través de un informe.

En el primero del caso es claro que cualquiera de los expertos según sea su participación podrá comparecer al proceso para sostener la experticia, bien sea como coautor, responsable o director del dictamen. En el segundo caso el que está llamado a comparecer es quien elabora el dictamen.

Sin embargo, lo mismo no sucede en el tercer supuesto, pues vale la pena cuestionar la validez probatoria por la mediación de un tercero (perito designado por la parte) y el autor de la experticia, pues desde este punto de vista, la capacidad para absorber el interrogatorio sobre idoneidad, imparcialidad y del contenido del dictamen, exclusivamente será de quien lo haya elaborado o haya participado de tal manera que tenga el conocimiento de primera mano como para dar certeza de lo que declara.

Conforme a lo anterior, solicito al Honorable Tribunal revoque la decisión respecto a esta interpretación dada por el *a quo* conforme a la cual la sola designación y comparecencia de un experto al interrogatorio es suficiente para que se entienda cumplida la contradicción prevista en el artículo 228 del Código General del Proceso sin atender a si el designado cuanta con la aptitud para absorverlo.

1.2- Error de hecho o factico al considera que el dictamen pericial denominado Patología de los Daños Estructurales al Edificio Tosoabi se trataba de un solo dictamen

De la revisión de los tomos del mencionado dictamen se observa que no es un estudio en conjunto, o que estos expertos hayan trabajado para, en cooperación, rendir un dictamen, en el cual concurrieron diverso especialista como lo estimó el *a quo*, sino que son tres dictámenes independientes con objetivos distintos, dos de los cuales se allegaron irregularmente al proceso, por ser incorporados como anexos.

En efecto en la descripción del objetivo de cada uno de los dictámenes se lee lo siguiente:

- 1.- En el Estudio de Patológico elaborado por Ingeniero José Antonio Martínez Guerra:

“El objeto principal del presente estudio es la de establecer las causas de las patologías presentadas en el edificio Tosoabi, identificar las causas que la originan su impacto, elaborar un diagnóstico general del edificio y formular la intervención a seguir” (folio 10 del archivo 01.2).

2.- En el Estudio de Suelo en cabeza del ing. Pablo Narvaes Campo:

“El objeto principal del presente estudio de suelo, es la exploración mediante ensayos de laboratorios y procedimientos científicos debidamente comprobados, para evidenciar si ha habido alteración del suelo de sustentación del edificio Tosoabi, determinando la clasificación del suelo, sus propiedades y el estado actual en el que se encuentra. (folio 4 del archivo 01.3)”

3.- En el Estudio Topográfico realizado por el ing. Yovani Unigarro Santacruz:

“El objeto principal de este dictamen es establecer a través de prácticas topográficas debidamente registradas la magnitud y la localización espacial de la deformación que es presentado el edificio TOSOABI a la fecha de este estudio (Enero de 2019). Dicha deformación se debe medir sobre elementos estructurales visibles sin utilizar prácticas de auscultación agresivas que pongan en aun más riesgo el equilibrio de la estructura que soporta la edificación” (folios 78 y 79 del archivo 01.3).

Adicionalmente de la revisión de los dictámenes puede apreciarse que cada uno de los expertos realizó su estudio por separado, no concurrieron o cooperaron en la ejecución de sus exámenes ni en la elaboración de sus conclusiones.

En efecto el **estudio de patología** se realizó entre el 17 y el 21 de enero de 2020, según se evidencia del registro fotográfico de las fichas de Clasificación y Tipificación de Lesiones (folios 59 al 167); para el **estudio de suelo** la exploración en campo se realizó entre el 22 y el 25 de enero de 2020 (folio 52 del archivo 01.3) y, el **estudio topográfico** se realizó el 22 de febrero de 2020 (folio 87 del archivo 01.3); de lo que se evidencia que los expertos ni siquiera concurrieron en lugar de estudio.

Solo es en el informe suscrito por el Ing. José Antonio Martínez Guerra que se pretende hacer ver como un único dictamen colocando una página al inicio de cada experticia (folios 1 y 75 del archivo 1.3).

En adición, el experto que concurrió a la audiencia no suscribió los informes periciales de Suelo ni el Topográfico, tal como lo exige el artículo 226 del Código Procesal, al señalar que con la firma se entiende presentado el juramento sobre los hechos que contengan.

Pero más importante, es que respecto a estos dictámenes que se anexaron al del Ing. José Antonio Martínez no se pudo ejercer una verdadera contradicción, pues si bien en la oportunidad correspondiente se solicitó la comparecencia de los responsables de cada uno de esos dictámenes, el *a quo* al advertir que fueron promovidos como un solo dictamen citó únicamente al Ing. José Antonio Martínez Guerra señalado por la parte actora como autor del dictamen.

Sin embargo, la sentencia impugnada para fundamentar la valoración de los dictámenes arguyó que estos le habían sido puesto de presente a la pasiva y no enfiló ninguna actuación en momento procesal oportuno o que quería que los auxiliares compareciesen audiencia. Afirmaciones que quedan sin sustento pues como se evidencia de la cita del escrito contestación de la demanda si se solicitó la comparecencia de los responsables de esos dictámenes.

Aun así, en el momento de pronunciarse de la admisión de los medios probatorios el *a quo* *“teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 226 no puede haber más de un dictamen sobre el mismo tema y cada pericia no puede ser presentada sino por un solo perito (...) de conformidad con el artículo 228 del CGP considera este Despacho la necesidad de escuchar en audiencia al experto: José Antonio Martínez Guerra, con Matrícula profesional No. 19202-16403, quien se servirá comparecer en la fecha que más adelante se precisa, para sustentar las resultas del dictamen pericial”*.

En este punto es necesario destacar que es carga de la parte actora demostrar lo supuestos en los que fundamenta su pretensión (art. 167 CGP), carga que debe cumplir con medios regulares (art. 164 CGP), por lo que resulta desatinado pretender poner en cabeza de la parte demandada, bajo el argumento que debía enfilarse actuaciones tendientes a subsanar o corregir el error en la promoción del medio de prueba, ya que la propia norma procesal establece la consecuencia de la errónea proposición de la prueba, que se traduce en el incumplimiento de la carga, que no es otra exclusión del proceso; aunado a que las normas de carácter probatorias son de orden público por lo tanto no son disponibles bien sea de manera expresa ni tácita por las partes, salvo disposición expresa de la ley (art. 13 CGP).

Por lo tanto, como adición, insistimos el medio así promovido e incorporado al proceso, afecta el debido proceso y el derecho a la defensa, pues impidió la comparecencia de los expertos para interrogarlos, sobre su idoneidad, los métodos utilizados, el nivel de aceptación de esos métodos dentro de la disciplina de la construcción, sobre los posibles errores o sobre la falta de datos que validen las conclusiones a las que llegan.

Conforme a lo relatado, se evidencia que la sentencia impugnada incurrió en error de hecho al estimar que el informe pericial denominado Patología de los Daños Estructurales al Edificio Tosoabi se trataba de un solo dictamen cuando de su examen se evidencia que se trata de tres dictámenes con objetivos distintos, elaborados por distintos profesionales en distintas oportunidades, en cuya ejecución no concurren sus autores.

Por lo anterior solicitamos al Honorable Tribunal revocar la decisión cuestionada y desestimar la valoración de las experticias denominadas Estudios de Suelo y Estudio Topografía, elaborados por los ingenieros Pablo Narvaes Campo y Yovani Unigarro Santacruz, respectivamente.

1.3 Error de hecho al estimar y resolver la objeción del estudio de suelo

Subsidiariamente al vicio delatado en los puntos anteriores, solicitamos al Tribunal resolver sobre el error de hecho en el que incurrió la sentencia impugnada al considerar y decidir la objeción al dictamen de Estudio de Suelo realizado por el Ing. Pablo Eduardo Narváez Campo.

En orden a lo anterior, del informe pericial se observa que se desarrolló en 4 etapas, que a continuación describimos:

1. Recolección de muestras de suelo a distintas profundidades para determinar sus características a través de pruebas físicas y de laboratorios.
2. Estudio matemático para determinar el peso de la estructura del edificio Tosoabi o solicitaciones sobre el suelo.
3. Concepto valorativo sobre las características de la construcción del Hotel Xilon basadas en la licencia de construcción y no en la obra.
4. y finalmente una simulación o modelo que predice el comportamiento del suelo a través de un programa o software, tomando como valores el tipo de suelo, el peso de la estructura y las características de las obras.

En la última etapa del estudio de suelo el Ing. Pablo Eduardo Narváez Campo señala lo siguiente: (folio 48 del archivo 01.3)

“ANÁLISIS DE ESTABILIDAD DE TALUDES

Con el fin de establecer las afectaciones que ocasionan las excavaciones del Hotel Xilon (Excavación de 1 sótano) sobre el edificio Tosoabi, se realiza la modelación de estabilidad mediante el método de elementos finitos haciendo uso del software Plaxis 2D v.8.2, por medio del cual se obtuvo desplazamientos verticales y horizontales a lo largo de la excavación.

Los análisis de estabilidad se consideraron satisfactorios para excavaciones temporales cuando los factores de seguridad alcanzaron valores iguales o superiores a: 1.25 en condición estática, contemplados en la Tabla H.2.4-1 de la NSR-10.

El muro de sótanos del proyecto "Hotel Xilon" se desarrolló con el método de construcción tradicional de muros en concreto tal como se especifica en el estudio de suelos realizado por la firma GRUPO A. Consultores y Constructores S.A.S, el cual recomienda excavaciones de 9.0 m de profundidad que finalmente se ejecutaron en obra hasta una profundidad de excavación de 3.0 m correspondiente a un sótano.

A continuación, se realiza el análisis de estabilidad considerando una carga de lindero (estructura afectada) de 20 KN/m² (2 pisos) y altura de talud de 3.0 m con el fin de identificar la falla actualmente presentada en la estructura analizada.

El material de fundación corresponde a limo arenoso con presencia de raíces de consistencia baja a media, por lo tanto para el desarrollo del modelo se emplearon parámetros no drenados del ensayo de compresión inconfínada.

ESTABILIDAD GENERAL

A continuación, se presentan las modelaciones realizadas y las deformaciones máximas calculadas en el modelo de elementos finitos.

4.1.1 ETAPA

1 La etapa 1 corresponde a la excavación del nivel sótano 1 (3.0 metros de excavación). Como se muestra en las siguientes figuras, los desplazamientos horizontales y verticales de la excavación son de 20.3 y 21.2 cm respectivamente. Dichos asentamientos corresponden al desconfinamiento del material de fundación del predio colindante.

El factor de seguridad en condición estática es de 0.64 el cual no cumple con los valores estipulado en la NSR-10.

Analizando el proceso de excavación convencional tal como se recomendó y ejecuto el sótano 1 del Hotel Xilon, los desplazamientos en la estructura vecina son mayores a 20 cm, lo que ocasiono el asentamiento de la cimentación sobre el eje estructural colindante. Los factores de seguridad no cumplen los criterios de la NSR-10 para etapa de construcción."

Sin embargo, durante la contradicción del dictamen el experto que fue convocado Ing. José Antonia Martínez Guerra "elegido por la parte actora" para sostenerlo, no pudo responder sobre los métodos utilizados, específicamente sobre la utilización del software en el análisis de estabilidad de taludes, Plaxis 2D versión 8.2, la vigencia, validez de la licencia o la confiabilidad de programa cuya versión no correspondía al año de la experticia, la validez de su conclusión por haber empleado solo los datos de la licencia sin atender al modo de ejecución fáctica de la obra o las modificaciones posteriores a la licencia, entre otros, la construcción de la submuración empleada y la construcción del tanque para el control del nivel freático, considerando que en ese informe no se evidenciaba que fueran tomadas en cuentas.

En este estado es importante recordando que el extremo demandante siempre alegó que el tanque y la submiraciones nunca se construyeron, que la excavación del edificio Tosoabi se realizó en un solo momento en todo el lindero del edificio Tosoabi y que no se tomó ninguna medida preventiva; situación como se desarrolla más adelante no corresponde con la realidad; pero considerando esas premisas, especialmente que se empleó un programa de computadora que no se dio certeza de su fiabilidad por la falta de originalidad o vigencia de su licenciamiento empleado por el experto de suelo para arribar a las conclusiones que son trasladadas al informe del ing. José Antonio Martínez Guerra y que este último ante el cuestionamiento, se limitó a decir en audiencia que ese estudio se subcontrato con una firma especializada y reconocida por lo que estimaba que debía cumplir con los requisitos legales (minuto 1:15:30 archivo 89.1), se objetó y solicitó se desestimara la valoración de este dictamen.

Sin embargo, la sentencia impugnada en su apreciación se limitó a señalar que "...la judicatura no encuentra en la actuación de los auxiliares falencia o yerros que demeriten sus conclusiones. Las que por el contrario asoman debidamente soportadas en cada una de las memorias y corroboradas en el registro fotográfico que obra en los autos y en las declaraciones".

Conforme a lo relatado, se evidencia que la sentencia impugnada incurrió en error de hecho al resolver la objeción sobre el estudio de suelo, por una parte, al atribuirle fundamentos técnicos a su conclusión, cuando esta se fundamenta en suposiciones sobre cómo se ejecutó la obra de ampliación del hotel Xilon y, por la otra, donde por sentado la confiabilidad del software empleado a pesar de que asomaban dudas sobre la validez de la licencia y que no se pudo ejercer una contradicción sobre ese estudio en particular.

Por lo anteriormente expuesto solicitamos al Tribunal revocar la sentencia impugnada respecto a este punto y desestimar la valoración de los dictámenes periciales de Estudio de Suelo.

1.4- Error de hecho en la valoración del informe pericial suscrito José Antonio, dado a falencia de metodología que le impedían llegar válidamente a las conclusiones que expuso en su informe.

Respecto a la valoración del medio pericial la Corte Constitucional en sentencia T-269 del 2012 sostuvo lo siguiente:

“La valoración del dictamen pericial implica llevar a cabo un proceso de orden crítico con el fin de obtener certeza respecto de los hechos y conclusiones sobre los que versa la experticia. Para ello, el juez debe apreciar aspectos relativos (i) al perito, (ii) al agotamiento formal de los mecanismos para llegar a un dictamen suficiente, y (iii) a la coherencia interna y externa de las conclusiones. En cuanto a lo primero, deben verificarse las calidades y la probidad del perito. En segundo lugar, son objeto de apreciación los elementos (exámenes, experimentos, cálculos, etc.) en los cuales se apoyó el perito para sus indagaciones. En tercer lugar, debe examinarse la coherencia lógica del dictamen, el carácter absoluto o relativo que le da el perito a sus afirmaciones, la suficiencia de los motivos que sustentan cada conclusión, y la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos”

Por su parte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1° de abril de 2005, en el expediente. **0346-01** sostuvo:

“...en la actividad desplegada por el fallador en la apreciación de un dictamen pericial, se puede incurrir tanto en error de derecho como de hecho. (...)Se cae en la segunda clase de error, cuando se pretermite el estudio del legalmente aducido, o se supone el que no existe, o se reduce o adiciona el contenido objetivo de la experticia, o se desacierta al calificar la precisión, fundamentación o concordancia de dicho medio probatorio, pues pese a ser una norma de derecho probatorio la que fija las pautas para que el fallador cumpla esta última labor (artículo 241 del C.P.C.), lo que finalmente se estaría alterando con tal equivocación sería el contenido objetivo de la prueba”

De las sentencias parcialmente transcrita se colige que el juzgador incurre en error de hecho en la apreciación del dictamen pericial entre otros supuestos cuando desacierta al calificar los fundamentos o le atribuye fundamentos que el dictamen no tiene.

En el dictamen pericial identificado como **Estudio de Patología** que formaba parte de compendio Patología de los Daños Estructurales al Edificio Tosoabi, el experto José Antonio Martínez Guerra, señaló:

“G.DIGNOSTICO

Con base en los procedimientos de Auscultamiento mediante el levamiento de Lesiones, estudio topográfico y de Verticalidad y el Estudio de Suelos de la edificación, recopilamos la información para su estudio y análisis de resultados, y con esto podemos obtener los siguientes resultados de relevancia en el presente estudio Patológico.

1.PATOLOGIADEINTERIORES.

a. ESTRUCTUA (...)

F. ESTUDIO DE SUELOS. Para obtener un concepto científico relacionado con el comportamiento del suelo de sustento del edificio TOSOABI, se recurrió a la firma INGELAND SOLUCIONES, especialista en la elaboración de Estudio de Suelos, obteniendo los siguientes resultados:

1. ALCANCE:

Mediante el presente memorando técnico se busca identificar la causa de la falla del suelo portante que se presentó en el proyecto Edificio TOSOABI.

En la visita de obra realizada al proyecto se evidencia que los cimientos de la estructura por el lado colindante con el proyecto "Hotel Xilon" en construcción actualmente, presentaron fallas de asentamientos producto del desconfinamiento de los cimientos superficiales existentes, lo que genero la falla estructural.

Se realizó la revisión del estudio de suelos del proyecto "Hotel Xilon" realizado por la empresa GRUPO A. Consultores y Constructores S.A.S. con el fin de identificar el procedimiento constructivo empleado en el proyecto para la excavación de los sótanos, teniendo en cuenta

que una vez iniciado el proceso de excavación de dichos sótanos se empezaron a identificar fallas en la estructura del asunto.

Adicional a lo anterior, la presente consultoría realizó una exploración del subsuelo con el fin de identificar las propiedades físico-mecánicas de los geo materiales, y establecer las posibles causas de las fallas de las Cimentaciones.

DESCRIPCIÓN DEL SUBSUELO 2.1.1 ESTRATIGRAFÍA

La investigación del subsuelo permitió establecer un perfil tipo donde se encuentra de techo a piso: Material de relleno (suelo tipo 1): Esta capa de suelo está conformada por material de relleno café con presencia de escombros. Se presenta desde el inicio de la perforación hasta 0.75 m. Presenta una consistencia firme. Limo arenoso (suelo tipo 2): Este material está conformado por Limo arenoso color café oscuro con vetas negras y presencia de raíces, encontrándose desde el final del estrato anterior hasta el final de la perforación, presenta una consistencia baja a media

Los registros de perforación de la totalidad de sondeos se presentan en el anexo N1.

Anexo 1. 2.1.2 NIVEL FREÁTICO

El nivel de aguas freáticas se reportó a 1.1 m de profundidad.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

- Los suelos superficiales se clasifican como limos arenosos con porcentaje que pasa el Tamiz No. 200 de 59% a 79%: Se evidencia que el porcentaje de arena aumenta a medida que aumenta la profundidad del estrato.
- Presenta alto porcentaje de humedad el cual varía entre 51.3% a 162.0
- El material no presenta límite líquido, ni plástico únicamente se reporta en la muestra de 3.0 a 3.7 m de profundidad presentando un límite líquido de 152 % e índice de plasticidad de 79%
- Por los pesos unitarios reportados en el material a profundidad, se identifica claramente su contenido de materia orgánica
- Se presenta un N spt Promedio de 5 golpes/ft, se evidencia que la consistencia del material es constante lo largo del perfil (consistencia baja) y empieza a aumentar luego de 9.0 m de profundidad.

REVISIÓN ESTUDIO DE SUELOS EDIFICIO XILON

El informe corresponde al estudio de suelos para el proyecto "Hotel Xilon" realizado por la empresa GRUPO a. Consultores y Constructores S.A.S. en Agosto de 2016 localizado en la Ciudad de Pasto - Nariño en la Calle 17 No. 20-67 centro.

SISTEMA DE CIMENTACIÓN:

En el informe se plantea un sistema de cimentación correspondiente a losa de cimentación debió al alto porcentaje de arena reportado, con el fin de no presentar asentamientos diferenciales considerables. Las características de la fundación se presentan a continuación:
(...)

RECOMENDACIONES PARA EXCAVACIONES La empresa GRUPO A. Consultores y Constructores S.A.S, indica que la profundidad de desplante corresponde a 9.0 m, los cuales corresponden a la altura del corte a excavar para la construcción de la estructura. Sin embargo, únicamente presenta las siguientes recomendaciones de excavación

1. Para excavaciones: dejar distancia horizontal mínima del 30% de la altura de la excavación medida desde el lindero.
2. Apuntalamiento con puntales de hormigón armado provisorios desde el interior de la obra o apuntalamiento de sección tubular

‘La presente consultoría considera que dicha información es deficiente para la excavación de un talud de 9.0 m en material de consistencia baja con presencia de materia orgánica y nivel freático en superficie. Dichas recomendaciones no cuentan con un análisis de estabilidad que sustente el comportamiento de los materiales, ni garantice ningún tipo de estabilidad y seguridad a las construcciones vecinas’

Analizando el proceso de excavación convencional tal como se recomendó y ejecuto el sótano1 del Hotel Xilon, **los desplazamientos en la estructura vecina son mayores a 20cm**, lo que ocasiono el asentamiento de la cimentación sobre el eje estructural colindante. Los factores de seguridad no cumplen los criterios de la NSR-10 para etapa de construcción.

ALCANCE DE LA REVISIÓN DESARROLLADA

Se descarta la posibilidad de que la falla se deba a asentamientos diferenciales producto de la consolidación del material, teniendo en cuenta que dichos asentamientos se dan a lo largo del tiempo y no se evidenciaron antes de la construcción del edificio Hotel Xilon.

‘La presente consultoría (INGELANDSOLUCIONES) Considera que el proceso constructivo empleado para la construcción de sótanos del proyecto Hotel Xilón no se realizó bajo las condiciones idóneas teniendo en cuenta que dichas excavaciones no contaban con análisis de estabilidad tal como se establece en la Norma Sismo Resistente NSR-10, adicionalmente no se tuvo en cuenta las viviendas colindantes Y mucho menos el análisis de afectaciones por efectos de relajación de esfuerzos laterales ,generando desconfinamiento lateral en los cimientos del predio colindante. "(VER ESTUDIO DE SUELO)

H. CONCLUSIONES

Realizados los estudios pertinentes, consistentes en recopilación, estudio y análisis de las evidencias patológicas, implementación de estudios topográficos con equipos geodésicos de alta precisión y con un análisis del subsuelo de soporte de la edificación podemos sintetizar los resultados obtenidos en cada etapa del estudio, en las siguientes conclusiones:

1. En cuanto a los resultados obtenidos por la recopilación y mapeo establecido en las "Fichas de Tipificación y Clasificación de Lesiones" no indican que la mayor parte de la mampostería se vio afectada por solicitaciones de esfuerzos muy superiores para los cuales fue diseñada y construida, siendo este tipo de esfuerzos ATÍPICOS, presentados únicamente cuando la estructura en su conjunto se ve alterada, ya sea por fenómenos externos o internos, que para el caso fue la descompensación estructural por causa del desconfinamiento del suelo de cimentación que produjo deslizamiento del mismo, ocasionando desplazamiento de la edificación.
2. Según los estudios matemáticos realizados dentro del estudio de suelos, el cual toma el proceso de excavación convencional tal como se recomendó y ejecuto en el sótano1 del Hotel Xilon, los desplazamientos en la estructura vecina son mayores a 20 cm, lo que ocasiono el asentamiento de la cimentación sobre el eje estructural colindante. Adicionalmente se evidencia que los factores de seguridad no cumplen los criterios de la NSR-10 para etapa de construcción
(...)
3. Con base en lo evidenciado en el Levantamiento Topográfico El edificio TOSOABI presenta un asentamiento diferencial concentrado en la esquina nororiental con una magnitud de hasta 30 cm, tomando como nivel de referencia la elevación de la esquina occidental, corroborando desde el punto de vista Geodésico, lo manifestado en el estudio de suelos.
4. Como resumen de los diferentes estudios y análisis, podemos concluir que el EDIFICIO TOSOABI, fue objeto de la alteración del suelo de soporte, lo que originó que se produjera un asentamiento diferencial muy superior a lo establecido en la NORMA SISMO RESISTENTE COLOMBIANA NSR 010, causando graves afectaciones en la estructura de la edificación, en elementos no estructurales, instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias, y en los acabados
5. Esta consultoría Concluye que a la luz de la NORMA SISMORESISTENTE COLOMBIANA NSR-010, el EDIFICIO TOSOABI NO ES VIABLE DE INTERVENCION ESTRUCTURAL, NI DE RECUPERACION DE ELEMENTOS NO ESTRUCTURALES Y DEBE SER OBJETO DE DEMOLICIÓN, dada la inestabilidad presente. (folios 49 al 56 del archivo 01.2)

Por su parte dictamen Pericial denominado Estudio de Suelo suscrito por el Ing. Pablo Eduardo Narváez, que no fue promovido como experticia, sino que únicamente se anexó a la del Ing. José Antonio Martínez se lee lo siguiente:

1. ALCANCE:

Mediante el presente memorando técnico se busca identificar la causa de la falla del suelo portante que se presentó en el proyecto Edificio TOSOABI.

En la visita de obra realizada al proyecto se evidencia que los cimientos de la estructura por el lado colindante con el proyecto "Hotel Xilon" en construcción actualmente, presentaron fallas de asentamientos producto del desconfinamiento de los cimientos superficiales existentes, lo que genero la falla estructural.

Se realizó la revisión del estudio de suelos del proyecto "Hotel Xilon" realizado por la empresa GRUPO A. Consultores y Constructores S.A.S. con el fin de identificar el procedimiento constructivo empleado en el proyecto para la excavación de los sótanos, teniendo en cuenta que una vez iniciado el proceso de excavación de dichos sótanos se empezaron a identificar fallas en la estructura del asunto.

Adicional a lo anterior, la presente consultoría realizo una exploración del subsuelo con el fin de identificar las propiedades fisico-mecánicas de los geomateriales, y establecer las posibles causas de las fallas de las Cimentaciones.

(...)

DESCRIPCIÓN DEL SUBSUELO

2.1.1 ESTRATIGRAFÍA

La investigación del subsuelo permitió establecer un perfil tipo donde se encuentra de techo a piso:

-Material de relleno (suelo tipo 1): Esta capa de suelo está conformada por material de relleno café con presencia de escombros. Se presenta desde el inicio de la perforación hasta 0.75 m. Presenta una consistencia firme.

-Limo arenoso (suelo tipo 2): Este material está conformado por Limo arenoso color café oscuro con vetas negras y presencia de raíces, encontrándose desde el final del estrato anterior hasta el final de la perforación, presenta una consistencia baja a media. Los registros de perforación de la totalidad de sondeos se presentan en el anexo N1.

Anexo 1. 2.1.2 NIVEL FREÁTICO

El nivel de aguas freáticas se reportó a 1.1 m de profundidad.

(...)

ANÁLISIS DE RESULTADOS

- Los suelos superficiales se clasifican como limos arenosos con porcentaje que pasa el Tamiz No. 200 de 59% a 79%: Se evidencia que el porcentaje de arena aumenta a medida que aumenta la profundidad del estrato.
- Presenta alto porcentaje de humedad el cual varía entre 51.3% a 162.0%
- El material no presenta límite líquido, ni plástico únicamente se reporta en la muestra de 3.0 a 3.7 m de profundidad presentando un límite líquido de 152 % e índice de plasticidad de 79%
- Por los pesos unitarios reportados en el material a profundidad, se identifica claramente su contenido de materia orgánica
- Se presenta un N spt Promedio de 5 golpes/ft, se evidencia que la consistencia del material es constante lo largo del perfil (consistencia baja) y empieza a aumentar luego de 9.0 m de profundidad.

(...)

REVISIÓN ESTUDIO DE SUELOS EDIFICIO XILON

El informe corresponde al estudio de suelos para el proyecto "Hotel Xilon" realizado por la empresa GRUPO A. Consultores y Constructores S.A.S. en Agosto de 2016 localizado en la Ciudad de Pasto - Nariño en la Calle 17 No. 20-67 centro.

(...)

SISTEMA DE CIMENTACIÓN:

En el informe se plantea un sistema de cimentación correspondiente a losa de cimentación debido al alto porcentaje de arena reportado, con el fin de no presentar asentamientos diferenciales considerables. Las características de la fundación se presentan a continuación:

(...)

RECOMENDACIONES PARA EXCAVACIONES

La empresa GRUPO A. Consultores y Constructores S.A.S, indica que la profundidad de desplante corresponde a 9.0 m, los cuales corresponden a la altura del corte a excavar para la construcción de la estructura. Sin embargo, únicamente presenta las siguientes recomendaciones de excavación

- 1. Para excavaciones: dejar distancia horizontal mínima del 30% de la altura de la excavación medida desde el lindero.
- 2. Apuntalamiento con puntales de hormigón armado provisionales desde el interior de la obra o apuntalamiento de sección tubular

La presente consultoría considera que dicha información es deficiente para la excavación de un talud de 9.0 m en material de consistencia baja con presencia de materia orgánica y nivel freático en superficie. Dichas recomendaciones no cuentan con un análisis de estabilidad que sustente el comportamiento de los materiales, ni garantice ningún tipo de estabilidad y seguridad a las construcciones vecinas

4 ANÁLISIS DE ESTABILIDAD DE TALUDES

(...)

Analizando el proceso de excavación convencional tal como se recomendó y ejecuto el sótano 1 del Hotel Xilon, los desplazamientos en la estructura vecina son mayores a 20cm, lo que ocasiono el asentamiento de la cimentación sobre el eje estructural colindante. Los factores de seguridad no cumplen los criterios de la NSR-10 para etapa de construcción.

5 ALCANCE DE LA REVISIÓN DESARROLLADA

Se descarta la posibilidad de que la falla se deba a asentamientos diferenciales producto de la consolidación del material, teniendo en cuenta que dichos asentamientos se dan a lo largo del tiempo y no se evidenciaron antes de la construcción del edificio Hotel Xilon.

La presente consultoría (INGELANDSOLUCIONES) Considera que el proceso constructivo empleado para la construcción de sótanos del proyecto Hotel Xilón no se realizó bajo las condiciones idóneas teniendo en cuenta que dichas excavaciones no contaban con análisis de estabilidad tal como se establece en la Norma Sismo Resistente NSR-10, adicionalmente no se tuvo en cuenta las viviendas colindantes Y mucho menos el análisis de afectaciones por efectos de relajación de esfuerzos laterales, generando desconfinamiento lateral en los cimientos del predio colindante. (folio 34, 39, 44, 46 al 48 y 51 del archivo 01.3)

Como se aprecia de los informes transcritos, el experto José Antonio Martínez Guerra se limita en su informe a transcribir parcialmente el informe pericial elaborado por el Ing. Pablo Eduardo Narváz Campo tomando sus conclusiones como hechos.

En relación a lo anterior, es importante llamar la atención de la reedición de la opinión de un experto que no fue promovido, sin que medie algún análisis o validación por parte del experto responsable del dictamen allegado al proceso.

La situación descrita no es igual al supuesto que el experto responsable del dictamen se haya apoyado en otros expertos para exámenes, experimentos, cálculos, etc., que en todo caso atiende a recabar elementos de juicio en el cual basa su opinión, puesto que en el caso sub judice el experto se limitó a copiar la opinión de otro experto, sin que el experto al que se atribuye la autoría del dictamen pericial y presentado en el proceso haya realizado análisis o validación que pudiera acreditar que lo indicado en el acápite de conclusiones es producto de su razonado juicio y no un mera copia, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el *a quo*.

Nótese señores Magistrados que de lo único que puede dar crédito el experto José Antonio Martínez Guerra es del estudio de patología en el cual se identificó y clasificó las lesiones que presentaba edificio Tosoabi, y aun cuando pretende reproducir el estudio de suelo y el de topografía, no analiza los hechos que se describen en esos estudios, valida con su conocimiento los procedimientos utilizados, identifica posibles falencias o avala su metodología para establecer que concurre en opinión o conclusión. Lo que se evidencia e insistimos es que el experto solo copia la opinión de otros expertos por lo que la validez de sus conclusiones resulta cuestionable por lo menos en lo que refiere a los estudios de suelo y topografía.

La falencia metodológica delatada contravine la exigencia legal de la prueba en general y especialmente del medio pericial, ya que no se trata de delegar el establecimiento de los hechos a los peritos bajo su íntima convicción, sino que el experto con sus conocimientos lleve el hecho al proceso o mejor dicho que auxilie al juez en la apreciación de los hechos que para su comprensión se requiere especial conocimiento, por ello todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado en el que se expliquen los fundamentos de sus conclusiones ya que estas están sujetas a valoración, pues no puede tratarse de opiniones arbitrarias y así se desprende de la interpretación sistemática de la norma (artículos 164, 173, 176, 226, 228 del CGP).

Lo anterior aseguran que la información contenida en los informes periciales sea evaluable, bien a través de la repetición del experimento con la intermediación de otros expertos o el control de su contenido; lo contrario sería delegar en el experto el establecimiento del hecho judicial, bajo falacia de autoridad.

No obstante, la sentencia impugnada además de acoger la opinión intermediada, de manera genérica resolvió la objeción arguyendo:

“La idoneidad del experto la damos por descontada, su hoja de vida de cuenta que es ingeniero civil con especialización en patología de la construcción y gerencia de empresas de construcción y además es magister en dirección de proyectos desde 1984, 2004, 2000 y 2015 respectivamente, que se ha desempeñado en el área de su profesión en entidades como la Fundación Hospital de San Pedro, el Hospital Universitario Departamental de Nariño, la Policía Nacional, el Hospital Eduardo Santos de la Unión, el Teatro Municipal de Pasto, asociaciones de vivienda en la ciudad, entre muchas otras. Es Además miembro de la Justa directiva de Camacol, dirigiendo y llevando a cabo labores de construcción, reforzamiento y remodelación de múltiples obras para las aludidas entidades, todo ello con énfasis en temas estructurales.

Por su parte, el análisis que realiza el experto esta apegado a las directrices que gobiernan la materia, evidenciando un amplio sobre el particular del que se deriva nos solo su preparación académica sino de la experiencia por más de 38 años en el ejercicio profesional. Se advierte asimismo que su opinión experta se fundó en la inspección, observación y en el examen del edificio Tosoabi y documentos que sirvan de respaldo histórico para su levantamiento, tales como la licencia de construcción, sus planos, entre otros, los que valga decir que fueron anexados al plenario.

Que se echa de menos algunos documentos que el juzgado requirió presentar a la parte demandante es cierto, pero eso por sí mismo no demerita el estudio realizado por el experto para concluir como lo hace el señor apoderado de la parte demandada que el peritazgo debe desecharse o que no se le debe dar merito probatorio considerándolo incurso en un error grave por no haber examinado directamente el objeto sino fundado en suposiciones y documentos parciales; porque como queda explicado el experto tuvo oportunidad de visitar no una ni dos en 4 oportunidades el edificio y en una oportunidad la obra alledaña, es decir, que su estudio se basó en la inspección y examen directo que hizo del objeto evaluado.

Estas circunstancias todas unidas a la solvencia con la que el ingeniero suministró las explicaciones solicitadas sobre su dictamen por el Despacho y los señores apoderados de las partes demostró con suficiencia la solidez, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen, amén que pese a lo técnico del tema, supo transmitir con claridad y exhaustividad las premisas en las que apalancó las conclusiones que ha referido; en tales condiciones la judicatura le otorga pleno mérito probatorio en el orden a concluir que el edificio Tosoabi presenta un desplazamiento o arrastramiento horizontal y vertical de elementos estructurales y no estructurales en dimensiones bastante importantes producidas por el desconfinamiento lateral y el abatimiento del nivel freático generados por la excavación alledaña a 9 metros de profundidad sin que adoptaran en forma oportuna las actuaciones técnicas indispensables para evitarlo o cuando menos para mitigarlo (...)" (minuto 1:04:12).

"...Que el dictamen traído toma como suya conceptos de otras memorias según alega la parte demandada, sin embargo soslaya la pasiva de la litis que además que algunos de los peritazgos que ella misma trae, contienen similares actuaciones que este proceder como lo había ya señalado el Despacho no está vedado en el ordenamiento (...), en este sentido el auxiliar elegido por las partes debe examinar el objeto de su dictamen sin menoscabo de que pueda recurrir a otros auxiliares o asesores realización de exámenes experimentos etc, pero bajo su responsabilidad, es su opinión, reiterando que puede apoyarse en otros elemento que podrá citar y es eso lo que así precisamente ocurrió (...)"(minuto 1:10:30:00).

De la sentencia parcialmente transcrita se evidencia que el *a quo* erró en su apreciación del dictamen pues en una primera parte se limita a un análisis meramente formal y relativo a la idoneidad del perito, pero ante la objeción en concreto validar el medio objetado señalando que el hecho que se tome la conclusión de otro dictamen bajo la denominación "concepto de otras memorias" no estaba vedado por el ordenamiento jurídico, pero luego contradictoriamente señala "*el auxiliar elegido por las partes debe examinar el objeto de su dictamen sin menoscabo de que pueda recurrir a otros auxiliares o asesores en la realización de exámenes experimentos etc, pero bajo su responsabilidad, es su opinión*".

Sobre ese último particular, es importante destacar que durante el interrogatorio de contradicción al dictamen el Ing. José Antonio Martínez Guerra ante la pregunta sobre el estudio de suelo, específicamente del software utilizado para llegar a la conclusión contenida en ese informe, señaló no tener conocimientos de su fabricante, la modalidad de las licencia, si la versión utilizada estaba vigente y agrego que el estudio de suelo se subcontrato con una firma especializada de reconocida trayectoria aceptada a nivel nacional y que suponía que cumplía con la ley para su funcionamiento (minuto 1:15:30 archivo 89.1), de lo que se desprenden nuevamente que el experto que concurrió a la audiencia no era idóneo para sostener ese estudio y la sola transcripción de las conclusiones a si informe no era suficiente para fundamentar su conclusión que en parte también es transcripción del estudio de suelo.

Como puede apreciarse ni en su informe pericial ni en sede de contradicción el experto justifica la razón de las conclusiones que presenta en informe, pero aun así se le atribuyó unos fundamentos que no tenía, y aun cuando la idoneidad de experto es un elemento importante que apalanca la confiabilidad de su declaración no lo exime de que sus conclusiones estén fundamentadas en elementos verificables.

Es este sentido, vale la pena reflexionar si la ley exige al funcionario judicial fundamentar su decisión en prueba regular, porque habría de eximirse al perito de justificar sus opiniones en elementos objetivos.

Adicionalmente es de advertir el tramite que le da el juzgado a la prueba parcial cuyo objeto y naturaleza son distintos es distinta a la del testigo, el primero lleva un opinión basada en

elementos de juicios y los segundo declara sobre hechos, sin embargo durante la valoración el a quo tiende a confundir o usar al perito para acreditar hecho que no requieren ese medio.

Por lo anterior solicitamos al Honorable Tribunal revocar la decisión del a quo respecto al análisis de la experticia de José Antonio Martínez Guerra y destine la valoración de aquellos elementos que no fueron objeto de su examen sino de otros informes periciales que no fueron solicitados.

2.- En este orden, procedemos entonces a fundamentar los repararos respecto al punto de la sentencia en el que estableció el **problema jurídico**, respecto al cual se denunció que **incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda (reparo 1)**.

En relación al vicio denunciado es oportuno traer a colación lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, que establece que *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”* (destacado nuestro) .

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC8410 de 2014, rad. 2005-00304 señaló lo siguiente:

“(...) La Corporación tiene dicho al respecto que [e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso”

Así mismo la alta corporación sobre el vicio denunciado ha señalado que en este se incurre cuando *“...el sentenciador, al considerar la causa aducida como fundamento de la pretensión, no hace cosa distinta que despreocuparse de su contenido para tener en cuenta únicamente el que de acuerdo con su personal criterio resulta digno de ser valorado...”*. (CSJ SC de 18 ago. 1998, rad. C-4851).

En el presenta caso el a quo incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda, al inadvertir que en el escrito libelar se alega como fundamentos del daño el asentamiento diferencial por el desconfinamiento lateral y el abatimiento del nivel freático producto de las excavaciones del suelo vecino del edificio Tosoabi, sin embargo, al momento de establecer el problema jurídico la sentencia señaló:

*“En el caso particular conforme lo habíamos delineado desde ya en la audiencia inicial se trata de determinar si la parte demandada se encuentra en la obligación de reparar los perjuicio producidos a los señores María Constanza Zarama Hidalgo, Eugenia Zarama Hidalgo, Carolina Zarama Hidalgo, Olga Lucia Zarama Rincón, Maria Ines Zamara Rincón, Manuel Guillermo Zamara Rincón y Rosa Isabel Zamara Rincón como consecuencia de los daños que sufrió el inmueble de su propiedad, propiedad horizontal Tosoabi, conformado por tres locales y dos oficinas localizados en la carrera 21ª#16-30, 16-20, 16-38, daños que se dicen causados como consecuencia de la **demolición** y la construcción del inmueble aledaño edificio Xilon propiedad horizontal ubicado en la calle 17 con carrera 21ª de la ciudad de Pasto”* (minuto 15:00:00 del archivo).

Contario a lo afirmado en la sentencia, en la audiencia inicial el juzgado estableció que el debate probatorio se sentaría en lo siguiente:

- i. Las características y envergadura del deterioro y los daños que se presentan en el edificio Tosoabí.
- ii. Si los daños en comento tienen por causa eficiente **el levantamiento de la construcción aledaña de propiedad de la sociedad demandada**; en ese caso habrá de precisarse: si la dicha construcción se realizó con apego a los lineamientos

técnicos que se erigen para salvaguardar las construcciones vecinas, y de ser el caso cuál o cuáles fueron desatendidas y en qué forma.

iii. Si las características estructurales y de construcción del Edificio Tosoabí juegan algún papel en la producción del daño descrito, y en ese caso, si es determinante, exclusivo o concurrente.

iv. Determinar, si a ello hay lugar y según corresponda, la cuantía de la indemnización que debe asumir la demandada.

De lo anterior se evidencia que el *a quo* modificó los hechos delineados en la fijación del litigio, y no solo eso, incluso los contenidos en la demanda y que comportan el vicio denunciado.

En efecto, en la demanda, en el acápite denominado “1. **HECHOS DE LA DEMANDA (CAUSA PETENDI)**” se puede leer

“...**Octavo.** Y es del caso, que frente a dichas recomendaciones técnicas, las cuales ni siquiera se tuvieron en cuenta por parte de la sociedad demandada, debe precisarse y afirmarse, conforme se demostrará en el curso del proceso, que también resultaban deficientes o insuficientes en aras de garantizar la estabilidad y de esa manera evitar el desconfinamiento de los suelos y de la edificación - Edificio Tosoabi – ello por causa o en consideración a la excavación profunda de nueve (9) metros, tal cual lo concluye el estudio de suelos que se aporta con la presente demanda, estudio técnico especializado efectuado por la sociedad INGELAND SOLUCIONES S.A.S., estudio de patología de las afectaciones denunciadas, según se describe en el hecho doce (12.4. y 12.5) de esta demanda (...)

Noveno. Además, de las falencias de tipo técnico y de ingeniería, producto ya de la negligencia y luego de la impericia con la que se empezó a acometer la excavación del terreno o lote vecino al edificio Tosoabi y la posterior construcción, actividad de por sí calificada de peligrosa, también se suma la manifiesta violación de la sociedad demandada (...)

Decimo. Fue en ese contexto, que desde el mes de julio del año 2018, la sociedad INMOBILIARIA DE LOS COLOMBIANOS S.A.S. comenzó las obras de demolición sobre el predio colindante al edificio de propiedad de mis representados, ello con el fin de posteriormente, proceder a la excavación del lote y levantar la estructura y el edificio para la ampliación de las instalaciones del Hotel Xilon, en cuya actividad fue, como ya se expresó, completa y deliberadamente negligente y obró con incuestionable impericia técnica, pues no adoptó las medidas y prevenciones técnicas - constructivas y de ingeniería necesarias para evitar la afectación y desconfinamiento del suelo o terreno limítrofe o colindante donde se levanta Edificio Tosoabi, pues al realizar la excavación profunda a nueve (9 mts) en su inmueble, debió tomar y ultimar, reitero, todas las medidas técnicas y de ingeniería necesarias para contrarrestar el asentamiento de los suelos sobre los predios colindantes, y especialmente y para lo que aquí importa, el desconfinamiento del suelo sobre el cual se levanta el Edificio Tosoabi; gravísima omisión, que sin discusión alguna, constituye la causa de los inexorables y considerables daños estructurales que hoy padece el Edificio Tosoabi de propiedad los demandantes, lo cual ha conducido a su pérdida total. (...)

12.4. Finalmente, dada la gravedad de tales afectaciones sufridas por el edificio Tosoabí, y con el fin de determinar de manera definitiva, categórica y concluyente la causa generadora de las mismas como su magnitud o extensión, entre los meses noviembre de 2019 y marzo de 2020, se llevó a cabo un estudio exhaustivo, de alta ingeniería especializada, estudio técnico y profesional en el área de patología por parte del Ing. José Antonio Martínez Guerra, especialista en patología de la construcción, quien además, contó para su estudio con la participación técnica y especializada de la firma INGELAND SOLUCIONES S.A.S., entidad de suficiente experiencia en la materia; así mismo, dicho estudio se integra con la participación y experiencia del señor Ing. Yovany Edurado Unigarro Santacruz.(...)

Trece. Señor (a) Juez, nótese entonces, que en el ejercicio de la actividad de demolición, luego en la actividad de la excavación a una profundidad de 9 metros, y posterior construcción de esa obra nueva, era a instancia de la demandada completamente previsible precaver los daños aquí denunciados; sin embargo, desde

el propio umbral de la solicitud de la licencia de construcción, por parte INMOBILIARIA DE LOS COLOMBIANOS S.A.S., se advierte que los estudios aportados no cumplían con las medidas que de forma técnica debieron implementarse para evitar daños en el suelo colindante, y aún más, pese a que dichos estudios (estudio de suelos que soportó dicha licencia) recomendaron, como quedó visto, adoptar algunas medidas, como manejo técnico de aguas freáticas, la construcción de muros de contención profundos, entre otros, con el fin precisamente de prevenir y evitar el desconfinamiento del suelo o terrenos vecinos y las afectaciones estructurales a las edificaciones limítrofes, concretamente respecto del Edificio Tosoabi; sin embargo, nunca se las implementó de forma diligente, técnica y profesional, ello muy a pesar que, como quedó afirmado, se reitera, dichas recomendaciones resultaban insuficientes para evitar los daños denunciados, tal cual se advierte a partir de los conceptos y experticias elaborados por INGELAND SOLUCIONES S.A.S., y el ingeniero José Antonio Martínez Guerra, por lo que entonces, dichas omisiones, es decir, la falta de diligencia, pericia y prevención en la aplicación y ejecución técnica de las obras, aunado a la falta de las medidas técnicas constructivas y de ingeniería necesarias para evitar el desconfinamiento del suelo – terreno vecino donde se levanta el edificio Tosoabi, constituyen la causa única y exclusiva, material y jurídica determinante de los daños aquí expuestos y, la consecuente PERDIDA TOTAL DEL EDIFICIO TOSOABI, por la gravedad de las afectaciones estructurales y subsiguientes daños integrales del edificio... (subrayado agregado)

Como puede apreciarse señores Magistrados, de la simple lectura de la demanda se aprecia que la parte actora alegó como causa “*única y exclusiva*” de los daños alegados el asentamiento diferencial por desconfinamiento del suelo y abatimiento del nivel freático por la excavación a 9 metros de profundidad.

Lo anterior se refirma con la actividad probatoria despegada por la parte actora quien allegó al proceso entre otros elementos en el mismo sentido, los siguientes:

Informe de Afectaciones fechado agosto 2019, elaborado por el Ingeniero Javier Rueda en la que el ingeniero concluye que “*En el desarrollo de la obra [del Hotel Xilon] lo que se construyó fue un tanque de recolección de las aguas freáticas por medio de filtros, que han causado el abatimiento del nivel freático y han originado problemas al edificio Tosoabi*” (Folio 135 archivo 1.1).

Informe pericial fechado 14 de marzo de 2020, suscrito por el Ing. José Antonio Martínez Guerra, quien concluye “*...a partir de los diferentes estudios y análisis técnicos y de ingeniería, elaborados por profesionales de alta experiencia, podemos concluir que el EDIFICIO TOSOABI, fue objeto de la alteración del suelo de soporte, lo que originó que se produjera un asentamiento diferencial muy superior a lo establecido en la NORMA SISMO RESISTENTE COLOMBIANA NSR 010, causando gravísimas afectaciones en la estructura de la edificación...*”. (Folio 56 del archivo 1.2)

En ese mismo sentido y ante el requerimiento de información por parte del a quo la Inmobiliaria Huertas López SAS señaló “*Consideramos importante informar que la administración de los contratos de arrendamiento recaídos sobre los locales 2 y 3 se vieron imposibilitados de seguirse desarrollando, teniendo que ser desocupados por los inquilinos, debido al riesgo que presentaban las fallas estructurales en paredes, pisos, escaleras y baños, que se presentaron en el Edificio Tosoabi a partir de la excavación y construcción del edificio colindante Hotel Xilon, pues con anterioridad a ello, los contratos se desarrollaron con completa normalidad, sin ninguna clase de perturbación a los inquilinos, como puede denotarse de la duración de los arrendamientos*” (folio 4 del archivo 75.1). respecto a esta última información suministrada debemos poner en conocimiento a los señores Magistrados que se presentó denuncia penal por la presunta comisión del delito de fraude procesal.

De los hechos de la demanda y la actividad probatoria desplegada por la actora se evidencia que su objetivo o hecho fundamental era establecer como causa de los daños en el edificio

Tosoabi la excavación que en su alegación indican que produjo el asentamiento diferencial por desconfinamiento lateral y abatimiento del nivel freático.

Sin embargo, en la decisión impugnada además de errar al momento de establecer el problema jurídico a resolver, al momento pronunciarse sobre el requisito del nexo de causalidad el *a quo*, señaló lo siguiente:

*“...En este contexto para la judicatura los daños que evidencia el edificio Tosoabi son consecuencia directa de la actividad de **demolición y construcción** del edificio Xilon adelantada por la pasiva de la litis. Conclusión que apalancamos en las siguientes consideraciones: (...)*

El error de la sentencia no solo comporta una ampliación de rango temporal para establecer el nexo de causalidad, requisito esencial para la prosperidad de la demanda en detrimento de la parte demandada sino también una vulneración al debido proceso y derecho a la defensa al incorporar hechos que no habían sido alegados como fundamentos de la demanda y sobre los cuales no pudo ejercerse derecho a la defensa, alegaciones o solicitar pruebas.

Por lo anteriormente expuesto, y evidencio el error de hecho en la apreciación de los hechos de la demanda que vulneran el debido proceso y derecho a la defensa, solicito al *ad quem* revocar la sentencia impugnada.

3.- Seguidamente, fundamentamos los reparos frente a la parte de la sentencia en la que se pronuncia sobre el **nexo de causalidad**, en el cual el *a quo* incurrió en errores de hecho y de derecho (reparos 2,4, 5 y 6).

La sentencia impugnada para llegar a la conclusión (minuto 52:48, 1:00:44, 1:02:58, 1:07:15), divide su análisis en tres partes, análisis de la presunción de culpabilidad y determina la consecuencia (minuto 28:04), análisis sobre la ejecución de la obra de ampliación del Hotel Xilon (31:42, 53: 32, 1:01:15, 1:09:26), determina incumplimiento de normas sismo resistencia (minuto 45:09 del archivo 89.9).

3.1- Error de derecho en el análisis de presunción de culpa en cuanto al contenido alcance y consecuencias dentro del proceso.

Dentro de los sistemas de responsabilidad civil por principio general, quien pretende la reparación de un daño debe demostrar el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño. Sin embargo, frente al desarrollo de actividades peligrosas, el régimen de responsabilidad se enmarca en el denominado “culpa presunta”, dado el riesgo que supone el desarrollo de esa actividad y la diligencia que se esperada de quien la realiza.

Sin embargo, si bien la jurisprudencia ha calificado la actividad de construcción como peligrosa, ello no ha eximido a quien pretenda la indemnización por daños por el desarrollo de dicha actividad de probar los supuestos que dan origen a la responsabilidad civil; por el contrario, ha sido pacífica la jurisprudencia en sostener que corresponde al demandante demostrar el hecho, el perjuicio y la relación de causalidad (ver, entre otras, sentencias del 4 de junio de 1992 exp.3382 y SC2905-2021 del 29 de julio de 2021 exp. 2015-00230-01).

En la interpretación del contenido y alcance de la presunción culpa vertidos en la sentencia, llevaron a entender al *a quo* que la actividad de defensa de la actora solo puede circunscribirse a alegar y probar eximentes de responsabilidad como la causa extraña. Obviando que el derecho a la defensa no se limita a plantear excepciones como ocurre por ejemplo en los juicios ejecutivos, además de desconocer el Inter procesal lógico para el desarrollo de la sentencia.

En efecto en este punto la sentencia impugnada sostuvo lo siguiente:

“Bien sabemos que el nexo de causalidad consiste en la evidencia necesaria respecto de la relación entre la culpa y el daño lo cual debe ser probado por la parte actora

como quiera que puede ocurrir que aun habiendo culpa no se cause un daño o también pueda ocurrir que este daño sea eventual.

Para surtir este análisis debe comenzar la judicatura por precisar que considera la concurrencia de plena prueba de la causalidad entre el daño causado y las obras de construcción desarrollada por la Inmobiliaria de los Colombianos, en la medida como lo advierte la Corte Suprema de Justicia 'la causalidad basta por tener establecida la culpa en aquellos casos en las que atendida la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar este último a la injuria o la imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación e inútil será por lo tanto que este último guardián de la actividad y demandado en el proceso intente establecer que intentó observó la debida diligencia debida, su defensa no puede plantearse entonces en el terreno de la culpabilidad sino en la de causalidad rindiendo la prueba de la causa extraña de los perjuicios originada en el caso fortuito, en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero' sentencia del 22 de febrero de 1995 al interior del expediente 4345, bajo esta perspectiva el autor del daño solo podrá exonerarse de su responsabilidad demostrando que el perjuicio se produjo por las circunstancias ya reseñada(...)

En este contexto el Despacho no abra de detenerse en el examen minucioso de las pruebas orientadas a demostrar que el demandado se valió de un profesional o que actuó con suma diligencia o cuidado en el desarrollo de su actividad o que se apegó a las pautas técnicas indispensables para demoler la edificación y levantar la obra nueva, por que como hemos dicho no se trata de que el demandado en estas casos demuestre diligencia y cuidado sino que demuestre la existencia de fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima o responsabilidad de un tercero" (minuto 27:31).

Conforme a la sentencia parcialmente trascrita se puede evidencia que el a quo confunde las cargas procesales de la demandante (probar el daño y la relación de causalidad), las excepciones que pueden prosperar una vez se acreditas los presupuesto de la demanda (causa extraña) y la actividad del contradictorio tendente a desvirtuar los fundamentos de la demanda (condiciones de modo tiempo y lugar del progreso de la obra de construcción para evidenciar que el daño no se debió a la acción de la demandada), con lo cual a efectos prácticos constituyó una presunción de responsabilidad, que en la inteligencia de la sentencia solo podrá liberarse la demandada si prueba la circunstancia de causa extraña. En sentido, es importante recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", es decir, corresponde a la parte que pretende beneficiarse probar el hecho que aduce.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de enero de 2010, exp. 2001-06137-01, señaló lo siguiente:

"...las reglas de distribución que gobiernan la materia comportan, entre otras, las siguientes trascendentales consecuencias: de una parte, la de determinar cuál de las partes de un litigio asume el riesgo que se deriva de la circunstancia de que un hecho medular no esté suficientemente probado en el proceso; y, de otra, la de fijar el sentido de la decisión que el juez deberá adoptar ante la anotada omisión, vale decir, que desde este punto de vista las normas concernientes con la distribución del 'onus probandi' encarnan una verdadera regla de juicio en cuanto prefiguran la resolución judicial; por supuesto que aquél resolverá adversamente a quien teniendo la carga de probar ese hecho no la satisfizo. Desde esta perspectiva, la regla de distribución de la carga probatoria adquiere una especial dimensión en cuanto contribuye vigorosamente a la eficacia del proceso, habida cuenta que a pesar de las omisiones en materia demostrativa, éste concluirá inevitablemente en una sentencia, de modo que no queda espacio para la justicia privada".

En la sentencia parcialmente trascrita se resalta la importancia de la regla de juicio basada en el incumplimiento de las cargas probatorias y las implicaciones de la distribución de esta, ya que, haciendo uso de esta regla, a pesar de la ausencia de material probatorio el proceso concluirá con una sentencia que resuelva las pretensiones, obrando contra quien no haya cumplido la carga probatoria que le correspondía.

Así las cosas, en principio corresponde al actor comprobar los hechos que fundamentan la demanda y de no cumplir con esa carga la demanda deberá ser desestimada. Por otro lado, cumplida la carga del demandante, corresponde al sujeto pasivo de la acción, probar la excepción, es decir, probar la circunstancia o hecho que lo libera de cumplir la obligación que se le demanda.

Este paradigma procesal es reconocido por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, en sentencia del 11 de junio de 2001 dictada en el exp. 6343, reiterada en sentencia del SC4574-2015 del 21 abril de 2015, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al analizar la naturaleza de las excepciones de mérito, sostuvo lo siguiente:

“A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen”

Conforme a lo mencionado, se puede colegir que la carga probatoria de demostrar las excepciones de mérito, entre ellas, los eximentes de responsabilidad, solo operan cuando el actor ha logrado demostrar que tiene lugar el derecho que reclama. Esto además por razones de lógica.

Sin embargo, la actividad probatoria de la parte actora no se desarrolla de manera aislada o sin intervención de los otros sujetos procesales, especialmente la parte demandada que tiene el derecho de controvertirla y allegar pruebas que obren en contra de la prosperidad de la demanda no solo como excepciones sino también para desvirtuar los hechos del libelo, no como lo sostuvo el a quo en su interpretación en la cual limita a la parte pasiva a *“...que demuestre la existencia de fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima o responsabilidad de un tercero”*.

Nótese señores magistrados que en la contestación en ningún momento se hace mención a que la pruebas tengan por objeto demostrar la ausencia de culpabilidad, sino la circunstancia de modo, tiempo y lugar que difieren de lo alegado por la demandante.

Por las razones expertas solicitamos a tribunal revocar el fallo impugnado al quedar evidencia que incurrió en error de derecho al atribuirle un contenido y alcance al régimen de responsabilidad de culpa presunta, consecuencia procesal que dicha institución no comporta, con lo cual prescindió de analizar medios probatorios tendente a evidenciar las circunstancias de modo tiempo y lugar para desvirtuar hechos fundamentales de la demanda.

3.2.- Por otra parte, incurrió en error de hecho al no valorar íntegramente las pruebas allegada al plenario sobre la ejecución de la obra de ampliación del Hotel Xilon.

En efecto la sentencia cuestionada señaló lo siguiente:

“...Así asoma delanteramente un primer concepto rendido por el ingeniero José Antonio Martínez quien realizó un primer estudio preliminar de cara a los primeros contactos que tuvo con la parte demandante en la que se tramitaba unas diligencias policivas en orden de demostrar los daños que comenzaban a observarse en el edificio Tosoabi. En este contexto en el informe que data del 24 de julio de 2019, fecha bastante importante (informe que corre al folio 102 del archivo 01.1) en una visita que el propio experto denomina como de prediagnóstico o inspección ocular que sobre el muro colindante con el edificio Xilon existen agrietamientos característicos por esfuerzos de tensión y desplazamiento del mismo.

Agrietamiento que califica de graves, desajustes de piezas de mampostería indicios de desplazamiento verticales y horizontales con desprendimiento del pañete con grave inestabilidad del muro. Aflora igualmente la existencia del desprendimiento del anclaje de la escalera de acceso al mezanine con síntomas de asentamiento de entresijos (...) dirigido hacia la parte posterior del edificio (...) con base en esta descripción preliminar puede colegir esta judicatura que para esta fecha julio de 2019, la edificación de propiedad de los demandantes presentaba ya daños

Por su parte en cuanto a la observación directa que realizó el ingeniero en la construcción colindante dejando evidencia fotográfica de ello verificó que en ella se habían implementado sistemas rústicos de apuntalamiento de un muro, específicamente del local N° 1 y zonas de aislamiento sobre la cimentación del muro, pero verificando además, que es un dato muy importante, la existencia para esa fecha de excavaciones profundas con notable abatimiento del nivel freático del suelo de área de influencia de la cimentación del edificio Tosoabi. Lo cual dejó documentado en la fotografía que corre a folio 110, en la que se aprecia contrario a lo sostenido por los señores Gerardo dulce y Mario Fernando Ordoñez, que para julio de 2019 ya existía en el lindero del edificio Tosoabi excavaciones profundas con apuntalamiento deficiente o lo que es lo mismo que los trabajos de excavación no comenzaron como ellos lo señalaron en septiembre, octubre de 2019, sino mucho antes.

Con base a esa observación directa que hizo el Ing. Martínez, advirtió que se puede observar el abatimiento del nivel freático donde se llevan trabajos de excavación de pozos profundos con débiles apuntalamientos ... sin que ellos garanticen la estabilidad del edificio o su recuperación.

Observación que permite deducir que las excavaciones en el muro aledaño al edificio Tosoabi comenzaron antes del julio de 2019, y segunda que el plan de construcción no fue como lo vinieron a decir los testigos Dulce y Ordoñez, es decir, que comenzando por el lindero de la calle 17 dejando de último el lindero del edificio Tosoabi por que la evidencia fotográfica y el dicho del propio dicho del perito Martínez lo desmiente.

En ese contexto concluye que el abatimiento del nivel freático del edificio Tosoabi era evidente a simple observación en junio de 2019 y que desde esa data ya se habían implementado trabajos de excavación profunda en el aludido lindero.

(...) asoma un segundo informe preliminar del mismo profesional quien el 17 de septiembre del mismo año con base a las visitas realizadas el 12 y 16 del mismo mes en compañía del constructor encargado de la construcción de la obra luego de describir el sistema de cimentación del edificio Tosoabi concluye que en la cimentación y en el sistema estructural del mismo se ocasionaron asentamiento diferencial (...)

En los archivos 01.2 y 01.3 encontramos un concepto más estructurado que data de marzo de 2020 (...) con auxilio de otros expertos, con apego a la norma que regía para aquella época, según el perito, como producto del desconfinamiento y el alto nivel de abatimiento del nivel freático. Corolario que, de manera coherente, precisa y soportada, explico en detalle en esta audiencia, son consecuencia del desconfinamiento de los cimientos y el abatimiento del nivel freático por la excavación aledaña (...)

Con base a sus explicaciones podemos colegir que un trabajo de excavaciones a cielo abierto como el que pudo verificarse ejecutó la aquí demandada puede efectuar el nivel freático y provocar desprendimiento socavones, troneras etc

Puede asimismo propiciar una excavación un desconfinamiento lateral de los cimientos de construcción aledaña sino se mitiga a través de los mecanismos que la propia ingeniería ha diseñados, por ello dijo el experto la norma impone la obligación de hacer un estudio de suelo con una parte fundamental y de vital importancia en la ejecución de los proyectos de ingeniería civil constituido por un conjunto de actividades que permiten obtener lo más aproximada las condiciones, características y propiedades del suelo además de contemplar los análisis y recomendaciones necesarias para el diseño y posterior construcción del sistema de cimentación adecuado para la construcción vinculándose con la estabilidad funcionalidad de la construcción y por consiguiente la integridad de los usuarios y las construcciones vecinas. (...)

Con base en lo dicho considera el experto y coincide la judicatura que (52:53) que ese proceso de excavación en esas condiciones generó desplazamientos en la estructura del edificio Tosoabi mayores a los permitido en la norma en cita lo que a su vez produjo el asentamiento de la cimentación sobre el eje estructural colindante, descartando que esos asentamientos, obedezcan a consolidaciones del material como quiera que un asentamiento de esta índole se da a lo largo del tiempo y ello no se evidenció antes de la construcción del edificio.

Con el examen de estos medios de prueba, fácil resulta colegir que las recomendaciones para el manejo del desconfinamiento de los cimientos del edificio Tosoabi y el manejo del nivel freático, apenas comenzaron a implementarse un año después de comenzarse las obras y eso por la intervención de la autoridad municipal con la querrela policiva.

En este estado de la argumentación la declaración de los señores Dulce Figueroa y Mario Ordoñez según las cuales las excavaciones, el tanque y las submuraciones se hicieron

cuando comenzó la obra hacia el lindero del hotel xilon entre octubre y diciembre de 2019 no resulta verosímil porque como hemos dicho con base a la declaración de una persona ajena a la obra sin interés en el litigio como es el Ing. Martínez además de las personas ya mencionadas da cuenta que para julio de 2019, ya existían excavaciones profundas en el lindero del edificio Tosoabi sin un adecuado apuntalamiento y que tampoco para esa data, un adecuado manejo de aguas freáticas.

Versión que resultan con mayor mérito probatorio que la de los encargados de la obra, primero porque encuentra respaldo fotográfico una evidencia objetiva y segunda porque estos como encargados de la obra tienen un interés evidente en salvar su responsabilidad respecto de los hechos juzgados, pues fueron ellos lo que tomaron las decisiones que eventualmente estamos aquí atacando

Retomando el peritazgo que venimos acatando, asegura el experto y coincide la judicatura con base en los medios suorios concluye que el proceso constructivo del edificio Xilon no se verificó bajo las condiciones técnicas idóneas pues además de no contar con el mencionado análisis de estabilidad no tuvo en cuenta las construcciones aledañas y mucho menos el análisis de afectación por efecto de las relajaciones de esfuerzo laterales **generando desconfinamiento lateral en los cimientos de Tosoabi**, incumpliendo con la directriz de la NRS10 reseñadas .

En estas condiciones y el concepto pericial traído con la demanda y su contestación permiten concluir al juzgado que los asentamientos diferenciales a la postre generaron los daños al edificio Tosoabi no tienen causa distinta a la de la construcción adelantada en el suelo vecino. (...)

Estas circunstancias todas unidas a la solvencia con la que el ingeniero suministró las explicaciones solicitadas sobre su dictamen por el Despacho y los señores apoderados de las partes demostró con suficiencia la solidez, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen, amén que pese a lo técnico del tema, supo transmitir con claridad y exhaustividad las premisas en las que apalancó las conclusiones que ha referido; en tales condiciones la judicatura le otorga pleno mérito probatorio en el orden a concluir que el edificio Tosoabi presenta un desplazamiento o arrastramiento horizontal y vertical de elementos estructurales y no estructurales en dimensiones bastante importantes producidas por el desconfinamiento lateral y el abatimiento del nivel freático generados por la excavación aledaña a 9 metros de profundidad sin que adoptaran en forma oportuna las actuaciones técnicas indispensables para evitarlo o cuando menos para mitigarlo (...)"

Daños que de cara a su ubicación y características y tipología no hacen más que corroborar la conclusión ya anunciada ya que como dijo el propio perito estas son como las raíces de un árbol siempre llegan a la base y por ello es factible determinar su origen así (...) se encaminan hacia el borde perimetral jalonando hacia el vacío que dejó la construcción aledaña y por ende no puede sino ser consecuencia del asentamiento diferencial en las condiciones ya mencionadas, pues viene a ser cierto que la estabilidad de la obra resiste fuerzas y cargas para la cual no fue diseñada y que acelerara una falla estructural.

Corolario que encuentra también eco en las explicaciones que en esta audiencia emitieron en calidad de testigos técnico José Mauricio Conto y Javier Rueda Zarama quienes desde la óptica de su experiencia informan que la desatención a las recomendaciones produjo el asentamiento diferencial por desconfinamiento lateral sin subnutrición profunda que lo precaviera por el inadecuado manejo del nivel freático y que por las características y ubicación de las grietas que no quedaba más que concluir que era producto del sentamiento diferencial producido por la construcción aledaña.

El propio perito traído por la demanda Mario Fernández Bonilla asevero en su concepto escrito y en sede de contradicción que las lesiones obedecen a causas exógenas, más puntualmente a sentamientos diferenciales por abatimiento del nivel freático.

De la sentencia parcialmente trascrita puede apreciarse que el a quo realiza un análisis de los medios probatorios, sin embargo, el mismo es parcializado ya que solo toma en consideración aquellos elementos que sustentan los dichos de la demanda desestimando o simplemente no valorando los que obran en contra de las pretensiones.

A fin de evidenciar el vicio denunciado nos permitimos rebatir las afirmaciones sobre las cuales reposa la argumentación que a su vez son el resultado de su análisis probatorio.

a.- Respecto al contenido del informe suscrito por el Ing. José Antonio Martínez, el a quo resaltó que el experto observó débiles apuntalamiento, abatimiento del nivel freático, de lo cual concluía que las excavaciones no comenzaron por el lindero de la calle 17 dejando de ultimo el lindero del edificio Tosoabi; dicho informe cursa a los folios 101 al 111 del archivo 01.1

De la lectura de dicho informe podemos observar lo siguiente:

- Que el informe fue solicitado por la Maria Constanza Zarama Hidalgo y Manuel Guillermo Zarama Rincón el 19 de julio de 2019.
- Que en la portada se lee *“PASTO, JULIO 24 2.019”*.
- En la penúltima página del informe aparecen fragmentos o fotos recortadas con notas que señalan que en el muro colindante se observaban grietas, *‘Sistema Rustico’* de apuntalamiento de muros del lindero (Local 1) y zonas de aislamiento sobre cimentación del muro y *“Excavación Profunda con notable abatimiento del nivel freático del área de influencia de la cimentación del edificio Tosoabi”*.
- Que las imágenes no se identifican fechas en que se tomaron.
- Que en el último folio se aprecian unas recomendaciones firmadas al pie por el Ing. José Antonio Martínez; sin embargo, se denota que ese documento no corresponde al informe ya que incluso la impresión es diferente.

Por otra parte, consta declaración Ing. José Mauricio Conto quien refirió ante la pregunta de Despacho de si tuvo oportunidad de ver como se hizo esa excavación y respondió *“si ellos comenzaron excavando con máquinas contra la calle 17”* (59:27 del archivo 89.3).

La anterior declaración, testigo traído al proceso por la parte actora, corrobora las declaraciones sobre este hecho referida por los testigos Ing. Gerardo Dulce Figueroa y el Arq. Mario Ordoñez.

El primero durante el interrogatorio señaló lo siguiente:

- Que *“...comenzó a realizar visitas en agosto de 2019, iniciando las excavaciones para el sótano de la edificación con retro retroexcavadora...”* (minuto 04:03 del archivo 89.8).
- Que *“...su función comenzó en asesorar para determinar en unión con el residente de obra, con los asesores que habían, el ingeniero estructural y el ingeniero de suelos...”* (minuto 05:10 del archivo 89.8).
- Que *“...el primer paso fue hacer un recolector de agua porque había un gran afluente de agua hacia la excavación, inicialmente construyeron un pozo de achuique”* (minuto 06:58 del archivo 89.8).
- Aclaro que llegó a la obra fue en agosto de 2018 (minuto 06:58 del archivo 89.8).
- Preciso que en agosto cuando el comenzó, la excavación estaba iniciada con una vía de acceso aledaña al edificio Tosoabi (minuto 33:01 del archivo 89.8).
- Ante la pregunta de si para esa época ya habían comenzado la excavación sobre el lindero del edificio Tosoabi, señaló *“...pero no fue en Tosoabi, como le dije fue sobre la calle 17 y carrera 22”* (minuto 48:20 del archivo 89.8).

Por su parte el Arq. Mario Ordoñez sostuvo:

- Que *“las excavaciones se comenzaron en la esquina de la calle 17 con la construcción de una excavación para la construcción de un tanque recolector de agua continuando por la esquina 17 después por el lindero de Hotel Xilon, que es independiente y por último el lindero del edificio Tosoab. Esto último entre septiembre y enero de 2020”* (minuto 11:20 del archivo 89.9).
- Ante la pregunta en que fecha se construyó el pozo respondió *“prácticamente el primer trabajo que se hizo fue la construcción del tanque que fue en octubre de 201, arrancamos la obra en agosto de 2018, pero se comenzó con trabajos de campamento y adecuación del terreno e hicimos la construcción del pozo de recolección de agua”* (minuto 15:01 del archivo 89.9).
- Ante la pregunta de si los daños que alegaban los propietarios del edificio Tosoabi correspondían con las actividades de ejecución de obra, respondió: *“nosotros iniciamos la obra sobre la calle 17 y había una separación bastante grande, digamos 15 metros. Como dije en el comienzo técnicamente no puedo decir que fue culpa de la obra, pero lo que si puedo decir es que fue realizado desde la calle 17 y los daños*

que ellos decían como en agosto, pero las intervenciones en el edificio Tosoabi fue en el 2019, hay un lapso bastante de tiempo bastante grande donde no le encontraría una explicación lógica a eso” (minuto 50:25 minuto 11:20 del archivo 89.9).

- Ante la pregunta de por qué iniciaron las excavaciones sobre la calle 17 y no sobre el edificio Tosoabi, respondió *“uno la construcción del tanque de recolección de agua necesario para el control del agua y dos, para evitar afectar construcciones vecinas e hicimos por la parte del andén”* (minuto 1:34:00 minuto 11:20 del archivo 89.9).
- Ante la pregunta del Despacho si lleva un registro del avance de la obra, tienen usted ese documentado eso, respondió *“si claro”* (minuto 53:50 minuto 11:20 del archivo 89.9).
- Ante la pregunta del despacho tiene usted a la mano esos documentos, respondió: en este momento no, pero si en la obra (minuto 50:25 minuto 11:20 del archivo 89.9).

En la oportunidad de comparecer al contradictorio del dictamen suscrito por el, el Ing. José Antonio Martínez, señaló:

- Que en una consulta preliminar no se podía establecer las causas del daño (minuto 46:40).
- Que tardó dos meses para concluir que el edificio se vio afectado por la excavación.
- Que su estudio había comenzado en marzo de 2020 (minuto 1:28:04 del archivo 89).
- Ante la pregunta de si podía dar fe de que el muro de contención no se construyó, aclaró: que no inspeccionó la construcción; pero opinó que el solo apuntalamiento no iba a detener los afluentes (minuto 2:23:09 del archivo 89).
- Que no podía explicar cómo se apuntaló el muro porque no estuvo en el año 2019 (minuto 2:25:00 archivo 89).
- Que la visita preliminar se realizó el mes de noviembre y en diciembre una visita y en enero, febrero y marzo hace el estudio (minuto 3:15 archivo 89.1).
- Ante la pregunta del despacho de porque había un escrito fechado 24 de julio de 2019 al folio 102, respondió: que con ocasión a una conciliación le pidieron un concepto a manera de inspección visual no como un concepto patológico que no tomo medidas (minuto 3:15 archivo 89.1).
- Ante la pregunta referida sobre que pudo observar esa inspección preliminar de la construcción del Hotel Xilon, teniendo en cuenta que en su intervención inicial había indicado que no pudo constar la ejecución de la obra, respondió: en julio seguramente fui y miré, una visita de inspección ocular sin toma medidas que con eso uno se toma una idea y hace las recomendaciones para hacer un estudio profundo y serio al respecto (minuto 7:17 archivo 89.1).

Como pude apreciarse señores magistrados, el documento analizado, no posee las virtudes aludidas por el *a quo*, por lo que se estima que incurrió en error de hecho en la apreciación del informe preliminar al atribuirle situaciones que no se desprende de el y por el contrario al contrastarlo con otros medios se desvirtúan, por una parte al señalar que el experto a simple vista pudo apreciar débiles apuntamiento, abatimiento del nivel freático ya que en audiencia ante la pregunta directa respondió de manera evasiva, lo cual debe concatenarse con la discrepancia en las páginas del informe y la última página en la que tiene su firma.

Así mismo, como que la afirmación a la que se refirió la sentencia no es del cuerpo del informe sino unas anotaciones a las fotos parciales cuya fecha de captura no se identifica, informe que no es presentado sino hasta el 8 de septiembre de 2019 a la Inspectoría Policial; por otra parte, la conclusión a la que llega la sentencia relacionada a que por este informe se desvirtúa lo señalado por los testigos Gerardo Dulce y Mario Ordoñez recto al sitio de inicio de la obra, cuando el informe en nada lo contradice o aporta elemento de juicio respecto a ese tema.

Evidenciando lo ya señalado en cuanto a la desnaturalización del medio de prueba, ya que como se mencionó el perito lleva al proceso conceptos y opiniones muestras los testigos declaran sobre hechos, pretendiendo el *a quo* rebatir hechos declarados con opiniones.

b.- En cuanto al hecho afirmado en la sentencia referido a que la obra a cielo abierto como la que pudo verificar que ejecutó la demandada y que esta podía afectar el nivel freático y provocar socavones, así como que las recomendaciones no se implementaron sino un año después de comenzar la obra y por la intervención de la autoridad policial.

En este sentido es de recordar que la parte demandada sostuvo desde su escrito libelar hasta los alegatos de conclusión que la obra se ejecutó realizando una excavación a 9 metro de profundidad sin que se realizar la construcción del tanque para el manejo de las aguas freáticas ni la sublimación.

Sin embargo, no asoma prueba alguna de esta afirmación por lo que durante el interrogatorio de las testigos Gerardo Dulce y Mario Ordoñez la parte demandante varía su tesis. Variación que fue acogida por el *a quo*, pero en la cual incurrió nuevamente en error de hecho en la valoración de los elementos probatorios, primero al atribuirle ahora al dictamen pericial hechos que no se desprenden y dejando valorar otro medio que lo contradicen.

En efecto consta que en el aludido dictamen se bien se hacen referencia al desconfinamiento lateral y el abatimiento del nivel freático, ello solo es en razón de la copia o transcripción de las opiniones de otras experticias, sin referirse a la ejecución material de la obra.

Aunado a ello, no se desprende los hechos que afirma en la sentencia y queda evidenciado cuando el ing. José Antonio Martínez fue enfático al referir lo siguiente:

- Que su estudio había comenzado en marzo de 2020 (minuto 1:28:04).
- Ante la pregunta de si podía dar fe de que el muro de contención no se construyó, aclaró: que no inspeccionó la construcción; pero opinó que el solo apuntalamiento no iba a detener los afluentes (minuto 2:23:09).
- Que no podía explicar cómo se apuntaló el muro porque no estuvo en el año 2019 (minuto 2:25:00).
- Ante la pregunta del apoderado de la parte demandante referida a “que si efectuada la excavación a una profundidad de 9 metros sobre el límite lateral de Tosoabi que creo son 21 metros de longitud generado el talud en ese mismo sentido sobre ese costado, un talud de 9 metros por 21 metros de largo, que tiempo necesario o prudencial en la técnica de construcción de la ingeniería eran permitidos era lo máximo para asentar un muro de confinamiento o de contención del suelo vecino, respondió: en ingeniería los tiempo son valiosos, no hay un tiempo definido, juegan muchas variables. Aquí en Pasto es la costumbre no el deber de llegar con una retroexcavadora y perfilar al lado del edificio colindante y con el tiempo construyen, es una práctica común pero no el deber ser (minuto 2:27:02).
- Ante la pregunta sobre la fuente de las afirmaciones de hecho contenidas en el informe pericial, respondió: Que cuando aborda un estudio de manera formal lo primero que se hace es una trazabilidad lo primero es un estudio de documentación, entrevista con los propietarios, afectados o el cliente, escuchar cuales son las inquietudes y recibir información sobre lo que a su sano entender había hecho las gestiones que había desarrollado y por eso es que manifestaba eso en el informe (minuto 08:50 archivo 89.1).
- Ante la pregunta de si alguna oportunidad se le restringió, impidió el acceso al área de construcción del proyecto ampliación Hotel Xilon respondió: No, que su obligación y su estudio se circunscribió a la edificación afectada y no a la nueva edificación que se estaba construyendo en la que no tiene injerencia y que a él no le pagaba el Hotel Xilon sino la Familia Zarama y no estuvo a su alcance analizar o formular recomendaciones al Hotel Xilon (minuto 12:43 archivo 89.1).
- Ante la pregunta de que, si su estudio se basó únicamente en la licencia de construcción, lo otros estudios y lo señalado por los demandantes; respondió que sí y en el estudio de suelo que se acompañó a la solicitud de licencia (minuto 12:43 archivo 89.1).
- Que para determinar que el edificio Tosoabi era un paciente moribundo aplica la norma vigente NRS-10 (minuto 1:37:30 archivo 89.1).

Igualmente consta al folio 133 del archivo 01.1, informe preliminar suscrito por el Ing. Eduardo Javier Benavides Paz de fecha 17 de septiembre de 2019, donde se describe los daños que presenta el edificio Tosoabi, la cimentación que según los propietarios del edificio Tostaba estaba soportada sobre pilotes que el no puedo observar y concluye que *“para encontrar la causa de estos asentamientos y para entender con mayor precisión el estado actual de la estructura se debe adelantar un estudio de vulnerabilidad sísmica el cual nos genera un diagnóstico más acertado, además un estudio de suelo con reconocimiento de la actual cimentación para generar un explicación de lo ocurrido y una solución ”* además señala .

Por otra parte y contrario a lo afirmado en la sentencia referido a fue después de un año fue que se tomaron las medidas y eso por intervención de la autoridad municipal, conta a folio 105 del archivo 01.5, acta de inspección de la Inspectoría de Policía Sexta Urbana de Pasto en la que señalan de fecha 27 de junio de 2019, en la cual la impactaría decretó el *statu quo* pero bajo las recomendaciones de los ingenieros de **“...continuar** con la construcción de los muros de sótano, hasta completar en su totalidad **de acuerdo al proceso constructivo que se viene desarrollando...**” de lo que se desprende que para esa fecha si se venía ejecutando los muros de contención que forman parte estructural del edificio en construcción.

Asimismo, consta al folio 141 acta del 23 de septiembre de 2019, de la Inspectoría de Policía Sexta Urbana de Pasto las partes acordaron en conciliación **“...continuar** con la construcción de los muros de sótano, hasta completar en su totalidad **de acuerdo al proceso constructivo que se viene desarrollando...**” con lo que se ratifica lo anterior. Declaraciones que tiene plena concordancia con lo manifestado por lo ing. Dulce Figueroa quien ante la pregunta del despacho y Arq. Mario Ordoñez sobre el modo de ejecución y continuidad de la obra.

Tampoco valoró íntegramente el informe del Ing. Javier Andrés Rueda Zarama aportado durante su declaración y que corre inserto al archivo 85 folio 36 un fotografía identificada con el título **“AVANCE DE CONSTRUCCIÓN MAYO DE 2019”**, donde se aprecia en el costado de la calle 17 el muro de contención en concreto ya fúndico y parte de la vía de acceso al predio colindante con el costado del edificio Tosoabi, por lo que es factible deducir que para esa fecha aún no habían excavaciones en ese lado del predio. .

Igual tratamiento dio al informe que aportó el testigo Ing. Gerardo Dulce Figueroa en el cual además de describir el proceso constructivo del tanque para el manejo de aguas hay un respaldo fotográfico, que desvirtúan la falsa afirmación de supuestos débiles apuntalamientos, la falta de empleo de técnicas contractivas idóneas (archivo 86 del expediente).

Conforme a lo anterior puede evidenciarse que el *a quo* incurrió en error de hecho en la apreciación de los elementos probatorios al atribuir hechos que de los medios de pruebas aportados al proceso no se evidenciaba.

c.- En cuanto al hecho afirmado en la sentencia referido a que no parece verosímil las declaraciones del Arq. Mario Ordoñez y del Ing. Gerardo Dulce Figueroa, en base a lo dicho por el Ing. José Antonio Martínez y que la versión de este le prestaba más mérito porque aquellos como encargados de la obra son lo que tomaron las decisiones que se le atribuye el daño, debemos reitera que el juzgado incurre nuevamente en error de hecho en la valoración de las pruebas por la que llega a conclusiones erradas.

En primer lugar, el juzgado no toma en consideración el lugar donde se desarrolla la obra, que no es un lugar de acceso público, que por la actividad misma que se desarrolla el ingreso al área está destinada a las personas autorizadas, por lo que las llamadas a declarar sobre los hechos, de modo, tiempo y lugar son las personas que de una u otra manera están o estuvieron vinculada a la obra, por lo que descartar *a priori* estos testimonios implica una limitación excesiva al derecho de la defensa de la parte demandada.

Por otra parte, la condición de residente de la obra (Arq. Mario Ordoñez) o asesor externo (Ing. Gerardo Dulce Figueroa) no constituye una inhabilidad para ser testigos, en todo caso su declaración debe ser valorada y solo desestimada en caso determinarse fundados elementos de parcialidad.

Por ejemplo, en su oportunidad y ante la tacha del testigo José Mauricio Conto, en la que se alegó como motivo la sospecha de parcialidad por lo siguiente:

- Tener vínculos familiares con los demandantes, como él lo refirió, su hermano estaba casado con una de las Zarama, incluso asistía a eventos privados de la familia.
- Fue socio de los Zarama, en un proyecto donde la familia Zarama aportó el terreno y el construyó el edificio, para lo cual constituyeron una empresa bajo la denominación SAS.
- Por tener vínculos contractuales eventuales con los demandantes.

Sin embargo, el *a quo* en la sentencia respeto a esta tacha sostuvo “*debe el Despacho manifestar que la sola familiaridad o los vínculos comerciales acetados por el testigo no deviene en suficientes para minar su credibilidad, porque sometido este dicho a un escrutinio más severo como lo impone la jurisprudencia vigente sobre el tema el mismo sale airoso en la medida que el testigo nos da a conocer en forma conteste, verosímil, coherente hechos que tuvo oportunidad de percibir de manera directa en una posición privilegiada como quiera que fue protagonista, nadie se los contó no los percibió por medios distintos a su propia observación, en la medida que por encontrarse realizando obras en ese edificio Tosoabi*” (Minuto 21:20 del archivo 89.10); sin embargo, el mismo derrotero no le fue aplicado a los testigos Mario Ordoñez y Gerardo Dulce Figueroa, quienes su credibilidad es cuestionada el primero por ser encardado de la obra y el segundo por ser asesor, circunstancia que llevó al juzgado a considerar que estaba tratando de salvar su eventual responsabilidad o que “eventualmente pueden representar los intereses de la constructora”.

Como puede apreciarse señores magistrados y contrario a lo señalado en la sentencia impugnada, las declaraciones de los testigos son “*conteste, verosímil, coherentes hechos que tuv[ieron] oportunidad de percibir de manera directa en una posición privilegiada*”, tiene respaldo fotográfico y se contextualizan y corroboran con otros medios de prueba, ya que ni siquiera el dictamen pericial que el *a quo* aduce que contradicen sus declaraciones verdaderamente contiene una contradicción.

Esa aducida contradicción entre el perito y el testigo vine dado posiblemente por el irregular manejo que se le dio en primera instancia a los medios de pruebas en cuya practica no se diferenció entre el contradictorio del dictamen pericial y el las declaraciones de testigos experto, siendo que por su objeto el primero presenta opiniones o juicios de valor basados en el estudio del objeto del dictamen y el segundo declara sobre hechos.

En efecto el primero, es decir, el Ing. José Antonio Martínez presenta un dictamen que tenía por objetivo “... la de establecer las causas de las patologías presentadas en el edificio Tosoabi, identificar las causas que la originan su impacto, elaborar un diagnóstico general del edificio y formular la intervención a seguir” con base a la información que le suministraron y lo que el percibió durante su experticia y posteriormente concurre a la audiencia para absolver el interrogatorio sobre su dictamen.

En esa oportunidad el experto entre otras cosas sostuvo lo siguiente:

- Que el problema se presentaba porque el agua no fue purificada, refiriéndose el agua que se extraía de la obra de ampliación del Hotel Xilón (minuto 55:30).
- Que las condiciones del edificio Tosoabi contribuyeron con los daños que sufrió (minuto 1:10:00).
- Que su estudio había comenzado en marzo de 2020 (minuto 1:28:04).
- Ante la pregunta de su la única forma de evitar el desconfinamiento y al abatimiento del nivel freático era construir los muros de contención de arriba hacia abajo, respondió: “NO hay varias formas, esa es una que en Pasto estamos estilizando

llamado submuración con muro anclado. Hay otros controles de niveles freáticos que son los pozos” (minuto 1:30:25).

- Ante la pregunta de la jueza de que si se podía concluir que las lesiones en el edificio Tosoabi se produjeron por la falta de control de abatimiento y confinamiento y respondió: es correcto (minuto 1:34:06).
- Ante la pregunta de si la antigüedad del edificio Tosoabi repercutió en los daños la cual había calificado de estructura geriátrica, respondió: Totalmente, al cabo del tiempo los materiales pierden resistencia (minuto 1:53:20).
- Ante la pregunta de si podía dar fe de que el muro de contención no se construyó, aclaró: que no inspeccionó la construcción; pero opinó que el solo apuntalamiento no iba a detener los afluentes (minuto 2:23:09).
- Que no podía explicar cómo se apuntaló el muro porque no estuvo en el año 2019 (minuto 2:25:00).
- Ante la pregunta del apoderado de la parte demandante referida a “que si efectuada la excavación a una profundidad de 9 metros sobre el límite lateral de Tosoabi que creo son 21 metros de longitud generado el talud en ese mismo sentido sobre ese costado, un talud de 9 metros por 21 metros de largo, que tiempo necesario o prudencial en la técnica de construcción de la ingeniería eran permitidos era lo máximo para asentar un muro de confinamiento o de contención del suelo vecino, respondió: en ingeniería los tiempo son valiosos, no hay un tiempo definido, juegan muchas variables. Aquí en Pasto es la costumbre no el deber de llegar con una retroexcavadora y perfilar al lado del edificio colindante y con el tiempo construyen, es una práctica común pero no el deber ser (minuto 2:27:02).
- Ante la pregunta del despacho referida que la forma de proceder que había indicado referida a ir realizando la submuración de manera paulatina conforme se iba excavando, estaba delineada en alguna norma o si era la experiencia que se lo indica, respondió: eso es la experiencia y eso se hace en todas partes del mundo, aquí en paso lo hemos hecho, se hacen módulos o placas de 2 X 2 en concreto y se anclan debajo del piso, se anclan al terreno, se inyecta concreto lateralmente y se va haciendo una especie de ajedrez ese es uno de los tantos variables; **hay otros métodos cuando las excavaciones no son tan profundas, que es el método de trincheras, los dos lo he aplicado, el método de trinchera es dejar ciertas partes del muro colindante con taludes sin excavar que me sostengan la edificación vecina, excavo una parte, hago parte del muro y así lo hago alternadamente los muros de contención en forma de ajedrez, hago uno si y dejo el talud otro si y dejo el talud y así sostengo la edificación, quito los taludes y junto las losas intermedias y eso es factible hacerlo es lo normal** (2:30:40).
- Que la visita preliminar se realizó el mes de noviembre y en diciembre una visita y en enero, febrero y marzo hace el estudio (minuto 3:15 archivo 89.1).
- Ante la pregunta referida a que pudo observar en esa observación preliminar en la construcción del Hotel Xilon ya que en la parte inicial de su intervención refirió que no pudo constar la ejecución de la obra, respondió: en julio seguramente fui y mire, le digo una cosa es una visita de inspección ocular sin toma medidas que con eso uno se toma una idea y hace las recomendaciones para hacer un estudio profundo y serio al respecto (minuto 7:17 archivo 89.1).
- Ante la pregunta sobre la fuente de las afirmaciones de hecho contenidas en el informe pericial, respondió: Que cuando aborda un estudio de manera formal lo primero que se hace es una trazabilidad lo primero es un estudio de documentación, entrevista con los propietarios, afectados o el cliente, escuchar cuales son las inquietudes y recibir información sobre lo que a su sano entender había hecho las gestiones que había desarrollado y por eso es que manifestaba eso en el informe (minuto 08:50 archivo 89.1).
- Ante la pregunta de que, si su estudio se basó únicamente en la licencia de construcción, lo otros estudios y lo señalado por los demandantes; respondió que sí y en el estudio de suelo que se acompañó a la solicitud de licencia (minuto 12:43 archivo 89.1).
- Ante la pregunta de si en su informe calificaba las medidas para garantizar la estabilidad de las edificaciones las edificaciones vecinas, señaló que la deficiencia

estuvo en el estudio de suelo y que en su opinión de haberse presentado no se habrían presentado los daños (1:29:15 archivo 89.1).

- Ante la pregunta del despacho sobre si existía algún registro o control del Estado sobre este tipo de firmas de estudios de suelo respondió; la norma de sismo resistencia es clara quien realice este tipo de actividades debe ser un ingeniero con especialización o maestría en el área geotécnica y tener más de 5 años de experiencia profesional no cualquier ingeniero monta un laboratorio y empieza a trabajar (minuto 1:19:26 archivo 89.1).
- Que lo importante independientemente de lo que se presente en Curaduría lo importante o trascendente es la medida que se hubiera tomado durante la ejecución del proyecto (minuto 1:31:00).
- Que para determinar que el edificio Tosoabi era un paciente moribundo aplica la norma vigente NRS-10 (minuto 1:37:30 archivo 89.1).

Como puede apreciarse el experto no declara sobre el modo, tiempo y lugar de la ejecución de la obra, pues el mismo aclara que no presencié su ejecución, su declaración se basa en la hipótesis fórmula de que se realizó la excavación en todo el lindero del edificio Tosoabi y no se construyó el muro de contención, sino que se empleó un simple apuntalamiento, tesis que venía sosteniendo la parte demandante y así se deja ver de las intervenciones del apoderado de la actora durante toda la audiencia de juicio.

Por su parte, el Ing. Gerardo Dulce Figueroa en la oportunidad de declarar como testigo experto, señaló entre otras cosas:

- Que como se hace la excavación, se dejaron unos terraplenes, si la longitud del lindero era 12 metros, se hizo una excavación de 2 metros dos no se excavaban y se sigan dos metros. asea que no se hizo la excavación total, eso estaba en la fotografía es importante decir que lo que se refiere submuración, era muy importante, incluso hubo una propuesta de hacer los muros anclados, que consisten en mandar hierros en el subsuelo anclar los muros, esto no se hizo por las características del suelo, por eso se construyó un tablestacado en anclar maderas verticales y usando tablas evitar que el terreno se venga hacia el lugar de la excavación (minuto 9:48 del archivo 89.8).
- Que el tablestacado funciona quedando ahí y después del tablestacado, por eso se llama submuración, es decir un muro dentro de otro, se procedió a hacer el armado de los aceros para hacer el muro de contención, es importante que quede claro que, si se hizo submuración, como lo determina la norma con un procedimiento llamado tablestacado.
- Ante la pregunta referida a que como era que en el estudio de suelo se hacen unas recomendaciones y ahora dice esas recomendaciones se pueden cumplir, respondió “perdóneme me entendió mal lo que he dicho es que teniendo cuenta es lo que esat en el estudio de suelo de la mala calidad del suelo es obligatorio hacer contenciones y submuración y por eso se planteó el uso de tablestacado como parte de una submuración, en ningún momento he dicho que no deba hacerse, si se hicieron ” (minuto 37:15 del archivo 89.8).
- **Ante intervención del Despacho en la que indicó “pero usted señaló que no se había hecho submuración con muros anclados sino otro distinta y esa era la recomendación,** respondió, “eso es otra cosa, porque no se hizo porque el muro anclado en ese tipo de suelo es una guía y a eso obedece. Muchas suelitas tienen recomendaciones, pero la suelita nunca determina la estructura eso lo determina el calculista es el que toma determinación basado en las recomendaciones (minuto 28:12 del archivo 89.8).
- Que si hubiesen excavado todo el hueco del sótano al tiempo estuviese abajo el edificio Xilon, Tosoabi, la calle y la carrera, pero eso no se hizo así. Se hizo excavando dos metros si dos metros se dejan sin excavar (minuto 46:59 del archivo 89.8).

Por su parte el Arq. Mario Ordoñez declaró lo siguientes:

- Que la obra del Hotel Xilon comenzó la obra en el mes de agosto de 2018, se comenzó la obra, fue aprobado mediante licencia de la Curaduría Urbana, se iniciaron las obras, primero que todo de acuerdo a los requerimientos que se hacían del Estudio de suelos y la parte estructural, se comenzó hacer trabajos de excavación en la parte de la esquina entre la carrera 22 y la calle 17, se empezaron hacer excavaciones, de acuerdo a las recomendaciones, había que hacer un pozo, un tanque recolector de aguas para nivel freático, para evacuar, entonces nosotros iniciamos una excavación en ese sector, y se continuo el proceso de construcción, continuo digamos desde esa esquina entre la carrera 21ª y la calle 17, se continuo por la calle 17 después se continuó en el lindero con el Hotel Xilon que es independiente, es un edificio que lleva más de diez (10) años construido y posteriormente se construyó en la parte del Edificio tosoabi con el lindero para cerrar el sótano.
- Si, haber, fue un proceso largo, la parte de excavación es decir, la cimentación ya fue de mucho cuidado desde que arrancamos digamos por partes, fue un proceso bastante delicado, hasta llegar a la totalidad digamos de los linderos de la totalidad del edificio tosoabi que fue entre el mes de septiembre y diciembre de 2019, diciembre y comienzos de enero del 2020 pero fue entre septiembre y prácticamente terminamos en diciembre y a comienzos de enero, culminó lo que era el cierre de la totalidad de los muros de contención. Entre septiembre de 2019.
- Que paso un oficio a la familia Zarama con la disposición de arreglar.
- Básicamente el primer trabajo que se realizó fue la construcción del tanque del recolector de agua, que fue en octubre de 2018, nosotros arrancamos la obra en agosto, pues empezó el 11 de agosto, pero se comenzó con trabajos de campamento, y de ahí ya se iniciaron con los trabajos de adecuación del terreno e iniciamos la construcción del pozo del recolector de aguas del nivel freático en el mes de octubre, (sic) a comienzos del mes de octubre se inicio. Fue en esa época del 2018.
- Que a raíz de la demolición que se realizó los propietario del edificio Tosoabi afirmaban que sucedió eso de las grietas, pues obviamente uno asume que eso es así y que de pronto fue por ese proceso y pues estamos en disposición como quiera que las mismas fue realizada por los vecinos.

De lo anterior se colige que la declaración de perito y los testigos no son contradictorias, es más convengan, por ejemplo, el ingeniero Martinez entre las técnicas de manejos de taludes y control de nivel freático reseño la técnica que llamó de trincheras indicando que esta consistía en excavar y dejar una zona sin excavar mientras la subnutrición, lo que se corresponde con lo señalado por los testigos a la técnica constructiva empleada en la obra.

De lo anterior se evidencia que le *a quo incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial de los testigos Mario Ordoñez y Geraldo Dulce Figueroa, al desestimar sus declaraciones sin atender a la contextualización, corroboración y ausencia de parcialidad, basando únicamente en un argumento de eventualidad.*

d.- Respecto al hecho afirmado en la sentencia referido a que el proceso constructivo no se verificó bajo las condiciones técnicas idóneas pues no conto con análisis de estabilidad, no tuvo en cuenta las edificaciones vecinas y mucho menos un análisis de afectación por efecto de relajación de esfuerzos laterales, debemos indicar que vuelve a incurrir en error de hecho la sentencia impugnada basa su afirmación en la alegación de la demanda basada en la opinión trascrita en el informe pericial suscrito por el Ing. José Antonio Martínez y afirmaciones de este al momento de la audiencia, pues el estudio de suelo que tuvo a la vista estaba incompleto, o por lo menos el que se allegó al proceso y que corre inserto a los folios 86 al 100 de archivo 01.5.

En efecto consta en la prueba promovidas en segunda instancia el estudio de suelo completo en el cual consta cálculo de carga admisibles, cálculos de fuerzas horizontales y estudio de exportación geofísico, de lo cual se evidencia que si se cumplió con los requerimientos que en esa oportunidad exigió la Curaduría Urbana.

Asimismo, obra en el proceso prueba de que se cumplieron las recomendaciones del estudio de suelo están esta son, la construcción de un pozo para la recolección o manejo de agua freáticas y las submuración con técnicas de construcción tradicional tal como lo recomendó el estudio de suelo.

Consta asimismo oficio de fecha 18 de julio de 2018 firmado Ingeniero de Suelo del que se evidencia que para los cambios y la ejecución de la obra se contaba con ese profesional: por otra parte, cursa licencia de modificación de fecha 24 de julio de 2020 en la que también se menciona a los profesionales que participaron en la obra al folio 94 del archivo 31.

f.- en cuanto a afirmación del fallo que refiere que el propio experto traído por la demandada refirió que la causa de los daños del edificio Tosoabi eran exógenas y puntualizó por asentamientos diferenciales por abatimiento de nivel freático, que ese abatimiento no lo atribuyó a la obra del hotel xilon, es más de una valoración integral del dícrame se evidencia que la opinión del experto está orientada a la concurrencia de factores entre ellos las condiciones de deficiencia estructural y el abatimiento del nivel freático que señala puede deberse incluso a variaciones climáticas.

De todo lo referido podemos afirmar que la sentencia incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas, por lo que solicitamos al tribunal revocar la sentencia impugnada.

En orden a lo anterior solicitamos al *ad quem* valorar los hechos que se desprender de los siguientes elementos, previo a las siguientes consideraciones:

El nexo de causal ha sido defino como la relación de causalidad que existe entre una acción determinante de un daño y el daño producido.

En ese sentido, revisada el cuerpo de la demanda puede apreciarse la parte activa de la acción alega como causa del daño presentados el edificio Tosoabi el asentamiento diferencial producido por el abatimiento del nivel freático y el desconfinamiento lateral del producto de las excavaciones realizadas durante el proceso constructivo de la ampliación del hotel Xilon.

Conforme a lo anterior, la carga de la actora de probar el nexo causal se circunscribe a demostrar que la acción de la demandada (excavaciones) produjo el daño en el edificio Tosoabi.

En ese oren, consta en las actuaciones procesales lo siguiente:

- Que en julio del 2018 el edificio Tosoabi presentaba daños que se hacían visibles (fotos anexas al documento oficio de 29 de agosto de 2018, declaración de María Inez Zarama Rincón minuto 1:39:00 del archivo 68).
- Que en el 28 de junio de 2018 los propietarios del edificio Tosoabi les comunican a los arrendatarios de la Heladería California en desahucio señalando que no sería renovado ni prorrogado el contrato de arrendamiento del local 3, por cuanto el mismo sería reparado (folio 2018 del archivo 01.1).
- Que las Inmobiliaria de los Colombianos inició los trabajos en el predio el 6 de agosto de 2018 (declaración de Mario Ordoñez y dulce Figueroa y bitácora de construcción).
- Iniciándose con la preparación del terreno, construcción del campamento y de la vía de acceso al terreno (declaración Mario Ordoñez y dulce Figueroa y bitácora de construcción).
- Que en octubre de 2018 comenzaron las labores de excavación el predio de la demandada entre la calle 17 y la carrera 20a para la construcción de pozo de control de nivel freático (declaraciones de Mario Ordoñez, Dulce Figueroa y José Mauricio Conto, bitácora de construcción).
- Que el 31 de agosto de 2018, se llegó a un acuerdo para reparar los daños según los demandantes se causó en las labores de demolición, que durante la demolición de la edificación se le causo al muro colindante (Acuerdo recibido y aceptado, declaración de mauricio Conto).

- Que, en diciembre de 2018, el local 1 reparada era el único que no presentaba fisura mientras los otros locales más alejados continuaban con fisuras (declaración de Rosa Isabel Zarama Rincón, minuto 1:50:40 archivo 68).
- Que el 17 de mayo de 2019, se interpuso por parte de los aquí demandantes, una querrela civil policiva, que se tramitó bajo la radicación Nro. 2019 -0036 ante la Inspección Sexta de Policía de Pasto, con ocasión de los daños anunciados en la demanda que apalanca este proceso.
- Que debido al alto riesgo de colapso del Edificio Tosoabí, el 19 de septiembre de 2019 se profirió orden policiva de desalojo de los locales comerciales No. 2 y 3 arrendados para esa data a “Droguería Hiperfarma” y “Heladería California”, respectivamente; dejándose, en consecuencia, de percibir los cánones de arrendamiento desde enero de 2020

De la relación cronológica puede observarse señores magistrado que el hecho alegado como generador del daño es decir las excavaciones no son la causa de los daños ya que para el momento de su inicio los daños ya afloraban en el edificio dejándose constancia no solo de las declaraciones de las partes, sino declaraciones de terceros y evidencia fotográfica, por lo que en el presente se rompe el nexo causal alegado por la parte actora.

En similares condiciones mediante Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, rad. 2015-00230 en un proceso de responsabilidad Civil Extracontractual en el que se pretendía el reconocimiento de pago de perjuicios causados con ocasión de la ejecución de una obra en su predio colindante.

Adicionalmente es de resaltar que el *a quo* no efectuó un juicio de valor necesario, con el debido análisis de las probanzas obrantes en el proceso para que pudiera concluir la existencia del nexo causal es más su análisis orbita sobre la culpabilidad, es decir la negligencia que a su juicio se ejecutó la obra, sin ahondar en el elemento del cual se pronunciaba es decir el nexo entre la actividad dañosa u el daño sufrido.

Con relación al nexo de causalidad la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada en el radicación 11001-31-03-032-2015-00230-00 manifestó lo siguiente:

“(…) Respecto al nexo causal, conviene iterar que el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, el cual sólo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa. Para tal fin, «debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud» (SC, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. 2002-00445-01). Así las cosas, en la búsqueda del nexo causal concurren elementos fácticos y jurídicos, siendo indispensable la prueba -directa o inferencial- del primero de ellos, para lograr una condena indemnizatoria (...).”

No evidencia una análisis secuencial y lógico de parte del despacho para lograr endilgar el nexo de causalidad, tan es así que a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sc del 27 de abril de 1972 publicada en la gaceta judicial CXL LII, en la página 165, texto que hace expresa mención a la presunción de culpa, en nada resuelve el punto asociado, a si en efecto existe o no el nexo de causalidad.

4.- En orden al punto de la sentencia en la cual el Juzgado calificó la conducta de la parte demandada a fin de establecer un indicio en contra y sobre el cual se indicó que había incurrido en error de hecho (reparo 9) procedemos a fundamentarlo bajo las siguientes consideraciones:

Cimenta la recurrida su apreciación en las siguiente:

Debe precisar el Despacho en este estado de la argumentación con fundamento en lo dispuesto en el artículo 280CGP que impone al juez la obligación de calificar siempre la conducta procesal de las partes y de ser el caso extraer indicias de ella como lo había anunciado en el curso de la audiencia que se evidencia conductas procesales que en determinado contexto pueden ser ajenas a la lealtad procesal con la que debe asumirse un debate judicial esa línea, por ejemplo:

“1.- Al contestar la demanda asume una conducta bastante displicente e inclusive retadora al precisar que no ha respondido por los daños ni responderá asumiendo ya una actitud de prepotencia olvidando que quien iba a decidir eso es el aparato judicial.

2.- Pese a que Gerardo Dulce fue citado como testigo no podemos desconocer que el mismo actúa directamente como encargado como Ing. asesor de la obra, es decir tener interés en la obra y eventualmente puede representar los intereses de la obra, no puede entonces esta persona venir a un estrado judicial a asumir una conducta como la que asumió en esta audiencia, dirigida a confundir a la judicatura esgrimiendo argumentos completamente ajenos a la realidad anunciando por ejemplo que una excavación que se verificó en el edificio Tosoabi no podía generar afectaciones en el edificio Tosoabi o que el abatimiento del nivel freático por que conforme lo hemos explicado aquí con base en el peritazgo que el despacho acoge eso es evidente, tampoco puede venir como persona concedora de lidas de la construcción a sabiendo que es una actividad peligrosa que implica según las normas a decir así sea en tono de sugerencia o en cualquier tono que antes le hicieron un favor a los señores demandantes al evidenciar que su edificio estaba mal construido.

3.- Como tampoco lo tiene el hecho que con la contestación de la demanda pretendiera hacer pasar como prueba documental lo que en esencia es un dictamen pericial, recordemos que conforme lo ha dicho la corte constitucional por ejemplo en la sentencia C-2004 de 2008, el aposte de una prueba o su contradicción con el fin de afectar el derecho de contradicción de la contraparte constituye una práctica contraria a la lealtad procesal y el juzgado está convencido de esto en la medida en que insistimos la forma de controvertir la prueba documental es bastante distinta a la forma de la pericial y si bien se habría logrado la contradicción asumiéndola como documental la parte contraía habría estado en desventaja considerable con base a estos aspectos y para reforzar lo expuesto el juzgado deduce el indicio de la demandada de pretender dificultar la prueba de su responsabilidad.

Recordando además que la demandada es la que tiene en su poder documentos importantes para establecer una línea tiempo por ejemplo en esta construcción si viene aquí a sostener a través de sus testigos que inició excavaciones en octubre de 2019, cuando la prueba dice que estaba iniciada desde antes porque no trajo al proceso la bitácora o el registro del avance de obra para demostrar con sustento apropiado que eso fue así. No lo trajo y estaba en sus manos traerlo.”.

Delanteramente debemos destacar el esfuerzo del *a quo* para lograr argumentar una causa como indicador de deslealtad procesal, esta afirmación que realizamos dentro del marco del respeto, pero con la firmeza del derecho a la defensa que nos asiste, lo cimentamos en los siguiente:

En la oportunidad de la audiencia, el testigo Gerardo Dulce Figueroa insistió en la importancia en el que se detalla con registros fotográficos ante lo cual señaló *“teniendo en cuenta que usted es testigo técnico no tiene reparo que usted nos haga llegar esos documentos. Sin embargo, dejo claro señor apoderado de la parte demandada para que no lo tome por sorpresa que tendré en cuenta la conducta procesal de la parte demandada y la calificada y muy tenida en cuenta, porque si me está diciendo que esos documentos han estado en su poder desde tiempo atrás han debido aportarse oportunamente”* (minuto51:00 del archivo 89.8).

Respecto a la advertencia, que no guarda relación con lo que finalmente usa de fundamento para establecer un indicio en contra de la parte demandada, pero además no toma en cuenta que se trataba de un informe con fecha de 12 de diciembre de 2021 fecha posterior a la audiencia inicial y que, en definitiva, era lo que referida en audiencia el testigo.

Tampoco se compadece del hecho que ante los testigos de la parte actora el *a quo* oficiosamente requirió documentos, al señor Mauricio Conto le solicitó un registro

fotográfico (minuto 1:22:10 archivo 89.2) y al señor Javier Rueda Zarama un Informe (minuto 3:34:48 archivo 89.2), incluso un día después ante la falta de remisión del registro fotográfico instruyó al abogado de la parte actora a que se comunicara con el señor Conto para que lo remitiera (minuto 1:09:15 archivo 89.7).

En ese orden de ideas, nos permitiremos alegar por cada uno de ese argumento señalados en la sentencia a fin de evidenciar que se incurrió en error de hecho en la apreciación de los actos procesal.

Respecto al primero, debemos señalar que parte de una falsa apreciación al considerar que esa expresión está dirigida a la judicatura o que comporta soberbia ante la autoridad, ya que esta expresión expuesta al calor de la defensa, se circunscribía a contentar un hecho de la demanda, específicamente a que no accedió a lo pretendido por la parte demandante porque no había probado el daño ni la relación de causalidad, expresión que no contiene conceptos ofensivos o que falten al respecto debido a la autoridad judicial.

En cuento segundo de los ejemplos citados, resulta absurdo atribuir a la parte demandada conceptos proferidos por un testigo bajo el argumento de "eventualidad" de representar los intereses de la demandada, ya que el ingenio citado como testigo no representa ni forma parte de la sociedad demandada y su participación en obra se limita a lo que su contratación gestión como como profesional de la construcción se le contrate.

Por otra aparte sorprende el cuestionamiento realizado por el *a quo* al testigo, pues a su consideración que acudió a confundir a la judicatura esgrimiendo argumentos completamente ajenos a la realidad anunciando por ejemplo que una excavación que se verificó en el edificio Tosoabi no podía generar afectaciones en el edificio Tosoabi o que el abatimiento del nivel freático por que conforme lo hemos explicado aquí con base en el peritazgo que el despacho acoge eso es evidente.

Lo anterior, solo deja en evidencia la falsa suposición acogida falsa tesis de los hechos y que fue acogida por el despacho sin atender al demás medio que corroboraba las declaraciones del testigo pero que eran aversas a la demanda.

Es de resaltar que la actora no probó esa tesis que planeaba sobre el modo de ejecución, y que solo reposaba en la credibilidad por la amplia experiencia y hoja de vida de su perito. Sin embargo, se reitera el propio perito aclara que no estuvo en la obra, que no podía dar fe de su ejecución y que no le pagaron para actividad y que su estudio se limitó al edificio Tosiabi. Sin embargo, insiste el *a quo* en confundir el objeto del medio pericial y testimonial. Adicionalmente devine en descontextualizo el comentario del testigo respecto a que se le hizo un favor a la demandante quien le explicó en el sentido de ponerlos en conocimiento del riesgo por el no cumplimiento de las normas de sismo resistencia que implicaba un riesgo para la seguridad de las personas e incluso al final de su intervención se excusó por la expresión.

En canto a que se "pretendió" introducir unos informes periciales como documento por lo que estimaba dejando en estado de desventaja, resulta totalmente divorciado de la realidad procesal incluso los ingenieros que elaboraron documentos fueron promovidos para que ratificara el contenido y así se puede evidenciar del acápite de pruebas.

Es de advertir que obvia el *a quo* como contradicción al dictamen admitió un concepto valorativo de los dictámenes de la demandada y que aun cuando se recurrió por ilegalidad (archivo 76) el despacho no atendió el reclamo difiriéndolo (archivo 81) y aun cuando en audiencia se atendió a la objeción de que el experto emitiera opiniones respecto a otras (minuto 2:46:04 archivo 89) pero posteriormente a instancia del despacho se permite la incorporación de esa concepto valorativo a instancia del despacho (minuto 2:17:00 del archivo 89.1). Sin tener oportunidad de ejercer el contradictorio.

Tampoco refirió nada el *el aquo* frete a la codificación de tres dictamen, por el contrario lo justificó señalando que se trataba de uno solo y que no estaba vedado por la norma.

Finalmente, considera que incurre en error de apreciación en cuanto al indicio de querer obstaculizar o dificultar la prueba de responsabilidad, lo cual es contrario a la verdad, incluso cuando se les preguntó a todos los expertos y testigos expertos e incluso a los demandante que se en algún momento se le impidió el acceso a la obra y todos fueron contestes en afirmar que siempre se les permitió y si no lo hicieron fue por su voluntad.

Conforme a los hechos señalados solicito al honorable tribunal revocar la sentencia en este punto al quedar evidenciado que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho en la precisión de los hechos procesales.

5.- En relación al punto de la sentencia donde se pronunció sobre el **daño emergente** y en el indicó que se incurrió en **error jurídico** (reparo 10) procedemos a su fundamentación en los siguientes términos:

El daño emergente puede definirse como el perjuicio patrimonial sufrido por la acción y omisión antijurídica, estos corresponden a la pérdida patrimonial. También la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad del daño emergente futuro cuando logre demostrarse con grado de certeza que se incurrirá en gastos como consecuencia directa del daño. No obstante, el daño emergente futuro depende directamente del daño presente y pasado.

En este sentido, tanto la jurisprudencia han señalado que el sistema de responsabilidad civil no es una fuente de enriquecimiento, ver entre otras sentencia de la CSJ SC del 12 de junio de 2018 en el radicado 2011-0073601 reiterada en sentencia del 26 de agosto de 2021 en el radicado 2005-00175-01, por lo que mal puede pretender el demandante que se le coloque en una situación patrimonial más ventajosa a la que tenía antes de daño, pues esto atenta contra la naturaleza del sistema de responsabilidad.

Asimismo, ha referido la Corte Suprema que el daño emergente se determina por el balance de varios factores que permiten calcular el menoscabo patrimonial efectivo en el juicio o en el incidente (CAS. CIV 10/03/1964).

La jurisprudencia solo ha referido en contadas excepciones, que el daño emergente tiene carácter reparatorio, verbigracia, las indemnizaciones por expropiación frente a sujetos de especial protección constitucional, por principio general, la natural indemnizatoria responde a la reparatoria cuya limitación esta dada al límite de la pérdida patrimonial, pues como se dijo no constituye fuente de enriquecimiento.

En este orden, puede observarse que la parte actora por concepto de daño emergente en su pretensión y en el juramento estimatorio, estableció un valor que lo justificaba en un presupuesto de construcción de un edificio nuevo que por máxima de experiencia es claro que el valor patrimonial de un bien inmueble nuevo es mucho más alto que el de un edificio con más de 30 años de construcción y con deficiencia estructurales, conforme a lo probado en el plenario.

Además del error mencionado, es de resaltar que, ante la objeción al juramento estimatorio y el traslado efectuado por el despacho, la parte la actora a través de su abogado mediante escrito del 3 de mayo de 2021, se atribuyó la facultad de desestimar la objeción y solo promovió una experticia contable con relación al lucro cesante y pérdida de la oportunidad, con lo cual dejó en orfandad probatoria la pretensión referida al daño emergente.

Así mismo el presupuesto arrojado al proceso con la demanda resulta infundado pues la experticia en contravención a lo dispuesto en el artículo 226 no acompañó de los documentos que soporten esa cotización.

Tampoco consta en el plenario prueba alguna que demuestre el valor del inmueble cuya destrucción alegan por lo que no es procedente una indemnización por este concepto.

En consecuencia, solicitamos al Tribunal revocar la sentencia impugnada respecto a este punto.

6.- Respecto al **lucro cesante** se enfilo recurso de apelación al considera que incurrió en error de hecho (reparos 11 y 13) bajo los fundamentos siguientes:

Es de resultar improcedente tales conceptos porque conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el lucro cesante para que sea indemnizables debe ser real, cierto y directo, no basta demostrar la propiedad del bien, sino la disminución patrimonial.

En este orden, consta y así lo confiesa la parte en el libelo de la demanda en el punto 12.4, que las unidades en arriendo fueron desocupadas una en el mes de noviembre de 2019 y los otros dos en el mes de marzo de 2020, por lo que se esperaría la disminución de sus ingresos a partir de esa fecha.

Sin embargo puede apreciarse de las declaraciones de rentas que corresponden a los años 2019 y 2020 de Olga Lucia Zarama Rincón, Maria Ines Zamara Rincón, Rosa Isabel Zamara Rincón, Manuel Guillermo Zamara Rincón, Denisse Eugenia Zarama Hidalgo y María Constanza no reportan disminución de ingresos por renta al capital que conforme a los normas tributarias es donde debía declarar esos ingresos, por lo que mal pueden solicitar una indemnización por lucro cesante cuando queda evidenciado que las rentas no ingresaba en su patrimonio.

Es más, ante la pregunta específica de como utilizaban el dinero recibido por los arrendamientos el señor Manuel Guillermo Zamara Rincón (58:15 Minuto del archivo 68.1), señaló que era manejo interno de la familia con prioridad a sus padres Manuela Zarama y Mariela Rincón, y evadió señalar concretamente quien eran los beneficiarios.

Sin embargo, incurre en error el *a quo* al estimar que ello no era suficiente para afirmar que los demandantes no reciben esos ingresos en su patrimonio porque en todo caso pudiera comportar una infracción de evasión que dejaba a criterio de la parte poner en conocimiento de la autoridad competente.

Con el pronunciamiento comentado el incurrió en error de hecho al no otorgar la eficacia probatoria del documento de declaración de renta, obviando la naturaleza del documento de declaración de renta y cuyo argumento favorable constituía el actuar ilícito de los demandados, deviniendo en un argumento en beneficio de que actúa en forma antijurídica en contravención de la integridad del ordenamiento jurídico. Siendo que las declaraciones de rentas son un documento eficaz para demostrar los ingresos patrimoniales por tanto su inexistencia también, por lo que se solicita que se desestime esta pretensión tanto presente como futura.

Subsidiariamente solicito al Tribunal tomar en consideración que la parte demandante estimo en 69.504.673, el lucro cesante por cuanto aduce los dejaron de percibir por concepto de arrendamiento de los locales comerciales 2 y 3, más intereses moratorios a la tasa máxima fijada por la Superintendencia financiera.

Ante la objeción al juramento estimatorio allegaron experticia, que solicitamos desestimar pues de su lectura se evidencia que se basa en cálculos he incrementos no ajustados a la realidad pues los montos que refieren no los venían percibiendo, tal como lo confesó el señor Manuel Guillermo Zamara en el minuto 49:39 del archivo 68.1 del expediente.

Es más, durante la declaración de parte la co-administradora confesó que recibían la cantidad de 4 millones por la globalidad del local 2 y 2,7 millones por el local 3, hecho ratificado por el otro coadministrador Manuel Guillermo Zarama.

De igual modo, no toman en cuenta en la estimación de la demanda los gastos de mantenimiento, impuesto entre otros conceptos cuya existencia fueron reconocidos por Manuel Guillermo Zamara y Maria Constanza, co-administradores del edificio Tosoabi, que conforme a las reglas jurisprudenciales deben ser considerado pues lo contraía equivaldría a otorga un beneficio que no corresponde a lucro cesante.

Nótese que fueron contestes en afirmar que recibían en promedio 1 millón de pesos y siendo 7 los demandantes, el lucro cesante no puede ser más de esa cantidad, pues lo contrario sería acordar indemnizaciones fuera de la definición de este concepto.

Igualmente solicito desestimar la expertica contable por cuanto esta no refleja el objeto que le se requirió es decir el lucro cesante, pues en dicho informe no se sustenta en documento o cualquier otro elemento objetivo, como comprobante o recibos de rente, sino es meros cálculos especulativos con base a contrato

Adicionalmente solicito desestimar la información suministradas por las inmobiliarias Huertas López y Guillermo Ortiz bajo las siguientes consideraciones:

1.- El 30 de octubre de 2020, los señores María Constanza Zarama Hidalgo, Denisse Eugenia Zarama Hidalgo, Carolina Zarama Hidalgo, Olga Lucia Zarama Rincón, Maria Ines Zamara Rincón, Rosa Isabel Zamara Rincón y Manuel Guillermo Zamara Rincón presentaron demanda de responsabilidad civil contra Inmobiliaria de los Colombianos SAS, en la cual entre otras cosas señalaron lo siguiente:

“I. HECHOS DE LA DEMANDA (CAUSA PETENDI)

(...)

Dieciséis. *Ahora bien, por causa de los daños ocasionados al Edificio Tosoabi y atrás denunciados, imputados desde luego, a la sociedad demandada INMOBILIARIA DE LOS COLOMBIANOS S.A.S., los demandantes propietarios han dejado de percibir los ingresos derivados de su explotación comercial y económica, ello por cuanto, de manera imperiosa se generó la necesidad de desocupar la totalidad del edificio, púes atendiendo a los considerables daños estructurales, de mampostería e instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias que hoy padece, como al inminente riesgo de desplome o colapso de la edificación, y todo ello, aunado a las recomendaciones vertidas en los varios experticios técnicos, todos los cuales recomendaron el desalojo o desocupación total de la edificación, se procedió a solicitar la restitución de los inmuebles arrendados, con el único fin de evitar la propagación y agravación de los daños ya causados, ello por la potencial y el riesgo inminente de causación adicional de daños a la integridad personal de los propios arrendatarios, de sus empleados, de los usuarios de los establecimientos de comercio allí instalados, y de los propios terceros transeúntes del sector (...)*

II. PRETENCIONES (...)

b.) *A título de **LUCRO CESANTE** las siguientes cantidades de dinero: (...)*

*Se condenará en la modalidad de **LUCRO CESANTE FUTURO** el valor correspondiente a los frutos civiles que con posterioridad a la presentación de esta demanda se causen por cada uno de los locales 2 y 3 (...) traducidos en el valor de arrendamiento por el que venían siendo usufructuados para la fecha de su desocupación, esto es la suma de \$ 2´916.384 (local 3), \$2´809.618 (local 2, división 1) y \$2´043.845 (local 2, división 2) (...).*

2.2. PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD

(...) respecto de los inmuebles: Local comercial No. 1 y oficinas 2 y 3 identificados (...), en cuantía de TRES MILLONES DE PESOS (\$ 3.000.000.oo,) para el Local No.1 y UN MILLON DE PESOS (\$ 1.000.000.oo) por cada una de las oficinas, valores que fueron estimados razonada, sustentada y fundadamente en el acápite de Juramento estimatorio, literal D, valores que se liquidaran y condenaran desde julio de 2018, hasta la fecha en que la sociedad demandada cancele de manera total efectiva el valor de la indemnización por daño emergente y un año y medio (18 meses más), tiempo apenas prudencial para la construcción y reposición del edificio y así alcanzar la rentabilidad y productividad dejada de percibir y objeto de indemnización”.

2.- Correspondió al Juzgado Primero Civil de Circuito de Pasto conocer el proceso en el cual se surtió el trámite respectivo.

3.- Ante la objeción al juramento estimatorio, la parte demandante presentó dictamen pericial en el cual el experto a través de cálculos matemáticos y basados en contratos de vieja data y supuestos estudios de mercado arribó a los siguientes montos por concepto de canon de arrendamiento:

Local 1	\$ 11.514.000
Local 2 Div 1	2.809.619
Local 2 Div 2	2.110.651
Loca 3	2.865.811
Oficina 1	\$ 1.295.280
Oficina 2	\$ 2.405.250

4.- El 9 de diciembre de 2021, se realizó audiencia inicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 372 del Código General del Proceso, en la cual se practicó el interrogatorio de parte y se ordenó a “... las inmobiliarias Huertas López y Guillermo Ortiz, para que dentro de los cinco (05) días siguientes al recibo del respectivo oficio, informen con destino a este proceso, el monto de los cánones de arrendamiento que percibían los propietarios del edificio Tosoabí como producto del arrendamiento de locales comerciales y oficinas ubicados en la carrera 21 A 16-30, 16-20, 16-28, 16-38 de la ciudad de Pasto”.

5.- El 11 de enero de 2022, el Juzgado mediante correo electrónico remite el Oficio 379 de fecha 15 diciembre de 2021 a las inmobiliarias Huertas López y Guillermo Ortiz e informó al abogado de la parte actora.

6.- En esa misma fecha 11 de enero de 2022, mediante el correo electrónico huertaslopezinmobiliaria@gmail.com, la Inmobiliaria Huertas López responde al Juzgado señalando:

“En respuesta al oficio recibido el día 11 de Enero del presente año, nos permitimos remitir la información solicitada.

El Sr. Manuel Guillermo Zarama Rincon, propietario del inmueble identificado con el No. 3 ubicado en la Carrera 21A No. 16 - 20, percibía un canon de arrendamiento mensual de DOSMILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y CUATRO PESOS (**\$2.659.034**), producto del arrendamiento del inmueble antes mencionado el cual era administrado por esta Inmobiliaria”

7.- El 13 de enero de 2022, mediante el correo electrónico huertaslopezinmobiliaria@gmail.com la Inmobiliaria Huertas López remite comunicación como “*Alcance y respuesta de fondo requerimiento radicado a fecha 11 de enero de 2022*” en los siguientes términos:

“*INMOBILIARIA LÓPEZ HUERTAS LTDA, hoy INMOBILIARIA LÓPEZ HUERTAS S.A.S., informa que, a la presente fecha, no tiene contrato de mandato vigente alguno con los propietarios de las unidades privadas del Edificio Tosoabi PH, no obstante, con anterioridad si hemos prestado nuestros servicios mobiliarios para la administración en arrendamiento de los inmuebles de propiedad de la Familia Zarama. Es a partir de dicho conocimiento y vínculo contractual, que podemos afirmar que de forma histórica los locales y oficinas del Edificio Tosoabi, han sido usufructuados en arrendamiento por sus propietarios iniciales desde antes del año 2000 y con los actuales propietarios, representados por sus condueños, MANUEL GUILLERMO ZARAMA RINCON y MARIA CONSTANZA ZARAMA HIDALGO, a partir del año 2009, de lo cual podemos informar la celebración de los últimos contratos de arrendamiento celebrados con nosotros, precisando su duración, y últimos valores de arrendamiento mensual percibidos por los propietarios:*

- *Contrato de arrendamiento comercial recaído sobre el Local Comercial No. 3 (240-81474) celebrado para el desarrollo de Heladería California, vigente desde enero de 2010, hasta el mes de marzo de 2020, valor ultimo canon de arrendamiento percibido \$ 2.869.034.*

- *Contrato de arrendamiento comercial recaído sobre Local Comercial 2, División 2, (240- 81473), celebrado para el desarrollo de Droguería, vigente desde el mes de septiembre de 2012 hasta marzo 2020, valor ultimo canon de arrendamiento percibido \$ 2.111.000.*

(...)

- *Contrato de arrendamiento comercial recaído sobre Local Comercial 2, División 1, (240- 81473), celebrado para el desarrollo de venta de celulares, vigente desde el mes de agosto de 2010 hasta octubre de 2019, valor ultimo canon de arrendamiento percibido \$ 2.809.700.*

Consideramos importante informar que la administración de los contratos de arrendamiento recaídos sobre los locales 2 y 3 se vieron imposibilitados de seguirse desarrollando, teniendo que ser desocupados por los inquilinos, debido al riesgo que presentaban las fallas estructurales en paredes, pisos, escaleras y baños, que se presentaron en el Edificio Tosoabi a partir de la excavación y construcción del edificio colindante Hotel Xilon, pues con anterioridad a ello, los contratos se desarrollaron con completa normalidad, sin ninguna clase de perturbación a los inquilinos, como puede denotarse de la duración de los arrendamientos”.

8.- El 14 de enero de 2022, la inmobiliaria Guillermo Ortiz, mediante correo electrónico gilloortizpasto@hotmail.com da respuesta al requerimiento señalando lo siguiente:

“...1). Nosotros, Guillermo Ortiz Inmobiliaria, fuimos contactados mediados del año 2018, por parte de la señora propietaria MARIA CONSTANZA ZARAMA HIDALGO, con el fin de adquirir nuestros servicios para la promoción y administración en arrendamiento de tres bienes inmuebles que hacen parte del Edificio Tosoabi, correspondientes a 2 OFICINAS, ubicadas en un segundo nivel, con acceso por la nomenclatura 16-30 de la Carrera 21 A y el LOCAL No. 1, ubicado en el primer nivel con acceso por la nomenclatura 16-38 de Carrera 21 A.

2). Una vez, acordada nuestra gestión con los propietarios “Familia Zarama”, a través de la señora María Constanza Zarama, comenzamos la gestión de promoción para arrendamiento de los citados bienes inmuebles, para lo cual, teniendo en cuenta nuestra experiencia en el sector inmobiliario de la ciudad de Pasto, previo el estudio de mercado del sector donde se encuentran ubicados, eminentemente comercial, determinamos los siguientes valores mínimos de oferta del canon mensual, para el año 2018, con los cuales serían promocionados en arrendamiento, así:

<i>UNIDAD PRIVADA</i>	<i>VALOR MINIMO DE ARRENDAMIENTO</i>
<i>LOCAL No. 1</i>	<i>\$ 10.000.000.00</i>
<i>OFICINA No. 1</i>	<i>\$ 1.300.000.00</i>
<i>OFICINA No. 2</i>	<i>\$ 2.300.000.00</i>

3). Los valores de arrendamiento para oferta, fueron fijados teniendo en cuenta, la ubicación, el área, servicios, con observancia a que hacen parte de un complejo comercial o sector comercial con alta demanda de cacharrerías, restaurantes, tiendas de ropa, droguerías, etc., a escasos 10 metros de la calle comercial “La 17” de la Ciudad de Pasto. Además, en lo que corresponde al local No. 1, para la fecha en que nos fue encargada su promoción en arrendamiento, había sido objeto de mejoras en sus instalaciones por parte de sus propietarios, contando con pisos nuevos, sanitarios nuevos, e instalaciones y espacios modernos, lo que, desde luego, influyó en la determinación valor de oferta, teniendo en cuenta que además cuenta con más de 150 metros cuadrados de área apto para desarrollar cualquier tipo de actividad comercial.

4). Del ejercicio de la promoción y oferta de los inmuebles recibimos varias ofertas económicas de arrendamiento, muy cercanas a las promocionadas, y en lo que corresponde al Local No. 1 ya se encontraba en proceso de legalización del contrato, pues se tenía arreglado un arrendamiento para desarrollar un establecimiento de comercio de “Casino”, con un canon de arrendamiento mensual que satisfacía el valor de la oferta, esto es, de \$ 10.000.000.00. Sin embargo, coyunturalmente a la promoción de dichos inmuebles, de forma colindante al Edificio Tosoabi, habían comenzado meses atrás unas obras de construcción de otra edificación, a raíz de lo cual, empezaron aparecer grietas en las paredes, azulejos y pisos nuevos, lo que truncó la celebración del contrato para el Casino, pues las mejoras con las que contaba y que lucían haciendo atrayente el local, se agrietaron. De igual forma, en los días venideros en la promoción de las oficinas ubicadas en el segundo piso, las grietas se empezaron acentuar y extender a lo largo de todo Tosoabi, en pisos y paredes, lo que, de suyo, redujo considerablemente el interés en el

arrendamiento por parte de los potenciales arrendatarios que visitaban los inmuebles. Somos conscientes que a raíz de las afectaciones ocasionadas por la construcción colindante al Edificio Tosoabi, los mismos no se pudieron seguir promocionando, teniendo en cuenta a que las afectaciones se empezaron agravar. Por lo anterior, les manifestamos a los señores propietarios que hasta tanto no se realicen las reparaciones correspondientes, no era prudente seguir realizando la labor de promoción en arrendamiento de las citadas unidades privadas, ratificándoles nuestra intención, se seguir ofertando y asumir la administración, una vez se superen las fallas presentadas en los inmuebles, teniendo en cuenta la alta demanda comercial con la que cuentan dichos inmuebles. Esperamos con lo anterior, haber absuelto su requerimiento en lo que respecta a los valores de los cánones de arrendamiento ofertados en dichas unidades privadas y en lo que a nuestro conocimiento podemos darles a saber”.

9.- El 8 de febrero de 2022, en la oportunidad procesal de dictar la sentencia el Juzgado Primero Civil de Circuito de Pasto entre otros pronunciamientos señaló:

“Sobre este particular se ha verificado testimonial y documental que el local número 2 se encuentra dividido en dos y estos locales formaban 1 en efectos percibieron un contrato de arrendamiento y lo certificó Inmobiliaria Huertas López a instancia del Juzgado” (Minuto 1:51:20 archivo 89.9 del Expediente judicial)

“Respecto de los locales que no estaba arrendados para la fecha en que se presentaron los daños, la Inmobiliaria suministra un dato también se compagina con el obtenido por el señor perito quien para deducirlo hizo una investigación de mercado, la que luego de ser someta los elementos matemáticos que rigen esta clase de actuaciones arroja un resultado que se compagina con el emitido por la Inmobiliaria Huertas López” (Minuto1:52:1020 archivo 89.9 del Expediente judicial).

Como puede apreciarse de los hechos relatados en el acápite anterior, a las Inmobiliarias Huertas López SAS y Guillermo Ortiz se les requirió para que informaran al Juzgado el monto de los cánones de arrendamiento de locales comerciales y oficinas que percibían los propietarios del edificio Tosoabi; en respuestas envían varias comunicaciones que son introducidas al proceso como información suministrada a instancia del Juzgado y utilizada en la sentencia.

No obstante, consta elementos materiales que dan cuenta que por lo menos parte de la información suministrada al despacho no era cierta o por lo menos que la persona que la suministró no estaba en condiciones de ofrecerla.

Así, la inmobiliaria Huertas López a través de su representante legal, delantadamente informa que el canon de arrendamiento del local identificado con el No. 3 era de \$2.659.034, luego en un alcance a su comunicación previa refiere que esa local tenía un canon de 2.869.034.

Adicionalmente en esa última comunicación informa que respecto al local No. 2, que tiene 2 divisiones y el valor de arrendamiento mensual percibidos por los propietarios era de \$ 2.809.700 para la primera división y \$ 2.111.000 para la segunda.

Asimismo, certificó falsamente al juzgado que el local 2 y sus divisiones 1 y 2 mantuvo vigentes contratos de arrendamientos hasta el mes de marzo de 2020 y octubre de 2019, respectivamente, no obstante, consta de manera expresa en documento autenticado que la inmobiliaria Huertas López, a través de su representante legal Dario Eugenio Huertas López no era parte de la relación contractual a partir del 16 de enero de 2017, en razón a la cesión del contrato por la terminación del contrato de administración con los propietarios del edificio.

Sin embargo, como se dijo, consta evidencia que desvirtúan lo señalado por la Inmobiliarias a través de sus representantes legales, estos es lo siguiente:

- Copia de documento autenticado ante la Notaria Primera de Pasto el 19 de enero de 2017, denominado "CESIÓN DE CONTRATO DE ARREAMIENTO" mediante el cual la Inmobiliaria Huertas López LTDA, por medio de su representante legal Darío Eugenio López cede a Maria Constanza Zarama Hidalgo y Manuel Guillermo Zarama Rincón el contrato de arrendamiento del Local 2, en razón de que el contrato de administración celebrado se dio por terminado, mediante acta de conciliación No. 0329770-2016 y registro 0302540-2016 del Centro de Conciliación de la Policial Nacional y por tanto a partir del 16 de enero de 2017 los últimos tomarían la administración de ese local.
- Copia de la comunicación fechada 28 de enero de 2020, suscrita por Maria Inez Zarama y Manuel Guillermo Zarama, dirigida al arrendatario de la división 1 del Local 2 mediante la cual, en su calidad de propietarios y arrendatarios solicitan la desocupación del inmueble.
- Grabación del interrogatorio de parte de los administradores y propietarios del edificio Tosoabi, Maria Zarama y Manuel Guillermo Zarama, en la que, la primera de las mencionadas señaló que solo uno de los locales lo tenían con inmobiliaria (minuto 9:20 del archivo 68.1 del archivo 68.1), y respecto al valor que recibían por concepto de arriendo del local No. 2 refirió que recibían 4 millones entre las dos divisiones (minuto 17:20 del archivo 68.1) y por su parte, el segundo de los señores señaló que por la división 1 recibían 2 millones y la división 2 también 2 millones (minuto 47:210 del archivo 68.1 del archivo 68.1).

Por otra parte, se llama la atención sobre lo oportunista de las declaraciones contenidas en las comunicaciones enviadas al Juzgado Primero de Circuito de Pasto solicitamos, sean tomadas como indicadores del móvil de beneficiar a la parte demandante en el proceso civil, no solo aumentando el monto de las pretensiones sino apalancado sus argumentos, pues como se aprecia, la judicatura hizo un requerimiento sin hacer ningún tipo de contextualización, pero en su respuesta las inmobiliarias, a través de sus representantes hacen afirmaciones tendentes a fortalecer la posición de la parte demandante evidenciando su intención de beneficiarlos, suministrando información que no corresponde a la verdad, según se desprende de los hechos mencionados.

En este sentido señores magistrados informa que los hecho narrados anteriormente fueron puesto en conocimiento de la autoridad competente quedando radicada bajo el Numero Único de Noticia Criminal **520016099032202252135** por el delito de FRAUDE PROCESAL ART. 453 C.P; la cual fue asignada a la fiscalía 28 local de Intervención Temprana de Pasto.

7.- En cuanto a la perdida de oportunidad se denunció que la sentencia impugnada incurrió en error de hecho (reparo 12) por lo siguiente y así se insiste por lo siguiente:

Respecto a este tipo de pretensión la jurisprudencia ha sostenido que la pérdida de oportunidad requiere que la expectativa sea cierta y razonable, pues lo contrario supondría la indemnización de perjuicios hipotéticos o de meras conjeturas basada en sueños y anhelos ajenos a la figura.

En este sentido debemos resaltar que la parte actora además de no tomar en cuenta en su estimación y en el cálculo contenido en la experticia contable, la situación emergencia sanitaria por covid-19 que prácticamente imposibilitaba la materialización de ese anhelo de arrendar unos inmuebles y el hecho reconocido por el señor Manuel Zarama referido a la situación de orden público haciendo alusión al paro nacional que afectó la economía del país, por lo que dicha expectativa no era más que un sueño.

Por otra parte, solicitamos se desestime la conveniente comunicación de la inmobiliaria Huertas López SAS, en primer lugar, por lo oportunista de su respuesta que más que responder al requerimiento del juzgado, fundamenta con las mismas palabras, hechos de la demanda, de lo que se puede inferir cuando menos una parcialidad y como se infomó se

presentó una denuncia penal por fundados elementos de que pudiera estar configurando un delito.

Pero a pesar de que tenían tiempo desocupado y que no había logrado arrendarlos aparecen múltiples ofertas y que en peno deterior hace una oferta para arrendar un local justo al lado de una abra en ejecución.

Adicionalmente, conforme a los interrogatorios de partes, especialmente los de los de la señora María Constanza Zarama Hidalgo y Manuel Zarama Rincón, se evidencia que estos locales antes de los hechos que demandan como generadores del daño no venían produciendo frutos civiles algunos, por lo que habían hecho algunas remodelaciones para hacerlos más atractivos, sin embargo, no lo habían logrado.

Subsidiariamente solicito considera los valores promedios que venían generando la renta de los inmuebles de ese edificio toma el valor referido en el informe pericial carentes de soportes y los demandados pasaron de recibir poco menos de tres millones a recibir docente millones por concepto de perdida de oportunidad, constituyéndose como una fuente de enriquecimiento la perdida de oportunidad.

Por lo que se solicita se revoque la sentencia y se desestime la pretensión referida a la perdida de oportunidad.

8.- respeto al punto de la sentencia que señaló que pronunció sobre el daño moral del cual se estimó que se incurrió en error de hecho y de derecho (reparo 14).

Conforme lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia a efecto de la indemnización por perjuicios morales no basta su alegación, sino que debe quedar acreditada su existencia, la intensidad, las condiciones particulares de cada individuo y el grado de afectación, en tal sentido el *a quo* infringió normas de fijación de la litis y e incurrió en error de hecho al estimar lo que aludió como elementos para fijar la indemnización por ese concepto.

En razón de lo anterior solicito se revoque la sentencia por este concepto.

9.- Finalmente respecto a la excesiva condena en agencias de derecho.

En la sentencia del 10 de febrero de 2022, este despacho efectuó la condena en costas equivalentes al 4% del valor total de lo pedido por los demandantes.

En efecto, de acuerdo con lo establecido al artículo 365 del C.G.P, preceptúa las condiciones mediante las cuales es procedente efectuar la condena en costas procesales. Ahora bien, en cuanto a las agencias en derecho, la Corte Suprema de justicia, sala de casación Civil mediante sentencia, bajo el radicado No 11001-31-03-35-2007-00533-01, ha establecido la misma normativa lo siguiente:

“(...) Para la tasación de las agencias en derecho, uno de los rubros que integran las costas, el numeral 3º del artículo 393 de la citada codificación procesal dispone que, “[d]eberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura”, precisando que “[s]i aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas” (...).

Así, las cosas, este despacho fijó una condena en costas totalmente desproporcionada, a pesar que el litigio no tuvo un mayor tiempo de duración.

En efecto, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 “por el cual se establecen las tarifas para las agencias en derecho”, en su artículo 2, Parágrafo Tercero, establece que:

“(...) Cuando las tarifas correspondan a porcentajes, en procesos con pretensiones de índole pecuniario, la fijación de las agencias en derecho se hará mediante una ponderación inversa entre los límites mínimo y máximo y los valores pedidos. Esto es a mayor valor, menor porcentaje, pero en todo caso atendiendo a los criterios del artículo anterior (...)”.

El artículo 5 del mencionado acuerdo establece las tarifas en porcentajes para fijación de las agencias en derecho. Cuando se trata de asunto declarativos de mayor cuantía, las agencias en derecho tienen que estar fijada entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

Teniendo en cuenta lo pedido excede a todas luces la fijación de la mayor cuantía, el *a quo* debió dar aplicación al criterio contenido en el párrafo 3 del artículo 2 del mencionado acuerdo, esto es a mayor valor menor porcentaje, motivo por el cual solicito a usted señor Magistrado, tasar el valor correspondiente a la mínima, esto es al 3% de la pretensión que eventualmente su despacho llegue a conceder.

ENDERSON JESUS SANZ DA SILVA

C.E. No. 640941

T.P. No. 299146 C.S. de la J.

Correo Electrónico. dr.endersonsanz@gmail.com

Contacto Celular: 315 535 77 69