

MATEO ALEJANDRO RIVERA QUINTERO
Magistrado Ponente

SC4126-XXXX
Radicación n° XXXX-31-03-040-XXXX-XXXX-01
(Aprobada en sesión de cinco de agosto de dos mil veintiuno)

Ciudad Capital, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (XXXX).

Decide la Corte el recurso de casación que Infraestructura Portuaria Delta S.A.S. -Riverport- y Comercializadora Energética Andina S.A.S. -Coquecol- interpusieron contra la sentencia proferida el 7 de mayo de XXXX por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso verbal que adelantaron a Seguros Unión Continental S.A.

I.- EL LITIGIO

1.- Mediante demanda que posteriormente reformaron, las actoras pidieron declarar que: i) entre ellas, en calidad de tomadoras, y la convocada, como aseguradora, se concertó el contrato de seguro No. XXXX, que amparó todos los riesgos inherentes a la construcción del terminal portuario de Barranquilla sobre el río Magdalena, incluidos «los daños

y pérdidas originados directa o indirectamente por errores de diseño», cuya cláusula Leg2/96 es inexistente por falta de consentimiento, mientras que las denominadas Wet Risk y Munich Re 114 y el endoso 121 son inaplicables; ii), que en la celebración y ejecución del acuerdo la llamada incumplió los deberes de obrar de buena fe y brindar información clara, al tiempo que incurrió en prácticas abusivas derivadas de su posición dominante porque incorporó exclusiones que desnaturizaron la cobertura, así como «condiciones o subjetividades... que contrarían lo determinado en el ordenamiento jurídico...»; iii) que el colapso de los pilotes 513 al 516 del eje 7 del viaducto del muelle 2 está garantizado por el convenio; y iv) que acreditaron la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

En consecuencia, reclamaron condenar a la llamada a indemnizar a Riverport el daño material que sufrió (\$4.054.586.885) y «los gastos en que incurrió para evitar [su] extensión y propagación» (\$583.302.814) (art. XXXX del C. de Co.), y a Coquecol «los incrementos en los costos de operación que tuvo que pagar...» (\$2.206.747.583), en todos los casos con intereses de mora desde el 22 de noviembre de XXXX «o desde la fecha en que se demuestre la ocurrencia y cuantía de la pérdida» hasta que se produzca el pago total (art. XXXX del C. de Co.). Además, a satisfacer las costas del proceso.

En subsidio solicitaron declarar que las mencionadas estipulaciones son ineficaces (art. 11 de la Ley XXXX de XXXX) por encontrarse en un contrato de adhesión y ser abusivas,

pues «extinguen» la totalidad de la cobertura otorgada. Reiteraron las súplicas del numeral ii) en adelante.

Como sustento de sus aspiraciones, las impulsoras refirieron que:

La Infraestructura Portuaria Delta S.A.S., constituida en XXXX, estructuró un proyecto para construir sobre el río Magdalena un puerto con dos muelles para uso de sus socios Italcol S.A. y Coquecol S.A. C.I., y el 2 de mayo de XXXX suscribió con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena un contrato de concesión para administrar una zona destinada a ese fin.

Seguros Colpatria S.A., hoy Seguros Unión Continental S.A., compañía vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, experta en la administración de riesgos, cuyas actividades son de interés público y están regidas por la Constitución Política, el Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley de Protección al Consumidor Financiero, el 25 de julio de XXXX, mediante correo electrónico que dirigió al corredor de seguros Aon Risk Services Colombia S.A., les envió el «slip de cotización» de un seguro para la obra en mención, que no contenía la cláusula denominada «Wet Risk» ni el texto de la «Leg2/96».

Igualmente, el 1º de septiembre siguiente de XXXX, cuando los trabajos ya estaban adelantados más de un 5%, les remitió la póliza No. XXXX, con vigencia del 21 de

julio de ese año al 28 de febrero de XXXX, destinada a cubrir el 100% de los riesgos inherentes a la construcción planeada (TRC), de los cuales el más importante es «[l]a ejecución de la obra en río», incluyendo el «error de diseño», incorporando cláusulas y exclusiones cuyo texto nunca les entregó, que rompieron el equilibrio contractual, con nombres en otro idioma y sin traducir, e incumpliendo sus «deberes de claridad e información» durante la celebración y ejecución del acuerdo.

Los pilotes del eje 7 del muelle 2 del Terminal Portuario Riverport se construyeron en septiembre y octubre de XXXX, pero entre el 15 de noviembre y diciembre siguientes colapsaron los números 513, 514, 515 y 516, por lo que para evitar la propagación del siniestro y proveer el salvamento de los bienes asegurados Riverport contrató y pagó los servicios de los expertos Ingetec, Stup de Colombia, Gabriel Otero y Harold Muñoz Muñoz de Ingestructuras Ltda., quienes conceptuaron que el desastre se debió a error de «diseño» y recomendaron realizar uno nuevo e incrementar el diámetro de las piezas; sin embargo, varias no pudieron ser utilizadas, como tampoco los materiales destinados a su fabricación, por lo que vendió algunos y perdió otros.

Habiéndosele solicitado por el intermediario afectar la póliza y pagarles la indemnización, acrediitándole la ocurrencia del evento dañoso y su monto, la aseguradora encargó la realización del ajuste a Stasi International Loss Adjusters, quien trabajó con Trornton Tomasasetti Inc. Con

base en el concepto que obtuvo, una vez venció el término establecido en el artículo XXXX ídem, objetó la reclamación, aduciendo falta de cobertura y exclusiones relacionadas en las cláusulas Leg 2/96 y de siniestros en serie Munich Re 114 (que limita la indemnización por pérdidas resultantes de defectos en el diseño con escala del 100 al 0%), cuyo texto es inaplicable porque no fue incorporado al contrato ni entregado posteriormente o explicado; igualmente, invocó el endoso Wet Risk 121, que no incluye el costo de reemplazar o restaurar los pilotes desplazados, desalineados o inclinados durante su construcción.

Ante la solicitud de reconsideración y el aviso de Coquecol sobre la afectación de la cobertura a los incrementos de costos operacionales (ICO) porque la obra no fue concluida en el plazo previsto, la llamada ratificó «los términos de su objeción inicial y adicionalmente, aleg[ó] que la pérdida por daño directo de la caída de los pilotes no era indemnizable por virtud de la cláusula LEG2/96, no se amparaba tampoco ni la pérdida indirecta ni el incremento en los costos de operación-ICO». Además, notificó que no prorrogaría el contrato, pese a que ya se había pronunciado en sentido contrario, y negó la entrega de copia completa del informe del ajustador.

Riverport costeó el arriendo (stand by) de los equipos necesarios para posteriormente proseguir la construcción, y el 23 de octubre de XXXX requirió a la convocada con miras a interrumpir la prescripción.

2.- Puesta a derecho la enjuiciada, mediante apoderada se opuso a las pretensiones. Afirmó que sus contradictorias fueron quienes acudieron a Aon Risk Services Colombia S.A.; que aunque el slip no incluyó el texto del endoso especial Wet Risk (riesgos por aguas marítimas y fluviales), este es público y conocido entre aseguradoras, intermediarias y firmas de ingeniería, y en todo caso se encuentra disponible en Internet y el 22 de septiembre de XXXX (luego indica XXXX) lo remitió a las tomadoras por conducto del corredor; que aceptada su propuesta emitió el seguro «de acuerdo con los términos y condiciones cotizadas» y el 28 de julio de XXXX entregó el condicionado general y particular a través del mismo gestor; que si bien «incluyó mediante endoso y sublímite una cobertura por errores de diseño», lo hizo bajo el texto Leg 2/96 que aparece en la carátula de la póliza y en el slip; que las impulsoras no incurrieron en gastos para evitar la extensión y propagación del siniestro; que diferentes firmas expertas conceptuaron que este derivó de «un error de diseño»; y que la no renovación del seguro fue decidida por sus oponentes.

Formuló las excepciones de mérito que denominó «vicio propio», no cubierto en los términos del artículo XXXX del Código de Comercio; «Ausencia de cobertura temporal», porque a la luz de los cánones XXXX y XXXX ídem el «error» ya existía cuando empezó la construcción y cobró vigencia la póliza; «Ausencia de siniestro de acuerdo con las condiciones generales de la póliza» por «tratarse de vicios pretéritos», amén

de que no es «un hecho accidental súbito e imprevisto», sino que se originó en el diseño y «la culpa del ingeniero que lo realizó», era «totalmente previsible» y «se venía gestando» desde antes; «Ausencia de cobertura provista bajo el endoso Leg 2/96», comoquiera que, aunque el error de diseño normalmente no la tiene, el asegurador puede brindarla, como aquí ocurrió, pero sujeta a «endoso con sublímite determinado» consignado en la carátula y «circunscrita exclusivamente a los daños que...pudieran causarse a...partes de la construcción distintas de aquellas erróneamente diseñadas», a lo que se suma que nunca entró a operar porque las demandantes no colmaron la «subjetividad» consistente en suministrar de manera completa «la información precisa relacionada con los diseños del terminal portuario», pese a los múltiples requerimientos, advertencias y plazos concedidos; «Ausencia de abusividad», toda vez que la precitada cláusula, «lejos de restringir, ampliaba la cobertura», siendo distinto que no lo hiciera «para todas las consecuencias de un error de diseño», teniendo en cuenta que la misma y la Munich Re 111 fueron entregadas en la fecha y forma ya indicadas; «El coste incurrido por el asegurado no corresponde al concepto de gastos incurridos para evitar la propagación del siniestro», «sino más bien de la adecuación del diseño de unos pilotes» en bodega, según lo previsto en el canon XXXX ejusdem; y «Las pérdidas reclamadas se encuentran excluidas por el endoso 121 denominado 'condiciones especiales para cimentación por pilotaje y tablestacados para fosas de obras'», que se enmarcan en el rubro aquí reclamado.

En subsidio, planteó las que denominó «Si la cobertura Leg 2/96 hubiese cobrado vigencia pero fuese ineficaz, el asegurado no tendría ningún amparo derivado de errores de diseño»; «Los costos reclamados no son consecuencia de la pérdida reclamada y/o no corresponden a la realidad», puesto que ni siquiera se le acreditaron, y el «daño directo por reemplazo del pilotaje está excluido...», amén de que no está probada la relación causal del siniestro con el stand by; e «Inexistencia de la obligación de seguros Colpatria S.A. de pagar intereses de mora» por «sustracción de materia».

Adicionalmente, las que intituló como «Ausencia de fundamento respecto de la inoponibilidad solicitada por la parte demandante en relación con el texto Leg2/96», porque no está demostrado que si la cláusula no es de recibo esa sea la consecuencia legal, máxime que no se da el supuesto taxativo del artículo 901 comercial; y «Nemo auditur propiam turpitudinem allegans», puesto que la parte «demandante incumplió con los deberes de información que le eran exigibles en su condición de consumidor financiero, así como los que se derivan de la buena fe negocial» (artículos 6º de la Ley XXXX de XXXX y XXXX del Código Civil), en la medida que aquella cláusula aparece en el slip y en la carátula de la póliza, que la aceptó sin reparos según el correo de 26 de julio de XXXX y que solo vino a revisarla cuando acaeció el siniestro.

3.- El 5 de febrero de XXXX, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá negó las pretensiones (fls. XXXX y XXXX,

cuaderno 1).

4.- Apelada la sentencia por la actora, el Tribunal la confirmó (fls. 27 y 27 y cd. anexo, cuaderno 5).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Las recurrentes no sustentaron sus reparos sobre «existencia de la conducta reticente de la asegurada» y «prácticas abusivas», por lo que no se estudiarán atendiendo a las limitaciones del artículo 28 del Código General del Proceso.

Del reproche por la falta de aplicación juiciosa de la normatividad aseguradora, surgen los siguientes problemas jurídicos, cuyo estudio lleva al examen de otros: i) si el contrato debatido «era para asumir todos los riesgos inherentes a la construcción» del puerto; ii) si la cláusula Leg 2/96 es inexistente por falta de consentimiento; y iii) si las denominadas «endoso 121, wet risk y munich re 114 relacionadas en la carátula de la póliza» eran inaplicables.

Está demostrado que la póliza TRC XXXX, vigente desde el 21 de julio de XXXX, cubrió «error de diseño» con las exclusiones «Leg 2/96», «endoso 121 y las estipulaciones wet risk y munich re 114 inmersas en la carátula...», pues, aunque estas no aparecen en la primera página, sí figuran en las posteriores y fueron ampliadas en los anexos, por lo que se colmaron los requisitos de los

artículos XXXX del Código de Comercio, 44 de la Ley 45 de XXXX y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como las Circulares externas de la Superintendencia Bancaria 007 de XXXX, Capítulo II. 1.2.1.2., y 076 de XXXX.

Mediante la cláusula Leg 2/96 (London Engineering Group), «cuya referencia única en el mercado consiste en la Redacción de Defectos-Modelo ‘Consecuencias’», el asegurador no se responsabiliza por los defectos del «plan de diseño», lo cual no desnaturaliza el contrato porque la jurisprudencia ha señalado que puede estipular el riesgo que está dispuesto a asumir, sin que se conciba que las demandantes desconocieran su alcance y significado, dado que tienen como objeto social la construcción portuaria y la ejecución de obras de ingeniería civil y que para tal fin fueron constituidas una en XXXX y la otra XXXX. Aunque «[n]o se discute que...tuvo como propósito asumir un riesgo antes del colapso de pilotes», quedó sujeta a la condición suspensiva consistente en el envío de los diseños, que solo «vinieron a remitirse de manera incompleta para el 18 de octubre siguiente antes del siniestro» (destacado original), según revelan el correo electrónico del coordinador del proyecto de las actoras y el informe de la firma Adalid.

De lo sustentado por dos peritos, el ajustador y las partes se colige «que el colapso de los cuatro pilotes ocurrió por un error de diseño», a raíz de lo que aquellos denominaron flujo horizontal de agua, que también configuró la exclusión wet risk (riesgo de agua), a lo que se suma que el «endoso

121(...) también excluyó cimentaciones por pilotaje y tablestacados para fosas de obras, por lo que no puede menos que considerarse la ausencia de cobertura».

El contrato de seguro todo riesgo en construcción (TRC), que tiene el principio de «exclusiones nombradas» porque cubre cualquier pérdida no especificada, es catalogado como de «ingeniería», lo que imponía a los suscriptores mayor cuidado a la hora de negociar, máxime si se sopesa su «calidad profesional».

La actora no desconoce que los «diseños defectuosos fueron realizados con antelación a la vigencia de la póliza», lo cual «sería suficiente para dar al traste con las pretensiones...en tanto que en este asunto no se trata de la cláusula 'claim made' o reclamo hecho, cuyas estipulaciones contractuales restringen las coberturas del seguro a los siniestros que ocurran durante la vigencia del contrato o un periodo anterior».

Las recurrentes enfatizaron que son participantes de una «relación de consumo» regulada por las Leyes XXXX de XXXX y XXXX de XXXX que invocaron en sus fundamentos de derecho, pero lo hicieron de manera genérica en la medida que «obvian precisar el abanico de artículos» y no presentaron hechos que permitan colegirlos, lo que «a estas alturas, supondría una afectación al derecho de defensa de la aseguradora demandada». Adicionalmente, la segunda normatividad no estaba vigente cuando se suscribió el

contrato examinado.

Que las demandantes son consumidoras financieras y que la opositora está vigilada por la Superintendencia del ramo al tenor del artículo 1º de la Ley XXXX de XXXX y el Decreto XXXX de XXXX, no «depara en una conducta reprochable» por «haberse redactado un clausulado de exclusiones de amparos», pues la jurisprudencia ha señalado que esto es válido, y si se aceptara que «podían desconocer temas atinentes al seguro de todo riesgo construcción, no resulta admisible que al haber contratado a dos empresas corredoras se seguros, Aon Risk Services Colombia y Santiago Vélez & Asociados (...) la primera dejara de explicarle las 'condiciones P-455 enero XXXX' que venían desde el mismo slip de cotización (...) según el cual 'no indemnizarán al asegurado los costes desembolsados para reponer o restituir pilotes o elementos de tablestacados' que se hayan 'desplazado, desalineado o ladeado durante la construcción'».

No está probado abuso de la «posición dominante de la demandada» conforme el artículo 11 de la precitada ley, «so pretexto de haberse tratado de un contrato de adhesión», no solo por la naturaleza consensual del seguro que permitía a las impulsoras «contratar con otra aseguradora» sino porque con los prenombrados intermediarios «bien pudieron disipar cualquier duda», pues con soporte en las aludidas circulares «la demandada consignó los amparos básicos y todas las exclusiones 'en caracteres destacadados o resaltados' y 'en términos claros y concisos' para los corredores 'encargados

de proporcionar a los tomadores ‘la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada’».

Tampoco puede decirse que no tenía efecto alguno, según los cubrimientos subsistentes que se destacan, debiendo ponderarse que el asegurador calcula la prima como elemento esencial (art. XXXX) con vista en el «interés y riesgos asegurables» (nums. 1 y 2 ídem), apoyado en las «notas técnicas», por lo que no puede sostenerse que está obligado a asumir cualquier amparo, pues, con las restricciones legales, ello es de su arbitrio.

Si bien las condiciones generales de las pólizas deben estar depositadas (arts. 184 inc. 1, EOSF, XXXX Código de Comercio), esa prescripción no aplica para las aquí discutidas porque eran particulares.

No puede predicarse que los «evocados preceptos debían interpretarse en favor de los demandantes» porque ello solo podría hacerse en relación con lo previsto en los artículos que enuncia el XXXX ibidem, mas no otros «so pena de ineficacia». No se discute que «por regla general, es la aseguradora ‘quien redacta...» el clausulado, pero de ello no se sigue que el otro extremo, asesorado por el intermediario «especializado en el tema» como dijo el representante legal de Coquecol, tuviera que adherirse a las exclusiones que, «en sentir de la Sala, no revisten ambigüedad...» (arts. XXXX al XXXX del Código Civil).

Frente a la responsabilidad solidaria del corredor de seguros, que los apelantes alegan por virtud de lo previsto en los artículos 5 al 7 de la Ley XXXX de XXXX y XXXX del Código de Comercio, y de la representación aparente que llevan conforme el 842 ídem, advierte el Tribunal que las dos últimas normas no aparecen en los fundamentos jurídicos y que quienes aquí obraron en esa calidad no fueron demandados.

En cuanto a que el a quo desconoció el artículo XXXX del C. de Co., que impone al asegurador entregar la póliza en original, redactada en castellano y firmada, debe decirse que esa obligación «como se deduce del inciso 2º del evocado precepto, es para ‘fines exclusivamente probatorios’». Tampoco puede sostenerse que sus conclusiones «estuvieron alejadas de la normatividad que regula la materia» o que no apreció las pruebas conforme el artículo 176 del Código General del Proceso, en la medida que se apoyó en los peritajes, «amén de demeritar la calificación de quienes concurrieron como ‘testigos técnicos’, por no haber presenciado siniestro alguno».

Finalmente, no hay incongruencia, comoquiera que negadas las pretensiones «tendientes a la declaración de responsabilidad contractual de la demandada, ello relevaba al fallador de entrar a valorar las condenas consecuenciales».

III.- DEMANDA DE CASACIÓN

Las demandantes interpusieron oportunamente recurso de casación, el que una vez concedido por el Tribunal y admitido por la Corte sustentaron con cuatro cargos que apoyaron en las causales primera, segunda (error de hecho y de derecho) y tercera del artículo 336 del Código General del Proceso.

Los mismos serán resueltos al tenor de esta compilación, vigente cuando se formuló el ataque extraordinario (14 may. XXXX), comenzando por el cuarto que versa sobre un tema in procedendo, y conjuntados los tres restantes porque se nutren de algunas normas y argumentos en común y, en particular, insisten en pregonar la inexistencia o inoponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro sobre las que versaron las pretensiones.

CUARTO CARGO

Invocando la causal tercera de casación, denuncia

«incongruencia entre lo pedido por las impugnantes en el momento de la sustentación de los reparos a la sentencia proferida por el juez de primera instancia y lo resuelto por el ad quem, hecho que originó la violación al principio de la no reformatio in pejus», pues los tres problemas jurídicos que propuso no incluyeron «absolutamente nada de lo planteado por las recurrentes en la audiencia de sustentación de los reparos concretos a la sentencia proferida en primera instancia y que definía una solicitud de revocatoria con argumentos que se dirigían al deber de determinar si en el

proceso las demandantes habían probado haber cumplido con la obligación de entregar los diseños (subjetividades relacionadas con el amparo de error de diseño), y si la aseguradora había probado los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad (segundo inciso del artículo XXXX del Código de Comercio). Esto para determinar si tendría derecho al pago de la indemnización que estaban reclamando (artículo XXXX del Código de Comercio)».

Adicionalmente, no se tuvo en cuenta que solicitaron aplicar las normas de protección al consumidor financiero y el principio de buena fe, esto último por lo «inaceptable que la aseguradora ampare el riesgo de error de diseño y luego alegue...que no existe esa cobertura porque debe considerarse que el diseño adolece de vicio propio», así como como porque le «envió correo cancelando la póliza y luego envió razón con el corredor (correo electrónico) de que la renovaría si las demandantes renunciaban a continuar con la reclamación del siniestro».

CONSIDERACIONES

1.- La naturaleza dispositiva del proceso civil y lo previsto en el artículo 281 de la Ley XXXX de XXXX hacen que la demanda y las excepciones que propuso el demandado o que la ley ordena reconocer de oficio constituyan el marco en que se debe desenvolver la decisión de fondo de los juzgadores de instancia, so pena de que por exceso o defecto caigan en el vicio de incongruencia denunciable en casación

conforme la causal tercera del artículo 336 ibidem.

Inconsonancia que puede ser «fáctica» si el fallador incide en una «sustitución arbitraria de los supuestos aducidos por las partes en sustento de sus aspiraciones», en otras palabras, altera la causa petendi; u «objetiva», si al acoger las súplicas «peca por exceso o por defecto (extra, ultra o mínima petita)», lo que puede darse cuando «...se pronuncia sobre objeto distinto del pretendido...., o desborda las fronteras cuantitativas de lo que fue suplicado..., o deja de resolver aspectos que le fueron demandados...», respectivamente (CSJ SC 4 sept. XXXX, reiterada en SC 27 sept. XXXX, exp. XXXX XXXX 01).

Otra modalidad puede configurarse cuando en la segunda instancia el superior no se pronuncia sobre todos los reparos debidamente sustentados del apelante o, sin tener de obligación de hacerlo oficiosamente, aborda tópicos que este no cuestionó, en tanto se revela contra el principio tantum devolutum quantum appellatum.

Todo ello porque de conformidad con el estatuto ritual la formulación de la alzada no lo habilita para resolver de manera panorámica, excepto si ambas partes la proponen, sino que lo limita a «...pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley» (num. 1, art. 328 ídem).

Al respecto, en SC14427-XXXX la Sala señaló que «...la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso que, indudablemente, corresponde a una pretensión del derecho sustancial controvertido».

2.- En el sub lite, lo primero que cabe destacar del cargo propuesto es que a pesar de que se afina en la causal tercera del artículo 336 procedural y en esa medida denuncia incongruencia del fallo de segunda instancia, de manera incomprensible entremezcla una alusión a la violación al presupuesto de la no reformatio in pejus, sin advertir que está erigido como motivo autónomo de casación en el numeral cuarto íd., que se refiere a «[c]ontener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único».

No obstante, el estudio se acomete por la senda ya trazada, comoquiera que corresponde al supuesto legal citado por la censura, amén de que así desarrolló el embate.

3.- Al respecto, lo primero que cabe destacar es que al proponer los problemas jurídicos el Tribunal dejó claro que la resolución de estos llevaba a responder otros reparos del extremo apelante, de tal forma que la mera confrontación de tal anuncio con la materia de la alzada no es criterio suficiente para predicar que incurrió en la omisión que se le

achaca.

Ahora, que no examinó las alegaciones sobre «si la aseguradora había probado los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad (segundo inciso del artículo XXXX del Código de Comercio)», constituye un reproche genérico que se desentiende de que precisamente ese fue el objeto de toda la sentencia de segundo grado, en cuanto se dedicó a verificar la existencia y eficacia de las cláusulas excluyentes de obligación de Axa Seguros Colpatria de indemnizar, estableciendo su vigencia plena.

Evidentemente que semejante análisis no tenía un propósito aislado, sino que su finalidad era conocer si las promotoras tenían «...derecho al pago de la indemnización que estaban reclamando (artículo XXXX del Código de Comercio)»; solamente que como llegó a la precitada conclusión, sin duda no debía adentrarse en este último examen. En tal sentido, el propio juzgador, al referirse a similar protesta de las apelantes en relación con lo decidido por el a quo advirtió, con razón, la improcedencia de pronunciarse en torno a la demostración del siniestro y el monto de la indemnización, en la medida que no había determinado responsabilidad alguna de la llamada.

Tampoco es cierto que no se hubiese referido a los «argumentos que se dirigían al deber de determinar si en el proceso las demandantes habían probado haber cumplido con la obligación de entregar los diseños (subjetividades

relacionadas con el amparo de error de diseño», pues evidentemente lo hizo al afirmar que solo «vinieron a remitirse de manera incompleta para el 18 de octubre siguiente antes del siniestro», con base en un correo electrónico y el informe de la firma Adalid.

En lo que concierne a que el sentenciador no tuvo en cuenta que solicitaron aplicar las normas de protección al consumidor financiero, basta memorar que reconoció que las apelantes tienen esa calidad y que la opositora está vigilada por la Superintendencia del ramo al tenor del artículo 1º de la Ley XXXX de XXXX y el Decreto XXXX de XXXX. Distinto es que sostuviera que ello no «depara en una conducta reprochable» por «haberse redactado un clausulado de exclusiones de amparos (...)", pues ya no se está en el campo de la desarmonía sino de una valoración jurídico probatoria diferente a la que aquellas anhelaban.

Por otra parte, resulta intrascendente la discusión sobre la presunta mala fe de la garante al no renovar el contrato de seguro con el propósito de presionar indebidamente a las demandantes para que desistieran de las reclamaciones que formularon aquí, pues de ser cierto el hecho no logró su objetivo, como lo demuestra que el litigio llegó a esta sede. Y en todo caso, no podría adjudicársele el efecto retroactivo que estas pretenden, orientado a aniquilar cláusulas ajustadas con anterioridad.

Otro tanto puede predicarse en relación con la

excepción de mérito mediante la cual la aseguradora alegó «vicio propio», porque la estrategia defensiva posterior tampoco sirve para evaluar el ánimo con que previamente se adoptaron unas estipulaciones.

En otras palabras, la presunta mala fe que tendría el efecto de viciar tales previsiones contractuales no puede ser la desplegada mucho tiempo después de que se adoptaron, de cara al juicio que con ocasión de ellas se adelanta.

En consecuencia, no prospera el ataque.

CARGO PRIMERO

Las casacionistas denunciaron la violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 83 y 335 de la Constitución Política, 822, 842, 871, 898, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX del Código de Comercio, XXXX y XXXX del Código Civil, 29, 44 numerales 1 y 2 de la Ley 45 de XXXX, 2, 3, 5, 7 y 9 de la Ley XXXX de XXXX (Estatuto del Consumidor Financiero), 184 literales a) y b) del numeral 2 del Decreto 663 de XXXX; y por indebida aplicación, de los cánones XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX del Código de Comercio, XXXX del Código Civil, 44 numeral 3 de la Ley 45 de XXXX, 1 y 11 de la Ley XXXX de XXXX, 184 literal c) del numeral 2 del Decreto 663 de XXXX, capítulo II de la Circular Externa 007 de XXXX y Circular Externa 076 de XXXX de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Reprocharon que el ad quem no tuvo en cuenta que la actividad aseguradora es de interés público y que el principio de la buena fe, «en indisociable conexión con la confianza legítima, legalidad y probidad de los ciudadanos», «debía irrigar» toda la relación negocial. Igualmente, que no les dio el tratamiento de consumidores financieros, como «clientes» que eran, «pues la carga de informar y adecuar el contrato correspondía (...) a la aseguradora por ejercer esta una posición dominante», sino que les atribuyó la calidad de «expertos en ingeniería» y por ese hecho les impuso «de manera ilegal la obligación de conocer a la perfección esta clase de seguros», «aún a pesar de que la aseguradora no hubiera incluido dentro del contrato las exclusiones con las que pretendía limitar su responsabilidad», por lo que sin más restricciones que la suma asegurada debió reconocerles la indemnización dada la falta de información «cierta, suficiente y sobre todo oportuna» del texto de la cláusula Leg2/96; sin embargo, les impuso consultar su contenido por Internet, valiéndose de una página web que nada tiene que ver con la aseguradora y sin reparar que el texto de los contratos estandarizados debe estar publicado en su portal. Además, secundó indebidamente la tesis de su contradictora de que «como los diseños estaban defectuosos cuando se aseguró la obra, era un evento que no estaba asegurado», pues ya se había configurado el siniestro, sin advertir que al contratar no se sabía si existía o no, toda vez que, si bien por ley el vicio propio está excluido, el asegurador puede asumirlo.

Controvirtieron que no les fueran aplicables las normas

de contratos por adhesión y abuso de la posición dominante, asegurando que lo esencial es que «el contenido de las cláusulas elaboradas e impuestas unilateralmente por Axa Colpatria no pudieron ser discutidas por las aseguradas en su contenido y alcance», e incluso que si ellas inobservaron el deber de informarse no puede desconocerse la protección legal a que tienen derecho como consumidoras. También, que se sostuviera que el corredor de seguros las representaba, «cuando por expresa disposición legal no lo hace. Es solo un intermediario», por lo que «no puede decirse que la información que la aseguradora le entregara al corredor de seguros se entendía entregada al consumidor, o que la obligación de informar por parte de la aseguradora se entendía surtida a través del corredor».

Aseguraron que el ad quem no tuvo en cuenta que la cláusula Leg2/96 es inexistente por inobservancia de las solemnidades, pues ante la falta de información sobre su alcance que «pretendía limitar su responsabilidad en la cobertura del error de diseño antes de la ocurrencia del siniestro» en realidad no manifestaron su consentimiento, amén de que carecía de objeto «...por cuanto su contenido nunca se incluyó en la póliza, ni se les entregó...».

Aseveraron que tampoco aplicó los mandatos que ordenan interpretar las cláusulas ambiguas contra la parte que las extendió, pues si lo hubiera hecho «habría concluido que las exclusiones endoso 121 y Wet Risk no aplicaban al caso concreto» porque no dejan claro si se refieren al daño

sufrido durante la construcción de los pilotes o la del puerto, y «la aseguradora nunca explicó a los asegurados, y del contrato per se no podía inferirse, el término 'construcción'». Además, el artículo XXXX comercial que invocó no es una razón para omitir esos dictados.

Agregaron que inadvirtió el sentenciador que son ineficaces las cláusulas que contrarían las normas comerciales, del Sistema Financiero y la circular básica citada, en cuanto ordenan que la aseguradora proporcione al tomador las pólizas originales, redactadas en castellano, sencillas de comprender, con caracteres tipográficos «fácilmente legibles» o «destacados» que relacionen los amparos básicos y las exclusiones, comoquiera que indicó que esta entrega es para fines «exclusivamente probatorios» sin mencionar que la cláusula LEG (London Engineering Group) aparece en inglés, dando por hecho que se enteraron de su alcance porque podía encontrarse libremente en Internet. Además, que basta con que todo se encuentre contenido «a partir de la primera página» sin reparar en que la ley dice que «deben consignarse en forma continua a partir de la primera...», con la prohibición de consignar en las interiores otras exclusiones en forma distinta a la prevista en este numeral.

Finalmente, se quejaron de que el juzgador no reconociera que el intermediario y Colpatria les «dieron motivos» para entender que aquel era «el medio a través del cual esta aseguradora recibía la información de parte del

asegurado», y la eximió de toda responsabilidad.

CARGO SEGUNDO

Con apoyo en la causal segunda, error de hecho manifiesto y trascendente, las casacionistas denuncian la violación indirecta de los artículos 83 y 335 de la Constitución Política, 822, 842, 871, 898, XXXX, XXXX, XXXX,
XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX del Código de Comercio, XXXX, XXXX y XXXX del Código Civil, 1 al 7, 9 y 11 de la Ley XXXX de XXXX (Estatuto del Consumidor Financiero), 184, literales a), b) y c) del numeral 2, del Decreto 663 de XXXX, 29 y 44 numerales 1 al 3 de la Ley 45 de XXXX, Capítulo II de la Circular Externa 007 de XXXX y Circular Externa 076 de XXXX de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Puntualizaron que el dislate fáctico devino de la indebida apreciación de:

Los diseños de los pilotes, pues las pretensiones fueron negadas con el argumento de que fueron elaborados antes de la vigencia de la póliza, cuando «el hecho de que la aseguradora incluyera el amparo de error de diseño en la póliza, indicaba la voluntad de asegurar el hecho de que la construcción fallara como consecuencia de este error».

La póliza TRC8001000755, «al indicar que el contrato de seguro incluye las exclusiones Leg2/96, el endoso 121 y las estipulaciones Wet Risk y Munich Re 114», toda vez que

no contiene las denominaciones de la primera y última que, «por consiguiente son inexistentes o inoponibles a los asegurados», en tanto que las restantes no eran claras «en determinar si la exclusión se refería a que el siniestro ocurriera durante la construcción de los pilotes o durante la construcción del muelle, y por consiguiente, debía interpretarse a favor de las demandantes por ser consumidoras financieras»; del mismo modo, al no ver que, para que el amparo cobrara efecto, las «subjetividades» no precisaban la entrega de todos los diseños, por lo que una vez hicieron la correspondiente a los «muelles y viaductos (que incluían los diseños de los pilotes) operaba la cobertura de error de diseño para los muelles y viaductos».

Los peritajes y declaraciones de Julio Antonio Hurtado Gamba y Marco Germán Montenegro Pepinosa, el primero de los cuales no prueba la causa del siniestro sino el daño material, en tanto que el segundo lo critica infundadamente, pues su emisor carecía de formación financiera e imparcialidad.

El certificado de existencia y representación legal de las demandantes, en cuanto partiendo de la base de que su objeto social son actividades de ingeniería las calificó como expertas constructoras y les impuso la carga de tener mayor cuidado a la hora de negociar la póliza y conocer el alcance y significado de la cláusula Leg 2/96, sin reparar que, incluso si tuvieran esas cualificaciones, no perdían la condición de consumidoras financieras, en la medida que

«este hecho no era suficiente para acreditar su experiencia e imponerle cargas que no deben soportar por haber celebrado el contrato de seguro con una empresa vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y liberar a la aseguradora de cumplir con el deber de información y claridad».

El dictamen pericial de Adalid sobre la existencia de correos electrónicos mediante los que el 18 de octubre de XXXX entregaron los diseños de muelles y viaductos, así como las comunicaciones conforme a las cuales, en vigencia de la póliza, la aseguradora insistió en la importancia de esa remisión, la cual se haría «cuando se fueran aprobando y que nadie les dijo que no», «cumpliendo así con la que se denominó subjetividad».

Igualmente, al dejar de apreciar:

Los comprobantes de los pagos y el requerimiento con que acreditaron la pérdida por el siniestro.

La copia de la objeción de la aseguradora a su reclamación y de la solicitud de reconsideración, que habrían llevado a declarar «que las cláusulas Leg2/96 y Munich Re eran inexistentes por no estar definidas en la póliza, que las mismas eran tan confusas que ni la aseguradora pudo explicarlas en su objeción, y que los endosos 121 y Wet Risk no eran aplicables al caso particular porque el siniestro ocurrió después de que los pilotes estaban

terminados».

El informe final de ajuste realizado por Sergio Nicolás Staci que prueba que los endosos no eran aplicables

«porque la póliza no determinaba con claridad si la ocurrencia de siniestro debía materializarse durante la construcción de los pilotes o durante la construcción del proyecto luego debían interpretarse a favor de las aseguradas y como los pilotes colapsaron después de finalizada su construcción, la exclusión propuesta por la asegurada no opera».

La comunicación de Aon Risk Services de 13 de agosto de XXXX que prueba que los textos de las cláusulas Leg 2/96 y Munich Re no fueron incorporadas al slip ni a la póliza, ni se les explicó su significado antes de que el contrato cobrara vigencia.

Las declaraciones de los representantes legales de las partes, que demostraban que las impulsoras «tenían la convicción de que todas las comunicaciones se enviaban a la aseguradora a través de AON», así como que «cumplieron con las denominadas subjetividades y que se les violó el derecho a ser informadas debidamente»; que Coquecol «no era una empresa de ingeniería ni experta en construcción; que las aseguradas siempre entendieron que la póliza cubría error de diseño de la construcción; que el siniestro comprendía los pilotes que colapsaron y los que quedaron en pie que no se pudieron utilizar por estar mal diseñados»; y que Seguros Unión Continental S.A. «no actuó de buena fe cuando expidió la

cobertura de error de diseño y luego alegó, (para no pagar), que el riesgo no estaba cubierto; que la aseguradora enviaba y recibía la información relacionada con el contrato a través del corredor AON; que si se probaba el envío de los diseños se determinaría que existe la cobertura de error conforme se fueron enviando; que el texto de la cláusula podía consultarse en Internet y, que esta no estaba depositada en la Superfinanciera; el error de diseño generalmente no está cubierto pero que en este caso se había expedido pero sujeto al cumplimiento de las subjetividades».

Los testimonios de Nicolás Gallo Velásquez, Armando Velásquez Fonseca, María Cristina Canillo Visbal, Sergio Nicolás Staci y Jesús Orlando Charry López, que habrían llevado a declarar que las recurrentes no eran expertas en ingeniería, construcción o seguros, tenían la convicción de que sus entregas al corredor a su vez lo eran a la aseguradora y siempre entendieron que los riesgos por diseño estaban cubiertos; la cuantía de la pérdida y la forma como operaban contablemente; que la aseguradora y AON les dieron motivos para asumir que el medio para que la primera recibiera la información relacionada con esta póliza era mediante el corredor, así como que la misma le envió el significado de la cláusula Leg2/96 al segundo después de que inició la vigencia de la póliza, pero omitió hacerlo a ellos;

«que las cláusulas Wet Risk y Endoso 121 del contrato no eran claras respecto a su interpretación que debía dárseles y por consiguiente debía interpretarse a favor de las aseguradas (consumidoras financieras); y que los riesgos de obra en río no

tienen coberturas eficaces»; y que «los intermediarios recibieron los diseños antes de que se expediera la póliza; que era claro para los correderos que los clientes solicitaron la cobertura de error de diseño; que en la práctica los correderos se miran como si fueran representantes de la aseguradora frente a los clientes y que estos así lo entienden; y como consecuencia de ese entendimiento aplicaría las normas de la representación aparente y de protección al consumidor».

Concluyeron que, si el juzgador hubiera visto adecuadamente dichas pruebas, habría establecido que existía la obligación de indemnizarlas porque en calidad de consumidoras financieras probaron el evento dañoso, la cobertura de pilotes caídos o inservibles por error de diseño, el siniestro y su cuantía, el derecho al pago de la mora, el cumplimiento de la «subjetividad», la inexistencia de las cláusulas Leg 2/96 y Munich re por no estar definidas en la póliza ni haber recibido información sobre su significado antes de que esta entrara en vigencia, que el endoso Wet Risk no era aplicable porque las piezas no fueron desplazadas o desniveladas durante su construcción y que Colpatria no actuó de buena fe cuando canceló el contrato y luego condicionó su renovación a la renuncia de la reclamación, sin que exista pruebas que acrediten hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

CARGO TERCERO

Reprochan la trasgresión indirecta, por error de

derecho, de los artículos 83 y 335 de la Constitución Política, 822, 842, 871, 898, XXXX, XXXX al XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX y XXXX del Código de Comercio, XXXX, XXXX y

XXXX del Código Civil, 1 al 7 y 11 de la Ley XXXX de XXXX, 184, literales a), b) y c) del numeral 2, del Decreto 663 de XXXX, 29, y 44, numerales 1 al 3, de la Ley 45 de XXXX, y las circulares externas de la Superintendencia Financiera Colombia 007 de XXXX Capítulo II y 076 de XXXX.

Sostuvieron que «el Tribunal no tuvo en cuenta que, por ley, el contrato de seguro se prueba únicamente por escrito o por confesión; artículo 3 de la ley 389 de XXXX, norma de linaje probatorio que desatiende...», por lo que «[m]al puede entonces la aseguradora probar en su favor dicha limitación de la cobertura de error de diseño con la cláusula Leg2/96, pues no existe 'escrito' entregado a las aseguradas que así lo pruebe, ni confesión...», por lo que se equivocó al darle eficacia. Concluyó que «esta limitación no se prueba con suposiciones como lo hace el Tribunal en su sentencia».

CONSIDERACIONES

1.- Corresponde a la Corte determinar si el Tribunal violó directa, o indirectamente por error de hecho o de derecho, la ley sustancial al confirmar la sentencia desestimatoria de las pretensiones de las sociedades Riverport y Coquecol, quienes en calidad de tomadoras y beneficiarias de un contrato de seguro todo riesgo en construcción aspiran a que la judicatura condene a Axa

Seguros Colpatria a indemnizarles los daños que dicen haber sufrido debido a que mientras construían un puerto colapsaron los pilotes que conformaban uno de los ejes del viaducto del muelle 2 y otros quedaron inservibles por «errores de diseño», fin para el que piden declarar inexistente la cláusula Leg 2/96, inoponibles las denominadas Wet Risk, Munich Re y endoso 121, y, en subsidio, ineficaces todas.

2.- El recurso de casación no es la oportunidad para que el impugnante plantee una discusión panorámica sobre el litigio, y, en esa medida, tampoco para que la Corte la aborde y zanje, pues su objeto está constituido por la sentencia del Tribunal, cuyo combate se debe acometer con estricto apego a las causales previstas en el artículo 336 del Código General del Proceso.

Cuando la inconformidad tiene veneno en los dos primeros motivos que contempla esa norma, es decir, en la violación de la ley sustancial por la vía directa e indirecta, el segundo de los cuales se bifurca en error de hecho y error de derecho, su prosperidad precisa que los cargos con que se sustenta embisten y, efectivamente, abatan la totalidad de los argumentos del juzgador de instancia; de lo contrario, si no los controvierten o a pesar del intento no logran ese cometido, devienen intrascendentes comoquiera que la decisión se mantiene en pie al conservar, al menos, uno de sus pilares.

Al respecto, el inciso penúltimo del artículo 349 in fine

dispone que «[I]a Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutiva se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria».

Por la misma senda, la jurisprudencia ha señalado que la casación no procede cuando

(...) las omisiones endilgadas al Tribunal no [tengan] la trascendencia necesaria para aniquilar la sentencia cuestionada, pues aun cuando [sea] cierto que los instrumentos preteridos... darían cuenta de imprecisiones..., estas vaguedades no tenían la suficiente entidad para desvirtuar los elementos de convicción que sirvieron de pilar al fallo atacado (SC12241, 16 ag. XXXX, rad. n.º XXXX-XXXX-01).

3.- Las características esenciales que el ordenamiento patrio consagra para toda declaración de voluntad no son ajenas al contrato de seguro, con las notas especiales que la Constitución y la ley le imprimen en atención a su relevancia económica y social, a su naturaleza y a la calidad de las partes que intervienen.

En tal medida, la capacidad, el consentimiento libre de vicios y el objeto y causa lícitas que según el artículo XXXX del Código Civil deben confluir en cualquier negocio jurídico se erigen en requisitos sine qua non de este en particular, teniendo en cuenta que en materia comercial «[I]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil (...) serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa» (art. 822 del Código de Comercio).

En esa misma dirección, sin detrimento de otros principios generales del derecho, el de buena fe consagrado en los artículos 83 constitucional, XXXX civil y 871 mercantil «...disciplina y constituye un eje fundamental...»¹ en la materia, al punto que de los partícipes en la relación asegurativa se exige el despliegue de una uberrima bona fide².

Sin pretensiones de taxatividad, este postulado reclama del tomador, asegurado o beneficiario, de cada quien en cuanto le sea posible y competente cumplir (art. XXXX), proporcionar información veraz,

precisa y completa que permita al asegurador evaluar adecuadamente el riesgo que asume y calcular la prima; mantener el estado del riesgo; comunicar cualquier variación del mismo y no exponerse a él; declarar los seguros coexistentes; y, si se materializa el siniestro, evitar la propagación del daño³.

Y en cuanto al asegurador añade, también conlleva las obligaciones de proporcionar al tomador información suficiente, oportuna, verificable, clara, exacta y verdadera, en especial sobre los amparos básicos y exclusiones, permitiendo que este entienda a cabalidad las condiciones contractuales; y, acaecido el siniestro y satisfechas las condiciones que el beneficiario debe cumplir para reclamarle

Corte Constitucional, T-251/XXXX

Máxima buena fe

Código de Comercio, artículos XXXX, XXXX, XXXX, XXXX. XXXX, XXXX

la indemnización, pagarla completa y oportunamente⁴.

Con ese norte, el canon XXXX idem le manda que entregue al tomador, dentro de los 15 días siguientes a su celebración, «[c]on fines exclusivamente probatorios», el original del «documento contentivo del contrato de seguro», firmado y redactado en castellano, con expresión de las condiciones generales y las particulares que el siguiente precepto indica y las que acuerde con el otro extremo.

Más específico aún, en procura de dar al tomador, asegurado y/o beneficiario elementos suficientes para que pueda ejercer y demostrar sus derechos, el numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, prescribe en torno a tal documento que

a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página (...).

En consonancia con lo anterior, la Superintendencia Financiera ha señalado que Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la

Artículos 184, numeral 2, 185, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
37, Ley XXXX de XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, Código de Comercio.

información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral (Circular externa No. 007 de XXXX, Título VI, Capítulo II, 1.2.1.2.; en similar sentido, Circular externa 076 de XXXX).

Así las cosas, no obstante el carácter meramente consensual que el artículo XXXX del Código de Comercio adjudica al convenio, la ley en sentido amplio contempla un abanico de exigencias que debe satisfacer el instrumento que con ocasión del mismo debe expedir el asegurador⁵, fijando como condigna sanción a su incumplimiento la «ineficacia de la estipulación respectiva»⁶, que por supuesto solo podrá recaer en la(s) que afecte(n) al extremo que no la(s) redactó, pues no tendría sentido castigar a quien no incidió en esa práctica indebida sino que, por el contrario, resulta perjudicado.

4.- Las cambiantes y dinámicas relaciones económicas y sociales del mundo moderno reclaman y, tarde o temprano, obtienen una respuesta del Derecho mediante normas de diversa índole que el juez de instancia, una vez apercibido de la causa petendi y el petitum, debe aplicar si son pertinentes

Integrado, además, por la solicitud del tomador y los anexos que la adicionen, modifiquen, suspendan, renueven o revoquen

“La ineficacia como prototipo radical de frustración del negocio jurídico, conforme a la disposición 897 del ordenamiento mercantil, tiene lugar cuando en la ley se expresa «que un acto no produce efectos»,

consecuencia que se produce «de pleno derecho» y «sin necesidad de declaración judicial», vale decir, que es una carencia de efectos que acontece de manera plena y absoluta, sin que sea menester pronunciamiento del juez, quien a lo sumo podrá reconocer los presupuestos y secuelas de dolencia negocial semejante” (CSJ SC4659-XXXX).

para la solución del litigio, sin que sea excusa que las partes no las hayan aducido, en atención al aforismo da mihi factum, dabo tibi ius7.

En tal sentido, resulta importante reseñar que la Ley XXXX de XXXX establece un régimen de «protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia», entre las que se encuentran las aseguradoras, según se desprende de los artículos 189, numeral 24, de la Constitución y 8º del Decreto XXXX de XXXX.

Estatuto del que al caso resulta pertinente destacar los conceptos que fijan los literales a), d) y f) del artículo segundo, en cuanto definen «cliente» como «...la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social»; «consumidor financiero» como «todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas» y «contratos de adhesión» como aquellos «...elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad»; igualmente, los cánones 3º, 5º y 7º ídem que reiteradamente imponen a tales entidades obrar con transparencia y suministrar a sus consumidores

Dame los hechos que yo te daré el derecho

información cierta, suficiente, clara, oportuna, veraz, verificable y en caracteres legibles a simple vista, absteniéndose de incurrir en conductas abusivas contractuales.

Finalmente, para los contratos de adhesión, el artículo 11, con la consecuencia de que se entenderán como no escritas o sin efectos para el consumidor financiero, determina que son cláusulas abusivas las que «a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero. e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia».

Así las cosas, se observa que de manera trasversal a la actividad financiera la ley provee importantes elementos de juicio a la hora de preparar, elaborar, ejecutar e interpretar los contratos de seguros y, en particular, abordar discusiones atañederas a la buena fe contractual y cláusulas abusivas.

Sin embargo, en atención a la textura abierta del derecho que desde hace ya varias décadas la filosofía jurídica ha desvelado, es preciso reconocer que incluso las normas que de manera puntual fijan las condiciones que las pólizas deben llenar, so pena de ineficacia, dejan un margen más o menos amplio de interpretación; por ejemplo, sobre lo que debe entenderse como caracteres destacados y fácilmente legibles, y qué no decir de las que imponen las obligaciones de brindar información clara, precisa, cierta, suficiente, veraz, oportuna.

En ese escenario, habrá situaciones extremas que no encajarán en tales dictados, pero otras se encontrarán en la denominada zona de penumbra, deviniendo necesario acudir a ejercicios hermenéuticos para determinar si se cumplen o no las exigencias de las que pende la consecuencia jurídica, en todo caso sin perder de vista la libertad de apreciación que tiene el juez de instancia y, por tanto, la inviabilidad de que en casación pueda imponerse una visión alternativa.

5.- En el caso concreto, la Corte encuentra que si bien el Tribunal incurrió en un yerro manifiesto al reconocer la plena eficacia de la cláusula Leg2/96, cuyo contenido limitante a la cobertura por errores de diseño las actoras denunciaron que la aseguradora no les reveló oportunamente, semejante equivocación no es suficiente para el quiebre de la sentencia objeto de estudio, en tanto no se dio frente a las restantes estipulaciones contractuales cuestionadas, cuya pervivencia es suficiente para mantener

en pie la decisión en la medida que igualmente excluyen la responsabilidad por el colapso de los pilotes hincados para la construcción del puerto y, en general, el daño de los mismos.

5.1.- Es así como revisada la póliza todo riesgo en construcción (TRC) No. XXXX, que de conformidad con su texto fue emitida el 23 de agosto de XXXX y remitida por el corredor de seguros Aon a la demandante Colquecol el 1º del siguiente mes, no obstante que el contrato cobró vigencia desde 21 del mes anterior (fls. 26 al 84), se observa que según las hojas anexas Nos. 5 y 6, Seguros Colpatria S.A. otorgó cobertura por «ERRORES DE DISEÑO COP 4.000.000.000 EVENTO/VIGENCIA», aspecto puntual cuya claridad en cuanto al ánimo de conferir garantía para tales situaciones y de fijarle un sublímite torna innecesaria cualquier discusión.

Sin embargo, a renglón seguido el documento precisa que esta garantía se otorga «según texto Leg 2/96», surgiendo de inmediato duda en torno a si semejante enunciación es suficiente para colmar las obligaciones de la aseguradora frente a los tomadores como consumidores de su producto, de entregarles un documento acorde con los requisitos prescritos en la ley, de tal forma que no quedara comprometida su eficacia.

Cuestionamiento que la Corte responde negativamente, pues ni ahí ni en alguna otra parte del mismo instrumento se avanza un ápice en el contenido del texto a que se dice

atar la cobertura, lo que sin mayores prolegómenos permite sostener que contradice frontalmente las exigencias legales, en cuanto prevén que el emisor de la póliza debe redactar las cláusulas de forma tal que el asegurado las pueda comprender fácilmente. Tampoco se evidencia que, como fiel trasunto del acatamiento del deber de suministrar información clara, precisa, suficiente y oportuna a su cliente, Seguros Colpatria haya colmado esa necesidad por otro mecanismo, especialmente en el slip que le remitió previamente indicándole las condiciones del negocio, el cual acusa la misma deficiencia.

Mal podría admitirse que una cláusula que simplemente fue identificada con un nombre cuyo significado y alcance⁸ solo puede establecerse mediante averiguaciones complementarias en Internet⁹, en todo caso no en la página web de la aseguradora, pudiera llenar tales exigencias, pues lo cierto es que no aparece en el cuerpo de la póliza. Se trata de una insuficiencia capital que en vez de ser enervada resulta confirmada por el hecho que posteriormente esta pretendiera hacer llegar la información a los asegurados (22 de septiembre de XXXX), a través del corredor de seguros que intermedió la operación. Lo contrario fuera dar beneplácito a una práctica indebida, que no solo va contra el rigor de la ley sino contra su espíritu,

(London Engineering Group)

Véase folio XXXX. “Cuarta excepción: Ausencia de cobertura provista bajo el endoso LEG 2/96”, donde la apoderada confiesa que el contenido de la cláusula fue enviado “...a las demandantes por conducto del corredor...”

pues si su mandato y finalidad es que el asegurador brinde información para que el tomador conozca exactamente los derechos y obligaciones que le asisten, pierde sentido que la proporcione cuando el contrato ya es un hecho consumado.

Si la explicación de la cláusula Leg 2/96 no estaba desde un comienzo dentro de ese documento, cualquier intento posterior de enmendar la falta resultaba vano. Por lo tanto, si bien existió en tanto aparece en la cotización, se reitera en la póliza y no se demuestra que la parte demandante no la haya aceptado, es ineficaz en los términos de los artículos XXXX del Código de Comercio y 184, numeral 2, literales a) y b), del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que prevén esa consecuencia cuando su anotación en tal instrumento no colma los requisitos que los mismos fijan y que complementan los cánones 3º, 5º y 7º de la Ley XXXX de XXXX que reiteradamente imponen a la aseguradora suministrar a sus clientes información de la calidad ya expresada.

En tal medida, no entraban en juego consideraciones atinentes a las supuestas cualificación y antigüedad de las compañías demandantes en el ramo de la construcción, que a juicio del ad quem les impondría la obligación de conocer el significado y alcance de la cláusula Leg 2/96 a partir de tan precario enunciado, siendo que en todo caso primaba el deber de su contradictoria como profesional en el ramo y entidad vigilada por la Superintendencia Financiera con especiales exigencias frente a sus clientes de explicitárselos

y aclarárselos desde un primer momento. Esto, máxime que esa inferencia implica un salto lógico, pues aún si se acepta que aquellos tenían tales calidades, ello no permite predicar a renglón seguido su experticia en seguros.

La observación igualmente resulta pertinente en relación con el papel de los correderos de seguros que intervinieron en la negociación, porque al margen de las obligaciones que la ley les impone¹⁰, lo cierto es que dada su calidad de intermediarios en ningún caso pueden considerarse como integrantes de alguno de los extremos del contrato de seguro, de tal manera que solamente mediante suposiciones podría afirmarse que cumplieron esa labor y explicaron suficientemente a los tomadores los pormenores de esa estipulación.

Por otra parte, se observa que la efectividad del amparo por error de diseño estaba «sujeto al envío de la siguiente información diseños y diseñadores de: Diseño, arquitectónico, hidráulico, eléctrico de oficinas de administración, enfermería y comedor (20 m2). Diseño de vías (14.500 m2) y redes de drenaje, acueducto, aguas residuales y red contra incendios. Diseños eléctricos (acometidas, subestación, redes urbanismo). Diseños de estructuras de transporte en muelles y urbanismo. Diseños estructurales de básculas (2), casetas y obras de urbanismo» (fls. 45 y 46).

Ley 510 de XXXX y artículos XXXX del Código de Comercio, 53 y 91 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 75 de la Ley 45 de XXXX y Circular Externa 29 de XXXX de la Superintendencia Financiera.

Se trata de una condición que de cara a lo sucedido podría conducir a dos entendimientos: el uno, que fue el aducido por la aseguradora y que avaló el juzgador de instancia, en cuanto era necesario el envío de la totalidad de los diseños para que operara la cobertura; el otro que, paulatinamente fueran remitidos, entraría en vigor el amparo correspondiente. La Sala acoge el segundo, en cuanto la estipulación fue redactada por la expedidora de la póliza, de tal suerte que cualquier ambigüedad debe despacharse a favor de su contraparte de conformidad con el artículo XXXX del Código Civil.

Por lo tanto, si como en efecto se comprueba, el 18 de octubre de XXXX, antes de la debacle de los pilotes, los asegurados entregaron a la Aseguradora, a través del intermediario con que esta a su vez les hacía llegar los documentos, los diseños relacionados con los pilotes, se cumplió la subjetividad en relación con el diseño que originó el colapso y, por tanto, entró en vigor la garantía.

Así las cosas, el Tribunal trasgredió la ley sustancial al dejar de aplicar las normas que disciplinan el contenido de la póliza y la obligación de información que debe colmar la aseguradora, lo que devino de un error de hecho en cuanto equivocadamente consideró que la estipulación Leg 2/96 satisfizo las condiciones señaladas en la normatividad y que no se cumplió la subjetividad.

5.2.- No obstante lo que se acaba de decir y conforme a lo anunciado, lo cierto es que el decisum del Tribunal que confirmó la sentencia desestimatoria que emitió el a quo se mantiene incólume por falta de trascendencia del error anteriormente advertido, porque a pesar de la cobertura por error de diseño que de manera general concedía la póliza, restricciones puntuales en relación con los pilotes descartaban el amparo, pues la Corte encuentra infundados los ataques de la censura en relación con estas.

Es así como enseguida de la cláusula controvertida anteriormente, en la hoja anexa No. 7 se prevén como exclusiones «121 CIMENTACIÓN POR PILOTAJE», «ACCION NORMAL DEL MAR» y «CLAUSULA DE RIESGOS EN AGUA (FORMA MR) ENDOSO WET RISK» (fl. 46), la segunda de las cuales es reiterada en la hoja anexa No. 13 (fl. 52), así:

«ENDOSO ESPECIAL PARA RIESGOS 'WET RISK' TEXTO MUNICH RE» y «SINIESTROS EN SERIE MUNICH RE114- 100% -80%-60% - 40% - 20% -0%».

Semejantes restricciones no correrían suerte diferente a la Leg 2/96 en cuanto por sí solas tampoco son claras, si no fuera porque su contenido aparece desarrollado en las hojas anexas Nos. 25, 26 y 27, lo que a juicio de la Sala y concordancia con el criterio del ad quem es suficiente para llenar las exigencias legales de la póliza y de suministro de información.

Es así como en relación con el endoso 121, tales notas

explican que corresponde a «CONDICIONES ESPECIALES PARA CIMENTACIONES POR PILOTAJE Y TABLESTACADOS PARA FOSAS DE OBRAS. QUEDA ENTENDIDO Y CONVENIDO QUE, SUJETO A LOS TÉRMINOS, EXCLUSIONES, CLÁUSULAS Y CONDICIONES CONTENIDOS EN LA POLIZA O EN ELLA ENDOSADOS, LOS ASEGURADORES NO INDEMNIZARAN AL ASEGURADO LOS COSTES DESEMBOLSADOS 1. PARA REPONER O RESTITUIR LOS PILOTES O ELEMENTOS DE TABLESTACADOS: A. QUE SE HAYAN DESPLAZADO, DESALINEADO O LADEADO DURANTE LA CONSTRUCCION...». Y concerniente al «ENDOSO ESPECIAL PARA 'WET RISK' (RIESGOS POR AGUAS MARITIMAS Y FLUVIALES) 1. EXCLUSION 1.1. LA COMPAÑIA ASEGURADORA NO INDEMNIZARÁ AL ASEGURADO EN CUANTO A LOS COSTES INCURRIDOS POR: (...) 1.1.2. ACCION NORMAL DE RIOS/MAR (...) 1.1.7. REMPLAZO O RECTIFICACION DE PILOTES (...)» (negrillas de la Sala).

Para la Corporación, la inteligencia que de estas estipulaciones realizó el Tribunal en su labor de interpretación de los elementos de persuasión, en el sentido que el desastre de los pilotes también quedaba exceptuado del amparo, en modo alguno resulta arbitraria y, por lo tanto, no puede sustituirla en esta sede, incluso si en gracia de discusión desde otra perspectiva hermenéutica pudiera llegar a una conclusión distinta.

Es así como encuentra que, en efecto, las mismas se refieren al daño que pudieran tener los pilotes, apuntando la primera al sufrido «durante la construcción», sobre cuyo

entendimiento no hay mayor dificultad, en cuanto si el seguro era para la construcción del puerto, mal podría entenderse que aludiera a la de los pilotes, según pretenden las impugnantes para evitar que esta exclusión opere. Cuestión diferente fuera que la misma dijera «durante su construcción», pues en tal caso sin duda se referiría a la elaboración de tales piezas, pero no es así.

Por consiguiente, resulta innecesario acudir a los recursos interpretativos que en caso de ambigüedad provee la ley en favor de quien no ha elaborado la cláusula, que la censura insta reiteradamente aplicar.

En todo caso, ese no es el planteamiento con que las impulsoras convocaron a juicio a las demandantes, en tanto lo que pretendieron desde un comienzo fue hacer inoperantes dichas cláusulas, como lo demuestra que sus aspiraciones pecuniarias, antes que pender de una interpretación a su favor, requerían eliminarlas.

5.3.- Sin embargo, la Sala no advierte que tales estipulaciones contengan vicios que las hagan inaplicables o ineficaces, porque partiendo del principio básico reconocido por la jurisprudencia que igualmente sirvió de apoyo al ad quem, conforme al cual el asegurador tiene la potestad de estipular el riesgo que está dispuesto a asumir y en esa medida es que con los criterios técnicos propios de la materia

calcula la prima que cobra¹¹, no resulta un desaguisado entender que, no obstante la voluntad de asumir de manera genérica el daño derivado de «error de diseño», puntual y expresamente excluyera el que pudieran sufrir los pilotes durante la construcción del puerto.

Por lo mismo, no hay ningún abuso de la posición dominante al incluir una cláusula que limita la responsabilidad, pues se trata del ejercicio de un derecho, en la medida que, aunque el seguro se denomine todo riesgo en construcción, ello no impide que se señalen excepciones bajo el principio de exclusiones nombradas, como en efecto ocurrió de manera clara en los casos analizados, de tal suerte que tampoco se puede predicar mala fe o suministro de información deficiente.

Tampoco es cierto que fueran tan numerosas las exclusiones que hicieran inoperante el seguro y, por tanto, lo desnaturalizaran, aspecto que el Tribunal demostró al señalar las coberturas subsistentes, sin que la parte interesada controvirtiera esa aseveración; cuestión diferente es que para infortunio de esta el daño se hubiese producido por un suceso que estaba por fuera del amparo.

Por otra parte, aunque la jurisprudencia ha reconocido que el contrato de seguro es de los denominados adhesivos, no menos cierto es que este carácter debe mirarse con cierta

11 CSJ SC4527-XXXX

relatividad, en tanto no son lo mismo aquellos en masa donde el cliente no tiene ningún margen de negociación y «lo toma o lo deja», que los especiales por su complejidad, costo, especialidad y rareza, en donde sin duda el tomador puede tener iniciativa para ampliar o restringir el riesgo y, en todo caso, negociar cláusulas particulares de acuerdo a sus necesidades, todo ello, por supuesto, se reitera, con obvio reflejo en los criterios para calcular el valor de la prima.

La Sala estima que este es el caso, pues no todos los días en el país se construyen puertos y, en esa medida, no se contratan seguros de la cuantía y especialidad examinada, por lo que las circunstancias en que contrataron las tomadoras les permitían cierto margen de discusión de algunas cláusulas sensibles y, en todo caso, de no haber un acuerdo, acudir a otra aseguradora. Ello máxime que la cotización ya las contemplaba, sin que aquellas hicieran reparo alguno, porque solo ahora que acaeció el hecho dañoso reniegan de una supuesta indebida imposición, lo cual es inaceptable de cara a la exigencia de buena fe contractual.

Por lo demás, el Tribunal señaló desde un comienzo que no se ocuparía del reparo sobre la posición dominante en tanto la apelante la abandonó al sustentar la alzada, tópico sobre el que la parte actora no presenta ninguna argumentación tendiente a desvirtuarla, lo que de suyo sería suficiente para que en casación no prospere la protesta que desentendida de ello pretende que se reconozca dicha

alegación.

5.4.- La violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho se presenta cuando en la diagnosis jurídica de los medios de prueba el juzgador trasgrede las reglas que disciplinan su aducción, incorporación o valoración.

En tal sentido, no resulta desacertado sostener que la desatención al artículo 3 de la Ley 389 de XXXX (XXXX del Código de Comercio) que señala que el contrato de seguro se prueba mediante escrito o confesión constituye una infracción de ese linaje, si por ejemplo se da por acreditado con un elemento suasorio diferente o se exige otro para ese fin.

Sin embargo, en el caso concreto, el fallador de segunda instancia no incurrió en ese dislate y, en todo caso, si en gracia de discusión se aceptara lo contrario, sería irrelevante.

Lo primero, porque centró su estudio de la existencia y consecuente eficacia de la cláusula Leg 2/96 en el examen de la póliza y documentos anexos que la enuncian, especialmente el slip, de tal suerte que no puede decirse que la haya buscado en otros elementos de convicción. Diferente es que para el efecto hallara suficiente la manera como quedó consignada, lo que no se enmarca en el defecto reprochado, sino en la apreciación de los medios de prueba que corresponde al error de hecho.

Lo segundo, por cuanto quedó establecido que, si bien incurrió en este último dislate, ello es inane para el quiebre del fallo, en tanto las demás cláusulas excluyentes de responsabilidad por los pilotes arruinados son suficientes para darle sustento.

Así las cosas, fracasan los cargos estudiados.

IV.- CONCLUSIÓN Y COSTAS

De conformidad con expresado, no se casará la sentencia de instancia, pero atendiendo a lo dispuesto en los artículos 349 inciso final y 365 del Código General del Proceso no se impondrá a las impugnantes el pago de las costas procesales, pues, pese a la réplica, hubo rectificación parcial de los fundamentos con que el ad quem adoptó su resolución de instancia.

V.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 7 de mayo de XXXX por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso verbal que Infraestructura Portuaria Delta S.A.S. y Comercializadora Colombiana de Carbones y Coques S.A.

C.I. siguieron a Seguros Unión Continental S.A.

Sin costas.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
(Ausencia Justificada)

MATEO ALEJANDRO RIVERA QUINTERO

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Alvaro Fernando Garcia Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Luis Armando Tolosa Villabona

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de XXXX

Código de verificación:

FC8A66AE2EB9B1F235745520109EDF60F37CB5F06A6E034A3751801B74D08FC0

Documento generado en XXXX-09-29