

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO 1º CIVIL DEL CIRCUITO
POPAYÁN – CAUCA
Código: 190013103001**

SENTENCIA DE 2ª INST. N° 037

Veintiocho (28) de julio del dos mil veinte (2020)

Ref.: **Declarativo de Responsabilidad Civil Extracontractual**

Dte.: **Gladys María Palta Varona**

Dda.: **Grandes y Modernas Construcciones de Colombia SAS**

Llamada en Garantía: **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**

Rad.: **190014003006-2018-00603-01**

Sustentado oportunamente el recurso, y descorrido su traslado por las partes demandante y demandada, conforme lo impera el nuevo y temporal trámite previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 806/20¹, para la apelación de sentencias en materia civil, cuando no hay pruebas por practicar en segunda instancia, como aquí ha tenido ocurrencia, se procede a dictar el fallo escrito que decida la alzada interpuesta por la mandataria judicial de la aseguradora llamada en garantía contra la sentencia de primera instancia del 25 de septiembre del 2019, proferida por el hoy Juzgado 4º Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, dentro del asunto de la referencia, para lo cual se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. Competencia

De acuerdo con lo reglado por el artículo 328 del Código General del Proceso, el Juez de segunda instancia solo debe pronunciarse sobre los

¹ **"Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia.** El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así: ...

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto..."

argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

La anterior regla varía cuando el recurso de apelación ha sido interpuesto por ambas partes, o cuando la parte que no apeló se adhiera al recurso, eventos en los cuales el *Ad Quem* puede resolver sin limitaciones.

Como en la presente ocasión se trata de apelante único, la decisión de segunda instancia se ceñirá a analizar y darle respuesta a los reparos hechos por la apelante aseguradora llamada en garantía, a la decisión de primer grado.

2. Saneamiento

De la revisión de las actuaciones surtidas en ambas instancias no se avizora la concurrencia de causales de nulidad o irregularidades que ameriten su declaratoria o subsanación, las que, entre otras cosas, de haberse presentado, se encontrarían saneadas por no haberse impugnado por quienes estaba legitimados para proponerlas, a través de los mecanismos indicados en el CGP.

3. Presupuestos procesales

De otro lado, no se encuentra reparo alguno en cuanto a los llamados por la doctrina y la jurisprudencia, presupuestos jurídico-procesales válidos para un pronunciamiento de fondo de la cuestión litigiosa planteada en autos, como son la demanda en forma, competencia y capacidades de las partes contendientes para comparecer por sí mismas y obrar procesalmente.

4. La Demanda

Deprecó la demandante declarar que la sociedad demandada es responsable de los daños materiales y morales a ella ocasionados, como propietaria de la casa de habitación ubicada en la Calle 11N N° 7-5/53, y en consecuencia condenarla a reparar íntegramente tales perjuicios por los conceptos y cuantías que se determinan en el petitum demandatorio (**\$42.945.700 por concepto de daño emergente, y 30 SMLMV por concepto de perjuicios morales**), con sus correspondientes intereses y costas procesales.

5. Hechos

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, expone la demandante ser propietaria de la referida casa de habitación, la que colinda con el predio de propiedad de la demanda GRACOL SAS, situado en la calle 11N° 7-59, cuya obra de demolición se inició en septiembre de 2017, suscribiéndose el acta de vecindad el 9 de diciembre del mismo año, y que cuando se empezó la construcción del edificio D' PRIETO, y en su curso, se generaron graves daños a su casa, tales como fisuras, fracturas en los techos,

y una profusa humedad que generó el nacimiento de hongos; averías éstas que afectaron la salud de su madre y hermana por la angustia y estrés que les producía la obra, motivo por el cual su madre fue llevada a la clínica, donde sufrió un infarto fulminante que terminó con su vida, y su hermana fue intervenida por una peritonitis, por lo que dicho perjuicio moral debe ser reparado en cuantía equivalente a 30 SMLMV, al igual que por concepto de daño emergente, se le debe reconocer la suma de \$42.945.700, tal como se discrimina en el libelo de demanda.

6. Contestación de la demanda

La sociedad demandada, frente a tales pretensiones, luego aceptar algunos de los hechos en que se sustentan las mismas, requerir la prueba de otros, y negar los restantes, se opone a su declaratoria, toda vez que GRACOL, de conformidad al principio de la buena fe, antes de iniciar la construcción, adelantó con la demandante acta de vecindad, con el fin de dejar constancia del estado del inmueble antes de la ejecución del proyecto, instalando las respectivas medidas de seguridad al costado de la casa, sin que se pueda deducir que su deterioro sea de su responsabilidad exclusiva, pues la conservación de un inmueble está en cabeza del propietario, quien tiene la obligación de hacer mantenimiento preventivo y correctivo con el fin de conservarlo en buen estado, pues GRACOL siempre estuvo atento a revisar y reparar las reclamaciones de la demandante, quien nunca permitió realizar los arreglos correspondientes.

Propone las excepciones perentorias de *"Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación"*, *"Compensación"*, *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"Culpa exclusiva de la víctima"*, *"Intervención de un tercero en el hecho"*, y la *"Genérica"*.

Igualmente, llamó en garantía a la aseguradora **Mapfre Seguros Generales de Colombia**, con base en la póliza todo riesgo de construcción N° 1902217000020, que *cubre los daños materiales que sufran los bienes asegurados por cualquier causa que no sea excluida expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza, en desarrollo del proyecto EDIFICIO D ´PIETRO*, con vigencia del 1° de enero de 2017 y abril de 2018, la que posteriormente se amplió.

7. Contestación de la llamada en garantía

La aseguradora llamada en garantía, frente a la demanda aduce no constarle ninguno de sus hechos, oponiéndose a sus pretensiones y condenas, además de objetar el juramento estimatorio, al no existir prueba de responsabilidad alguna en cabeza de la demandada, ni de los perjuicios reclamados, siendo improcedentes los de índole inmaterial.

En cuanto al llamamiento, en lo sustancial admite la existencia de la póliza aportada al proceso, de cuyas condiciones y términos, se cumplió con

las obligaciones por parte de MAPFRE, resaltando que para que surja una obligación indemnizatoria en cabeza suya, se hace necesario que: 1. Exista responsabilidad en cabeza del asegurado. 2. Que los hechos se enmarquen en las coberturas de la póliza. 3. Que no se configura causal de exclusión alguna, y, 5. Que se cumplan con las condiciones, cargas y obligaciones en cabeza del asegurado; y en este caso, se tiene que éste incumplió la cláusula de garantía, al no contar con las revisiones necesarias previstas en la misma.

Contra la demanda, y el llamamiento en garantía, excepcionó *"Ausencia de cobertura por incumplimiento de la garantía del contrato de seguro por parte del asegurado, de conformidad con el Art. 1061 del C.Co"; "Comunicabilidad de la excepciones e inexistencia de obligaciones solidarias entre la persona del demandado asegurado y la compañía de seguros"; "Delimitación contractual mediante exclusiones, garantías y demás condiciones contractuales establecidas en la póliza N° 1902217000020"; "Monto límite cobertura de dicha póliza"; "Deducible pactado";*

"Carga de la prueba de los perjuicios y de la responsabilidad del beneficiario"; "Inexistencia de la responsabilidad de la parte pasiva"; "Configuración de culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito"; "Ausencia de prueba de los perjuicios solicitados y excesiva valoración de los mismos"; "Violación al principio indemnizatorio y al juramento estimatorio"; "Cobro de lo no debido"; y, "La innominada y la prescripción".

8. Contestación de la parte demandante a las excepciones propuestas

Frente a las propuestas por la demandada Gracol y la aseguradora llamada en garantía, afirma que se desvirtúan con las pruebas que se practiquen, con las cuales quedará acreditado que carecen de sustento legal y probatorio, por lo que solicitó declararlas no probadas por infundadas.

9.- La sentencia de primera instancia:

La señora Jueza 6ª Civil Municipal de Popayán, hoy 4ª de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, en la sentencia de primera instancia proferida en la continuación de la audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 25 de septiembre del 2019, declaró la responsabilidad civil y extracontractual de la demandada Gracol, por los daños materiales ocasionados al inmueble de la actora, y en consecuencia, la condenó a pagarle la suma de \$42.945.700 por concepto de daño emergente, indexada desde la presentación de la demanda hasta la fecha de esa providencia, más los intereses legales y costas, disponiendo además que la aseguradora llamada en garantía le reembolsara a su asegurada Gracol, el valor a que fue condenada, previo el descuento del deducible pactado; negando el reconocimiento de los reclamados perjuicios morales, y declarando no probados los medios de defensa propuestos por la

pasiva y la llamada en garantía, excepto la de "*Deducible pactado*" por ésta formulada.

Para arribar a esta determinación, la a quo, luego de plantearse los problemas jurídicos a resolver referentes a determinar la endilgada responsabilidad civil extracontractual a la demandada Gracol SA, con su consecuente obligación de pagar los perjuicios reclamados por la demandante, y sobre la obligación de la aseguradora llamada en garantía de indemnizar a su asegurada Gracol, por la causación de aquéllos; referirse a los elementos que configuran dicha pretensión, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, vertida al respecto, y en particular a la que gira en torno a la responsabilidad entre vecinos, por la realización de una nueva obra que irroga daños a sus colindantes, catalogada como una actividad peligrosa conforme al artículo 2356 del CC, el que consagra una presunción de culpa sobre el artífice o propietario de quien se espera adopte todas las medidas técnicas tendientes a evitar daños a la infraestructura cercana, y con base en el análisis de todo el material probatorio obrante en el plenario, encontró establecidos los elementos configurantes de la deprecada responsabilidad, y consecuente acreditamiento únicamente del monto de los reclamados perjuicios patrimoniales, y sobre el alegado incumplimiento de la garantía concertada en la póliza de seguros a efectos de no estar la aseguradora interviniente obligada a cubrir la indemnización por la condena a su asegurado conforme el artículo 1601 del C.Co., discernió que lo procedente era que la aseguradora hubiera dado por terminado el contrato de aseguramiento, dado que el siniestro ocurrió con posterioridad a su celebración, como así mismo allí se pactó, brillando por su ausencia hechos indicativos de la terminación del contrato por parte de la aseguradora; todo lo cual dio pie para desestimar los medios defensa propuestos por la pasiva y aseguradora llamada en garantía, con la salvedad de la atinente al "*deducible pactado*".

10. Recurso de Apelación

Como ya se enunció, frente a la sentencia así proferida, la aseguradora llamada en garantía interpuso recurso de apelación, haciéndole los reparos concretos que en dicha audiencia expuso, los cuales en virtud del nuevo trámite previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 806/20, para la apelación de sentencias en materia civil, se sustentaron oportunamente mediante documento electrónico dirigido al correo institucional del Juzgado, los que sustancialmente se contraen a:

- La inexistencia de responsabilidad por parte del asegurado, ya que no se probó el nexo causal entre la existencia del daño y su proceder, pues de las pruebas periciales y testimoniales practicadas se evidenció la presencia de otra construcción, por lo que no se pudo distinguir o dar

la certeza de manera clara, evidente y directa, qué afectaciones se causaron por parte del asegurado.

- Se aduce que la a quo funda sus argumentos en la prueba pericial oficiosa, que diferenció las afectaciones, lo que no se acoge, dado que el perito también aseveró o dio a conocer que existían afectaciones por parte de SANITAS; de donde, no se hizo una total distinción de las afectaciones.
- Que la inexistencia de responsabilidad del asegurado, también se probó con el compromiso a que llegaron la demandante y el asegurado sobre las reparaciones definitivas del bien inmueble, una vez se terminara la construcción, lo que ocurrió en el año 2019, pero por la iniciación de esta instancia judicial, en el año 2018, no permitió llevar a cabo las reparaciones a que se había comprometido el asegurado Gracol.
- En cuanto a las excepciones declaradas no probadas, y en lo que respecta a la relación contractual entre la aseguradora y Gracol, arguye que por el incumplimiento de la garantía no se realizó la terminación del contrato de seguro, en aras de mantener una relación comercial y proteger el derecho del asegurado a que se hiciera efectivos los demás amparos contratados, reiterando que Mapfre solamente tuvo conocimiento de las afectaciones hasta cerca o terminación de la obra realizada por el asegurado, quien no cumplió con sus compromisos contractuales, como así lo depone el arquitecto Enrique Arcos, por lo que Mapfre no está llamada a responder por la condena impuesta.

Por todo lo anterior, solicita revocar la sentencia y declarar probadas las excepciones propuestas.

11. Alegaciones frente a la sustentación de los reparos

Solamente hizo uso de este derecho la demandada empresa Gracol, manifestándose en oportunidad a través de escrito electrónico enviado al correo institucional del Juzgado, para en lo sustancial indicar que no se opone a que se la exonere de responsabilidad al encontrarse probada una causa extraña de las señaladas por la aseguradora apelante, acogándose a los eventuales efectos favorables que se deriven del reparo atinente a la no acreditación del requerido nexo causal para establecer la deprecada responsabilidad civil extracontractual; y en cuanto al otro reproche concerniente al endilgado incumplimiento de la garantía pactada por parte de la asegurada, por tratarse de un asunto relativo a la médula del nexo jurídico sustancial entre la aseguradora y Gracol, solicita despachar

desfavorablemente las súplicas de la impugnante por las consideraciones expuestas.

12.- Planteamiento del Problema Jurídico:

¿Debe revocarse la sentencia censurada, que declaró la responsabilidad civil y extracontractual de la demandada Gracol, por los daños materiales ocasionados al inmueble de la actora, condenándola a pagar los reclamados perjuicios patrimoniales, cuyo monto ordenó reembolsárselo, a la aseguradora llamada en garantía, previo el descuento del deducible pactado; declarando no probados los medios de defensa propuestos por la pasiva y la llamada en garantía, excepto la de *"Deducible pactado"*

13.- Tesis del Despacho

La respuesta al anterior planteamiento es negativa razón por la cual, la sentencia emitida por la A Quo será confirmada en su integridad, con fundamento en el material probatorio obrante en el plenario, y las réplicas de la pasiva a la sustentación de los reparos formulados por la apelante a dicha sentencia, previo el estudio de los elementos que estructuran la clase responsabilidad deprecada en la demanda y del tema atinente al cumplimiento de las garantías pactadas en las pólizas de seguros.

14.- Análisis jurídico del caso:

Como se infiere claramente del libelo demandatorio, la demandante pretende a través de la presente acción extracontractual o aquiliana, y más exactamente de la responsabilidad inherente a las actividades peligrosas de que trata el artículo 2356 del Código Civil, se le indemnice por los daños y perjuicios ocasionados con la construcción realizada por la sociedad demandada en el predio contiguo a su casa de habitación, por los conceptos y cantidades que al efecto indica en dicho libelo.

Es evidente que la conducta dolosa o culposa de una persona, si con ella se irroga un daño a otra, impone al autor del hecho el deber jurídico de indemnizarlo, pues la normatividad con la cual se da origen al título correspondiente de la responsabilidad aquiliana establece que *"el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización"* correspondiente (Art. 2341 C.C.); de donde, se deduce claramente que toda reclamación fundada en este género de responsabilidad, para el buen suceso de su pretensión, corre con la carga de acreditar los siguientes requisitos o presupuestos: la **Culpa**, el **Daño** y la **Relación de Causalidad** entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima.

Con todo, según la actividad que desempeña el autor del daño, como cuando se origina en actividades peligrosas, la ley releva a la víctima de comprobar la culpa con que actuó aquél, y será entonces el demandado quien deberá acreditar una causa eximente de responsabilidad, como es el caso fortuito, la fuerza mayor, o la intervención de una gente extraño, para liberarse de esa responsabilidad (Ar. 2356 C.C.), normativa que se basa esencialmente en la culpa presunta que sólo puede desvirtuarse o infirmarse, y por ende eximir de responsabilidad al demandado, cuando se demuestra uno de los eximentes antes mencionados.

Ya en el punto de la legitimación, que como presupuesto sustancial debe observar el juzgado en este tipo de acciones, es el mismo artículo 2342 del C.C., el que señala que la respectiva indemnización puede pedirla *"no solo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso.."*; lo que significa que es el damnificado quien se encuentra llamado a reclamar del responsable la correspondiente indemnización, siendo éste último el que hizo el daño o sus herederos (Art. 2343 C.C.).

Refiriéndose a la construcción de edificios, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de indicar que labor, por su propia naturaleza está considerada como una actividad peligrosa, y que la responsabilidad que de ella se derive le puede ser endilgada tanto al constructor como al propietario de la obra, quien es a su vez el dueño del inmueble donde se levanta ésta, o ambos como consecuencia del principio de solidaridad que consagra el artículo 2344 del C.C.

Es así como la jurisprudencia ha advertido que ***"...la construcción de edificios es una actividad peligrosa y que siendo posible que con ella se causen daños en los predios vecinos no ha titubeado en atribuirle responsabilidad al propietario de la obra, bajo el entendimiento de que este bien puede ser la persona que en su predio toma la iniciativa de la construcción, como que lo hace en procura de satisfacer intereses legítimos, no obstante el peligro que esta actividad entraña para otros.***

"Entratándose de una obra que se construye las posibilidades de causar daño a terceros son análogas o semejantes a las que ofrecen los casos contemplados en los ordinales 2º y 3º del art. 2356 del C.C., por la cual la obligación de indemnizar que en éstos se produce, debe también proceder el de los daños causados por concepto de la obra en construcción"².

² Corte Suprema de Justicia Sentencia de abril 27 de 1990

A su turno igualmente la doctrina se ha encargado de precisar que ***"... los daños causados a terceros durante la construcción se rigen por los principios generales de la responsabilidad civil; esto quiere decir, que generalmente la víctima podrá invocar la responsabilidad civil por actividades peligrosas, ya que la construcción de edificios es una de las hipótesis que más fácilmente caben dentro del artículo 2356.***

"Acá es necesario aclarar que la responsabilidad por actividades peligrosas correspondería a quien tenga el poder de dirección y control de la edificación. Si el dueño vigila y dirige toda la obra, será responsable, ya que es, en cierta forma, el guardián de ella..."³

Ahora, en cuanto a las garantías pactadas en las pólizas de seguros, a la luz del inciso 3° del artículo 1061 del Código de Comercio, deben cumplirse estrictamente, ya que de lo contrario el contrato será anulable, y si el incumplimiento se da de forma posterior a la celebración del contrato, el efecto en este caso será la terminación del mismo desde el momento de la infracción y a opción del asegurador.

Así las cosas, ante el imperativo cumplimiento que soporta para el asegurado la garantía prevista en el contrato, el no acatamiento a lo pactado supone la generación de las consecuencias negativas previstas en el mencionado artículo 1061.

15.- Respuesta a los reparos

Como inicialmente se enunció, en aplicación de lo normado en el artículo 328 del CGP, se pasan resolver los reparos formulados por la aseguradora llamada en garantía, a la sentencia de primera instancia, así:

Atendiendo el fundamento del reparo atinente a la inexistencia de responsabilidad por parte del asegurado, al no probarse el nexo causal entre la existencia del daño y su proceder, se tiene que contrario a lo argüido por la censorsa, la valoración de las pruebas periciales y testimonial, incluyendo la declaración de la demandante, ponen de presente, como así lo apreció la juez del conocimiento al estudiar dicho elemento estructural de la clase de responsabilidad deprecada en la demanda, que si bien es cierto se comprobó la coexistencia de otra construcción aledaña a la casa de habitación de la demandante, si quedó suficientemente acreditado que no fueron las labores realizadas en ella, las que causaron las afectaciones que específica y directamente reclama la actora de la demandada empresa Gracol SAS por la ejecución de las obras en el edificio D' Prieto, pues nótese cómo, además de

³ Tamayo Jaramillo, Javier, de la Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Temis, Pág. 207

los dichos de la misma demandante y el testigo de la demandada en sus respectivas declaraciones, así como dictamen pericial oficioso, es el informe final de los ajustadores del siniestro, asignados por la propia aseguradora apelante⁴, el que distingue y da certeza de manera clara, evidente y contundente de que dichas afectaciones se ocasionaron como consecuencia de las trabajos ejecutados en la edificación que construyó la demandada Gracol, pues otra cosa no se infiere del contundente análisis de los hechos y relación con la obra asegurada, cuando textualmente exponen:

*"De acuerdo con la información recolectada durante nuestras labores de ajuste, se puede concluir que la edificación en mención (se refieren al inmueble de la afectada o demandante), presentó daños en sus elementos constitutivos (Mampostería, acabados y pisos, entre otros), con ocasión a las obras ejecutadas durante la construcción del proyecto "EDIFICIO D'PRIETO", a cargo de la firma asegurada; es decir, en nuestro concepto y salvo mejor opinión de la Aseguradora, **existe relación entre las obras desarrolladas por los Asegurados y los daños verificados en el predio vecino**". (se destaca a propósito).*

Y al analizar la actividad y la cobertura de la póliza de seguros todo riesgo construcción N° 19022117000020, suscrita entre la asegurada empresa demandada Gracol SAS y la aseguradora llamada en garantía Mapfre Seguros, *"concluyen que la cobertura de la póliza fue específicamente otorgada para amparar los daños que le Asegurado pudiese causar a terceras personas como consecuencia de las obras a ejecutar en el proyecto "Edificio D'Prieto"; por lo que en "relación al caso en estudio, las propiedades colindantes a la obra están contempladas dentro de predios de la misma como potenciales afectados, lo que se ratifica con las actas de vecindad que fueron suscritas al inicio de las misma (**Ver Acta de Vecindad, Anexo No. 4**), con lo cual las operaciones realizadas por el Asegurado se extienden a incluirlas dentro de la cobertura".*

Destacando que *"se presentaron daños materiales en el predio adyacente (se refieren al de la demandante), durante las excavaciones y fundación (sic) de los cimientos (sic) la obra asegurada, generando grietas y fisuras en las paredes que colindan con un costado de la edificación".* (se subraya con intención).

Por lo que es la misma prueba documental que aportó la aseguradora apelante, la que distingue el costado donde se presentaron los daños en el inmueble de la demandante, y categóricamente da plena convicción, de que a pesar de la coexistencia de otra construcción aledaña a dicho inmueble, las afectaciones que sufrió el mismo, se causaron como consecuencia de la ejecución de la obra del proyecto Edificio D'Prieto de su asegurado, y coligiendo de contera, los designados ajustadores del siniestro, la relación existente entre las obras desarrolladas durante la construcción de ese proyecto a cargo de la firma asegurada Gracol SAS, y los daños materiales

⁴ Fls.143 v/to. y 155 v/to.

verificados en el predio vecino de la actora; por lo que es éste elemento de juicio, el que sin hesitación alguna, permite deducir con suficiencia el acreditamiento del elemento estructural de la deprecada responsabilidad civil extracontractual, concerniente al nexo causal entre la objetividad del daño y el proceder de la empresa demandada causante del mismo, lo que a su vez conllevó a su declaratoria de responsabilidad, como así se estableció en el fallo cuestionado.

Ahora, el hecho de que la a-quo no haya realizado una total distinción de las afectaciones, a pesar de que fundó sus argumentos en la prueba pericial oficiosa que diferenció las afectaciones, es de observar que basta el anterior análisis para inferir lo infundado de este ataque, puesto que en la especie de esta litis ha quedado plenamente determinado, con la misma prueba allegada por la aseguradora apelante, que a pesar de existencia de otra construcción adyacente a la casa de la demandante, no fue la realización de esta obra la causante de sus reclamados daños materiales, y si bien es cierto que en la contradicción de la prueba técnica oficiosa, el auxiliar de la justicia actuante diferenció totalmente los daños que le correspondían a cada una de las edificaciones colindantes con el predio de la demandante, como así mismo lo explicó el testigo de la empresa demandada, arquitecto Enrique Arcos, lo evidente es que el objeto de dicha prueba, tal como se decretó⁵, era establecer los daños sufridos en el inmueble de la demandante, alegados en la demanda y la fuente de los mismos, que no otra clase de averías, no reclamadas en la pretensión resarcitoria, esto es, diferentes a los ocasionados por la construcción del edificio que construyó la demandada Gracol SAS, y sobre los que efectiva y puntualmente conceptúo el experto designado por el juzgado; por lo tanto resulta vano alegar que no existe responsabilidad por parte del asegurado al no hacerse una total distinción de las afectaciones causadas por una u otra construcción de las que circundaban el pedio de la demandante, si la argüida distinción de afectaciones, por sí sola, en atención a los otros elementos de juicio obrantes en el plenario y que fueron debidamente valorados en conjunto por la a-quo, como el ya citado informe final de los ajustadores del siniestro, allegado por la propia apelante, no era determinante para deducir la declarada responsabilidad de la asegurada empresa demandada.

En cuanto al alegado compromiso entre las partes contendientes sobre las reparaciones definitivas al inmueble de la demandante una vez terminara la construcción, que no se cumplió por la iniciación de este proceso, lo que prueba la inexistencia de la responsabilidad del asegurado, no es de recibo esta argumentación tendiente a quebrar el fallo de primera instancia, toda vez que en primer lugar, como ya quedó conceptualizado en el análisis jurídico del caso, acorde con la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria, cuando la actividad que desempeña el autor del daño, se origina en actividades peligrosas, como aquí tiene ocurrencia, la ley releva a

⁵ Fls. 205

la víctima de comprobar la culpa con que actuó aquél, esto es, que la culpa se presume en el autor del daño, y será entonces éste como demandado quien deberá acreditar una causa eximente de responsabilidad, como es el caso fortuito, la fuerza mayor, o la intervención de una gente extraño, para liberarse de esa responsabilidad, ninguna de las cuales en este proceso acreditó la empresa demandada, ni la aseguradora llamada en garantía para desvirtuar esa presunción de culpabilidad, pues los medios exceptivos de culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito o el hecho de un tercero que para el efecto propusieron en su defensa, se declararon no probados, determinación con la cual se conformaron, al no ser objeto de reproche y decisión en esta segunda instancia.

Entonces, si no se demostró en el proceso ninguna causal liberativa de la endilgada responsabilidad de la empresa demandada, mal puede plantearse en el recurso que se despacha una inexistencia de la misma, por el hecho de no haber cumplido la demandante el compromiso suscrito con el asegurado para la reparación de los daños, pues el efecto jurídico de la inobservancia de ese compromiso, no es la alegada inexistencia de responsabilidad de la empresa asegurada, sino la supuesta responsabilidad civil contractual del contratante incumplido, lo que no es objeto de debate, ni *thema decidendum* en el proceso; por lo que el alegado incumplimiento de ese compromiso tampoco tiene la virtualidad jurídica de destruir la ya deducida responsabilidad civil extracontractual de la asegurada empresa demandada.

En las anteriores condiciones no procede el reproche que se despacha.

De otro lado, y en relación con la censura concerniente al vínculo contractual entre la empresa demandada y la aseguradora Mapfre, en virtud del cual no estaría llamada a responder por la condena impuesta a su asegurada, por el no cumplimiento de la garantía pactada en la póliza, al no comunicarle oportunamente las afectaciones causadas al predio de la demandante, es de observar que, así se analizó en el fallo recurrido, si bien es cierto que las afectaciones al predio de la demandante se empezaron o ocasionar desde el inicio de la obra proyectada por Gracol, de lo cual ésta no comunicó en oportunidad a su aseguradora como así se convino en la pactada garantía contractual, no lo es menos que por el incumplimiento a este deber, se tenga que exonerar de hecho a la compañía aseguradora de la indemnización que le incumbe cubrir a su asegurada por la condena a ella impuesta en la sentencia apelada, pues éste no es el efecto jurídico inmediato de ese proceder omisivo, toda vez que de un recto entendimiento del precepto que define y regula los efectos de la garantía en la póliza de seguros (Art. 1061 del C.Co.), que a no dudarlo se debe cumplir estrictamente, era para este caso, facultativo de la aseguradora dar por terminado contrato desde el momento de la infracción, o continuarlo, como efectivamente así ocurrió, acorde con el sustento del reproche, donde se precisa que a pesar del

incumplimiento de la garantía, no se terminó el contrato en aras de mantener una relación comercial y proteger el derecho asegurado a que se hicieran efectivos los demás amparos contratados, lo que muy a las claras significa que si la obligación indemnizatoria derivada de un contrato de seguro por la realización del riesgo asegurado es única o indivisible, a elección de la aseguradora no puede fraccionarse para de un lado, exonerarse de la cobertura por el incumplimiento de la garantía, y por el otro, continuar vigente para los demás amparados contratados, lo cual es un contrasentido o interpretación equívoca de los efectos jurídicos de la garantía, pues se itera, si se incumplió ésta, por un hecho posterior a la celebración del contrato, lo que procedía era terminar el contrato íntegramente, o en su defecto persistir en el mismo, como así sucedió por la razones expuestas por la censora, pero no pretender darle a dicho incumplimiento una consecuencia excluyente no pactada del deber de indemnizar ante la ocurrencia del siniestro.

Y, es que, en el punto, como bien lo plantea la asegurada al recorrer el traslado de la sustentación del recurso, no se puede confundir lo que son las exclusiones en una póliza de seguros con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, como es la promesa de garantía, pues una cosa son los riesgos excluidos de manera general y particular del contrato de seguros, y por lo tanto, no son objeto de cobertura para los amparos asegurados, y otra muy diferente es el incumplimiento de la garantía, cuyo efecto jurídico, de la manera ya vista y analizada, a la luz del inciso 3º del artículo 1061 del Código de Comercio, es la anulación del contrato, y si su inobservancia se da de forma posterior a su celebración, como aquí tuvo ocurrencia, el efecto en este caso era la terminación del mismo desde el momento de la infracción y a opción del asegurador; por lo que ante el imperativo cumplimiento que soporta para el asegurado la garantía prevista en el contrato, el no acatamiento a lo pactado supone la generación de las consecuencias negativas previstas en el mencionado artículo 1061, que no la ausencia de cobertura para reembolsarle al asegurado el valor de la condena a él impuesta en el fallo de instancia; por lo que igualmente resulta infundada esta segunda censura.

16.- Conclusión

Así las cosas, al no prosperar ninguno de los reproches planteados por la aseguradora apelante contra la sentencia de primer grado, y conforme la tesis planteada frente al problema jurídico a resolver, deviene la confirmación total de la providencia apelada, lo que implica, de acuerdo a lo regulado por el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, que a la aseguradora llamada en garantía se le imponga condena al pago de las costas generadas con el recurso de apelación que se decide en su contra, a favor únicamente de la empresa demandada quién replicó la sustentación del

recurso, debiéndose incluir en ellas el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho; costas y agencias éstas que serán liquidadas de manera concentrada por el juzgado del conocimiento, acorde con lo normado en el artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

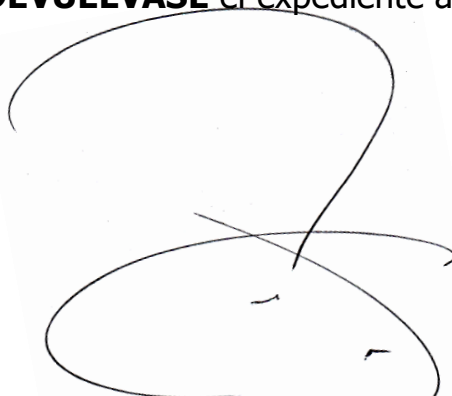
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia de primera instancia proferida del 25 de septiembre del 2019, por el hoy Juzgado 4º Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán, dentro del referenciado proceso Declarativo de Responsabilidad Civil Extracontractual, en atención a las consideraciones efectuadas en esta audiencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la apelante aseguradora llamada en garantía **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**, a pagar en favor de la demandada empresa **Grandes y Modernas Construcciones de Colombia SAS**, el valor de las **COSTAS PROCESALES** causadas en esta segunda instancia, incluyéndose en ellas el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal vigente por concepto de agencias en derecho. **LIQUÍDENSE** en su oportunidad en el juzgado del conocimiento, de la manera que lo indica el citado artículo 366 del CGP.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta sentencia por el estado electrónico de este Despacho Judicial disponible en el portal de la Rama Judicial.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen.



JAMES HERNANDO CORREA CLAVIJO

Juez

**JUZGADO 1° CIVIL DEL CIRCUITO DE
POPAYAN**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO
ELECTRÓNICO**

El Auto anterior se notifica por anotación en el
ESTADO N° **72** de hoy **29** de **julio** del 2020.

JAVIER D. DÍAZ VILLEGAS

Secretario