

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente: NICOLAS BECHARA SIMANCAS

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil (2000).-

Ref: Expediente No. 5474

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante frente a la

sentencia de 11 de enero de 1995, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. en este proceso ordinario iniciado por INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA C.S. contra COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A.

ANTECEDENTES

1.- Por demanda presentada el 24 de febrero de 1993, cuyo conocimiento le fue asignado al Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá, la citada demandante pide que con citación y audiencia de la referida demandada se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1º) Declarar que la demanda COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A., representada por el doctor FERNANDO ROBLES deberá pagar a la demandante INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ & CIA C. S. representada por LUZ MARINA SANCHEZ MENDIETA, la indemnización a que tiene derecho como consecuencia del siniestro ocasionado por el incumplimiento, por parte del afianzado NACIONAL DE IMPORTACIONES Y CANJE S, A, del contrato de que trata la Póliza de Seguro de Cumplimiento número 07 118099 expedida el 27 de octubre de 1992.

"2º) Como consecuencia de la anterior pretensión, ordenar el pago de las siguiente sumas:

a.-) \$65.000.000,00 correspondiente al suministro contratado entre asegurado y afianzado.

b-) Los intereses corrientes moratorios vigentes en el momento en que se efectúe el pago (Art. 1080 del C. de Co) y a partir del 18 de diciembre de 1992.

"3º)..."

2.- Las pretensiones se apoyan en los hechos que seguidamente se sintetizan:

2.1.- INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA C. S. en calidad de constructor, suscribió con Nacional de Importaciones y Canje S.A., "Naimsa", en calidad de proveedor el 27 de octubre de 1992, "contra de suministro de materiales de construcción de primera calidad por la suma de \$65.000.000.00 según relación de cantidad y calidad anexa " al escrito que lo contiene, acuerdo que afianzado por el incumplimiento de ésta por la COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A. hasta por

igual suma, "mediante la póliza número 07 118099 expedida el 10 de octubre de 1992".

2.2.- La actora, según lo estipulado en el contrato, pagó a la afianzada el 28 de octubre de 1992, en dos contados de \$9.000.0000.oo y \$56.000.000.oo, su valor en cuantía de \$65.000.000.oo pero ésta le reconoce aquélla, el 17 de noviembre de la misma anualidad, "que no pudo cumplir el contrato y por lo tanto solicita prórroga en las fechas de entrega de las materiales que debería suministrar."

2.3- Ante dicho incumplimiento, el 18 de noviembre de 1992, la aseguradora le presentó a la aseguradora formal reclamación acreditando el mismo con la referida comunicación y demostrando la cuantía con los textos del contrato y la póliza, "ya que no hubo entrega parciales".

2.4.- la demandada no objetó la reclamación, limitándose "en comunicación del 24 de noviembre de 1992 a insinuar la modificación de la obligación asegurada, en razón de la existencia de un contrato de promesa de compraventa, por un inmueble ubicado en la ciudad de Medellín, suscrito entre persona distinta a la afianzada".

2.5.- Debido al incumplimiento del contrato de suministro por parte de la afianzada, la aseguradora está en la obligación de pagar el siniestro a la asegurada "dentro del mes siguiente a la reclamación (18 de noviembre de 1992) más los intereses corrientes moratorios (art. 1080 del C. de Co.)".

3.- Admitida la demanda, a ella se le dio respuesta por la demandada, quien aceptó parcialmente unos hechos, negó la mayoría, se opuso a la prosperidad de las peticiones y formuló las excepciones de fondo que en su orden denomina "Terminación del contrato por mora del pago de la prima", "Nulidad del contrato de seguro-reticencia", "Variación del estado de riesgo", "No se ha demostrado la ocurrencia del siniestro" "La indemnización solo puede ser de suma efectivamente recibida" y "contrato no cumplido". En escrito separado formula excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario, por no haberse demandado a Nacional de Importaciones y Canjes S.A., "Naimsa", la que fue desestimada en el curso de la audiencia surtida en acatamiento al artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, celebrada el 26 de julio de 1993 (fls. 76 a 80, cd. 1). decisión que fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en auto de 26 de enero de 1994 (fls. 64 a 67, cd. 3).

4.- El juzgado del conocimiento le puso a fin a la primera instancia mediante sentencia de 13 de junio de 1994, declarando probada la excepción de "Terminación del contrato por mora en el pago de la prima" propuesta por la parte demandante y absolvió, en consecuencia a la COMPANÍA DE SEGUROS COLMENA S.A. de las pretensiones de la demanda.

5.- Apelada esta decisión, el Tribunal desató la alzada con su sentencia de 11 de enero de 1995, en la que confirma la del a-quo, pero porque la actora no demostró la ocurrencia del siniestro, ni la cuantía del perjuicio.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos por el ad-quem los antecedentes del litigio, inicia las consideraciones expresando que por estar reunidos los presupuestos procesales y no existir causal de nulidad se abre paso la sentencia de fondo, en cuyo sustento consigna lo siguiente:

1.- Alude, de entrada, a la fuente de las obligaciones, a la definición de contrato o convención y a las causales de invalidación del mismo.

2.- Con apoyo en doctrinante extranjero se ocupa la naturaleza, características y condiciones del contrato de seguro y, especialmente, de lo previsto en el artículo 1045 del Código de Comercio; los requisitos que debe reunir la póliza de seguro (art. 1047 ib); quiénes son parte y qué obligaciones adquieren; y, por último, a quién le corresponde la carga de la prueba de demostrar su existencia (art. 1077 ib. y 177 del Código de Procedimiento Civil).

3.- Acepta el sentenciador la celebración del contrato de seguro celebrado entre el actor y la demandada, según documentos obrantes a folios 13 a 15 del cuaderno, principal, que califica de auténticos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 252 del Código de Procedimiento Civil y 1052 del Código de Comercio, relativos a "la póliza de seguro de cumplimiento para contratistas - particular- con número 07 118099-P, expedida por Seguros Colmena, el 27 de octubre de 1992, habiéndose sido solicitada en la misma fecha, con fecha de iniciación 26 de octubre de 1992 y vencimiento hasta el 23 de junio de 1993-243 días-, en el cual aparece como beneficiario o entidad que exige la garantía INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA., como afianzado o solicitante NACIONAL DE IMPORTACIONES Y CANJE S.A. y naturalmente la aseguradora, que es la demandada", constata además, que el valor del contrato es \$65.000.000.00 suma también equivale el total del anticipo y al monto total asegurado, y por último, que su objeto fue el de "...?GARANTIZAR EL NUEVO (SIC) MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO ENTREGADO AL AFIANZADO EN DESARROLLO DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES REFERENTE A SUMINISTRAR CON DESTINO AL PROYECTO QUE SE CONSTRUYE EN LA CIUDAD DE BOGOTA, MATERIALES DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO???.?".

4.- Destacada, que en caracteres visibles aparece en la parte final de la póliza de condición de que la mora en el pago de la prima producía la terminación automática del seguro, con las demás consecuencias legales; que en la cláusula tercera se dijo que la aseguradora la expedía "BAJO LA GARANTIA OTORGADA POR EL ASEGURADO, de que durante la vigencia del contrato no se introducirá modificaciones al seguro, sin el consentimiento previo y escrito de ella"; que en la segunda se fijó el alcance del amparo o protección del asegurado "contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista y en ningún caso contra perjuicios de otro orden, aunque se originen directa o indirectamente en dicho incumplimiento. LA INDEMNIZACION A CARGO DE LA COMPAÑIA SE LIMITA AL MONTO DEL PERJUICIO PATRIMONIAL QUE DEMUESTRE HABER SUFRIDO EL ASEGURADO Y HASTA LA CONCURRENCIA DEL VALOR ASEGURADO ESTABLECIDO EN ESTA POLIZA", y que en la novena se impuso al asegurado la obligación de dar aviso a la aseguradora del incumplimiento "dentro de los 3 tres días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debió conocer".

5.- centra seguidamente su estudio en la excepción que acogió el a-quo para desestimar las pretensiones de la demandante y, luego de precisar que el tomador está obligado a pagar la prima, que lo debe hacer dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza (artículo 1066 del Código de Comercio, reformado por el 81 de la ley 45 de 1990), que el pago de la prima debe hacerse en el domicilio del asegurador o de su representante o agente (art. 1067 ib) y que la mora en su pago produce la terminación automática del seguro (art. 82 de la citada ley), concluye que tal terminación no opera por el simple ministerio de la ley, sino que es indispensable que la aseguradora le comunique a la aseguradora dicha intención, porque es a partir de la remisión de tal aviso que el contrato termina legalmente y no antes, como injurídicamente lo entendió el juez del conocimiento al acoger la defensa planteada en este aspecto.

6.- No siendo próspera la excepción de terminación automática del contrato de seguro declarada por el juez de primera instancia, se adentra el Tribunal en el examen de la ocurrencia del siniestro amparado, para lo cual da por establecido que la demandante entregó a la afianzada, Nacional de Importaciones y Canjes S.A. "Naimsa" como anticipo, el valor total del contrato de suministro de \$65.000.000.oo el 28 de octubre de 1992 (fls. 2,3 y 9 del cuaderno principal).

7.- Explica que el objeto del contrato, según la cláusula primera, consiste en que "El proveedor (Nacional de Importaciones y Canje S.A) se obliga a suministrar al constructor (Fernández Sánchez & Cía C. S.), materiales de primera calidad de acuerdo a las necesidades de la constructora. Suministros que ascienden a la suma de \$65.000.000.oo, las cuales serán entregados en forma periódica, así: Enchapes Corona, el 30 de octubre de 1992 y el saldo, el 6 de noviembre de 1.992 y a partir del 25 de noviembre de 1.992, inclusive, se harán entregas quincenales de acuerdo con el cronograma que presente el constructor, el cual forma parte integral del contrato, el que se entregará por el Constructor al Proveedor, 10 días después de firmado el documento y que los suministros no superarán los \$ 10.000.000.oo mensuales".

8.- Agrega en relación con las fechas de entrega y los cronogramas de éstas (fls. 4,5 y 6 del cuaderno principal), ?que la relaciona ciertos artículos para ser entregados el 30 de octubre de 1992, por valor de \$13.022.000.oo, así como también otro materiales por valor de \$13.300.580.oo, para entregarse el 6 de noviembre de 1.992".

9.- se detiene a analizar el contenido de las dos comunicaciones, la primera remitida por "Naimsa" a la actora, de 17 de noviembre de 1992, en la que se le solicita una modificación de las fechas de entrega de materiales acordadas inicialmente en la cláusula primera del contrato de suministro, porque "los cupos de crédito rotativos con nuestros proveedores, se encuentran en línea de espera, debido al cierre de año y previendo futuras alzas" y, la segunda, la enviada con fundamento en ésta por la demandante a la demandada para poner en su conocimiento la ocurrencia del siniestro por incumplimiento de aquélla, apuntalándose en el supuesto mal manejo del anticipo admitido en aquella comunicación para hacer reclamación formal y exigirle el pago del seguro en la forma pactada.

Categorícamente dice que no es posible determinar el monto del siniestro, porque "si el presunto incumplimiento por parte de la entidad obligada a suministrar materiales, se produjo a partir de 17 de noviembre de 1.992, pues de ninguna de las piezas

procesales que integran el expediente se puede tan siquiera inferir que fue anterior, máxime si lo que solicita es la modificación de las entregas quincenales, para que estas se hagan cada treinta días hábiles, y en la demanda nada se dice al respecto, debe entenderse que las entregas anteriores a las fechas se cumplieron, es decir las del 30 de septiembre (sic) y 6 de noviembre de 1992, en cuantía de \$13.002.000.00 y \$13.300.580.00 respectivamente, con lo cual entonces, se contraría el pacto del contrato, en cuanto que las entregas no podían superar \$10.000.000.00, circunstancia esta que crea total incertidumbre en cuanto a los materiales entregados y su valor"

10. partiendo de que pudiera hablarse de la configuración de un incumplimiento absoluto del proveedor "Naimsa", aduce que el aviso de terminación fue extemporáneo, ya que, "si se aceptara que el incumplimiento de la entidad proveedora fue total, es decir, que no entregó ningún material, entonces debe aplicarse que la reclamación no fue oportuna, en razón a que los cronogramas refieren que las entregas debieron ocurrir el 6 de noviembre y el 30 de octubre de 1992, mas si el aviso se dio hasta el 18 de noviembre de ese mismo año, fácilmente se concluye que fue por fuera de los tres días previstos en la póliza de seguro".

11.- Termina, pues desestimando las pretensiones de la parte demandante "conforme al artículo 306 del C. de P.C. con la consiguiente condena en costas".

## EL RECURSO DE CASACION

Cinco son los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, los tres iniciales y el quinto por causal primera de casación, mientras que el cuarto lo fue por la causal segunda. Serán despachados en forma conjunta de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, por tener la Corte respecto de todos ellos consideraciones comunes.

### Cargo Primero

Acúsase la sentencia de segundo grado de violar de manera indirecta, por falta de aplicación, los artículos 2, 822, 1072, 1078, 1080, 1127 y 1131 del Código de Comercio y 1602, 1603, 1618, 1621 y 1624 del Código Civil, por aplicación indebida los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de varias pruebas obrantes en el plenario.

Inicia el desarrollo del cargo relacionado las pruebas que en su sentir fueron preteridas (confesión de la afianzada obrante en documento de fecha 24 de noviembre de 1992 y afirmación consignada en el hecho quinto del libelo introductor); de las que fueron tergiversadas (documento de 17 de noviembre de 1992, carta del demandante de 18 de los mismos mes y años y contrato de suministro); y, por último de las supuestas (la relacionada con el cumplimiento de las entregas de 6 y 30 de noviembre de 1992).

Para concretar la acusación discurre con argumentos similares a los que seguidamente se exponen:

1.- Destaca los dos planteamientos tenidos en cuenta por el Tribunal al apartarse de la conclusión de la a-quo y afirmar, sin ninguna explicación adicional, que "Por tanto

hubo preterición total de la prueba consistente en el documento del 24 de noviembre de 1992 por NACIONAL DE IMPORTACIONES Y CANJES S.A." (fl.31 C.1).

2.- Asegura que el tribunal pretirió lo afirmado en el hecho quinto del libelo introductor, relativo a que, ciertamente, allí se dice que no hubo de parte de la proveedora ninguna clase de entregas parciales, e "ignoró totalmente esta afirmación y se valió de esa supuesta ausencia para denegar las pretensiones de la demanda".

3.- Confunde el sentenciador el hecho del incumplimiento con la confesión del mismo, al tergiversar el alcance de la comunicación de 17 de noviembre de 1992 (fl. 17, cd.1), concatenada con la fecha 24 de esos mismos mes y año, ya que de ellas no deduce, sin razón alguna, "el incumplimiento total de las obligaciones de la afianzada y además que hubo reclamación formal y oportuna de la indemnización a la demandada, y más si se tiene en cuenta que el afianzado había recibido como anticipo la totalidad del precio del contrato y por lo mismo, no tenía necesidad de crédito rotativo con los proveedores".

4.- También erró al apreciar la comunicación calendada el 18 de noviembre de 1992 (fl. 8, cd. 1), en la que la demandante notificaba a la demandada que por haberse presentado incumplimiento de la proveedora en el manejo del anticipo, lo que implicaba ocurrencia del siniestro amparado, le hacía la correspondiente reclamación, ya que el sentenciador "a pesar de transcribir en el fallo la comunicación del 18 de noviembre de 1992, suscrita por la demandante, tergiversó el sentido de ella, pues no la tuvo como prueba de la reclamación oportuna del siniestro, ni de la cuantía del mismo cuando en realidad al hacer esa carta mención, de la suscrita por la afianzada, del 17 del mismo mes referida en el literal anterior, y concatenada con la comunicación del 24 de noviembre referida en el literal a), está reclamando la totalidad del seguro, porque al afianzado confiesa no haber cumplido las primeras entregas y por lo mismo está aceptando el incumplimiento total, porque si no cumplió con las dos primeras entregas no ha cumplido nada, a menos que se hubiese probado las entregas tercera y subsiguientes, prueba que en el expediente brilla por su ausencia".

5.- Precisa que el texto del contrato de suministro celebrado entre "Naimsa" y la parte actora fue erróneamente apreciado, "pues acepta que las entregas del 30 de octubre y 6 de noviembre de 1992, pudieron haberse cumplido, lo cual es imposible frente al texto de las cartas suscritas por la afianzada del 17 de noviembre y del 24 de noviembre de 1992. Además lo tergiversó, al entender que las cuantías, según los cronogramas, de \$13.022.000 y \$13.300.580 contrariaban lo acordado en el contrato de suministro. Unas eran las entregas de los enchapes Corona y otras las entregas respecto de los demás materiales de Construcción", motivo por el cual fue equivocada la afirmación del Tribunal en sentido si se produjeron las entregas de materiales en la forma convenida, 6 de septiembre y 30 de noviembre de 1992, y que por haber sido superiores a \$10.000.000.00 "crea total incertidumbre en cuanto a los materiales entregados y su valor".

6.- El fallador supuso que existían las pruebas de las entregas anteriores a la remisión de la comunicación a la demandante por la proveedora, por cuanto éstas no obran en el expediente.

7.- Seguidamente la censura pasa a relacionar los artículos de los códigos de Comercio Civil que no fueron aplicados por el sentenciador, y luego de citar doctrina nacional sobre lo que se entiende por siniestro, (artículo 1072), la forma de probarlo (1077), precisa que "Si el Tribunal no hubiese incurrido en los errores de hecho ya estudiados, habría concluido que la afianzada NACIONAL DE IMPORTACIONES Y CANJES S.A., incumplió la totalidad del contrato asegurado incluyendo las entregas del 30 de octubre y del 6 de noviembre de 1992, con lo cual se habría configurado el siniestro y por lo tanto habría sentenciado que, la demandante estaría obligada al pago de la indemnización de que trata la póliza de seguros expedida por la COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A. El Tribunal al no haber concluido en la existencia del siniestro, dejó de aplicar el artículo 1072 del Código de Comercio".

8. Analiza la reproducción que del artículo 1075 del Código de Comercio se hace en la cláusula novena, literal a), respecto del aviso que debe dar el asegurado a la aseguradora del incumplimiento del contrato dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocerlo, y adicionalmente, la limitación para reclamar únicamente la indemnización, artículo 1076 ibídem, en caso de incumplir sus obligaciones, para manifestar que el Tribunal confunde con los términos aviso y reclamación, porque ésta ¿La hace el asegurado o beneficiario a la aseguradora y mediante esta debe demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. El aviso del siniestro es la simple información que debe dar el asegurado o beneficiario a la aseguradora sobre la ocurrencia del siniestro. La reclamación podrá hacerse en cualquier tiempo antes de la prescripción de la acción, el aviso dentro de los tres días siguientes a la ocurrencia del siniestro, a menos que la póliza autorice un término mayor". De esto se desprende que erró dicha instancia al no haber concluido que la sanción para el beneficiario por la falta de aviso oportuno no era la pérdida de la indemnización sino que la aseguradora tenía el derecho a reducir de ella el monto de los perjuicios que se le hubieren podido causar por dicha omisión y fue así como "aplicó indebidamente el artículo 1075 del C. de Co. al determinar la pérdida del derecho a la indemnización del demandante, confirmando la Sentencia de Primera Instancia que denegaba las súplicas del actor y dejó de aplicar el artículo 1078 del C. de Co. que establece la sanción, en caso de no aviso oportuno del siniestro, que de ninguna manera es la pérdida al derecho de reclamar la indemnización".

9. Fundamentado en los artículos 1127 y 1131 del Código de Comercio, reitera que el Tribunal no entendió que el siniestro se sucedió porque la afianzada no hizo ninguna de las entregas de materiales y que por tal motivo la demandada estaba en la obligación de pagar el valor de \$65.000.000.00, esto es, el monto del valor del contrato que fue la cuantía asegurada, y agrega, que "si el Tribunal hubiese tenido en cuenta las pruebas que pretermitió, tergiversó y supuso, habría concluido que hubo siniestro, pues el afianzado no cumplió con el contrato asegurado, lo cual lo habría llevado aplicar la presunción de que trata el artículo 1131 del C., de Co. y consecuentemente a aplicar también el artículo 1127 del C. de Co. imponiéndole al asegurador la obligación de indemnizar el valor del siniestro causado por su afianzado. Por tanto, el Tribunal violó los artículos 1027 y 1131 del C. de Co. por falta de aplicación.

10. Reproduciendo los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, precisa que, "si el Tribunal hubiese tenido en cuenta las pruebas que pretermitió y apreciado correctamente las que tergiversó y no hubiese supuesto las que no existen, habrían concluido que la demandante si demostró la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la

pérdida; habría determinado que si hubo siniestro porque el afianzado a pesar de haber recibido los \$65.000.000, de que trata el contrato afianzado, como lo admite el Ad- quem, no hizo ninguna entrega parcial si quiera las del 30 de octubre y 6 de noviembre de 1992 (fls.31 y 32 c.1). Habría entendido que la cuantía de la pérdida era de \$65.000.000, pues al no haber ninguna entrega parcial, la suma a indemnizar era la recibida como anticipo según el contrato de suministro y que coincide con el valor asegurado estipulado en la Póliza de Seguros".

11. Transcribiendo los apartes de la sentencia referentes a que sí se cumplieron las dos entregas de 30 de octubre y 6 de noviembre de 1992 y que no se determinó la cuantía del siniestro, expone que el sentenciador equivocadamente no entendió "que la afianzada, no cumplió con el contrato de suministro, ni siquiera parcialmente, pues no entregó ni los ?enchapes corona?, ni lo demás materiales de construcción, dado lugar así al incumplimiento total de la obligación".

12.- Finaliza la acusación afirmando que: "si el Tribunal hubiese apreciado la comunicación del 24 de noviembre de 1992 en que la afianzada NACIONAL DE IMPORTACIONES Y CANJES S.A., confiesa no haber cumplido las dos primeras entregas (30 de octubre y 6 de noviembre de 1992); si hubiese tenido en cuenta que el quinto hecho de la demanda se afirmó que no hubo entregas parciales; si hubiese interpretado correctamente las comunicaciones del 17 de noviembre de 1992 suscrita por la afianzada la del 18 de noviembre de 1992 suscrita por la demandante y el contrato de suministros; y además no hubiese supuesto pruebas inexistentes, habría llegado a la conclusión de que la Póliza de Cumplimiento número 07 118099 expedida por la demandada, resultó afectada por el siniestro ocasionado por el mal manejo y la no correcta inversión del anticipo de \$65.000.000, que el afianzado recibió el beneficiario del seguro INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA C.S. y por tanto habría sentenciado que la aseguradora estaba en la obligación de indemnizar al actor, como consecuencia de la ocurrencia del siniestro y hasta por la suma antes indicada más los intereses moratorios a partir del 18 de diciembre de 1992".

#### Cargo Segundo

Atácase la sentencia de segundo grado por violar, de manera indirecta, los artículos 2,822, 1072, 1076,1080,1127 y 1131 del Código de Comercio y 1602, 1603, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil, por falta de aplicación y, 1075 y 1077 de aquel estatuto, por aplicación indebida, a causa de errores de derecho al no haberse aplicado los artículos 174, 177, inciso 2º, 183, inciso 1º y 2º, 187, 194, 195, 197, 248, 250, 252-4 y 276 del Código de Procedimiento Civil y 22-2 "del decreto 2651 de 1992 (sic)"

Cita como indebidamente valoradas las mismas pruebas ya mencionadas en el cargo primero (documentos de 24 y 17 de noviembre de 1992 suscrito por "Naimsa" y 18 de noviembre del mismo año firmado por la parte actora, el hecho quinto de la demanda y el contrato de suministro). Al desarrollarlo expone:

1.- Apoyado en las normas del Código de Procedimiento Civil mencionadas en el cargo, afirma que no se tuvo en cuenta la confesión de la demandada cuando adjuntó la comunicación de 24 de noviembre de 1992 suscrita por "Naimsa" (fl. 31, cd. 1), en la que admite que las dos entregas no fueron cumplidas integralmente, porque "el

Tribunal al preterir totalmente el documento referido, incurrió en error de hecho invocado en otro cargo, pero además violó la ley procesal por falta de aplicación de las disposiciones procedimentales enunciadas en este numeral y que también figuran en la enunciación del cargo, pues si las hubiera aplicado, habría concluido que estaba obligado a tener en cuenta el documento del 24 de noviembre de 1992, ya que había sido oportunamente allegado al proceso. Que dicho documento presumía el hecho externo imputable al asegurado (siniestro) de conformidad con el artículo 1131 del C. de Co,. Que por haber sido anexado a contestación de la demanda constituía una confesión espontánea de su contenido. Que era un indicio más de incumplimiento total del contrato de suministro por parte del afianzado. Que era un documento privado reconocido implícitamente por la demandada, por haber sido allegado al proceso por la misma demandada y no haberlo tachado de falso".

2.- Dicen, en relación con el documento de 17 noviembre de 1992 suscrito por "Naimsa", en que le solicita a la demandante modifique las fechas de las entregas, que si el Juzgador "no hubiera violado por falta de aplicación, las disposiciones referidas en este numeral y que coinciden con las enunciadas en el cargo, le habría permitido concluir que el referido documento había sido aportado debidamente al proceso. Que por su contenido se trataba de reconocimiento del incumplimiento total de las obligaciones del afianzado respecto del contrato asegurado. Que debería ser apreciado en conjunto con las demás pruebas y en especial con el documento del 24 de noviembre de 1992 referido en el numeral anterior. Que se trataba de indicios sobre el incumplimiento del contrato afianzado y que dicho documento no requería para su validez de la ratificación de su contenido?.

3.- De modo análogo, luego de mencionar las normas procedimentales dejadas de aplicar, sostiene que se tergiversó el contenido del documento suscrito pro la actora de 18 de noviembre de 1992, lo que llevó al Tribunal a no tenerlo como prueba oportunamente allegada al proceso, a no analizarla conjuntamente con las ya citadas dos comunicaciones de "Naimsa" de fechas 17 y 24 de noviembre de la misma anualidad y a no apreciar "que se trataba de un indicio más sobre el incumplimiento total del contrato asegurado por parte del afianzado, además de tratarse de la reclamación formal y oportuna del siniestro".

4.- Pasa a continuación a destacar la doctrina de la Corte sobre las negaciones indefinidas para deducir que, sin que esté incurriendo en contradicción con lo ya dicho sobre la prueba del incumplimiento, éste se encuentra doblemente probado; pero el Tribunal no tuvo en cuenta la negación indefinida que aparece en el hecho quinto de la demanda, relativo a que la afianzada "Naimsa" no realizó las entregas parciales acordadas porque de haberlo hecho tendría que haber "concluido que le correspondía a la parte demandada demostrar que el afianzado había cumplido parcialmente con las entregas de suministros de materiales y en especial del 30 de octubre y 6 de noviembre de 1992. (Pruebas que desde luego brillan por su ausencia). Que la decisión del fallador debería fundarse en las pruebas que obren al proceso. Que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto. Que en hecho que la demandada no hubiese demostrado entregas parciales de la afianzada era un indicio más de su incumplimiento y, finalmente, que el afianzado en vez de aportarle a la aseguradora la prueba de su cumplimiento, le aportó la prueba de la confesión de su incumplimiento. Y la demandada la aportó al proceso".

5.- En lo que hace referencia al contrato de suministro, la acusación asegura que por haberse variado su sentido y contenido no se aplicaron las disposiciones procesales ya mencionadas, porque de haberlo hecho así. "habría concluido que existía dos clases de entrega, una de ?enchapes corona? para el día 30 de octubre en cuantía de \$13.022.000 y el saldo para el 6 de noviembre de 1992 en cuantía de \$13.202.320 y otras entregas a partir del 25 de noviembre de 1992 que serían quincenales y cuya cuantía mensual no sería superior a los \$10.000.000. Igualmente habría entendido que la prueba fue oportunamente aportada al proceso y que debería haber sido analizada en conjunto con las comunicaciones del 17 de noviembre, del 18 de noviembre y del 24 de noviembre de 1992, estudiadas en este mismo cargo".

6.- Destaca finalmente, que las consecuencias de no haber aplicado las citadas normas procesales fueron, a su vez, no haber hecho lo propio respecto de la norma sustanciales referidas en el cargo, lo que hubiera llevado al Tribunal o dar por establecido "que la Póliza de Cumplimiento número 07 118089 expedida por la demandada, habría resultado afectada por el siniestro ocasionado, por el mal manejo y la no correcta inversión del anticipo de \$65.000.000 que el afianzado recibió del beneficiario del seguro INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA C.S. y por tanto habría concluido que la aseguradora estaba en la obligación de indemnizar el actor como consecuencia de la ocurrencia del siniestro, y hasta por la suma antes indicada más los intereses moratorios a partir del 18 de diciembre de 1992".

#### Cargo Tercero

Impugnase la sentencia de segundo grado, a causa de errores de hecho y de derecho cometidos simultáneamente sobre la mismas pruebas ya detalladas en cada uno de los cargos anteriores, de violar los artículos 2, 822, 1072, 1078, 1080, 1127 y 1131 del Código de Comercio y 1602, 1603, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil, por falta de aplicación, y 1075 y 1077 del Código Mercantil, por aplicación indebida.

Comienza el desarrollo del cargo produciendo apartes de doctrina de la Sala, sentencia de 21 de enero de 1994, relativa a la facultad que se le concede al casacionista de formular, simultáneamente y en un mismo cargo, acusaciones sobre unas mismas pruebas por errores de hecho y de derecho.

Acogiéndose a la citada prerrogativa, pasa a sustentar el ataque haciendo una repetición prácticamente igual a la que para cada grupo de errores, de facto y de jure, realizó por separado en cada uno de los cargos primero y segundo, respectivamente.

La Corporación no los compendia en este momento, porque simplemente implicaría una reiteración innecesaria de la ya efectuada precedentemente, al resumir lo dos cargos anteriores, a los cuales se remite.

#### Cargo Cuarto

Mediante éste acúsase la sentencia del Tribunal de no hallarse en consonancia ni con los hechos ni con las pretensiones de la demanda, ni con las excepciones propuestas por la contradictoria, "porque el hecho de dar aviso al siniestro de que trata el artículo 1075 del Código de Comercio y la cláusula novena de las condiciones generales de la

póliza, no fue objeto de controversia entre las partes y no hubo ni pronunciamiento ni estudio en la sentencia de primera instancia".

Se sustenta el cargo en las siguientes manifestaciones.

1.- Transcribe el artículo 1075 del Código de Comercio y el literal a) de la cláusula novena de las condiciones generales de la póliza de seguros, que aluden a la obligación que tiene el asegurado o el beneficiario de dar aviso a la aseguradora de la ocurrencia del siniestro dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocer.

2.- Resalta seguidamente, que ni en los hechos de la demanda, ni en la contestación, ni en la sustentación de las excepciones formuladas hay referencia alguna al punto atinente al mencionado aviso, ni a su oportunidad, y tampoco el Juzgado de primera instancia, al dictar el fallo respectivo, realizó estudio sobre el tema.

3.- Criticando la circunstancia de que el Tribunal haya hecho el estudio del punto relativo al aviso en cuestión y citando al efecto lo dicho por esta Corporación en sentencia de 8 de agosto de 1994, dice que tal proceder lo condujo a dictar un fallo incongruente "pues lo sustentó en un hecho traído oficiosamente, que no había sido objeto de controversia entre las partes ni de estudio por parte del Juzgado de Primera Instancia", porque de no haber razonado de tal manera habría tenido que concluir "que la falta de aviso del siniestro por parte del beneficiario, dentro de los 3 días siguientes, no podía tenerse como justificación para la confirmación del Fallo de Primera Instancia, y que por lo tanto la suposición del Tribunal del Incumplimiento total (que no es suposición sino realidad). le habría permitido determinar, que como incumplimiento de la afianzada fue total, la demandada estaba obligada a indemnizar lo estipulado en el contrato de suministro y en la póliza de seguros (\$65.000.000.00, más intereses moratorios). Como consecuencia, el Tribunal habría revocado el fallo de Primera Instancia y en reemplazo accedido a las pretensiones de la demanda".

Cargo Quinto

Acúsase la sentencia, con apoyo en la causal primera de casación, de violar por la vía directa los siguientes artículos del Código de Comercio, 1075 por aplicación indebida y 1078, por falta de aplicación.

En sustentación del cargo, luego de reproducir el contenido de los dos preceptos mencionados y de transcribir el aparte final de la sentencia cuestionada, en el que el tribunal manifiesta que el supuesto que se aceptara que hubo incumplimiento total de la entidad proveedora no hubo por parte de la demandante reclamación oportuna, expone los siguientes argumentos:

1.- Pone de presente la impropiedad en que, según el impugnante, incurrió al referirse a los términos reclamación, que es la que hace el asegurado o beneficiario a la aseguradora debiendo demostrar tanto el siniestro como la cuantía de la pérdida (artículo 1077 íbidem), y aviso, que en una simple información que debe darse por aquél a ésta sobre el acaecimiento del siniestro (artículo 1075 íb).

2.- Dice a continuación, que a pesar de que el Tribunal no citó expresamente el artículo 1075 si lo aplicó indebidamente, no solo por la confusión que padeció respecto de los términos reclamación y aviso "sino porque entendió que, por no haber dado el aviso oportunamente dentro de los 3 días siguientes en que incurrió el siniestro o debió conocer su concurrencia, la consecuencia era desestimar las pretensiones de la demanda". Aplicación indebida que lo condujo a no aplicar, a su vez, el artículo 1078 del mismo Estatuto, que establece la sanción por no dar el citado aviso y que no es otra distinta a "la de reducir el valor de la indemnización en la suma que, por perjuicios se le haya causado a la aseguradora por la falta del aviso".

3.- Concluye el censor, que de no haberse presentado la indebida aplicación del artículo 1075 y la falta de aplicación del 1078, el fallador de segundo grado "habría concluido que el no aviso siniestro dentro de los 3 días siguientes a su ocurrencia no se podía sancionar con la pérdida del derecho a la indemnización y por lo mismo no se podían desestimar las pretensiones de la demanda".

## CONSIDERACIONES

El despacho conjunto de los cargos resumidos precedentemente tiene aplicación en que, aún resultando próspero, ninguno de ellos estaría, sin embargo, en condiciones de propiciar la expedición de sentencia sustitutiva en sentido diverso a como lo hizo desestimatoriamente el Tribunal, es decir, acogiendo las pretensiones de la demanda, por las razones que seguidamente pasan a exponerse y que relevan a la Corte de tener que hacer un pronunciamiento específico en relación con cada uno de ellos.

1.- Sea lo primero advertir, que no exista duda, de un lado, sobre la celebración del contrato de seguro de que da cuenta la póliza visible a folios 13 a 15 del cuaderno principal y, de otro, sobre la celebración del contrato de suministro por parte de la sociedad aquí demandante, como constructor y la sociedad Nacional de Importaciones y Canjes S.A. "Naimsa", como proveedora, acreditado con el documento privado que a su vez obra a folios 2 y 3 del mismo cuaderno, como quiera que a más de militar en autos los referidos documentos, no se aprecia discusión alguna al respecto entre las partes, quienes, valga acortarlo, predicen y, por ende, aceptan la realización de tales negociaciones en los precisos términos que, mediante los aludidos documentos, aparecen aquí demostrados.

Propio es resaltar, que el valor total del referido contrato de suministro ascendió a la suma de \$65.000.000.00, " que EL CONSTRUCTOR pagará EL PROVEEDOR de la siguiente manera: Un anticipo en dinero de SESENTA Y CINCO MILLONES MONEDA CORRIENTE (\$65.000.000.00 Mcte.) que el PROVEEDOR da por recibido a satisfacción a la firma del presente contrato" (cláusula segunda); que "Naimsa" (proveedor) se obligó a prestar "Póliza de buen manejo del anticipo que ampare el cien por ciento (100%) del valor mismo, o sea , suma de SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$65.000.000.00 Mcte.), que permanecerá vigente durante la duración del presente contrato y dos meses más" (cláusula cuarta); y que, precisamente, para cumplir con el anterior deber contractual, Nacional de Importaciones y Canjes S.A., como tomadora, contrató el seguro reflejado en la mencionada póliza, con el cual, garantizaba a INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA C. S. (beneficiaria) la correcta utilización del anticipo que, según se

afirma en el contrato de suministro mismo, aquella recibió "en dinero" de ésta (\$65.000.000.00).

2.- Aduciendo que la proveedora Nacional de Importaciones y Canjes S.A. "no pudo cumplir el contrato" de suministro, y que la compañía aseguradora se negó a responder por la ocurrencia de ese hecho, la suministrada Inversiones Fernández Sánchez y Cía C. S. promovió este proceso con miras a obtener "la indemnización a que tiene derecho como consecuencia del siniestro ocasionado por el incumplimiento por parte del afianzado..." Sin embargo, entre otras excepciones, la aseguradora demandada propuso, al contestar la demanda, la de terminación del contrato de seguro "por mora en el pago de la prima", manifestando que ésta "nunca fue cancelada" y "que el intento de pago se hizo a través de un cheque que finalmente salió sin fondos", por lo que se operó la condición resolutoria de pago, lo mismo que la terminación automática del contrato de conformidad con el artículo 81 de la ley 45 de 1990. Para acreditar el no pago del valor de la prima, la demandada solicitó que se oficiara a la sociedad "Gilseguros" Bogotá para que certificara "si el caso de la póliza No. 07-118099 cuyo asegurado era inversiones Fernández Sánchez y el afianzado la sociedad Nacional de Importaciones y Canje S.A. "NAIMSA" fue pagada a prima e igualmente si como corredor de seguros solicitó la expedición de esa póliza" (fl. 47 c. 1); prueba que habiendo sido decretado por el a quo mediante auto de 11 de agosto de 1993 (fl. 83 a 85 c. 1), dió lugar a la respuesta a la corredora de seguros ?Gilseguros Limitada.? De fecha 13 de octubre de 1993 (fl. 99 c.1), en la que informó que, ciertamente, "sí solicitó la expedición de la póliza de seguro de cumplimiento No. 07-118099" y que ?la prima de esta póliza fue cancelada con el cheque No. 0902737 girado contra el Banco Comercial Antioqueño, el cual fue devuelto por el Banco por fondos insuficientes". Anexa a dicha respuesta remitió "Gilseguros Limitada" fotocopia de la comunicación No. 56616 de 11 de diciembre de 1992 con la cual le devolvió a la proveedora Nacional de Importaciones y Canjes S:A: "Naimsa" y el mencionado cheque, y le comunicó "que conforme a lo establecido en la Ley 45 de 1990, Seguro Colmena S.A. daba por terminado el contrato, por falta de pago de primas".

3.- El artículo 1066 del C. de Co., modificado por el artículo 81 de la Ley 45 de 1990, establece que es el tomador del seguro quien está obligado al pago de la prima, y que salvo disposición legal o contractual que disponga otra cosa, "deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza, o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella"; y, por su parte, el artículo 1068 del mismo código, modificado por el artículo 82 de la citada Ley, ordena que "La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato..." Se sabe, porque así lo acordaron las partes en el párrafo primero de la cláusula CUARTA del contrato de suministro, que el constructor no cancelaría al proveedor la aludida suma de los \$65.000.000.00 "sin haber recibido previamente la póliza de buen manejo del anticipo", y es el mismo constructor demandante quien ha puesto a conocimiento de esta actuación que el mencionado anticipo de las \$65.000.000.00 millones lo entregó al proveedor el 28 de octubre de 1992; con lo cual es patente que para 11 de diciembre de 1992, cuando el corredor de seguros "Gilseguros Limitada" devolvió a la tomadora por fondos insuficientes el cheque con el cual se había pagado el valor de la prima (según lo antes expuesto), ya se había operado, por ministerio de la ley, la terminación automática del contrato de seguro, como el mismo corredor se lo comunicó a la proveedora en dicha fecha, pues

el pago de una obligación con título valor del contenido crediticio lleva implícita la condición resolutoria de aquél ?en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera? (art.882 C. de Co.).

4. Significa lo precedente que, cual se anunció al inicio de estas consideraciones, la Corte no podría, al colocarse en sede de instancia como resultado de la eventual prosperidad de alguno o todos los cargos planteados en casación, pronunciar una sentencia de reemplazo estimatorio de las pretensiones de la sociedad actora, y es precisamente el tener que acceder inevitablemente a la excepción de terminación del contrato de seguro por el no pago de la prima, lo que explica suficientemente la razón para que esta Sala omita el estudio de fondo de la acusación.

#### DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 11 de enero de 1995, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. en este proceso ordinario iniciado por INVERSIONES FERNANDEZ SANCHEZ Y CIA C.S. contra COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

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

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO En comisión de servicios

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

JORGE SANTOS BALLESTEROS