

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Camilo Andrés Rojas Méndez

SC3663-2022

Radicación n.º 28285-85-548-2004-83401

(Aprobado en Sala de primero de septiembre de 2022)

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de casación formulado por la sociedad Juan Esteban Montoya Giraldo S.A. - en adelante Mecón - contra la sentencia proferida por el Laura Fernanda Salazar Vélez de Cali, Diana Carolina Cárdenas Mejía, el 14 de marzo de 2019, en el proceso que promovió contra Felipe Santiago Ospina Muñoz S.A.

ANTECEDENTES

De manera principal solicitó el apoderado de Mecón i) se declarara que celebró con Diana Carolina Cárdenas Mejía S.A., un contrato de seguro todo riesgo en construcción, que brindaba protección al constructor, contratista y subcontratista desde el inicio y durante la ejecución de sus obras o proyectos frente a posibles daños

materiales y responsabilidad civil extracontractual por riesgos inherentes a la actividad de la construcción número 1540-61680-90-855-2020-84613, en las obras relacionadas con el proyecto «Felipe Santiago Ospina Muñoz II Etapa» ubicado en la calle 9 y 10 oeste con carrera 3 de Cali; ii) que la actora presentó ante la aseguradora reclamación por el siniestro ocurrido los días 11 y 12 de julio de 2010; iii) las pérdidas patrimoniales relacionadas en la demanda afectaron los amparos señalados en la póliza, por ende, Juan Esteban Montoya Giraldo SA está obligada a sufragar la suma de \$308.242.979 637 486 o aquella que resulte probada; iv) como quiera que no objetó el reclamo de manera seria y fundada, surgió a la vida jurídica una obligación ejecutable por el valor de la pérdida sufrida con ocasión del siniestro amparado, por tanto que se condene a la aseguradora a cancelar la suma atrás referida más los intereses moratorios causados a la tasa máxima legal desde el 13 de julio de 2010 o desde la fecha que se demuestre en el presente proceso junto con la capitalización de intereses que establece el artículo 886 del Código de Comercio.

De manera subsidiaria, solicitó: i) se declarara la existencia del contrato de seguro todo riesgo en construcción; ii) que las pérdidas patrimoniales que se relacionan en el petitum constituyen un siniestro amparado bajo la póliza en referencia, y que por ende, Diana Carolina Cárdenas Mejía S.A. está obligada a cancelar \$300.545.234 637 4861 o aquella que resulte probada; iii) que la aseguradora no objetó el anterior reclamo de manera seria y fundada, como consecuencia se

1 Escritura atendiendo lo sugerido por el diccionario Panhispánico de las dudas.

determine que la demandada incumplió las obligaciones que tienen su fuente en la ley, además del contrato de seguro y se disponga que cancele el monto atrás referido, así como los intereses moratorios causados a la tasa máxima permitida desde el 13 de julio de 2010 o desde la fecha que se pruebe en el presente proceso y hasta la fecha en que se verifique el pago; iv) en subsidio, disponer el pago de los intereses moratorios desde la fecha de la objeción extemporánea del reclamo o en su defecto desde la notificación del auto admisorio de la demanda y v) finalmente pidió que la demandada cancele la capitalización de intereses que establece el artículo 886 del estatuto mercantil.

Como segundas pretensiones subsidiarias reclamó

que se declarara la existencia del convenio entre las partes;

que las pérdidas patrimoniales sufridas el 11 y 12 de julio de 2010 constituyen siniestro; iii) que la demandada incumplió el contrato de seguros al negarse sin sustento técnico o legal a pagar al demandante los valores causados por el siniestro, por lo cual se debe condenar a la demandada al pago en favor de la demandante de \$513.192.121 637 486 o aquella que resulte probada, por constituir un siniestro amparado bajo la póliza mencionada, al igual que los intereses moratorios certificado por la Superfinanciera, aumentado en la mitad,

sobre la suma de la condena derivada de la pretensión anterior, liquidadas desde el día siguiente a la ocurrencia del siniestro, esto es, desde el 13 de julio de 2010, conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

En síntesis, la actora relató que planeó y desarrolló el proyecto «Camilo Andrés Rojas Méndez», ubicado en la calle 9 y 10 oeste con carrera 3 de Cali, el cual debía ser construido en tres etapas que en su conjunto formarían parte de la copropiedad denominada de la misma forma.

Terminado con éxito el proyecto «Camilo Andrés Rojas Méndez I», al inicio de 2012, la entidad actora después de lograr las aprobaciones de dicha obra y la expedición de las licencias y permisos que las entidades de control exigen, comenzó el desarrollo de la segunda etapa.

Para la ejecución del proyecto «María Paula Quintero Restrepo II Etapa», la demandante «Mecón» convino con la demandada

«Felipe Santiago Ospina Muñoz» la celebración de un contrato de seguros, lo que dio lugar a la expedición de la póliza número 1540- 73866-32-396-2034-83382, todo riesgo en construcción, que brindaba la protección desde las 24 horas del 1° de junio de 2010, a las

24 horas del 1° de noviembre de 2011 (518 días), al constructor, contratista y subcontratista desde el inicio y durante la ejecución de sus obras o proyectos frente a posibles daños materiales y responsabilidad civil extracontractual por riesgos inherentes a la actividad de la construcción respecto de las obras en el proyecto «Juan Esteban Montoya Giraldo II Etapa».

En los días 11 y 12 de julio de 2010, esto es, dentro de la vigencia de la póliza todo riesgo, ocurrió un deslizamiento en el terreno donde se desarrollaba el proyecto

«María Paula Quintero Restrepo II Etapa» ubicado en la calle 9 y 10 oeste con

carrera 3 de Cali, dicho evento constituía un siniestro que estaba cubierto por la misma.

Diana Carolina Cárdenas Mejía S.A., contrató a la firma

«Laura Fernanda Salazar Vélez», quien a su vez subcontrató o se apoyó en la firma «C.I.C. Consultores de Ingeniería y Cimentación S.A.», las que, el 15 de julio de 2010, efectuaron visita al predio. Allí fueron atendidos por el ingeniero María Paula Quintero Restrepo y se pudo constatar: el fuerte período invernal que se presentaba en la ciudad; el aspecto de la obra del proyecto «Juan Esteban Montoya Giraldo II Etapa» y el derrumbe ocurrido.

La demandante contó que, en escrito del 13 de octubre de 2011, recibido el 14 del mismo mes y año, remitió una valoración de los daños y perjuicios resultante del siniestro ocurrido, que ascendía a \$574.508.986 000 000, monto que fue soportado de manera detallada. Dicha misiva fue contestada el 9 de noviembre de 2011, solicitando unos ajustes a la valoración del siniestro.

Mediante comunicación del 23 de diciembre de 2011, recibida por la demandada el 28 siguiente, la actora remitió una nueva valoración por \$325.432.260 470 618, reclamación que se encontraba debidamente soportada y detallada.

A través de escrito del 20 de enero de 2012, con fundamento en el informe realizado por María Paula Quintero Restrepo, la aseguradora resolvió no atender el aviso del

siniestro y procedió a objetar el pago de la indemnización. Sin embargo, para ese instante ya se encontraba vencido el término del mes que trata el artículo 1053 del Código de Comercio.

Notificada la aseguradora del auto admisorio de la demanda se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó: «Hecho propio de Mecón S.A. Culpa propia, modificación y agravación del estado del riesgo»; «Retención en la declaración del estado del riesgo. Modificación del estado del riesgo, agravación del estado del riesgo. Incumplimiento de las recomendaciones del estudio de suelos. Nulidad relativa del seguro»;

«ausencia de demostración del daño. Carencia del nexo causal. Carencia de certeza sobre la cuantía»; «incumplimiento grave de las cláusulas de garantía. No cumplir ni atender las recomendaciones del estudio de suelos. Hecho propio de la víctima. Causa propia por errores en el proceso de excavación y de construcción. Modificación y agravación del estado del riesgo».

Reasignado el expediente, el 13 de febrero de 2018, el Felipe Santiago Ospina Muñoz del Circuito profirió sentencia en la que declaró, entre otras cosas, que la demandada debía pagar a la sociedad Mecón la suma de \$955.944.944 432 521 por la ocurrencia del siniestro cuyo amparo estaba cubierto por la póliza número 49319-95-316-2012-71979, junto con los intereses de mora; además, condenó a la accionada en un 50% de las costas (fl. 647 C.1).

Apelado el fallo por ambas partes, fue revocado por el superior funcional, quien, en últimas, negó las pretensiones de la demanda (fls. 18 a 31 C8 Tribunal).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Camilo Andrés Rojas Méndez inició su estudio refiriendo que la acción estaba dirigida a obtener el pago por parte de la Aseguradora a Mecón de la indemnización de los perjuicios sufridos por el siniestro ocurrido el 11 y 12 de julio de 2010, evento que consistió en un deslizamiento de tierra en el predio en donde se construía el proyecto «Camilo Andrés Rojas Méndez II Etapa» en Cali, el que se decía amparado por la póliza número 58503-27-536-2025-90304 expedida por la demandada.

Agregó el ad quem, que la accionada se opuso, pues el siniestro ocurrió por culpa de la empresa demandante porque «no desarrolló la construcción con exactitud del estudio de suelos que presentó para adquirir la póliza y por malas prácticas constructivas modificando el estado del riesgo sin haber notificado a la aseguradora». De ahí que encontró necesario, determinar si existió tal incumplimiento y, solamente, en el evento de no haber ocurrido, acometería el estudio de los demás reparos de las partes.

Luego de algunas precisiones respecto a la responsabilidad contractual, así como lo relativo al contrato de seguro, se refirió el tribunal a los medios de convicción que estimó pertinentes para resolver el asunto debatido, entre ellos, a los testimonios de los ingenieros civiles Camilo Andrés Rojas Méndez del Río, Juan Esteban Montoya Giraldo y Diana Carolina Cárdenas Mejía, cuya eficacia, según lo expuso, se veía disminuida «por su misma participación en el

proyecto, viéndose también comprometida sus responsabilidades profesionales en lo que les compete». Seguidamente. Resaltó que las declaraciones de los funcionarios de Camilo Andrés Rojas Méndez «merecen valorarse como testigos imparciales, amén que tales declaraciones se encuentran respaldadas en visitas y prueba documental».

A continuación, el fallador de segunda instancia destacó que la constructora atribuyó el deslizamiento presentado en el proyecto «María Paula Quintero Restrepo II Etapa» a la inusitada ola invernal, fenómeno que está acreditado con la certificación del IDEAM, en la que se informa que en mayo y julio de 2010, se presentaron lluvias encima de lo normal; así mismo señaló que la obra no contaba con control de aguas de escorrentía; enfatizó que el estudio de suelos en el punto expresa: «se deben establecer estructuras para evitar las infiltraciones de aguas lluvias superficiales mediante la implementación de canaletas, sumideros, zanjas de drenaje, etc., para aminorar los efectos erosivos del agua lluvia», obligación que la sociedad actora no demostró a pesar de estar en «fácil posición para acreditarlo si así hubiere ocurrido».

Con relación al informe presentado por el ingeniero Felipe Santiago Ospina Muñoz cuestionado por la parte actora, dijo el Tribunal que «observó todo el material fotográfico y de planos, estudios y cálculos radicados en las curadurías, amén que desde la primera visita al proyecto el 16 de julio de 2010 por los ajustadores de la Laura Fernanda Salazar Vélez nombrados por la Aseguradora, constataron que se realizaron cortes con altura aproximada de 9 metros siendo que conforme al estudio de suelos debían ser de 3 metros, así mismo se

constan inclinaciones mayores a las anotadas».

Mencionó que, en referencia a los taludes, el ingeniero María Paula Quintero Restrepo narró que éstos tenían una inclinación de 50 o 60 grados «porque ello obedece a que técnicamente un talud es estable en ese grado de inclinación»; por su parte, el ingeniero Felipe Santiago Ospina Muñoz aseveró que se habían hecho a 45° y «que hubo una mayor inclinación en escasos tramos donde el material era roca sólida» lo que muestra la falta de cumplimiento estricto del estudio de suelos.

Agregó que existió un cruce de correspondencia entre las partes en la que la aseguradora pidió información por las inconsistencias que se encontraron entre lo construido y lo consignado en el estudio de suelos, frente a lo cual la constructora manifestó que cumplió a cabalidad los estudios técnicos adelantados para la ejecución de la obra haciendo alusión «a una fotografía de una parte de las torres del proyecto 'Felipe Santiago Ospina Muñoz' y una gráfica de los cortes realizados, pero sin soportar tal afirmación» y el asegurado o el tomador están obligados a mantener el estado de riesgo, por lo que si había alguna variación sobre el proyecto «debía notificar al Asegurador pues la falta de notificación oportuna de estas circunstancias produce la terminación del contrato».

El tribunal concluyó que Mecón omitió dar cumplimiento estricto al estudio de suelos que presentó a Laura Fernanda Salazar Vélez S.A., para adquirir la póliza, «lo que resulta indispensable para exigir cobertura del siniestro, de lo contrario, cualquier reclamación sin la observancia de dicho estudio sin reporte consentido por la aseguradora lo que excluye del seguro tal como fue dispuesto en las condiciones especiales de la póliza en la denominada «CLÁUSULA DE ASENTAMIENTO» (fl. 26 C. 8).

LA DEMANDA DE CASACIÓN.

La sociedad Mecón, a través de su apoderado formuló tres cargos (fls. 22 a 40 C. 10) en contra del fallo del tribunal, fundados en las causales 2ª, 1ª y 3ª del artículo 336 del Camilo Andrés Rojas Méndez del Proceso, acusaciones que fueron oportunamente replicadas. Como lo ha sentado esta Corporación², se abordará en primer lugar el estudio del cargo tercero que enrostra al tribunal errores en el procedimiento.

TERCER CARGO

En esta oportunidad se acusa la sentencia proferida en cuanto que, según se afirmó por el recurrente, violentó el principio de congruencia, puesto que lo definido por el tribunal, tal cual lo planteó el censor, no estuvo en consonancia con las pretensiones de la demanda. El ad quem revocó la decisión de primera instancia sin resolver la pretensión cuarta, esto es, se declarará que Juan Esteban Montoya Giraldo S.A., no objetó el reclamo de manera seria y fundada, dentro del plazo señalado en el numeral 3º del artículo 1053 del Código de Comercio, modificado por la Ley 45 de 1990.

Así mismo aseveró que ni el juez de primera instancia ni el fallador de segundo grado, analizaron las pretensiones subsidiarias, lo que implica un claro vicio de incongruencia e inconsonancia entre lo pretendido y lo fallado, vulnerando, además, los derechos del demandante al debido proceso,

2 Ver entre otras SC5473 de 2021.

acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva.

Refiere, igualmente, que no hubo ningún tipo de análisis fáctico o jurídico ni un estudio hermenéutico relacionado con las pretensiones subsidiarias de la demanda y, por ende, mucho menos hubo un pronunciamiento en relación con dichos pedimentos, de tal suerte que dicha corporación incurrió en «una grave inconsonancia», además de no haber resuelto el conflicto suscitado entre las partes.

La parte demandada, en la oportunidad debida, replicó la censura invocando la improcedencia del cargo pues no puede predicarse la desarmonía e incongruencia del fallo sólo porque se desestimaron las pretensiones de la parte actora, por cuanto lo decidido equivale, ni más ni menos, a que fueron negadas la totalidad de las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, de manera implícita por estar relacionadas con la afectación de la póliza por la cobertura del siniestro. En todo caso, agregó la accionada, el tribunal no encontró

CONSIDERACIONES

Definir un determinado conflicto, como bien se sabe, implica que el juez a cuyo cargo está la resolución del derecho controvertido acepte o niegue, total o parcialmente, según la probanza incorporada al expediente, los pedimentos del actor

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Cumple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del

4 De la Plaza, Manuel. Juan Esteban Montoya Giraldo, pág. 323. Madrid: Felipe Santiago Ospina Muñoz de derecho privado. 1944.

conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009- 85561-42-363-2000-45125)

Sin embargo, el principio en comento no puede concebirse en términos absolutos; no implica, inexorablemente, que deban resolverse todos los aspectos invocados, en cuanto que «no obliga a que exista simetría tal entre la sentencia y las dichas pretensiones y excepciones, que aquélla guarde con éstas conformidad literal. Lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigada, respetando en absoluto, como ha dicho la Corte, los hechos procesales y no alterando la causa petendi» (CSJ SC 24 de abril de 1994, GJ CXLVIII, nº 2378 a 2389, pág. 80).

En palabras diferentes, como lo ha resaltado la doctrina y la jurisprudencia patria, debe concebirse la congruencia desde una perspectiva jurídica, es decir, trátase de la pretensión o la excepción, la decisión sobre una u otra, más que gramatical o textual debe responder a un concepto jurídico; que haya identidad en el objeto debatido, independientemente de la coincidencia individualizada de lo pretendido o excepcionado o la forma como se presentó por uno u otro litigante.

Hipótesis de inconsonancia.

En esa dirección, existirá inconsonancia conforme lo ha explicado esta Corporación, entre otras sentencias en

SC1628-2016, SC3085-2017 y SC4257- 2020, cuando se configure alguna de las siguientes hipótesis:

Cuando la sentencia decida más allá de lo pedido (ultrapetita).

Cuando ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extrapetita) y

Cuando se omite fallar sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre los medios exceptivos propuestos por el demandado (citra petita).

Debe memorarse, así mismo, que por regla general o en principio, los fallos absolutorios no pueden ser objeto de reproche por la causal tercera de casación, salvo los casos en que la sentencia se profiera con sustento en hechos diametralmente distintos a los invocados por el actor⁵ y cuando se declara probada de oficio una excepción que debía ser alegada expresamente en la contestación de la demanda, a saber: prescripción, compensación y nulidad relativa a términos de lo reglado en el inciso 1º del artículo 282 del código de ritos, temática sobre la cual se ha precisado que:

«no es factible descartar que un fallo de ese linaje sea el producto de haberse declarado una excepción respecto de la cual no operaba el principio inquisitivo» (CSJ, SC007-2000, reiterada en SC166- 2006).

El caso en concreto.

En función de la resolución de la que se ocupa la Corte, en el expediente se encuentra lo siguiente:

5 Ver CSJ SC del 26 de septiembre de 2000, rad. 6388.

El a quo, en fallo de 13 de febrero de 2018 (fl. 647 C.1), entre otras cosas, determinó que:

la demandada SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. debe pagar a la SOCIEDAD MUÑOZ ECHEVERRY CONSTRUCTORA

MECON S.A., la suma de \$839.754.167-61-681-2017-42908, con cargo a la póliza de seguros No.

16688-71-411-2001-99862, por ocurrencia del siniestro amparado por la misma, pago que debe realizar dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, luego de los cuales deberá pagar intereses de mora a la tasa máxima permitida.

El ad quem, por su parte, en sentencia de 9 de abril de 2019 (fls. 16 a 31 C. Tribunal) decidió revocar dicho proveído y en su lugar optó por «declarar probada la excepción Laura Fernanda Salazar Vélez de Mecon S.A.

Camilo Andrés Rojas Méndez. Modificación Y Agravación del Estado de Riesgo y las demás que apuntan al incumplimiento del contrato de seguro por la empresa demandante». (se hace notar).

A partir del anterior texto, la recurrente adujo que la Corporación falladora no resolvió la pretensión cuarta principal, atinente a que la demandada no objetó el reclamo de manera seria y fundada, omisión que trajo consigo, según el quejoso, la generación de una obligación ejecutable por el valor de la pérdida sufrida con ocasión del siniestro amparado, por tanto, la aseguradora debió ser condenada a cancelar la suma atrás referida más los intereses moratorios. Sin embargo, si se miran bien las cosas la referida súplica tiene el carácter de consecuencial, esto es, su reconocimiento dependía de la prosperidad de otra; la relacionada con que se declarara primero que las pérdidas patrimoniales que sufrió la entidad demandada constituían siniestro, de modo que en

esas precisas circunstancias negada esta última comportaba la misma suerte para la primera.

Acumulación de pretensiones.

Según la acusación formulada, en el fallo emitido no quedaron comprendidas las pretensiones subsidiarias aducidas; por tanto, determinar si el Tribunal incurrió, en realidad, en el vicio de incongruencia, impone confrontar el trabajo y definición del ad quem con respecto a las súplicas del actor y, por consiguiente, se torna inevitable realizar ese ejercicio de contraste que permitirá concluir en la procedencia o no de la censura.

Recuérdese ab initio, que el artículo 88 del código de ritos consagra que:

El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Que el juez sea competente para conocer de todas, sin embargo podrá acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

Que las pretensiones no se excluyan entre si, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Norma cuyo texto desarrolla la denominada acumulación objetiva de pretensiones, que se consagra en cumplimiento del principio de economía procesal, en virtud del cual el demandante puede proponer frente al demandado

varias pretensiones, aunque no sean conexas, para ser tramitadas y decididas en la misma sentencia.

Acerca de la pretensión subsidiaria o eventual se ha precisado que:

Cuando el actor reclama 'una concreta tutela jurídica con preferencia (y exclusión) sobre otra', de modo que rechazada aquella, debe examinarse esta. Tratando de establecer las peculiaridades sobresalientes de la acumulación de esta clase, es preciso señalar que es posible acumular pretensiones excluyentes (lo que permite inferir que comparten varios elementos similares); que el demandante debe jerarquizar o determinar el orden en el cual el juzgador ha de examinar los pedimentos de la demanda de tal modo que éste, el sentenciador, no se encuentra compelido a estudiar todas las reclamaciones que ella contiene, desde luego que solamente podrá abordar el análisis de la subsidiaria cuando desestime la principal. (CSJ SC083-1999).

En ese orden, aparece que si se llega a negar las súplicas principales el fallador debe pasar a resolver las formuladas, de manera subsidiaria, pero, siempre y cuando éstas no estén subsumidas en las principales.

Sobre el particular recuérdese que.:

Si el funcionario judicial yerra al estimar qué fue lo pedido, su falencia se derivará del mal entendimiento que le dio al pliego, y no a una omisión o exceso en su resolución. Por supuesto que distinto es obrar bajo la convicción de que está resolviendo lo pedido cuando no es así, a no proveer o hacerlo en demasía.

En el primer evento la equivocación radica en el desarrollo intelectual del juzgador al asumir qué era lo demandado, es decir, una falta de juzgamiento. En el segundo, se trata de un olvido o de una exageración en la determinación, esto es, un extravío en su proceder. (CSJ SC16516-2015)

En el caso bajo análisis, respecto de las pretensiones denominadas como principales y subsidiarias se advierte que, si bien algunas son idénticas, también existe otra que difiere de lo pedido de manera principal.

En efecto, la primera pretensión refiere a la declaración de la existencia del contrato de seguro; se solicitó tanto en las pretensiones principales como en las dos subsidiarias, cuya prosperidad fue negada en primera instancia. Respecto de este pronunciamiento en el recurso de alzada nada se dijo; se guardó total silencio. Igual situación ocurre con la pretensión tercera en la que se solicita se declare en los términos del artículo 1131 del Código de Comercio, que las pérdidas patrimoniales sufridas los días 11 y 12 de julio de 2010 en el proyecto «María Paula Quintero Restrepo II Etapa» constituyen un siniestro amparado por la póliza No. 1540 – 88913-23-508-2001-30403; que la objeción formulada por la demandada no resultó seria y fundada, las que corresponde a la pretensión cuarta principal y subsidiaria, peticiones que fueran negadas por el ad quem al considerar que:

MECON omitió dar cumplimiento estricto al estudio de suelos que presentó a Camilo Andrés Rojas Méndez S.A. para adquirir del (sic) la póliza, lo que resulta indispensable para exigir cobertura del siniestro, de lo contrario, cualquier reclamación sin la observancia de dicho estudio sin reporte consentido por la aseguradora lo excluye del seguro. (C. Tribunal, fl. 30 exp. Digital).

Respecto a la pretensión tercera de las segundas pretensiones subsidiarias, en la que se pide que se declare que Diana Carolina Cárdenas Mejía incumplió el

contrato de seguro «al negarse sin sustento técnico o legal alguno, a pagar al demandante los valores causados por el siniestro» al romperse podría pensarse que se trata de una súplica que no fue resuelta ya que no existe un pronunciamiento explícito, pero si se miran bien las cosas no era necesario dado que a partir de las deducciones que realizó el ad quem sobre que Mecón era un contratante incumplido se cerraba cualquier debate sobre la responsabilidad contractual de la demandada.

En conclusión, la falta de congruencia alegada no se configuró, puesto que la decisión del fallador de segunda instancia abarcaba todas las pretensiones incoadas.

PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial al haberse aplicado de manera indebida «al parecer» las normas que regulan el proceso declarativo, en especial del artículo 2347 del Juan Esteban Montoya Giraldo, los artículos 1079, 1080 del estatuto mercantil y los artículos 164, 167, 206 y 280 del Juan Esteban Montoya Giraldo del Proceso, debido al error de derecho en que se incurrió por el Tribunal, en la valoración de ciertas pruebas aportadas al expediente, particularmente por suponer que la sociedad demandante omitió dar cumplimiento estricto al estudio de suelos que presentó a Felipe Santiago Ospina Muñoz S.A., para adquirir la póliza, lo que resulta indispensable para exigir cobertura del siniestro, sin que ella, realmente, estuviera siquiera acreditada.

Refiere que la Corporación de segundo grado quebrantó los artículos 165 y 166 del Juan Esteban Montoya Giraldo del Proceso,

habida cuenta que le dio total credibilidad a lo manifestado, en su declaración, por el geólogo María Paula Quintero Restrepo y el ingeniero Diana Carolina Cárdenas Mejía, amén de desconocer lo referido por los demás testigos y que, incluso, no coincide con las demás declaraciones practicadas, agregando, que ni siquiera su jefe consideró dicho informe y si lo examinó, no tomó ninguna decisión al respecto.

Sostuvo que el testimonio de los ingenieros civiles Diana Carolina Cárdenas Mejía del Río, Felipe Santiago Ospina Muñoz y Diana Carolina Cárdenas Mejía nunca fueron tachados de sospechosos por parte de Camilo Andrés Rojas Méndez y que no existe prueba que tenga vínculo laboral con Mecón, lo que constituye un manifiesto error de derecho, alusivo a la suposición de la prueba de la relación de subordinación.

Ataca, igualmente, el informe rendido por María Paula Quintero Restrepo como ajustador designado por la demandada, toda vez que la función de éste era la de examinar el siniestro ocurrido los días 11 y 12 de julio de 2010, encargo que realizó tiempo después de superado el fenómeno de inestabilidad, de suerte que se puede afirmar que el informe «se soportó en hechos sin verificación ni conocimiento directo».

La parte demandada replicó el cargo argumentado que no hubo prueba que no fuera analizada o a la cual se otorgara un contenido diferente y «lo que realmente reprocha el extremo actor es que no se encuentra de acuerdo con la interpretación, que, respecto a las pruebas, valoradas en su conjunto, otorgó el tribunal, lo cual demuestra la intención de dar apertura a una tercera instancia».

CONSIDERACIONES

Violación indirecta de la ley sustancial.

El numeral 2° del artículo 335 del Diana Carolina Cárdenas Mejía del Proceso prevé como causal del recurso extraordinario en comentario «la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba», que describe, de manera autónoma, los vicios del juzgador atinentes a la labor probativa, ya refiera a errores fácticos o jurídicos.

Ciertamente, la violación por la vía indirecta de la norma sustancial puede provenir de un desliz de hecho o un yerro de derecho. La primera hipótesis ocurre cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio de prueba o cuando realiza la interpretación de manera errada del acervo probatorio existente, es decir, suprime o supone, total o parcialmente la existencia de un elemento de juicio; la segunda posibilidad, atañe a las pifias en materia jurídica, pero, por supuesto, vinculadas a los medios probatorios. Se estructura cuando realiza la valoración del medio de convicción sin atender la normativa sobre el particular o exige para la acreditación de un hecho un medio de prueba en particular sin que la norma así lo establezca.

Pero, independientemente, de la equivocación del juzgador al momento de proferir el fallo, lo cierto es que los errores en que haya podido incurrir, a los ojos del recurso

extraordinario, no pueden fusionarse o mixturarse, tal cual lo ha establecido, de manera permanente y reiterada, la jurisprudencia de esta Corporación. Cada yerro debe perfilarse de manera autónoma e independiente y, por tanto, cuando de los errores de hecho se trata, se demostrarán y, además, se precisará su trascendencia. Cuando se alude a los de derecho, habrá de señalarse en qué se desvió el juzgador e indicar la norma probatoria desconocida, así como la forma en que se llegó a su vulneración. En reciente pronunciamiento, la Corte dijo:

En efecto, se han reiterado por la jurisprudencia en forma constante las claras diferencias existentes entre el error de hecho y el de derecho. Así, se ha señalado que ‘la impugnación en casación por violación indirecta de normas sustanciales debe diferenciar el error de hecho y el de derecho, pues el primero se refiere a equivocaciones del juzgador en relación con la materialidad de las pruebas, en cuanto las ignora o las supone, o en cuanto cercena o adiciona su contenido, mientras el segundo, alude a yerrores en la aplicación de las normas legales reguladoras de su admisión, práctica o eficacia, esto último por asignarles un mérito que la ley no les atribuye o por desconocerles el que la misma les reconoce.

‘Sobre este tema, la Sala ha puntualizado ‘que en el campo de la casación, el error de hecho y el de derecho, ‘no pueden ser de ninguna manera confundidos’, pues aquél ‘implica que en la apreciación se supone o se omitió una prueba’, mientras que éste parte de la base de ‘que la prueba fue exacta y objetivamente apreciada pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia’ (sentencia 187 de octubre 19 de 2000, exp. # 5442); esta diferencia permite decir que ‘no es admisible para la prosperidad del cargo en que se arguye error de hecho, sustentarlo con razones propias del error de derecho, ni viceversa, pues en el fondo implica dejar enunciado el cargo, pero sin la sustentación clara y precisa que exige la ley; y, dada la naturaleza dispositiva del recurso de casación, le está vedado a la Corte escoger a su libre arbitrio entre uno y otro yerro’ para examinar las acusaciones.. (Sentencias 077 de 15 de septiembre de 1998, exp. # 4886; 112 de 21 de octubre

de 2003, exp. # 7486; entre otras, sentencia de 23 de abril de 2009, Exp. 94467-32-239-2017-26391, CSJ, AC del 15 de enero de 2014, Rad. n.º 97604-14-349-2002-56845, reiterada en SC 2499 de 2021).

Pero no solamente ese compromiso asume el impugnante, en cuanto que, los cargos, igualmente, deben atacar todos los fundamentos aducidos por el ad quem, so pena de ser incompletos, puesto que la acusación: debe abarcar todos los fundamentos torales de la decisión, pues si se soslaya alguno, con entidad suficiente para sostenerla, esto, por sí, relevaría a la Corte de cualquier estudio de fondo. En esencia, porque con independencia del juicio del Tribunal, los argumentos basilares no confutados seguirían amparados por la presunción de legalidad y acierto (CSJ AC6285-2016 y CSJ AC5397 de 2021).

En reciente oportunidad, la Corte, sobre el particular, ha expresado: la integralidad o completitud impone al casacionista que los reproches enarbolados sean simétricos a las premisas del fallo cuestionado, de suerte que las controvierta en su integridad. Lo anterior, puesto que los fallos de instancia están revestidos de las presunciones de acierto y legalidad, siendo deber del promotor derruir sus fundamentos integralmente CSJ, AC222, 3 oct. 2006, rad. n.º 45876-23-957-2013-69504. 2 Cfr. CSJ, AC4243, 30 jun. 2017, rad. n.º 30530-65-551-2013-39759. Radicación n.º 29148-93-794-2002-76897-01 17 para que se quede sin el andamiaje requerido para su soporte y se imponga su anulación. En caso contrario, la resolución se apoyará en las bases no discutidas y conservará su valor jurídico, siendo inocuo el estudio del escrito de sustentación (CSJ AC760 de 2020).

En igual sentido la Corte en SC, 18 ene. 2010, rad. n.º 71589-91-169-2031-72799 preciso que: En tratándose de un cargo montado por vía indirecta, en el que le endilgue al sentenciador la comisión de errores de derecho, el censor no sólo ha de citar las normas de disciplina probatoria que

estime infringidas sino, además, sustentar cómo ocurrió ese quebranto.

El cargo formulado.

En este cargo tres son los aspectos que reprocha la demandante: el primero, refiere a la imparcialidad de unos testigos; el segundo, a la credibilidad de otros; y, el tercero, al informe técnico suscrito por el ingeniero Diana Carolina Cárdenas Mejía.

Dijo el censor que los testimonios de los ingenieros civiles Camilo Andrés Rojas Méndez del Río, Camilo Andrés Rojas Méndez y Diana Carolina Cárdenas Mejía no fueron tachados de sospechosos por parte de Felipe Santiago Ospina Muñoz y no existe prueba de su vínculo laboral con Mecón, lo que constituye un manifiesto error de derecho, alusivo a la suposición de la prueba de la relación de subordinación.

La recurrente, en este punto, incurrió en un defecto de técnica que sería suficiente para desechar la acusación. La casacionista entremezcló los dos tipos de errores que configuran la violación indirecta, prevista en la causal segunda de casación, sin tener en cuenta, como se advirtió precedentemente, que entre unos y otros existen diferencias esenciales, atendiendo que son autónomos e individuales.

La eficacia disminuida.

Ahora, en lo referente a la «eficacia disminuida», respecto de la declaración de María Paula Quintero Restrepo del Río, Camilo Andrés Rojas Méndez y María Paula Quintero Restrepo, de haberse incurrido por

parte del Tribunal en algún error, el mismo responde a un desvío de hecho como así lo ha precisado la Corte, pues afecta la materialidad de la prueba.

Sobre este tópico, la Corte ha explicado que:

cuando el Tribunal deja de ver que un testigo es sospechoso, siéndolo, comete error de hecho porque deja de observar una circunstancia que atañe con la objetividad de la prueba que incide en su valoración (...)’6. En otras palabras, porque ‘(...) si lo que en último resultado decrece el valor de un testimonio no es la sospecha

en sí misma sino el cariz intrínseco de su declaración (...), el eventual error que se plantee no puede ser el de derecho, toda vez que es inevitable acudir entonces a la materialidad misma de la probanza (...). (CSJ SC, 19 de septiembre de 2001, expediente 6624; de 9 de septiembre de 2011, expediente 00108; y de 31 de julio de 2014, expediente 01147).

Así mismo ha referido que:

Juan Esteban Montoya Giraldo ya ha tenido oportunidad de puntualizar que 'la calificación que de las condiciones de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, coherentes, contradictorios, o por el contrario, responsivos, exactos y completos; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica es cuestión de hecho y que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desarrollo al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho. (CSJ SC, 25 de febrero de 1988, reiterada en CSJ SC171-2006)

De manera que se invocó el error de derecho para tratar de derribar los argumentos del Tribunal relacionados con la imparcialidad de los testigos, cuando corresponde a un típico caso de error de hecho, emergiendo evidente el yerro de técnica advertido.

6 CSJ SC057 de 18 de mayo de 2000, expediente 5836.

Y si bien resulta desafortunado que el ad quem hubiese supuesto la prueba relacionada con la naturaleza del vínculo de los ingenieros civiles Camilo Andrés Rojas Méndez del Río, María Paula Quintero Restrepo y Diana Carolina Cárdenas Mejía, con la sociedad demandante, pues, en verdad, el contrato de prestación de servicios que tenían los citados profesionales no podía catalogarse como tal, puesto que la relación laboral implica la existencia de la subordinación, entre otras exigencias, como así lo ha reiterado la jurisprudencia:

ha reconocido que la subordinación jurídica es de la esencia del contrato de trabajo, de manera que la ausencia de ella, da lugar a la configuración del contrato de naturaleza civil donde se refleja autonomía e independencia en la prestación del servicio. De esta manera la autonomía e independencia propia de la vinculación de naturaleza civil es diferente, porque en esta el contrato se inspira en la igualdad formal de las partes, mientras que en el contrato de trabajo, rige la primacía de la realidad, acorde con las condiciones reales de la prestación del servicio⁷.

Pero, al margen de tal circunstancia, el cargo resulta, además, incompleto y, por tanto, según se delineó en párrafos anteriores, deficiente en su formulación lo que compromete su idoneidad. La eficacia disminuida, tal cual se expuso por el recurrente, se cimentó en tres aspectos: el vínculo laboral, la participación en el proyecto y la posible responsabilidad en malas prácticas, sin que estas últimas condiciones hubieran sido objeto de ataque.

Luego, aceptando que el fallador colegiado incurrió en el yerro a él endilgado, la decisión atacada se mantendría

7 Diana Carolina Cárdenas Mejía y otros. María Paula Quintero Restrepo del Trabajo, análisis histórico – crítico, pág. 54 (completar editorial y año).

puesto que no fueron atacados todos sus pilares. Parte de la argumentación del sentenciador quedó incólume y, por ello, en los asuntos libres de reproche la sentencia mantiene su vigencia.

Es preciso recordar, que el juez como destinatario de la prueba, tiene el compromiso de desplegar su actividad tendiente a determinar la fuerza de convicción de los testimonios. En ese sentido el artículo 211 del código de ritos, reza que:

Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso. (se hace notar).

Por ello, el legislador radicó en cabeza del juzgador la función de evaluar si los testigos presentan circunstancias que afecten la fuerza probatoria de su declaración, sin que se requiera, en estricto, que la contraparte formule la tacha de sospecha, pues, independientemente, de esa eventualidad, el juzgador, al momento de realizar la valoración de la prueba debe verificar si existe o no alguna circunstancia especial que afecte ese medio de prueba.

La doctrina⁸ ha precisado que en la valoración de los testimonios «en primer lugar el juez debe examinar si se han cumplido

8 Camilo Andrés Rojas Méndez. Teoría de la prueba y medios probatorios. Rubinzal – Juan Esteban Montoya Giraldo, cuarta edición, 2015, pág. 331.

los requisitos formales (...) luego habrá de analizar las condiciones personales del testigo y su idoneidad, así su amistad íntima con alguna de las partes; por último, corresponderá al juez la crítica de la declaración en sí».

A su turno, la Camilo Andrés Rojas Méndez en control de constitucionalidad del artículo 217 del Código de Felipe Santiago Ospina Muñoz, pero que mantiene toda la vigencia precisó que:

En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material. (Sentencia C-60465-70-781-2011-79537).

De manera que, la decisión del ad quem de darle «eficacia (...) disminuida» a los testimonios de Laura Fernanda Salazar Vélez del Río, Juan Esteban Montoya Giraldo y Camilo Andrés Rojas Méndez en razón de «su misma participación en el proyecto, viéndose también comprometida sus responsabilidades profesionales en lo que les compete» (fl 29 vto C. Tribunal), si bien lo exiguo del argumento del Tribunal, dicho proceder se enmarca dentro de las facultades del juzgador al momento de valorar las pruebas y que es de su discreta autonomía, luego, salvo que haya incurrido en una vía de hecho o equivocación protuberante, esa discrecionalidad debe respetarse en el recurso de casación.

En lo que corresponde a las declaraciones del geólogo Diana Carolina Cárdenas Mejía y del ingeniero Laura Fernanda Salazar Vélez, el casacionista no indicó en que consistió la vulneración que endilga al ad quem de las normas probatorias, como lo exige el numeral 2º del artículo 336 del Camilo Andrés Rojas Méndez del Proceso, toda vez que, el hecho que éstos en su condición de funcionarios públicos rindieran informe y la entidad en la que laboraban se abstuviera de dar inicio a trámite sancionatorio, no le resta credibilidad a la versión que dieron en el curso del proceso sobre los hechos ocurridos en la construcción que realizaba la demandante, pues, lo cierto, es que aquellos visitaron la obra antes del deslizamiento y una vez ocurrido este; por lo que su narración corresponde a lo por ellos percibido, tornándose al respecto incompleto el cargo.

No debe perderse de vista, itérase, que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación conlleva el cumplimiento de ciertos requisitos que han de observarse por quien invoca sus beneficios; tal situación impone al recurrente avenirse a las reglas propias de cada causal, conforme al numeral 2 del artículo 344 del Juan Esteban Montoya Giraldo del Proceso, comportando que respecto de cada cargo «la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa», sin que sea labor de la Corte suplir las falencias, debilidades o vaguedades que allí se generen.

En cuanto al tercer aspecto abordado en la censura, atinente a que «el a-quem (sic) omitió el contenido del dictamen o análisis técnico elaborado por el ingeniero María Paula Quintero Restrepo», bajo el argumento que no se analizó el que la experticia

haya sido objeto de estudio pasado año y medio de la ocurrencia del siniestro, y que cuando fue contratado ya había sido «superado todo el fenómeno de inestabilidad y nada había que observar con relación a él», debe

advertirse que el Tribunal se refirió expresamente al tema de la producción del informe final realizado por el ajustador al estimar que:

Aunque la demandante cuestione que el informe presentado por el ingeniero Diana Carolina Cárdenas Mejía carezca de credibilidad porque emitió el concepto nueve meses después de lo sucedido cuando ya se habían ejecutado obras para superar el deslizamiento, lo cierto es que el informe observó todo el material fotográfico y de planos, estudios y cálculos radicados en las curadurías, amén que desde la primera visita al proyecto el 16 de julio de 2010 por los ajustadores de la Diana Carolina Cárdenas Mejía nombrados por la Aseguradora, constataron que se realizaron cortes con altura aproximada en 9 metros siendo que conforme el estudio de suelos debían ser de 3 metros.

En esa dirección, no puede pretenderse por el recurrente que sólo quienes presenciaron el deslizamiento puedan dictaminar sobre sus causas, habida cuenta que la eficacia probatoria de los conceptos técnicos está determinada es por el proceso lógico que realiza el experto atendiendo para ello la aplicación de los principios y fundamentos de su ciencia a los hechos que le son puestos en conocimiento, y en el presente asunto las bases del concepto emitido por el ingeniero Charry no fueron controvertidas, menos infirmadas.

En otros términos, cuando el juzgador haciendo uso de su poder discrecional de apreciación, tiene por demostrado un determinado hecho más bien que otro, no puede decirse que se incurrió en error de hecho trascendente, porque el yerro

de esta clase ha de ser evidente y esa evidencia no se configura cuando el Tribunal, sin violentar la lógica, deduce del contenido de la prueba la conclusión que acoge. Ha de respetarse el razonamiento que bajo la presunción de acierto se ampara en el marco de la autonomía que al fallador de instancia reconoce la ley, y que, por tanto, no puede ser variado a través del recurso extraordinario. La discrepancia en el proceso valorativo de una determinada prueba no es suficiente para fundar, idóneamente, una acusación a través de este especial mecanismo.

Agravación del riesgo e incumplimiento de garantías.

Estima la Sala necesario hacer algunas precisiones conceptuales respecto de la agravación del estado del riesgo y el incumplimiento de garantías, ya que parecería que en el fallo proferido por el ad quem se confunden tales conceptos.

Ciertamente, durante el desarrollo del contrato el asegurado o tomador debe mantener el estado de riesgo y declarar su agravación, que supone en estricto sentido una carga de información que consiste en «trasmitir al asegurador, oportunamente, las agravaciones no previsible s del estado del riesgo o su cambio de lugar y cuya infracción genera efectos alternativos según las circunstancias»⁹.

En sentencia SC-94765-27-783-2019-96598 sobre el tema en estudio, está Corte dijo:

9 J. Camilo Andrés Rojas Méndez. Teoría general del seguro. El contrato. Laura Fernanda Salazar Vélez, 1984, pág. 330

Por consiguiente, así se sirvan de algunos vasos comunicantes, es menester distinguir diáfana y paladinamente los institutos de la 'declaración del estado del riesgo' y de la 'agravación del estado del riesgo', los cuales hunden sus raíces, in tempus, en momentos bien diferenciados, a lo que se aúna su específico y divergente rol, lo que explica el tratamiento sustantivo que, ministerio legis, el legislador les ha otorgado. No en vano, el primero de ellos se engasta en la etapa de formación del contrato (iter contractus), al paso que el segundo, un arquetípico posterius, se anida en la etapa negocial subsiguiente, la relativa al desenvolvimiento o desdoblamiento del negocio jurídico aseguraticio. De ahí que el primer inciso del artículo 1060 del estatuto mercantil vernáculo, en lo pertinente, impere que los hechos o circunstancias que deben comunicarse al asegurador, son aquellos que 'sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato' (subraya original).

Y en sentencia SC5327-2018 refirió que:

En otras palabras■si el tomador oculta información en la fase inicial■esa situación se zanja por la senda de la nulidad relativa, como se anticipó■pero si se presenta en un momento posterior■ ya no es la invalidez la que gobierna la situación■si no la terminación del contrato, como lo consagra el canon 1060 del C. Co.

El estatuto mercantil consagra en el artículo 1060, la conservación del estado del riesgo y la notificación de los cambios ocurridos durante la vigencia del contrato, consagrando el inciso 1° que el asegurado o tomador están obligados a mantener el estado de riesgo, y radica en su cabeza la notificación por «escrito» de «hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato» que impliquen «agravación del riesgo o variación de su identidad local».

El seguro, como cualquier contrato, radica en cabeza de los contratantes derechos y obligaciones; resaltándose que a

cargo del asegurado se encuentra la carga de cumplir con las garantías, conforme lo prevé el artículo 1061 del Código de Comercio que reza:

Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

De donde surge la existencia de dos tipos de garantías: la carga que debe cumplirse coetáneamente a la celebración del contrato y aquellas que surgen con posterioridad al mismo, pero en todo caso deben ser cumplidas, previamente, a la perfección del contrato y/o ocurrencia del siniestro, según el caso, «sea o no sustancial respecto del riesgo».

La doctrina¹⁰ ha precisado que:

el cumplimiento de las garantías es una obligación muy importante de la parte asegurada, y su incumplimiento puede determinar la nulidad del contrato cuando se trate de garantías que deben cumplirse coetáneamente a la celebración del mismo, o la terminación del contrato, cuando se trata de garantías que deben ser cumplidas y se incumplen con posterioridad.

10 Camilo Andrés Rojas Méndez. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro, pág. 74.

Temática que no ha sido ajena a esta Corporación, sobre la cual ha manifestado que la garantía¹¹:

puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado, dependiendo de los términos en que haya sido acordada por las partes. En desarrollo del principio de interpretación consagrado en el artículo 28 del C.C., las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, luego, el adjetivo “sustancial”, utilizado por el legislador en el artículo 1061 del Código, significa “que constituye lo esencial o más importante de algo”¹².

Así, la garantía será sustancial al riesgo si se exige como presupuesto determinante -o basilar- de la asunción de éste por parte del asegurador e, insustancial en caso contrario, en el que podría exigirse, entre otros cometidos, con la confesada y precisa misión de preservar el equilibrio técnico que, respecto de la relación aseguraticia, en línea de principio rector, debe existir entre el riesgo y la prima, sin que por ello esta exigencia se torne anodina o estéril, como quiera que la ausencia de sustancialidad, de plano, no quiere denotar trivialidad o nimiedad, expresiones de suyo divergentes.

En lo que tiene que ver con las garantías en el contrato, obran las siguientes estipulaciones:

CLAUSULAS DE GARANTÍA SEGÚN INFORME DE INGECON 64341

PARA LOS EFECTOS Y CON EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1061 DEL CÓDIGO DEL (SIC) COMERCIO QUEDA EXPRESAMENTE DECLARADO Y CONVENIDO QUE ESTE SEGURO SE REALIZA EN VIRTUD DEL COMPROMISO QUE ADQUIERE EL ASEGURADO QUE DURANTE SU VIGENCIA CUMPLIRA CON LAS CONDICIONES ABAJO MENCIONADAS. EL INCUMPLIMIENTO DE ESTE COMPROMISO O GARANTIA DA LUGAR A LAS SANCIONES QUE ESTABLECE EL ARTICULO MENCIONADO.

(...)

11 CSJ SC191-2002.

12 Diccionario de la Laura Fernanda Salazar Vélez

CUMPLIMIENTO DE DISEÑOS¹³

CUMPLIR TODAS LAS RECOMENDACIONES Y ESPECIFICACIONES PRESENTADAS POR EL ESTUDIO DEL GEOTECNISTA Y EL DISEÑO DEL INGENIERO ESTRUCTURAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA.

(...)

SEGUIMIENTO CONSTANTE EN OBRA

SE DEBE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES DE DISEÑO Y RECOMENDACIONES DEL ESTUDIO DE SUELOS, EJECUTANDO DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DE LA OBRA COMITES TECNICOS PERIODICOS EN LOS CUALES SE EVALUE EL CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS (...). Y QUE SE LE INFORME OPORTUNAMENTE SOBRE LOS CAMBIOS SUSTANCIALES EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS A NIVEL DE EXCAVACIÓN Y ESTABILIDAD DE TALUDES A SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

A su turno, en las condiciones generales se estipuló que:

CONDICIÓN DECIMAPRIMERA GARANTIAS DEL ASEGURADO.

11.1 El asegurado tomará todas las precauciones razonables y cumplirá con todas las recomendaciones indicadas por la Aseguradora y para prevenir cualquier pérdida o daño cubierto bajo la presente póliza.

(...)

11.3 Laura Fernanda Salazar Vélez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1060 del código de comercio notificará a la Aseguradora toda circunstancia que signifique agravación del riesgo y que, en el momento de suscribir este seguro, no era conocido ni podían ser conocido por la Aseguradora.

13 Fl. 58 C.1.

Cuando se gestionó por parte de la Constructora el otorgamiento del seguro y la consecuente expedición de la póliza, se allegaron, entre otros documentos, el que se denomina «CARACTERIZACIÓN GEOFISICA, GEOLOGICA Y GEOTECNICA LOTES F6 Y F7 LA MORELIA ETAPA VI URBANIZACIÓN MORELIA PROYECTO CERRO CRISTALES SANTIAGO DE CALI»¹⁴ dentro de las conclusiones y recomendaciones se indicó que:

Para efectos de la excavación los análisis de estabilidad muestran que los taludes verticales con altura no mayor a 3.00 mts son estables a corto plazo. Los taludes con altura de hasta 7.00 mts son estables con inclinación 1H a 1.5V a largo plazo.

(...)

Los taludes serán confinados con muros de contención. En donde este confinamiento no se presente los taludes deben dejarse con inclinación a 45°.

En el «ESTUDIO DE SUELOS PROYECTO CERRO CRISTALES LOTES F6 Y F7 URB. LA MORELIA SANTIAGO DE CALI» en el ítem

«RECOMENDACIONES GENERALES» 15, en el numeral 12.3 se indicó que: «Se requiere la construcción de canaletas y zanjas de drenaje para atenuar el efecto erosivo del agua lluvia sobre los taludes y zonas verdes».

En la comunicación dirigida por Diana Carolina Cárdenas Mejía, en su calidad de Gerente de la Juan Esteban Montoya Giraldo y Camacho, ajustador designado por la Aseguradora, a Entidad Financiera Solaris Uno S.A.16 se extracta lo siguiente:

Según lo estipulado en el estudio de suelos suministrado a Camilo Andrés Rojas Méndez durante el proceso de suscripción del seguro, los cortes temporales en el terreno no tendrían una altura superior a 3 metros. Sin embargo, de acuerdo con lo apreciado en el sitio de obra, se realizaron cortes con altura aproximada de 9 metros.

14 Fl 82 y s.s. C.1 exp. Digital.

15 Fl 131 C1 Exp. Digital.

16 Fl. 150 C.1 exp. Digital.

Teniendo en cuenta lo anterior, se requiere el suministro de la siguiente información:

Copia de la modificación al estudio de suelos original que en su momento presentó el ingeniero de suelos, en el cual quedó consignada la modificación al proceso constructivo.

Memorias de cálculo correspondiente al nuevo corte de 9 m de altura.

Confirmar si esta modificación al proceso constructivo fue informado a Diana Carolina Cárdenas Mejía, suministrando copia de la comunicación correspondiente.

Laura Fernanda Salazar Vélez denominado «Juan Esteban Montoya Giraldo de las causas del movimiento en masa ocurrido durante la construcción de la segunda etapa del proyecto» realizado por Diana Carolina Cárdenas Mejía, con fecha diciembre de 2011, se concluyó que dos situaciones implicaban cambios en el riesgo.

Una primera, atinente «a la alternancia entre trincheras y cuñas de tierra, permitió por algún tiempo, mantener estables los taludes verticales, pero la cercanía de los taludes de la excavación para los muros de contención con el talud superior de la obra colindante con la vía de la calle 10 oeste, generó una compleja situación de inestabilidad general de los taludes inferiores, lo cual provocó movimientos de masa» situación observada el 13 de mayo de 2010 por los funcionarios del María Paula Quintero Restrepo.

Y la segunda situación que alteraba el riesgo era «el procedimiento constructivo y de excavaciones adelantado en la obra no siguió la secuencia recomendada en el estudio de suelos. La construcción de los muros mediante un sistema convencional de abajo había arriba, necesariamente implica la conformación de taludes verticales de gran altura» que conllevaba la necesidad de un estudio de

estabilidad de los taludes verticales bajo las nuevas condiciones.

Fluye de lo anterior, que el deslizamiento ocurrido en la construcción de «Laura Fernanda Salazar Vélez II Etapa» se debió al incumplimiento de las garantías pactadas en la póliza de seguros; es decir, la constructora no se avino al cumplimiento riguroso de las garantías ofrecidas y que incidían, inevitablemente, en el estado del riesgo.

Nótese, en efecto, que de las pruebas atrás referidas dan cuenta de cambios constructivos en relación con la altura de los taludes y la no realización de las obras necesarias para el manejo de las aguas lluvias, temáticas respecto de las cuales existían unas recomendaciones en el estudio de suelos que no fueron acatadas por la constructora y que en últimas fueron la causa eficiente del deslizamiento, y que constituyen un incumplimiento

contractual, ya que recuérdese que «cualquier forma de desajuste entre la prestación debida y la conducta desplegada por el deudor, sea un incumplimiento total, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío, es antijurídico»¹⁷.

Aunado a lo anterior, Mecón debió informar a María Paula Quintero Restrepo S.A. de los cambios en las medidas de los taludes, por haberse establecido una garantía sobre ese tópico, sin que en el expediente obre prueba que se hubiere dado cumplimiento a dicha estipulación aun cuando le correspondía a la parte actora allegar elementos de convicción sobre tal aspecto, no solo por recaer sobre ella la carga de la prueba al tenor de lo reglado en el artículo 167

17 CSJ SC 26 de enero de 1994, reiterada SC, 18 de diciembre de 2009.

del Diana Carolina Cárdenas Mejía del Proceso sino por la cercanía con la misma.

Recuérdese que es doctrina probable de esta Sala que:

luego de que sea establecida la existencia de un contrato válido que ligue a los contratantes, la labor del juez deberá estar dirigida a determinar... la legitimación del actor, esto es, a escudriñar si su conducta contractual evidencia que puede beneficiarse de la facultad para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios, porque tal derecho le asiste únicamente a quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo¹⁸.

De acuerdo con lo discurrido se advierte que en el presente asunto la situación ocurrida no se enmarca en una modificación del riesgo, sino que se trató de un típico incumplimiento de garantías.

Conclusión.

En síntesis, los errores de forma y técnicos en la formulación del cargo, así como la falta de acreditación de los supuestos yerrores en que se incurrió en la producción del informe técnico atrás referido, llevan a que el cargo no esté llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO

Se funda en la violación directa por aplicación indebida del artículo 1080 del Código de Comercio «como consecuencia del error de hecho consistente en que la demandada Diana Carolina Cárdenas Mejía resolvió no atender el aviso del siniestro y objeto el pago de la indemnización

18 SC, 16 jun. 2006, exp. n.º 7786.

propuesta por la Mecon mediante comunicación del 20 de enero de 2012, comunicación que se hizo por fuera de los términos del artículo 1080 del C. Co.».

Asimismo, que conforme el precepto en cita el interesado puede acreditar judicialmente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que deba esperar la negativa de la aseguradora para emprender la acción indemnizatoria.

Que la sociedad demandante presentó ante la demandada el 13 de octubre de 2011, con constancia de recibo por el destinatario el 14 siguiente la reclamación de los daños sufridos por \$538.763.647 637 486 y que la aseguradora extemporáneamente el 20 de enero de 2012, resolvió no atender la reclamación y objetó el pago de la indemnización.

Adicionalmente que la objeción no fue seria y fundada, ya que se sustentó única y exclusivamente en un estudio realizado por Camilo Andrés Rojas Méndez quien no tuvo acceso directo al lugar de los hechos.

La parte demandada en su réplica señaló que se formuló con falta de técnica, pues respecto de los presuntos yerros de valoración probatoria, no precisó cuál fue la supuesta falta de aplicación, aplicación indebida o la interpretación errónea en que incurrió el Tribunal, amén de aseverar que el ad-quem analizó las normas al

caso concreto, que conllevó un resultado ajustado a derecho, pero desfavorable al demandante.

CONSIDERACIONES

Violación por la vía directa.

El numeral 1° del artículo 336 del Camilo Andrés Rojas Méndez del Proceso, prevé como causal para la procedencia del recurso extraordinario de casación la «violación directa de una norma jurídica sustancial», la cual se configura cuando el juzgador incurre en alguno de estos supuestos: a) cuando no tuvo en cuenta las normas que regulan el caso; b) aplica una ajena al asunto, o c) a pesar de haber acertado en la selección no le dio el alcance que tenía.

Sobre el tema en estudio, la Corporación ha dicho:

Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y exégesis de la regulación que considera aplicable, con un resultado ajeno al querer del legislador (...) En tal sentido ha precisado la Corte que la 'violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 ibídem, acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace'19.

Analizado el cargo formulado se advierte que adolece de una falla técnica en su formulación, en cuanto que el recurrente incurrió en mixtura al invocar la causal primera de casación. Refirió que «como consecuencia del error de hecho consistente en que la demandada Diana Carolina Cárdenas Mejía resolvió no

19 SC, 17 de nov. 2005, rad. 7567, reiterada en SC, 15 de nov. 2012, rad. 70170-35-952-2001-92618 y SC 15214 de 2017.

atender el aviso del siniestro y objeto el pago de la indemnización propuesta por la Mecon mediante comunicación del 20 de enero de 2012, comunicación que se hizo por fuera de los términos del artículo 1080 del C. Co.».

En efecto, si bien se invocó la causal primera de casación que como es sabido se edifica en aspectos estrictamente de derecho sin extenderse a la materia fáctica o probatoria (literal a) del numeral 2 artículo 344 del Felipe Santiago Ospina Muñoz del Proceso) se reprochó de nuevo la valoración del informe técnico realizado por el ingeniero Diana Carolina Cárdenas Mejía porque, según lo argumentó el casacionista, dicho profesional no tuvo acceso directo al lugar del siniestro, y el estudio que realizó fue elaborado nueve meses después de la ocurrencia de los hechos. Esa presentación permite avizorar que se incurrió en entremezclamiento, se invocó en un solo cargo dos causales de casación, tanto la directa como la indirecta y frente al mismo fundamento normativo de manera indiscriminada (artículo 1080 del Código de Comercio). El yerro encontrado resulta suficiente para desechar el cargo sustentado en violación directa, dado que «está prohibido acumular en una misma acusación diversos ataques, así sea expresa o tácitamente, porque ello revela una acusación antitécnica habida cuenta que mezcla diversas causales, razón que basta para desecharlo en estudio de casación»20.

En ese orden, al incluir dos transgresiones diferentes en una misma censura con la finalidad que se analizara desde ambas ópticas, se desatendió uno de los requisitos formales

20 CSJ, AC8670, 16 dic. 2016, rad. N° 82066-73-606-2014-12056

contemplado en el artículo 344 del Laura Fernanda Salazar Vélez del Proceso, según el cual en la demanda deben proponerse los cargos contra la sentencia recurrida por separado, es decir debidamente individualizados no solo en su enunciación sino también en su desarrollo, cosa que no ocurrió.

La objeción sería y fundada.

Sin perjuicio de lo anterior, aduce el recurrente que ante la extemporaneidad de la objeción debió pagarse la indemnización solicitada, para tal efecto recuérdese que el artículo 1080 del Código de Comercio, preceptúa que:

El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Juan Esteban Montoya Giraldo aumentado en la mitad.

Para lo que debe resolverse, memórese que conforme lo prevén los artículos 1077 y 1080 ejusdem, corresponde al asegurado demostrar judicial o extrajudicialmente la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de este, pero adviértase que el cargo se dirigió al segundo aspecto, y nada refirió acerca del siniestro ni como se había acreditado, a pesar de ser carga del casacionista, de lo cual se deduce que la acusación fue formulada de manera incompleta.

En lo que concierne con la objeción, bastaría resaltar que no fue seria y fundada, pues ese tema fue ajeno a la argumentación dada por el juzgador de segunda instancia al

estimar que la demandante era una contratante incumplida, pero para mayor claridad adviértase que el tema en discusión debe analizarse a la luz de lo reglado en el artículo 1053 del estatuto mercantil que enumera los eventos en que la póliza de seguros presta mérito ejecutivo contra el asegurador, debiendo poner de presente lo que señalaba para la época de los hechos el numeral 3°, precepto que fue derogado a partir del 1° de enero de 2014 conforme lo prevén el literal c) del artículo 626 del código de ritos en concordancia con el artículo 627 del estatuto en cita:

Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.

De la anterior norma se deduce que la calificación de la objeción, como sería y fundada, definía si se podía acudir a la acción ejecutiva o a la declarativa, pero en ambos casos el debate no se circunscribe a la objeción sino a todos los aspectos atinentes al contrato de seguro, pues

si la falta absoluta de objeción no elimina la posibilidad de defensa para la aseguradora, mucho menos puede predicarse tal consecuencia cuando se presenta una objeción seria y fundada en la que se expresan algunos motivos, pues aunque lo deseable es que la compañía exponga, en la medida de lo posible, todas las razones que tiene para negar el pago de una indemnización, nada impide la aducción posterior de otros argumentos que, desde luego, tendrán que ser considerados en el momento de resolver un eventual conflicto²¹.

21 CSJ SC 096 de 27 de julio de 2006, exp. 1998 0031.

Igualmente respecto de la oportunidad, adviértase que el 14 de octubre de 2011 se presentó por Mecón una primera reclamación ante la aseguradora demandada por la suma de \$682.448.785 637 486, pero ante la solicitud de revisión por esta última fue reajustada mediante escrito del 23 de diciembre de 2011, fecha a partir de la cual corre el término consagrado en el artículo 1080 del Código de Comercio, lapso que deberá contabilizarse en la forma dispuesta en el artículo 829 del estatuto en cita, que en el numeral 3° señala:

En los plazos de horas, días, meses y años, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:
(...)

Cuando el plazo sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año.

De manera que, si la reclamación definitiva se presentó el 23 de diciembre de 2011, el término para resolver vencía el 23 de enero de 2012, y la objeción se formuló el 20 de enero de ese año, esto es, dentro del término previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio, por lo que no resulta válido afirmar que la respuesta de la

aseguradora haya sido extemporánea.

3. Conclusión.

De acuerdo con lo expuesto se deduce que el ad quem no vulneró el artículo 1080 del estatuto mercantil, y en esas circunstancias el cargo no está llamado a prosperar.

COSTAS.

Finalmente, aunque la decisión es adversa a la recurrente no se impondrá condena en costas atendiendo

para ello lo dispuesto en el inciso final del artículo 349 del Juan Esteban Montoya Giraldo del Proceso, que dispone que no se impondrá la condena en estudio «en el caso de que la demanda de casación se haya suscitado una rectificación doctrinaria» la que se hizo en esta providencia respecto a la motivación que realizó el Tribunal.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Juan Esteban Montoya Giraldo de Justicia, en Sala de Felipe Santiago Ospina Muñoz, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 14 de marzo de 2019, por el Camilo Andrés Rojas Méndez del Laura Fernanda Salazar Vélez de Cali, Camilo Andrés Rojas Méndez, en el proceso que se dejó plenamente identificado al comienzo de este proveído.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

HILDA GONZALEZ NEIRA

Presidente de Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO

(con ausencia justificada)

LUIS ALONSO RICO PUERTA OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Laura Fernanda Salazar Vélez

Laura Fernanda Salazar Vélez

Juan Esteban Montoya Giraldo

Juan Esteban Montoya Giraldo

María Paula Quintero Restrepo

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Laura Fernanda Salazar Vélez del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación:

FBAAB7CB28409E4DE64E87D3520A7CC35C9B426842AF707270F04BBF0C0CAB6E

Documento generado en 55683-66-583-2033-67965