

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

**Magistrado Ponente:
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil uno (2001)

Ref: Expediente No 6230

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 17 de enero de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario instaurado por la sociedad TRUJITRILLAS Y CÍA. LTDA., contra SEGUROS LA ANDINA S.A. y LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. .

ANTECEDENTES

1. La señalada sociedad demandante convocó a proceso ordinario a las también referidas sociedades demandadas, para que en la sentencia se satisficieren las siguientes pretensiones:

A. Condenar a las demandadas a cubrir solidariamente el valor de la indemnización correspondiente a los bienes afectados por el siniestro a que se refiere la demanda.

En subsidio, condenarlas a cubrir, en la proporción que resulte procedente, el valor de la indemnización correspondiente a los bienes afectados por el siniestro.

B. Condenar a las dos sociedades demandadas a pagar solidariamente, sobre el valor del importe del siniestro, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En subsidio de la anterior, condenar a las aseguradoras a pagar, sobre el valor del importe del siniestro que a cada una le corresponde cubrir, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

C. Condenar a las demandadas a pagar las costas del proceso.

2. Los hechos aducidos por la parte actora como fundamento de sus pretensiones, se resumen de la siguiente manera.

A. La sociedad Trujitrillas y Cía. Ltda. tomó con La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., las pólizas de incendio Nos. 179062 y 179063 y de sustracción Nos. 061914 y 061915, esta última emitida el 7 de septiembre de 1990, pero con vigencia entre el 22 de junio de esa anualidad y el mismo día y mes del año siguiente, cuyo objeto fue el de amparar el riesgo de sustracción de las mercancías propias y/o en consignación (café en grano y sus subproductos), equipos de oficinas, maquinarias y otros elementos de la trilladora San Carlos, de propiedad de Trujitrillas, por un valor asegurado total de \$220'500.000.oo.

B. A finales de febrero de 1991, la sociedad Posada Restrepo y Cía. Ltda., Corredores de Seguros, fungiendo como intermediaria, le presentó a la aquí demandante y, conjuntamente con ella, a las sociedades Truarango y Cía. S.C.S., Inversiones San Antonio Arango y Cía. S.C.S., Copeagro Ltda., así como al señor Carlos Alberto Trujillo, un plan de seguros con pólizas que serían otorgadas por Seguros Andina S.A., las cuales sustituirían a las vigentes con La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.

C. El 28 de febrero de 1991, las señaladas sociedades llegaron a un acuerdo con la referida corredora de seguros, quien les comunicó que Seguros la Andina S.A. les había concedido amparo provisional en todos los ramos pretendidos, el cual regiría desde el 2 de marzo siguiente, hecho que confirmó en cartas del 24 de julio y del 28 de octubre de ese año, corroborado también por Seguros La Andina S.A. en sus comunicaciones de febrero 17 y marzo 19 de 1992, al igual que en

memorial dirigido por ella a la Superintendencia Bancaria, dando respuesta a un requerimiento que se le formuló para que diera explicación de cara a los sucesos que son objeto de ésta demanda.

D. En las semanas siguientes al otorgamiento del amparo provisional, las partes se ocuparon de establecer mecanismos para la financiación de las primas, verificándose el primer abono el 29 de abril de 1991 y los siguientes el 13 de junio, 16 de julio y 1º de agosto de ese año.

E. El 21 de octubre de 1991, Seguros La Andina S.A. expidió las pólizas de incendio Nos. 51629, 51630, 51631 y 51632, lo mismo que las de sustracción Nos. S-3900, S-4151 y S-04152. Al día siguiente expidió las pólizas “de computadoras y equipos electrónicos” No. EE-7765 y la de automóviles No. 82496, esta última con fecha 2 de septiembre. De entre ellas, destacó la parte demandante la de sustracción No. S-3900, por un valor total asegurado de \$270'500.000.00, tomada para garantizar “los bienes contenidos en la Trilladora San Carlos” (fl. 90, cdno. 1).

F. Dichas pólizas fueron inicialmente expedidas con vigencia desde el 15 de mayo de 1991, la que se modificó por parte de la aseguradora para fijarla en el 2 de mayo anterior, no obstante que se había solicitado cobertura desde el 2 de marzo, fecha del otorgamiento del amparo provisional.

G. El 7 de abril de 1991, hacia las 7 de la mañana, seis hombres armados entraron a la Trilladora San Carlos intimidando al personal que allí se encontraba, para luego proceder a sustraer 361 sacos de café excelso, 500 empaques No. 6 para café, herramientas consistentes en dos llaves de expansión No. 6 y 12, un juego de destornilladores, un juego de llaves de ¼ a 1 pulgada de boca fija y de estrella, un martillo de estrella, un alicate, dos tijeras corta lamina, dos hombre-solos, un mango de sierra, un juego de brocas, un taladro de ½, un juego de copas, un flexómetro de 5 metros, un nivel y un juego de machuelos; también se apoderaron de 5 armas usadas para la vigilancia, de propiedad del señor Carlos A. Trujillo, bienes cuyo precio era de \$28.880.000.00 para los 361 sacos de café excelso, \$307.000.00 para los 500 empaques y \$260.000,00 para la herramienta.

H. Seguros La Andina S.A. se negó inicialmente a cubrir el siniestro, alegando no ser cierta la existencia del amparo provisional; posteriormente reconoció el otorgamiento de dicho amparo, pero sostuvo que había “cesado”, bajo el argumento de que no se había dado cumplimiento a una nota que dijeron haber puesto anexa a los pagarés, sobre suscripción y cancelación de la cuota inicial, tal y como así lo refieren en su carta del 17 de febrero de 1992.

I. Dado que Posada Restrepo y Cía. Ltda. había informado a la demandante sobre la existencia del amparo provisional a partir del 2 de marzo de 1991, desde ese entonces se autorizó gestionar la cancelación de las pólizas otorgadas por La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A. Para tal efecto, aquella le comunicó la orden a la firma Coordinadora de Seguros Alberto Llano L. y Cía Ltda., sociedad que, con posterioridad a la fecha de ocurrencia del siniestro, le comunicó a la aseguradora referida “la orden de cancelación retroactiva al 2 de marzo de 1991, de todas las pólizas tomadas por la demandante y demás personas mencionadas”, por lo que se expidieron los anexos respectivos, en tal sentido.

J. Mediante comunicación del 14 de febrero de 1992, la sociedad demandante le solicitó a La Nacional pronunciarse sobre la responsabilidad que le pudiera corresponder en el cubrimiento del siniestro ocurrido, brindándose respuesta en carta No. 03264, del 6 de marzo siguiente, en la que negó su responsabilidad aduciendo terminación automática o revocación del contrato de seguro, por lo que dijo objetar cualquier reclamo. También argumentó en su defensa, la causal de terminación prevista en el artículo 1093 del Código de Comercio.

K. No obstante las múltiples reclamaciones efectuadas para que sea reconocida la indemnización por el siniestro referido, hasta el momento ninguna de las compañías demandadas ha pagado suma alguna, por lo que se formuló una queja ante la Superintendencia Bancaria, entidad que viene adelantando una investigación administrativa a las dos compañías aquí demandadas, sin que hasta el momento se conozca el resultado de dicha investigación.

3. Admitida como fue la demanda mediante auto de abril 20 de 1993 y corrido el traslado correspondiente, se le dio contestación por los demandados con oposición a las súplicas del libelo introductorio.

La Nacional Compañía de Seguros, formuló como excepciones de mérito, las de terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima y, subsidiariamente, la de terminación del contrato de seguro por revocación unilateral del asegurado. También en forma subsidiaria, propuso la de terminación del contrato conforme al artículo 1093 del Código de Comercio, así como por incumplimiento de las garantías a cargo del asegurado.

Seguros La Andina, por su parte, propuso las excepciones de Inexistencia del contrato de seguro; Inexistencia de la obligación moral por parte del asegurador e Inexistencia de la obligación de indemnizar.

4. Surtido el trámite propio de la primera instancia, el Juzgado le puso fin mediante sentencia proferida el 7 de julio de 1995, en la que resolvió: (1) Declarar probada la excepción denominada por Seguros La Andina S.A. como Inexistencia del Contrato de Seguro y, en consecuencia, absolverla de las pretensiones formuladas en su contra; (2) Declarar infundadas las excepciones propuestas por La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.; (3) Condenar a ésta última aseguradora a pagar a la sociedad Trujitrillas y Cía. Ltda., en calidad de asegurada beneficiaria del seguro de sustracción con violencia a que se refiere la póliza No.061915 y su anexo de declaración para almacenamiento exclusivo de café, la suma de \$30'440.457.00, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, vencido el cual ordenó reconocer interés moratorios legales de carácter comercial, hasta el momento del pago; (4) Condenar en costas a La Nacional Compañía de Seguros, a favor de Trujitrillas y Cía. Ltda.; (5) Condenar a la parte demandante a pagar las costas a Seguros La Andina S.A.

5. Apelada la sentencia por la parte demandante y por la aseguradora condenada, el Tribunal decidió dichas apelaciones mediante sentencia dictada el 17 de enero de 1996, en la que resolvió confirmar los numerales 1º y 5º; revocar los numerales 2º, 3º y 4º y, en su lugar, declarar probada la excepción de revocación unilateral del asegurado, a consecuencia de lo cual desestimó la pretensión incoada frente a La Nacional Compañía de Seguros, a quien favoreció, adicionando el numeral 5º, en el sentido de condenar a la parte demandante a cancelar las costas procesales de ambas instancias, a favor de la referida sociedad.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Concreta la Corte la síntesis del fallo impugnado, a las razones que condujeron al sentenciador de segundo grado a desestimar las pretensiones formuladas contra La Nacional Compañía de Seguros, pues fue el único pronunciamiento cuestionado en sede de casación.

Sobre ese particular, el Tribunal, luego de encontrar la prueba de la póliza de seguro de sustracción con violencia No. 061915, expedida por dicha aseguradora a solicitud de la sociedad demandante, agregó que el señor Jorge Guarín, administrador del establecimiento de comercio, había dado informe de la ocurrencia del siniestro; que se hizo la reclamación por escrito y que el testimonio de la Subgerente de la compañía, Luz Estella Vásquez Maya, daba cuenta del hurto de 361 sacos de café excelso, de armas de dotación para vigilancia de la empresa y de una volqueta de la sociedad demandante.

Recordó luego el *ad quem* las razones por las cuales la aseguradora negó el pago de la indemnización, para ocuparse entonces de las excepciones propuestas, memorando, en forma intrincada, las consideraciones que hizo el *a quo* al respecto.

Con tal propósito, señaló el juzgador que la póliza No. 061915 de sustracción con violencia, fue expedida el 7 de septiembre de 1990, fecha para la cual no había entrado a regir la ley 45 de esa anualidad (19 de diciembre), motivo por el cual el contrato de seguro quedó regulado, en lo tocante con los efectos que genera la mora en el pago de la prima, por el artículo 1068 del Código de Comercio, en su versión original, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, agregó el fallador, como la norma mercantil aludida exigía la manifestación expresa del asegurador para dar por terminado el contrato, dado que la mora en cuestión “configuraba una de las denominadas por la doctrina como causal facultativa”, al no haberse efectuado realizado esa

comunicación, debía concluirse que el contrato estaba vigente para el momento en que ocurrió el siniestro (fl. 78, cdno. 7).

Tampoco halló acreditada el Tribunal la excepción de terminación del contrato de seguro “desde cuando la Aseguradora Andina expidió el amparo provisional prometido”, porque esta última “no expidió amparo provisional”. De la misma manera, consideró que no se había demostrado la excepción de incumplimiento por parte de la demandante de su obligación de declarar mensualmente las existencias diarias amparadas, porque “la compañía aseguradora fue bastante tolerante con la sociedad actora y vemos como por mutuo acuerdo convino que los informes fueran dados telefónicamente o por fax”, sin que aparezca “prueba que amerite la terminación del seguro, por parte de la aseguradora” (fl. 80, cdno. 7).

Finalmente, en cuanto a la excepción fundada en “la terminación unilateral del asegurado”, soportada en el artículo 1071 del Código de Comercio, que permite al “asegurado revocar en forma unilateral el contrato de seguro, en cualquier momento, mediante escrito al asegurador”, sostuvo el Tribunal que se había allegado “abundante prueba documental que circuló entre los corredores de seguros ‘Posada Restrepo’ y ‘Coordinadora de Seguros’, con respecto al siniestro y que se presentó cuando las pólizas expedidas por “La Nacional de Seguros” se encontraban vigentes, entre las cuales figuraba la No.061915”, lo mismo que de las gestiones adelantadas por la primera “en procura de obtener con Seguros La Andina, el otorgamiento de las pólizas correspondientes al programa de seguros que tenía la demandante en ese momento con La Nacional” (fl. 81, cdno. 7).

Precisó luego que la sociedad demandante, “en los hechos 37 y siguientes de la demanda”, confesó que la Coordinadora de Seguros Alberto Llano y Cía. Ltda., le comunicó a La Nacional Compañía de Seguros la orden de cancelación retroactiva al 2 de marzo de 1991, de todas las pólizas que habían sido tomadas con ella, lo que era perfectamente posible, pues “la compañía asegurada” puede renunciar a unos derechos que solo tienen que ver con intereses particulares y no generales. Más aún, insistió el fallador en que “Perfectamente se puede renunciar a los contratos de seguros acordados y a partir del 2 de marzo de 1991”, acotando que fue entonces por voluntad del asegurado, que la compañía aseguradora había cancelado las pólizas respectivas, “especialmente la póliza número 179063”, devolviendo las sumas correspondientes a las primas.

Por lo anterior, consideró el Tribunal que debía prosperar la última de las excepciones referidas, lo que motivó que revocara los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia del *a quo*, para, en su lugar, absolver a La Nacional Compañía de Seguros.

LA DEMANDA DE CASACION

CARGO UNICO

Con apoyo en la causal primera de casación, la sociedad demandante acusó el fallo de segunda instancia porque, a consecuencia de errores evidentes de hecho y uno de derecho, quebrantó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2º, 822, 1071 y 1077 (inciso 2º) del Código de Comercio y los artículos 15 y 16 del Código Civil; así mismo, pero por falta de aplicación, los artículos 1036, 1037, 1040, 1056, 1057, 1080, 1083, 1085, 1088, 1089 y 1110 del Código del Comercio y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Igualmente denunció como quebrantados, los artículos 194, 197 y 279 del Código de Procedimiento Civil, así como el artículo 1071, en relación con el 826 del Código de Comercio.

Primeramente, el casacionista precisó que “este cargo se lanza porque el fallador ad quem dio por acreditada la revocación unilateral del contrato de seguro, muy a pesar de que no existe el aviso escrito de Trujitrillas en tal sentido, lo que está expresamente exigido por el artículo 1071 del Código de Comercio; porque le dio efecto retroactivo a la orden verbal comunicada después del 7 de abril fecha del siniestro, no obstante que el artículo 1071 citado le concede a la orden de revocación efectos sólo para el futuro y nunca para el pasado y, en fin, porque la condena pedida debe hacerse con corrección monetaria, más intereses por no haberse pagado oportunamente el seguro” (fl. 19, cdno. 9).

En la sustentación de dicha acusación, adujo el impugnador que no discutía que, como excepción al principio general de que el contrato es una ley para los contratantes, el artículo 1071 del Código de Comercio previó la revocación del contrato de seguro por el asegurado “mediante aviso escrito”, la que “solo produce efectos para el futuro”, pues “en ninguno de los dos casos puede tener efecto retroactivo”. Pero el Tribunal, agregó el recurrente, “pasando por alto las claras diferencias que distinguen la renuncia de derechos que solo miran el interés del renunciante consagrada en el artículo 15 del Código Civil, y, de otro, la revocación unilateral del contrato de seguro, reglada expresamente por el artículo 1071 del Código de Comercio en sus cuatro incisos, concluyó sin advertirlo conscientemente que el asegurado puede revocar un contrato de seguro a partir de una fecha anterior a la del día en que se da aviso al asegurado de la revocación del contrato”. Por ello, precisó el casacionista, cuando el Tribunal se amparó en el artículo 1071 citado, le dio “validez a un aviso irregular de revocación”, porque “irregularmente dio por acreditado ese aviso escrito exigido por el artículo 1071 y olvidando que el artículo 826 del mismo Código de Comercio ordena que “para cuando se exige que un acto conste por escrito, debe aducirse ‘el instrumento privado con firmas autógrafas de los suscriptores’” (fls. 22 y 23, cdno. 9).

Señaló luego el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho (a) “cuando encontró probada la revocación unilateral por parte del asegurado Trujitrillas y Cía. Ltda. respecto del contrato de seguro contenido en la póliza de sustracción No. 061915, sin que exista escrito rubricado por el asegurado y remitido a la aseguradora en que se de aviso de tal revocación”; (b) cuando pasó por alto, incurriendo en preterición de prueba, que “en la comunicación del 6 de marzo de 1992 AJ-0111, distinguida con el número 032674, visible a folios 84 a 86 del cuaderno No.1, dirigida por el Presidente de La Nacional de Seguros al doctor Mauricio Toro Zuluaga, dicha aseguradora confiesa, bajo el punto 5, que no recibió del asegurado Trujitrillas y Cía. Ltda. el aviso escrito de revocación del contrato de seguro”; y (c) cuando dejó de ver en las repuestas del interrogatorio del demandante (primera pregunta), que “la cancelación inicialmente se dio por solicitud verbal del cliente” y con “los corredores de seguros” (continuación del interrogatorio).

Tales yerros permitían concluir, a juicio del casacionista, que “por tres aspectos erró el Tribunal en esta materia: el primero, porque la revocatoria anunciada no fue comunicada directamente por el asegurado que era Trujitrillas y Cía. Ltda.; el segundo, porque dicha revocatoria no se hizo mediante aviso escrito; y el tercero, porque el aviso de revocatoria se dio después del 7 de abril de 1991 cuando ya había ocurrido el siniestro, y la revocación reglamentaria en el artículo 1071 del Código de Comercio solo puede tener efectos para el futuro (ex-nunc) y no puede operar retroactivamente” (fl. 24, cdno. 9).

Agregó también el censor, que “pasó por alto el Tribunal, cayendo así en error fáctico palmario, que en el hecho 44 se precisa que solo después de ocurrido el siniestro, un tercero, la firma Coordinadora de Seguros ‘comunicó a La Nacional la orden de cancelación retroactiva al 2 de marzo de 1991’”, de donde se desprende que “no vio pues el Tribunal que es indivisible esta confesión,...por lo cual ha debido aceptar que el aviso de revocación apenas se comunicó a La Nacional de Seguros después de ocurrido el siniestro (7 de abril de 1991) y que, por tanto, la revocación de ninguna manera podía tener efectos retroactivos al 2 de marzo de 1991” (fl. 24, cdno. 9).

Así mismo, expresó el casacionista que el Tribunal incurrió en error de derecho, con violación medio de los artículos 194, 197 y 279 del Código de Procedimiento Civil y 826 y 1071 del Código de Comercio, al darle valor pleno de confesión espontánea a los episodios narrados por la demandante bajo los hechos 36, 37, 38 y 44 de la demanda, relativos a la autorización dada para informar a La Nacional de Seguros que se le había otorgado un amparo provisional y también los relativos al encargo que dio a Posada Restrepo y Cía. para gestionar con aquella la cancelación de las pólizas otorgadas por ésta, porque al tener como probada la revocación del contrato “con los hechos confesados en la demanda, le dio a la confesión, en este caso, un valor de que carece, pues según los artículos 1071 en relación con el 826 del Código de Comercio, la revocación siempre tiene que hacerse por escrito signado por el asegurado, escrito de revocación no aducido al proceso porque no existe”. Por tanto, si “la revocación unilateral del contrato no puede hacerse consensualmente sino por aviso escrito”, la confesión no resulta admisible para los hechos que requieren prueba documental, como es el aviso escrito que exige el artículo 1071 del Código de Comercio, lo que indica que fueron quebrantados los artículos 194, 197 y 279 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, alegó el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho al no ver que en la carta AJ-0287 del 17 de junio de 1992, que el Presidente de La Nacional de Seguros le envió al Superintendente Delegado de Seguros de la Superintendencia Bancaria, se confiesa haber accedido inicialmente a la revocación retroactiva de contrato, pero que luego aclaró “que ello no era procedente dado que no se podía revocar un contrato que ya había terminado en forma automática”, con lo cual “revocó la revocación quitándole todo efecto a ese acto retroactivo y reconociendo así los fundamentos que declaró probados el ad-quem” (fl. 26, cdno. 9).

CONSIDERACIONES

1. Es regla principalísima, amén que vertebral del derecho contemporáneo de los contratos y de las obligaciones, que aquellos, *lato sensu*, son ley para las partes y que, por ende, no pueden ser “invalidados” sino por su mutuo asentimiento o por motivos legales. Así, expresa y categóricamente, fue establecido en el artículo 1602 del Código Civil patrio, tributario, en este puntual tópico, del artículo 1134 del Código Civil Francés, a su turno influido por la doctrina volitiva –o voluntarista-prohijada con hincapié por la célebre Escuela Clásica del Derecho Natural, así como por el pensamiento liberal e individualista que acentuadamente campeó en la Escuela de la Exégesis y en la generalidad de las legislaciones decimonónicas.

La fuerza vinculante que emerge del contrato (*pacta sunt servanda*), en particular el nacido por la conjunción o convergencia de voluntades individuales (*mutuum consensus*), imposibilita entonces que una de las partes, *motu proprio*, derogue la ley negocial –o *lex contractu*- y, por esa vía, pueda válidamente sustraerse de atender el deber de prestación que le incumbe, propósito que –por regla-sólo puede lograrse por la aquiescencia expresa o tácita de quienes estructuraron primigeniamente la convención (axioma de la intangibilidad *in negotio*), pues, al fin y al cabo, como de antiguo se ha predicado, nada es tan natural y consecuente de cara a la lógica, como disolver un vínculo de la misma manera como inicialmente se gestó (*nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*), esto es, en virtud de la exteriorización de las voluntades coincidentes de los propios cocontratantes (*mutuum disensus*).

Bajo este entendimiento, fácil resulta comprender que los negocios jurídicos, por regla general, fenecen por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 C.C.); o por la declaración judicial de resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625 nral. 9 C.C. y 870 C. de Co.); o por el pronunciamiento judicial de nulidad absoluta o relativa, fundado en la existencia de una causal concerniente a su invalidez (arts. 1625 nral. 8 y 1740 y ss, ib.). Fuera de estos conocidos supuestos –y de algunos otros expresamente previstos por el legislador (p.ej: tratándose de la aplicación de la teoría de la imprevisión)-, importa acotarlos, las partes de un contrato, merced a la *ratio* que lo inspira, deben plegarse al designio negocial expresado *ex ante* (principio de fidelidad negocial), lo que implica que la solitaria e insular voluntad de una de ellas de apartarse del contenido de las cláusulas que contribuyó a diseñar, o a las que adhirió en señal de aceptación –una de ellas referente a la vigencia del acuerdo respectivo-, es insuficiente y, por contera, anodina para producir el resultado de ponerle fin al contrato –y, de paso, privar de efectos jurídicos al acuerdo negocial-, e interrumpir su pervivencia espacio-temporal.

2. No empece lo anterior, tratándose de ciertos negocios jurídicos en los que –de ordinario- la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, el legislador –directa o indirectamente- ha posibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del ‘poder potestativo’ conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar- anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual, objeto de comentario anterior, en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no despliegue efectos jurídicos para el porvenir (‘negocio abolutivo’), dado que se trata, *per se*, de negocios de duración.

En el caso del contrato de seguro, el legislador nacional acogió el vocablo ‘revocación’ para aludir al supraindicado instituto, más propio en el derecho comparado, es cierto, de los negocios o actos unilaterales. De allí que esta figura, igualmente, se conozca mediante otras expresiones, v.gr: rescisión, receso, desistimiento o distracto unilaterales, la cual, en Colombia, es objeto de expreso tratamiento en la esfera de diversos negocios y contratos (testamento, donación, mandato, etc.), no siempre con el mismo alcance (p. ej: la denominada acción revocatoria), de suerte tal que acusa una marcada polivalencia semántica, detonante de infortunadas confusiones, a la par que de agudas controversias, incluido en el ámbito asegurativo, en donde campean divergentes y peculiares instituciones que permean el desarrollo y la eficacia del vínculo contractual, o que modifican uno de sus eslabones, tal y como acontece con la designación del beneficiario en el seguro sobre la vida, esencialmente revocable cuando ella se hace a título gratuito (art. 1146 C. de Co.).

En este sentido, *in concreto*, estableció el artículo 1071 del Código de Comercio¹, que el contrato de seguro podía “ser revocado unilateralmente por los contratantes”; si es por el asegurador –a quien *in radice, ope legis*, se restringe ésta prerrogativa en determinados seguros como el de vida (art. 1159)-, “mediante noticia al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío” (preaviso *legis*), término que puede reducirse “previa autorización que, por razones de interés general, imparta para algún ramo específico la Superintendencia Bancaria” (nral. 2 art. 185 Dec. 663/93); y si es por el asegurado, mejor aún por el tomador, pues aquel no es parte en el contrato (art. 1037-2 C. de Co.), “en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador”.

Trátase, entonces, de una institución adoptada con un visible criterio liberal por el legislador mercantil patrio –rectamente entendido-, en razón de que no circunscribió su procedencia a la materialización de específicas y delimitadas circunstancias (*numerus clausus*), según tiene lugar en la generalidad de legislaciones foráneas. Es así como entendió que, “En todo momento, desde cuando asume el riesgo, hasta cuando termina el contrato por uno u otro motivo, el asegurador debe tener absoluta confianza en el asegurado, y éste abrirla respecto de aquel” (Proyecto de Código de Comercio de 1958, Exposición de motivos), lo que traduce, en opinión de un reconocido sector de la doctrina vernácula, que “La ley no quiere mantener indisolublemente atado al tomador que ha perdido la fe en la solvencia técnica, moral o financiera de su asegurador. A la cual está ligada la preservación de su patrimonio ante la eventualidad del riesgo cubierto por el seguro. Ni el asegurador que ha contratado puesta su confianza en la buena fe, en la probidad, en la prudencia del tomador, si estas calidades morales se tornan para él sospechosas durante la vida de la relación contractual”².

Pero más allá de éste indiscutido fundamento teleológico, no es posible perder de vista que la revocación también puede hundir sus raíces en múltiples motivos no necesaria o indefectiblemente ligados a la confianza, *stricto sensu*, o a la protección de la *uberrima bona fides* –cuando alguna de las partes considere que el comportamiento contractual de la otra no se acompasa con tan caro postulado-, pudiendo considerarse, bien como una garantía instituida en pro del consumidor y en beneficio de una sana, ortodoxa y transparente competencia, en cuanto que aquel puede legítimamente aprovecharse de las ventajas cualitativas y cuantitativas que ofrece el mercado, v. gr.: en materia de primas y de coberturas; ora como una expresión del derecho al arrepentimiento –en sentido lato- de cara al término de duración aún no transcurrido en los negocios jurídicos “fluyentes”, de duración, de ejecución diferida o de tracto sucesivo, como acontece en punto tocante con el contrato de seguro, conforme se refirió en aparte que antecede. De ahí que para algunos doctrinantes, la revocación –o su equivalente en el Derecho nacional pertinente- deba entenderse como “una declaración de voluntad unilateral *incausada*”³ (se subraya), lo que pone de presente, en lo que a su génesis atañe, que es altamente subjetiva, que ella “debe dejarse al arbitrio unilateral de cada uno de los contratantes” (*ad nutum*), como –a propósito- se consignó en la Exposición de motivos del meritado Proyecto de Código de Comercio del año 1958, sin que ello signifique, de

¹ Esta disposición, por explícito designio legal, no aplica –como mínimo- a las garantías de cumplimiento a que se refiere el nral. 19 del artículo 25 de la Ley 80/93, ni en el seguro de transporte (art. 1125 C.Co.), como tampoco en el seguro obligatorio de daños corporales a las personas en accidentes de tránsito (Cir. Ext. 6/96. Tit. 6º, Cap. 2º, 5.2., cond. 9a.).

² J. Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro. El Contrato. Temis. Bogotá. 1991. Pág. 505.

³ Spota, A.G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. T. III. Pág. 516.

ninguna manera, que el revocante escape al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (art. 95-1 C. Pol. y 830 C. de Co.), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero arbitrio o a la simple volición⁴.

En este sentido, quien de buena fe hace uso de dicho instituto, de inobjetable origen volitivo (*ad libitum*), no tiene la necesidad de consignar en el escrito de enteramiento respectivo a su cocontratante, indefectiblemente, cuáles son las razones que, *in casu*, lo llevaron a tomar dicha decisión. Le basta con comunicarla, en debida forma, al otro extremo de la relación negocial, sin que su eficacia, *per se*, quede supeditada a la validez de una motivación específica y, menos aún, a la aceptación por parte de éste, quien ocupa un 'rol' enteramente divergente: destinatario de la precitada determinación volitiva (*ex voluntate*), sin perjuicio del tratamiento otorgado en la esfera nacional por el codificador mercantil en el inciso 2º del artículo 1079, al consagrar, no exento de reparo conceptual y terminológico, la figura de la revocación por "mutuo acuerdo", más acorde, en puridad, con el apellidado mutuo disenso –o distracto-.

Cumple además anotar que la revocación asegurativa, en sí misma considerada, a *fuor* que en su más genuino origen y significado, es una declaración de voluntad formal; unilateral; recepticia; directa o indirecta y que sólo produce efectos para el porvenir, a su turno detonante de un negocio jurídico de carácter extintivo. En efecto:

A. Es de voluntad, mas no de conocimiento o de ciencia, pues a través de ella se expresa inequívocamente el propósito volitivo de extinguir el contrato, esto es, de hacerlo cesar en lo que a efectos jurídicos se refiere, manifestación que, por tanto, no se reduce a una mera afirmación sobre la existencia de un hecho o de un saber (*docere*), sino a la exteriorización de un arquetípico querer⁵.

B. Es formal –mejor aún, de forma específica-, en la medida en que, según lo estatuye el artículo 1071 del Código de Comercio, sólo tendrá eficacia si se hace por escrito, requisito éste, de suyo, vinculado al carácter dispositivo de la declaración negocial, en el que la supraindicada formalidad o exigencia *ex lege*, "asume una función constitutiva en cuanto el contenido –como lo recuerda el doctrinante Betti- no será influyente y válido en una forma diferente"⁶.

Trátase –en lo pertinente- de una excepción a la regla de la libertad de forma que impera en el derecho privado y, claro está, en el ordenamiento mercantil, pues aunque es cierto que los comerciantes pueden "expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco", no lo es menos que si "una norma legal", en este caso el artículo 1071 de esa misma codificación, exige "una determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad" (art. 824).

C. Es unilateral, como se anunció en párrafos precedentes, toda vez que para su configuración basta que una de las partes exprese libremente su deseo de rasgar, *in toto*, el vínculo asegurativo –salvo las excepciones legales-, sin que pueda predicarse, en el más riguroso de los sentidos, una revocación por mutuo acuerdo de las partes, como lo prevé el inciso segundo –parte final- del artículo aludido, ya que si ello ocurre, según se advirtió en líneas anteriores, lo que habrá tenido lugar es la floración de un mutuo disenso (art. 1625 C.C.).

D. Es recepticia –o si se prefiere dirigida-, porque debe dirigirse a un sujeto específico –declaración 'frente a otro'-, en concreto a la persona con la que se estableció originariamente la

⁴ Cfme: Isaac Halperin. Seguros. Depalma. Buenos Aires. 1983. Vol. 1. Pág. 368 y A. Faure Rochex y G. Courtieu. Le Droit du contract d'assurance terrestre. L.G.D.J. París. 1998. Pág. 171.

⁵ Francesco Galgano. El Negocio Jurídico. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. Págs. 23 a 25.

⁶ Emilio Betti. Teoría General del negocio jurídico. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Pág. 119.

relación negocial que de esa manera termina⁷, sea el asegurador o el tomador, dependiendo de quien revoque, característica que reviste mayor importancia si se considera que la revocación, *ministerio legis*, implica la comunicación de una específica determinación –*ex voluntate*- a su destinatario⁸;

E. Puede ser directa o indirecta, dependiendo del medio o del mecanismo que se utilice para comunicar la revocación, en la medida en que, *recta vía*, puede ponerla en conocimiento del otro extremo contractual, el propio revocante (mediante carta, documento electrónico, etc.), o hacerlo por interpuesta persona, *ad exemplum*, a través de un corredor de seguros, en la inteligencia de que estos profesionales, como lo puntualizó recientemente esta Corporación, “al lado de las gestiones que identifican y tipifican el contrato de corretaje de seguros..., desempeñan una serie de labores accesorias o adicionales, antes, durante y aún después del contrato de seguro, tales como la asistencia al asegurado en caso de siniestro, la asesoría pertinente para actualizaciones o modificaciones del contrato, o el cobro de la prima, las cuales en modo alguno se oponen al corretaje, pero tampoco participan de su esencia” (se subraya; cas. civ. de agosto 8 de 2000; exp: 5383).

Agrégase a lo anterior que la revocación, ello es medular, concretamente para el examen del asunto sometido al escrutinio de la Corte, sólo puede tener efectos hacia el futuro (*in futurum*), esto es, *ex nunc* y no *ex tunc*, pues ella responde, como ha quedado ya expresado, al confesado deseo de desligarse –o desvincularse- del acuerdo negocial. Y no podía ser de otra manera, tratándose además de un contrato de tracto o ejecución sucesiva como el seguro, en el que las respectivas prestaciones nacientes para las partes, no se pueden diluir una vez ejecutadas. **Mientras la revocación no sea comunicada por el tomador –o por la persona legitimada legal o convencionalmente para ello-, la entidad aseguradora, a términos del artículo 1037 del Código de Comercio, ha “asumido el riesgo” y, por ende, tiene derecho a percibir la prima correspondiente; por su parte, en tanto ésta no le de noticia escrita a aquel de que ha revocado el contrato y transcurra el término –o preaviso- de 10 días fijado por el legislador del año 1971, si se produce un siniestro, deberá honrar la palabra empeñada y, por tanto, cumplir la prestación asegurada, según el caso (deber de prestación).** Por ello el artículo 1071 del estatuto comercial, al señalar el efecto patrimonial que le sigue a la revocación, paladinamente precisa que “la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, o sea la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato” (se subraya).

La imposibilidad de otorgarle efectos retroactivos a la revocación, importa resaltarlo, reviste una doble fundamentación jurídica: de una parte, porque dichas prestaciones –la de pagar la prima y “asumir el riesgo” (mejor la de brindar seguridad), en sentido lato-, en principio recíprocamente equivalentes, ya fueron satisfechas o ejecutadas en un período de tiempo antecedente, el que se erige, como bien se sabe, no sólo en valladar insuperable, puesto que lo agotado, agotado está y eso es insoslayable, tanto desde un punto de vista ontológico como jurídico, sino también en elemento determinante para la formación de ciertos negocios jurídicos que, como el contrato de seguro, teleológicamente se gestan con el propósito de que se preserven –por lo menos por un razonable lapso-, lo que reafirma la autonomía y sustantividad de cada una de ellas; y, de la otra, porque se constituiría en aleve y torticero atentado contra el granado principio de la buena fe (lealtad o probidad) –y de paso de cara a la justicia contractual-, permitir que las partes, *ad libitum*, pudiesen determinar arbitrariamente el momento a partir del cual su decisión surte efectos, lo que traduciría que el asegurador, lisa y llanamente, podría liberarse de la obligación de pagar la indemnización o suma asegurada a que hubiere lugar por la ocurrencia previa de un siniestro, comunicando al tomador que ha revocado el contrato desde una fecha anterior a aquella en que el riesgo se materializó (arts. 1054 y 1072 C. de Co.); o que el tomador podría liberarse de pagar la prima ya causada, pretextando que revocó el negocio asegurativo, con antelación a la fecha en que aquella se hizo exigible, ambas hipótesis ciertamente inadmisibles.

Como bien lo realza la doctrina jusprivatista, en suma, los efectos que dimanen de la revocación –o de la figura sucedánea en el derecho comparado-, son los de “truncar la relación contractual *ex nunc*

⁷ Cfme: Andreas Von Tuhr. Derecho Civil. Vol. II. Parte 2. Depalma. Buenos Aires. 1947.. Págs. 127 a 129; Roberto H. Brebbia. Hechos y Actos Jurídicos. Astrea. Buenos Aires. 1979. Pág. 914 y Nicola Gasperoni. Contratto di Assicurazione. En Novissimo Digesto Italiano. T. IV. Torino. 1957. Pág. 608.

⁸ Cfme: Manuel Albaladejo. El negocio jurídico. Bosch. Barcelona. 1958. Pág. 86 y Stefano Benini. Durata dell'assicurazioni. Giuffré. Milán. 2000. Pág. 109.

sin eficacia retroactiva⁹, postura ésta igualmente ahijada por la doctrina especializada nacional¹⁰ e internacional, la que es conteste en preconizar, en punto a los efectos de la llamada –en el ordenamiento patrio- revocación, que el contrato se preserva intacto en lo que atañe al pasado, “pero es destruido integralmente en lo que concierne al futuro”¹¹.

Por eso en Colombia el artículo en cuestión, tratándose del asegurador, establece que la revocación producirá efectos diez días después de haber sido enviada la noticia escrita al asegurado –mejor tomador-, término que, por tuitivo, es necesario “para que el asegurado –si lo desea- contrate con otra compañía la protección que requiere”, según quedó registrado literalmente en la referida Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio del año 1958, aquilatado antecedente del ordenamiento vigente, incluido, claro está, el título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, referente al contrato de seguro; mientras que si es el tomador quien revoca el contrato, tal determinación produce efectos “en cualquier momento”, es decir, inmediatos o a partir de una fecha futura que aquel precise en el “aviso escrito al asegurador”, pues, en este evento, como se reseñó en la precitada Exposición de Motivos, en puridad, “ningún daño se causa al asegurador”, precisamente porque la eficacia de su volición está ligada al porvenir, sin mirar o contemplar el pasado.

3. Al amparo de estas específicas reflexiones, necesarias para el adecuado examen del cargo en su oportunidad formulado, fácil y delantadamente se colige que el Tribunal, al acoger la excepción de “terminación unilateral del asegurado” (sic), soportándose para el efecto en el hecho de que la misma parte accionante había confesado en su demanda que, por orden suya, las pólizas tomadas con La Nacional de Seguros habían sido canceladas retroactivamente a partir del 2 de marzo de 1991 por la Coordinadora de Seguros Alberto Llano y Cia. Ltda., incurrió en error de derecho trascendente que provocó la infracción de las normas sustanciales denunciadas por el señor casacionista, origen de la decisión que la Sala –ulteriormente- adoptará, enderezada a casar la providencia en comento, merced a la procedencia y pertinencia de la censura. En efecto:

A. Se equivocó el sentenciador de segundo grado, al tener como probada la revocación con fundamento en lo afirmado por la demandante en su demanda (hecho 44), en el sentido de haber autorizado a su corredor de seguros, la sociedad Posada Restrepo y Cía. Ltda., para “gestionar la cancelación de las pólizas otorgadas” por La Nacional de Seguros, toda vez que tal manifestación no podía tomarse como confesión de ese hecho, para el cual la ley exige un medio de prueba específico, amén de excluyente, como ya se examinó: la noticia o aviso escrito (num. 3°, art.195 C.P.C. y art. 1071 C.Co.).

A este respecto interesa recordar que, “en el ordenamiento probatorio actualmente en vigencia, tanto la confesión judicial como la extrajudicial son pruebas eficaces para demostrar hechos litigiosos, salvo que la ley misma exija una prueba determinada como requisito *ad solemnitatem* o *ad probationem*” (CXLVIII, págs. 285 y 286), por lo que se incurre en error de derecho cuando el Juez, “para acreditar un hecho o acto jurídico”, lo da “por demostrado con prueba distinta a la pertinente” (se subraya; CCXL, pág. 30).

B. Así las cosas, si la revocación es una típica declaración de voluntad sujeta a una cierta forma –o formalidad-, conforme a lo imperado por la ley mercantil, como igualmente se acotó; y si por la solemnidad o ritualidad que reclama esa particular y especialísima manera de dar por terminado el contrato de seguro, es ineficaz la confesión como medio de prueba, fuerza concluir que el fallador incurrió en error de derecho, al dar por acreditada la revocación unilateral del contrato de seguro contenido en la póliza Nro. 061915, por parte de la Sociedad Trujitrillas Ltda., con soporte en la manifestación que su apoderado hizo en el libelo genitor del proceso.

⁹ Ugo Carnevali. Gli effetti del contratto, en la disciplina generale dei contratti. Giappicheli. Torino. 1999. Pág. 680. Cfme: Lodovico Barassi. La Teoría Generale delle Obligazioni. Giuffré. Milán. 1946. Vol. III. Pág. 958. Cfme: Anteo E. Ramella. La resolución por incumplimiento. Astrea. Buenos Aires. 1979. Pág. 18 y Fernando López de Zavalía. Teoría de los contratos. T. I.. Ed. Víctor P. de Zavalía Buenos Aires. 1984. Pág. 373 y 374

¹⁰ J. Efrén Ossa. Teoría General del Seguro. Vol. II. Op. cit. Pág. 505.

¹¹ M. Picard y A. Besson. Le contrat d'assurance. L.G.D.J. París. 1982. T. I. Págs. 281 y 282. Cfme: Antígono Donati. Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private. Giuffré. Milán. 1954. Vol. II. Pág. 511.

Si bien es cierto a folio 90 del cuaderno No. 2, obra copia de la comunicación No. 2491 de fecha abril 23 de 1991, dirigida por Carlos Arturo Cárdenas a La Nacional de Seguros, en la que se solicita la “cancelación” de la citada póliza desde marzo 2 de esa anualidad, tal documento no puede ser apreciado, pues se trata de una copia simple, no autenticada y, por ende, ayuna de cualquier valor probatorio, como quiera que no reúne ninguna de las exigencias señaladas en los artículos 253 y 254 del C.P.C., puesto que la Superintendencia Bancaria, quien la remitió al Juzgado como parte de los documentos que componen la actuación administrativa contra las aquí demandadas, no dejó constancia de su autenticidad conforme lo exige la última de las normas procesales aludidas, como se sabe de inexorable cumplimiento.

C. Sin embargo, aún si a tal comunicación pudiera –en gracia de discusión- dársele eficacia probatoria, en todo caso no podía el juzgador, con respaldo en ella, abrirle paso a la excepción de “terminación del contrato por decisión del asegurado”, por lo menos para la época en que ocurrió el siniestro (7 de abril de 1991), en la medida en que la cesación de efectos provocada por la revocatoria unilateral del tomador, como quedó expuesto en párrafos liminares, sólo podría haber tenido lugar, en este caso específico y según las pruebas recaudadas, a partir del 23 de abril de esa anualidad, fecha en que se le dio aviso de ella al asegurador (fl. 90, cdno.2), ya que, como fue analizado a espacio, dicha manera de ponerle fin al negocio jurídico asegurativo, sólo produce efectos hacia el futuro (*ex nunc*), y no hacia el pasado (*ex tunc*), por manera que, *in radice*, debe entenderse proscrita la posibilidad de que una de las partes finiquite retroactivamente el seguro, un prototípico acuerdo de duración o si se prefiere de ejecución sucesiva, como lo pregonan, *ad pedem literae*, el artículo 1036 del estatuto mercantil.

De ahí que, aún si se admitiese que existe prueba del aviso escrito, en cualquier hipótesis el *ad quem* erró de hecho al dar por probado que para la época en que se realizó el riesgo, había tenido lugar la revocación del contrato de seguro, puesto que la fecha a partir de la cual la aludida misiva produce efectos respecto del asegurador, es muy posterior, lo que permite concluir que para el 7 de abril de 1991, día del siniestro, el contrato de seguro estaba vigente y, por consiguiente, habilitado para desplegar sus efectos connaturales, por manera que erró paladinamente el juzgador de segundo grado, al desconocer que la revocación, en ningún caso, produce efectos retroactivos, los que no pueden ser concedidos so capa de una mal entendida “renuncia a los contratos” y “a los derechos”, como en forma equivocada lo sostuvo el *ad quem* (fl. 82, cdno. 7), pues la primera no es procedente a la luz de los principios que informan la teoría de determinados negocios jurídicos, como quedó explicado liminarmente, y la segunda no es de recibo, en atención a que las consecuencias que dimanar de la revocación, no sólo miran “al interés individual del renunciante” (art. 15 C.C.), en este caso el tomador, sino que también tocan derechos del asegurador, como igualmente se explicitó.

4. Estos errores, como se anunció, condujeron a que el Tribunal concluyera, en contra de la evidencia probatoria, que el contrato de seguro de sustracción con violencia contenido en la póliza No. 061915, ya había terminado por revocación unilateral efectuada por la sociedad Trujitrillas y Cía Ltda., para la fecha en que ocurrió el siniestro (7 de abril de 1991), consideración que lo condujo a desestimar la pretensión de reconocimiento de la indemnización respectiva, pese a que se había demostrado, como el mismo fallador lo aceptó, la realización del riesgo asegurado (fls. 74 y 75, cdno. 7), lo que en sana lógica imponía acceder a las súplicas indemnizatorias formuladas en la demanda respecto de La Nacional de Seguros, de suerte que, al negar ese derecho de crédito, se violó, por aplicación indebida, el artículo 1071 del Código de Comercio, en cuanto se le abrió paso a la excepción de terminación unilateral por parte del tomador, en orden a frustrar –con fundamento en ella- la viabilidad de las pretensiones y, por falta de aplicación, los artículos 1080, 1088, 1089 y 1110 de la misma codificación, relacionados con la obligación a cargo del asegurador de pagar la indemnización o suma asegurada correspondiente.

En consecuencia, el cargo prospera, lo que entraña casar la sentencia y dictar el correlativo fallo de reemplazo.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Fue probado que entre La Nacional de Seguros y la sociedad demandante, se celebró un contrato de seguro que amparaba la sustracción con violencia de bienes pertenecientes a ésta, el cual fue documentado en virtud de la póliza No. 061915, con vigencia entre el 22 de junio de 1990 y el mismo día y mes de 1991 (fls. 2 a 7, cdno. 6).

También se acreditó que el día 7 de abril de este último año, se presentó en las instalaciones de aquella, un “robo de 361 sacos de café tipo excelso,..., algunas armas de dotación para la vigilancia de la trilladora”, entre otros bienes que detalló el señor Juan Guillermo Marín Jaramillo, administrador de la trilladora, en el informe que, luego de hacer inventario, le rindió al corredor de seguros al día siguiente de ocurridos los hechos (fls. 61 y 62, cdno. 1 y 2 vlto., cdno. 2), circunstancia que fue confirmada con la versión de los testigos Luz Stella Velásquez Maya y Jorge Guarín Arias, éste último, testigo del hurto y conocedor, en su calidad de supervisor, de la preexistencia de los bienes sustraídos (fls. 1 vlto, cdno. 5 y 2 vlto., cdno. 2) .

Por tanto, demostrada la ocurrencia del siniestro por parte del ‘asegurado’ –art. 1077 C. de Co.- , y como además la compañía aseguradora aludida no acreditó, ni comprobó –en estricto rigor- hecho alguno excluyente de su responsabilidad, se torna necesario reconocer la existencia de la obligación contractual, a cargo de aquella, de pagar a la demandante la indemnización, teniendo como parámetro cuantitativo el dictamen pericial que obra a folios 456 a 460 del cuaderno No. 2, en el que fueron avaluados los distintos bienes hurtados en la suma de \$30'440.457,00, prueba ésta que no le mereció objeción a ninguna de las partes y que, por su fundamentación, debe acogerse, tal como lo hizo el Juez de la primera instancia (cuantía de la pérdida, art. 1077 C. de Co.).

2. Ahora bien, aunque es cierto que no se acreditó el pago de la prima por parte del tomador, acertó el *a quo* al negar la excepción de terminación automática del contrato de seguro, toda vez que, según la ley vigente al tiempo en que el negocio jurídico se celebró (22 de junio de 1990, habiéndose expedido la póliza el 7 de septiembre siguiente), tal efecto sólo se producía “a partir de la fecha del envío de la respectiva comunicación por el asegurador a la última dirección conocida del tomador” (se subraya; art. 1068 C. de Co., en su versión original), razón por la cual, como ese aviso nunca se dio, debía concluirse que el contrato estaba vigente y, por contera, generando plenos efectos en derecho, toda vez que se erigía, sin duda, en un requisito estructural y, por contera, *sine qua non*.

No escapa a la Sala que para la fecha en que ocurrió el siniestro (7 de abril de 1991), ya estaba vigente el artículo 82 de la ley 45 de 1990, norma ésta que, al modificar el artículo 1068 del Código de Comercio, consagró la terminación automática del contrato por la mora en el pago de la prima, abandonando así la terminación facultativa que dicho precepto establecía, en cuanto subordinaba la cesación *ex nunc* de la relación negocial a una declaración –recepticia- de voluntad del asegurador. No obstante, es claro que de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, de suerte que, en este caso particular, la ley aplicable es la que regía en el momento en que el contrato de seguro nació a la vida jurídica (régimen ordinario adoptado por el legislador del año 1971), pues “Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mudable de la legislación de un país” (G.J. XLVI, pág. 488).

Ciertamente el numeral segundo de la última de las normas mencionadas, consagró una excepción en relación con las “penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”. Sin embargo, no puede afirmarse que la terminación del contrato constituye, *per se* y sin hesitación de ninguna especie, una arquetípica “pena” que deba imponerse como castigo o corolario al contratante incumplido, pues, antes bien, desde una perspectiva teleológica, por lo demás acorde con el tratamiento a ella conferido por el legislador nacional, aquella es el remedio o secuela *iuris* que contempla la ley para los eventos en que se ha resquebrajado la confianza contractual –entre otros móviles igualmente válidos-, por la específica desatención –o incumplimiento- en cabeza de una de las partes de su deber de prestación, efecto, ello es capital, que constituye –por regla- un derecho de la parte cumplida, quien tiene la facultad de optar por la terminación del contrato o por la efectividad de la obligación insatisfecha (arts. 1546 C.C. y 870 C. de Co.).

Expresado de otro modo, si la terminación, en el cosmos aseguratorio, como se precisó en la Exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio del año 1958, es un derecho que surge

“como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por una de las partes, el no pago de la prima, por ejemplo”, no puede afirmarse que ella, *stricto sensu*, es un efecto inevitable o condigno a la infracción del negocio jurídico, como es propio de las penas, pues como derecho –o *facultas*- que es, puede o no ejercerse por su titular: el contratante cumplido, circunstancia que impide catalogarlo como un irremediable castigo para el infractor. En este sentido, con acierto, señala la doctrina contemporánea, que “La acción resolutoria –o la de terminación, según el caso- es, desde este punto de vista, más una medida de protección del interés del contratante cumplidor, permitiéndole desligarse, que una medida de sanción del incumplimiento”, por lo que resulta apropiado concebir a aquella como un “remedio resolutorio”, o como “un medio de protección y de defensa de una de las partes”: la que se afecta con la inejecución, tópico ese que es independiente “de la posible culpabilidad del deudor de tal prestación”¹² (se subraya).

A esta conclusión también se arriba, si se tiene en cuenta que la regla general –a la par que capital-consagrada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, no se puede desvertebrar, a pretexto de una interpretación extensiva de la excepción contenida en su numeral 2º, la que, por el contrario, debe entenderse en sentido restrictivo. La ley del contrato es la que regía “al tiempo de su celebración”, postulado que debe aplicarse *in extenso*, aunque la fractura preceptiva del negocio jurídico se presente en vigencia de una nueva normatividad, ya que la resolución o la terminación, además de no ser penas propiamente dichas, como quedó pincelado, presuponen la existencia previa de una relación negocial válidamente materializada al amparo de la legislación anterior, la cual, se itera, es la llamada a gobernar la solución del litigio que pueda presentarse con ocasión del incumplimiento de una de las partes.

Importa destacar, para mayor abundamiento, que la terminación de un contrato no puede encuadrarse en la hipótesis del artículo 6º del Código Civil, norma según la cual, las penas son “el mal que se deriva como consecuencia...de la transgresión de (*las prohibiciones*)” que establece la ley, dado que no se puede afirmar, en rigor, que las partes tienen vedado o proscrito incumplir las obligaciones que nacen de un negocio jurídico. Cosa distinta es que ese incumplimiento, si reúne los requisitos legales, genere determinadas consecuencias en derecho, no tanto porque se haya quebrantado la quinta esencia del ordenamiento jurídico –protegido, entre otras institutos, a través de la nulidad-, sino porque se ha vulnerado, *in casu*, la ley contractual de origen individual, hecho que no afecta, en sí mismo considerado, la formación del contrato (etiología negocial), ni, por ende, el nacimiento de las obligaciones, interesando tan sólo a su vigencia o desenvolvimiento seriado (*synalagma funcional*), vale decir al elemento temporal de una relación jurídica de duración.

3. Frente a las demás excepciones de fondo propuestas y, en particular, en lo atinente a la revocación unilateral del contrato, nada tiene que adicionarse a lo expuesto por el Juzgado, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en este fallo sobre ese tópico.

Tan sólo debe agregarse en torno al alegado incumplimiento de la obligación asumida por el asegurado en virtud de la cláusula 2da. del contrato, que si se atiende cabalmente lo estipulado en ella, únicamente puede considerarse como garantía –para los efectos específicos que consagra el artículo 1061 del Código de Comercio-, la disposición contenida en el inciso tercero de dicha condición, no así la incorporada en los dos primeros, en los cuales, como lo puntualizó la Corte en reciente fallo, no aparece “la manifestación inequívoca y categórica de una garantía ya que, además de no haber sido exteriorizada en forma clara e incuestionable como una promesa, su eventual incumplimiento no desemboca ni en la anulabilidad del contrato ni en su terminación a partir de la infracción” (cas. civ. de 19 de noviembre de 2001; exp: 5978).

A. Efectivamente, conforme a dicha cláusula del contrato de seguro, “El asegurado se obliga a suministrar por escrito a la compañía, dentro de los quince (15) días siguientes al 22 de junio de cada mes de amparo, una declaración que determine el valor de las existencias diarias amparadas por el presente anexo. Cuando la póliza ampare varios riesgos con valores separados, deberá presentarse independiente para cada uno de ellos.” Y continúa: “Ninguna circunstancia exime al asegurado de

¹² Luis Diez-Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid. Tecnos. 1978. Vol. I. Págs. 844 y 846, y Vol. II. Civitas. 1996. Pág. 705. Cfme: Jacinto Gil Rodríguez. Manual de Derecho Civil. Madrid. Marcial Pons. 1998.T. II. Pág. 123.

presentar su declaración escrita. A falta de ella, la compañía aplicará para cada mes de amparo no declarado, los límites pactados”. Finalmente señala: “El asegurado garantiza que indicará a la compañía, en las declaraciones a que se refiere esta condición, el valor real de las existencias amparadas. En caso de incumplimiento de esta garantía, la compañía podrá dar por terminado el seguro desde el momento de la infracción” (fl. 5, cdno. 6)

Si se interrelacionan o articulan –como debe ser- los tres incisos de la cláusula segunda en cuestión, claramente se deduce que ella responde, prevalentemente, al propósito –o necesidad- de establecer un mecanismo para determinar, *ab initio*, el monto de la prima a pagar, puesto que, en el aparte segundo de la mencionada estipulación, se estableció que a falta de la declaración, “la compañía aplicará para cada mes de amparo no declarado, los límites pactados” (fl. 5, cdno. 6), de donde se colige que por el incumplimiento de ese *compromissum*, no puede predicarse la terminación del contrato –figura de interpretación restrictiva-, so pretexto de haberse violado una garantía.

No es ajeno para la Sala que en el acápite tercero de la cláusula mencionada, el asegurado –ciertamente- garantizó que indicaría a la compañía el valor real de las existencias amparadas; pero si se tiene en cuenta el contenido “objetivo y gramatical” de las otras disposiciones, “ya sea que se la considere aisladamente o ya en conjunto con las demás estipulaciones que ese mismo anexo presenta”, en el entendido de que “la labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios” (cas. civ. de 29 de agosto de 1980; Vid: cas. civ. de agosto 14 de 2000; exp: 5577), todo con sujeción a las reglas contenidas en los artículos 1618, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, no puede menos que concluirse que, *stricto sensu*, la obligación asumida por el asegurado de suministrar por escrito a la aseguradora y en un plazo determinado, una declaración que precise el valor de las existencias diarias amparadas (incisos 1ro. y 2do. de la cláusula), no tiene alcance distinto a la de poder establecer el valor de la prima a pagar por parte de aquel, por lo menos con arreglo a lo consignado en la supraindicada estipulación. De ahí que, en caso de incumplimiento, se hubiere previsto que la aseguradora tomaría para la determinación de la prima, “los límites pactados”, declaración que evidencia una *intentio* divergente en lo que atañe al corolario o secuela de su infracción.

Por ello mismo, no se puede afirmar que en tal previsión contractual, esto es, en la contenida en los dos primeros incisos de la cláusula en cuestión, está materializada “la intención inequívoca”, palpable, indiscutible e innegable de otorgar una garantía, como sí resplandece en el apartado tercero, en el que –ahí sí- “no admite duda o equivocación” (Diccionario de la Real Academia Española), que el asegurado prometió señalar en sus declaraciones, el valor real de las existencias amparadas.

B. Pero aún si se admitiera –en gracia de discusión- que en virtud de dicho pacto, el asegurado contrajo una obligación de hacer que, a términos del artículo 1061 del Código de Comercio, debe entenderse como garantía, con mayor razón si ésta puede referirse –*ministerio legis*- “a un hecho posterior a la celebración del contrato” y “expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla” (se subraya), tampoco habría lugar a predicar la terminación del negocio jurídico asegurativo, en la medida en que constituyendo ésta –por ley- un derecho del asegurador (inc. 3º *in fine*), él mismo aceptó que, en este caso en particular, se generase una consecuencia distinta y con carácter vinculante, como quiera que las partes acordaron que si el asegurado no presentaba la declaración escrita, “la compañía aplicará por cada mes de amparo no declarado, los límites pactados”, como en líneas anteriores se anotó.

Expresado de otra manera, como la garantía, cuando se refiere a un hecho ulterior a la celebración del contrato (*posterius*), no da lugar a la anulación, sino a la terminación del negocio jurídico, de entenderse que en la señalada previsión contractual existe una arquetípica promesa de hacer por parte del asegurado, consistente en presentarle periódicamente al asegurador una declaración escrita de los bienes amparados, habría que aceptar que éste último, *ex ante*, declinó aquella prerrogativa de ponerle fin al contrato en caso de violación de la garantía, aceptando que, en su lugar, a manera de secuela y en orden a cuantificar la prima, se tomarían “para cada mes de amparo no declarado”, los límites pactados de existencias aseguradas.

C. Téngase en cuenta, además, que si se atiende íntegramente la cláusula en cuestión, como corresponde, de su texto se colige que lo que verdaderamente garantizó el tomador fue que en esas declaraciones se indicaría “el valor real de las existencias amparadas”, previéndose, ahí sí, que para el evento “de incumplimiento de esta garantía, la compañía podrá dar por terminado el seguro desde el momento de la infracción” (cláusula segunda, fl. 5, cdno. 6). Se trata, entonces, de dos hipótesis distintas que no se pueden gobernar bajo unos mismos efectos: la primera, consistente en declarar el valor de las existencias diarias amparadas, cuyo incumplimiento provocaba que el valor de la prima se determinara en función de “los límites pactados” (ib.), lo que traduce que el contrato se preservaba; la segunda, relativa a la veracidad –o fidelidad- de esas declaraciones, a cuya inobservancia sí le seguía –o podía seguirle- la terminación del negocio asegurativo.

4. Debiéndose, entonces, confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia, corresponde a la Corte, finalmente, precisar la fecha desde la cual se deben los intereses moratorios, punto éste objeto de explícita apelación por parte de la sociedad demandante, quien discutió –por esta vía- el hecho de que el *a quo* hubiere restringido el reconocimiento de aquellos a los que se causaren con posterioridad al vencimiento del plazo señalado para la cancelación de la indemnización (3 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; fls. 271 y 275 – 279, cdno.1).

A este respecto, recuerda la Sala que, “para hacerse acreedor al pago del seguro, el tomador debe demostrar, según lo ordena el artículo 1077 íbidem, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida” (CLVIII, pág 122), motivo por el cual el asegurador, ciertamente obligado a cumplir la prestación asegurada “dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho”, de conformidad con la norma aludida (art. 1080 C. de Co., modificado por el art. 83 ley 45/90), no estará en mora si la solicitud de pago que se le haya formulado no se ajusta a los insoslayables requerimientos *ex lege*, específicamente en lo tocante con la prueba de la realización del riesgo (siniestro) y del monto del perjuicio que ella le generó al asegurado o al beneficiario, según se trate (arts. 1054, 1077 y 1080 C. de Co.).

En el presente caso, no encuentra la Sala que la sociedad demandante, en estrictez, le hubiere formulado reclamación extrajudicial alguna a La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., pues la comunicación de fecha 14 de febrero de 1992, recibida por la aseguradora el 18 siguiente, en rigor, es tan sólo una solicitud de respuesta o pronunciamiento “sobre la responsabilidad que a ustedes les corresponda en el cubrimiento del siniestro” al que se refirió precisando los hechos (se subraya; fl. 75, cdno. 1), motivada por la negativa de Seguros La Andina a cubrir la indemnización, como en ella misma se reconoce y, en tal virtud, enteramente huérfana de virtualidad y, por ende, desprovista de los efectos –*ope legis*- asignados a la prenotada reclamación, una declaración –o manifestación- calificada de voluntad, enderezada a solicitarle al asegurador la ejecución de la prestación asegurada, esto es que, *in concreto*, honre la palabra empeñada (*sub conditione*), como quiera que, con antelación, se materializó cabalmente el riesgo asegurado, circunstancia ésta que se erige, en un plano jurídico-causal, en el percutor de la obligación a su cargo, según las voces del artículo 1054 del estatuto mercantil, conforme ya se pinceló.

Quiere decir lo anterior, sin ambages, que si bien toda reclamación debe tatuarse en un escrito (art. 1053 C. de Co.), no todo escrito en el que se solicite el pago de la prestación a cargo del asegurador, *per se*, se traduce en una genuina reclamación extrajudicial, o sea, en una solicitud de pago eficaz –total o parcial- y, por tanto, vinculante para aquel (*petitum specialis*), habida cuenta que es menester, indefectiblemente, que reúna determinadas –y reglados- requisitos (*plus*), según se anotó precedentemente. Al fin y al cabo, por antonomasia, es un acto cualificado.

Pero aún si, en gracia de discusión –de nuevo-, pudiera en forma remota considerarse como una petición de pago, virtualmente vinculante, sobre la base de que La Nacional, al darle respuesta mediante carta del 6 de marzo de 1992, la entendió como tal, al punto de haber manifestado al final de su misiva –*ex abundante cautela*- que objetaba “desde ya cualquier reclamo que llegare a presentarse” (fl.86, cdno.1), en todo caso no podría considerarse que, con ella, desde su fecha, la sociedad Trujitrillas y Cía. Ltda. demostró la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en forma fiel (art. 1077 C. de Co.), pues la comunicación aludida se limitó a poner en conocimiento de la aseguradora los hechos ocurridos (exteriorización o narración fácticas), aportándole copia de la denuncia presentada ante las autoridades competentes por la sustracción de bienes, lo que en manera alguna puede considerarse como prueba extrajudicial e idónea del derecho pretendido, no

sólo porque no permite establecer –con certeza y fidelidad- que el riesgo ciertamente se materializó – en la medida en que se trata de la denuncia formulada por el propio asegurado-, sino también porque a ella no se acompañaron los medios probatorios conducentes para acreditar la extensión y alcance cuantitativo del mismo (prueba del *quantum*), requisitos éstos indispensables para que el asegurador pueda ser compelido a efectuar el pago dentro del mes siguiente a la reclamación, en sí misma considerada, so pena de reconocer, además de la obligación a su cargo, intereses moratorios, cual lo establece el precitado artículo 1080 del ordenamiento mercantil.

Bajo este entendimiento, como no se presentó una típica reclamación extrajudicial al asegurador, mucho menos idónea, dirigida a obtener el pago de la prestación asegurada, fuerza concluir que aquel no se encontraba en mora para la fecha de la demanda, la que se erige, entonces, en solicitud de pago judicial. Pero como tal condición –la mora- es presupuesto ineludible para ordenar el reconocimiento de los señalados réditos, será necesario acudir a lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, norma según la cual, “La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto de requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes”, lo que resulta entendible si se tiene en cuenta que, en ese específico momento, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre asumir el pago que se demanda, o afrontar el proceso, de suerte que, en esta última hipótesis, en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la *litiscontestatio*, es decir, al estadio procesal en que aquel asumió el riesgo de la *litis*, con todo lo que ello traduce.

De esta manera, además, se atiende el propósito del legislador del año 1989, que al modificar el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, para incorporar –entre otros aspectos- la regla transcrita (num. 41, art. 1, Dec. 2282), pretendió darle certidumbre a la determinación del instante en que el deudor incurría en mora, cuando tal condición no se había configurado con anterioridad al proceso. Por consiguiente, La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., deberá pagar a la demandante intereses moratorios desde el 11 de mayo de 1993, fecha en que el representante legal de aquella se notificó del auto admisorio de la demanda (fl. 104, cdno. 1).

Resta acotar que como las normas que regulan las tasas de interés aplicables han sufrido modificación (art. 83 ley 45/90 y art. 111 ley 510/99), será necesario “calcular con base en la tasa antigua los intereses del periodo anterior al tránsito de legislación, mientras que los devengados con posterioridad a esa misma fecha, se determinarán por la nueva tasa” (Sentencias de 12 de agosto de 1998, exp. No. 4894; mayo 3 de 2000, exp. 5360 y 2 de febrero de 2001, exp. 5670)”. Y como dichos intereses, *per se*, involucran la desvalorización monetaria, no hay lugar a que ésta sea reconocida en forma separada, según lo ha puntualizado la Sala en varias ocasiones, toda vez que “en materia comercial, dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884... cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero” (cas. civ. de 24 de enero de 1990, CC, pág 22), razón por la cual, el deudor “no puede ser forzado a extender –o ensanchar- su deber de prestación, con miras a cobijar conceptos que, como la desvalorización, ya se encuentra comprendida en aquellos, habida cuenta que en este punto impera el criterio prohijado por el legislador mercantil (corrección indirecta), como tal excluyente de otro tipo de metodología enderezada a propiciar ajustes o actualizaciones de los signos monetarios, todo como corolario de la política legislativa adoptada en esta específica materia, la que es necesario respetar” (cas. civ. de 19 de noviembre de 2001; exp: 6094; Cfme: cas. civ. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, pág. 911).

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 17 de enero de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por la sociedad TRUJITRILLAS Y CÍA. LTDA. contra SEGUROS LA ANDINA S.A. y LA NACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y, en sede de instancia,

RESUELVE

1. Confirmar los numerales 1°, 2°, 4° y 5° de la sentencia proferida el 7 de julio de 1995 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado de Medellín.

2. Modificar el numeral 3° de dicha sentencia, el cual quedará así:

“3o. Condénase a La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. a pagar a la sociedad Trujitrillas y Cía Ltda. en calidad de asegurada y beneficiaria del seguro de sustracción con violencia que da cuenta la póliza Nro. 061915 y su anexo de Declaración para almacenamiento exclusivo de café, la suma de TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/L (\$30'440.457,00) dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia”, junto con los intereses moratorios causados desde el 11 de mayo de 1993 hasta el momento del pago, teniendo en cuenta las tasas que, para el efecto, establecieron los artículos 83 de la ley 45 de 1990 y 111 de la ley 510 de 1999, durante el tiempo en que tales normas han estado –o estuvieron- vigentes, y respetando las fluctuaciones que se presentaron en los respectivos períodos.

3. Condenar en costas de la segunda instancia a la Nacional de Seguros Generales de Colombia S.A. Liquidense por el Tribunal.

Sin costas en casación por haber prosperado el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
(con aclaración de voto)

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ
(en comisión de servicios)

JORGE SANTOS BALLESTEROS

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

ACLARACION PARCIAL DE VOTO

Expediente 6230

“Toda virtud se fundamenta en la medida”
(Séneca)

Con el acostumbrado respeto por los Honorables Magistrados que integran la Sala, me permito aclarar parcialmente mi voto, única y exclusivamente en punto tocante con el criterio adoptado en la sentencia sustitutiva, en orden a establecer el momento en que el asegurador, *in concreto*, incurre en mora en el pago de la prestación asegurada, pues estimo que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, en estrictez, no es la regla llamada a resolver ese tópico –a diferencia de lo que consideró la Honorable Sala-, habida cuenta que existe una norma especial en el Código de Comercio que, *in casu*, regula la materia: el artículo 1080, disposición que hunde sus raíces en caros y axiales principios que, de antiguo, informan el negocio jurídico asegurativo.

En suma, en mi entender, el venero o punto de partida de la mora en comento, no es, en el ordenamiento mercantil vernáculo –específicamente en lo que al seguro se refiere- la notificación o enteramiento del auto admisorio de la demanda formulada contra la entidad asegurada, sino la acreditación del siniestro, aunada a la prueba de la cuantía de la pérdida, según el caso, como se pincelará en las líneas subsiguientes.

A. En efecto, es bien sabido que en virtud del contrato de seguro, el asegurador contrae –o asume-, de ordinario, una obligación condicional (art. 1045, nral. 4º C. de Co.), consistente en ejecutar, *sub conditione*, la prestación asegurada de cara al asegurado o al beneficiario (*incertus an, incertus quando*, o, a lo sumo, sólo *incertus quando*, como en el seguro sobre la vida), obligación que sólo nace, en puridad, cuando se realiza efectivamente el riesgo asegurado, vale decir, cuando ontológicamente aflora el hecho contingente –o condicionante-, por vía de ilustración, la conflagración; el accidente; la muerte del asegurado, etc. No en vano, el artículo 1054 del Código de Comercio, en lo pertinente, puntualiza que se denomina riesgo, el suceso incierto “cuya realización da origen a la obligación del asegurador” (se subraya).

Y es igualmente cierto que la compañía aseguradora se encuentra obligada “a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho” (art. 1080 C. de Co., modificado por el art. 83 Ley 45/90), esto es, mediante la presentación de una “reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar” el acaecimiento del riesgo y la cuantía de la pérdida, conforme a las circunstancias (se subraya; nral. 3º art. 1053, modificado por el art. 80 ley 45/90 y art. 1077 C. de Co.). Vencido ese término, que –en la hora de ahora- es de un mes, sin que el asegurador hubiere satisfecho su deber de prestación, quedará éste en situación o estado de mora, a partir de la cual se hallará obligado a pagar, no sólo la prestación asegurada, sino también los intereses moratorios, arquetípica sanción emergente de su impago o incumplimiento (art.1080, modificado art. 83 ley 45/90).

Pero es claro que dicha mora, única y exclusivamente se puede predicar desde el vencimiento del mes siguiente a la fecha en que “el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077” (se subraya), razón por la cual, en ausencia de verificación de éste requisito, el asegurador, ni estará forzado a reconocer la indemnización o la suma –o capital- asegurado, y mucho menos deberá intereses, dado que no es

deudor moroso, con todo lo que ello supone, así, *ex ante*, haya aflorado el deber de prestación a su cargo, toda vez que uno es el momento del surgimiento o despunte de su obligación (art. 1054 C. de Co.) y otro el relativo a su constitución en mora, por lo demás un estado reglado por el legislador y, por ende, sujeto a la materialización de precisas reglas *sine qua non*.

Justamente por este motivo, ha precisado la Sala en el pasado que, “a la luz de los principios generales relativos al retardo en el cumplimiento de las obligaciones, principios en los que claramente se sustenta el precepto contenido en el Art. 1080 del C. de Co., desde el momento en que de acuerdo con este precepto ha de entenderse que comienza la mora del asegurador, es decir, desde el día en que la deuda a su cargo es líquida y exigible, o mejor, lo habría sido racionalmente si no hubiere diferido sin motivo legítimo, la liquidación de la indemnización y el consiguiente pago, está obligado al resarcimiento de los daños que pueden tener expresión, ya sea en los intereses moratorios en la medida prevista en aquél precepto, o bien en la ulterior reparación de perjuicios de mayor entidad si el acreedor reclamante demuestra haberlos experimentado” (G.J. CCLV, págs. 354 y 355), postura ésta que mantiene su vigencia, sin perjuicio de lo que posteriormente se analizará, en torno al criterio legal adoptado para la determinación de la liquidez de la obligación.

Y no podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta, de una parte, que la liquidez de la deuda, en línea de principio –sin perjuicio de su atemperación doctrinal y jurisprudencial-, es uno de los presupuestos –genéticos- de la mora (*in illiquidis mora non fit*)¹³, de modo tal que mientras no se tenga certeza sobre la cuantía de la prestación, es decir, de cuál es la extensión del débito radicado en cabeza del asegurador, no podrá sostenerse, con pleno éxito, que éste, aunque deudor eventualmente incumplido, se ha separado injustificadamente de atender su compromiso contractual y, de la otra, porque de conformidad con el axioma indemnizatorio, inherente a –buena parte de- los seguros, la obligación del asegurador no puede superar el valor del daño realmente causado –y comprobado- como corolario del siniestro (art. 1089 C. de Co.), cuando éste –por supuesto- resulte aplicable.

B. En este orden de ideas, fuerza concluir que la mora del asegurador únicamente se predica a partir del momento en que éste, vencido el plazo que tiene para “efectuar el pago”, se niega a cumplir su deber de prestación, no obstante que el asegurado o el beneficiario le acreditaron su derecho a ella, mediante prueba idónea que puede ser judicial o extrajudicial –como *expressis verbis* lo impera el artículo 1080 del C. de Co.-, pero en cualquier caso, conducente y eficaz para generar certidumbre sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los casos en que ésta resulte conducente, v. gr: en los seguros de daños, no así en los seguros sobre la vida, *ad exemplum*.

Por tanto, en caso de juicio motivado por objeción previa del asegurador a una solicitud de pago que –en el plano extrajudicial- le haya sido debidamente formulada (reclamación), si el juez considera que las razones del reparo de aquel no tienen soporte en la ley o en el contrato, bien porque no se demostró el hecho o circunstancia excluyente de su responsabilidad invocado en aquella, o porque, en su criterio, sí se había acreditado –desde entonces- el derecho por parte del asegurado o beneficiario, de conformidad con lo reglado por el artículo 1077 del Código de Comercio, deberá deducir, necesariamente, que el asegurador está en mora desde el vencimiento del mes siguiente a la fecha en que esa prueba extrajudicial le fue entregada (art. 1053 ib.), pues “si los documentos e informaciones que debe suministrar oportunamente el asegurado o el beneficiario y que el asegurador puede aceptar o rechazar..., son en esencia los mismos que sirvieron al sentenciador para pronunciar la decisión de condena a favor del asegurado y a cargo del asegurador, debe entenderse inclusive para efectos moratorios”, que desde aquella fecha quedó constituido en mora (G.J. CLXVI, págs. 166 y 167).

Por el contrario, si el juzgador estima que la “reclamación” o escrito formulado fue inidóneo, por no ajustarse a los explícitos requerimientos legales; o que las pruebas extrajudiciales que se acompañaron a ella eran inconducentes –o ayunas de eficacia intrínseca- y que, por tanto, el derecho

¹³ Luis Diez-Picazo. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. II. Madrid. Civitas. 1996. Pág. 629. Cfme: Lino Rodríguez Arias. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. Pág. 200 y José Luis Lacruz Berdejo y otros. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Bosch. Barcelona. 1985. Págs. 246 y ss.

sólo se demostró en el proceso, *stricto sensu*, deberá considerar que la mora del asegurador se configuró transcurrido un mes desde la fecha en que, según su prudente y responsable juicio, permeado por las conocidas reglas de la sana crítica (art. 187 C.P.C.), el demandante acreditó que el siniestro tuvo lugar, así como su *quantum* –cuando fuere procedente-, pauta ésta que, por lo demás, ha sido acogida por autorizada y refinada doctrina nacional, según la cual, “si la prueba del derecho se allega dentro del juicio...nada obsta...para que la mora se inicie al cabo de sesenta días –*hoy un mes*- contados desde la fecha en que, conforme al criterio del juzgador, hayan quedado plenamente demostrados el siniestro y el *quantum* del daño” (se subraya)¹⁴.

Obsérvese que esta conclusión, hija de la hermenéutica de la norma aplicable –así como de la mecánica inherente al tipo contractual asegurativo-, tiene la virtud de preservar incólume, en la hipótesis de reclamación judicial de pago, el supuesto normativo contenido en el artículo 1080 del Código de Comercio, que expresamente condiciona la mora del asegurador a la prueba del derecho –amén del vencimiento del plazo de un mes, contado desde la fecha en que ella se verifique-, manteniendo así una simetría con el evento de reclamación extrajudicial, pues, al fin y al cabo, como agudamente lo destaca el mismo doctrinante patrio, “Cuando el art. 1080 subordina la obligación de pago del siniestro a la prueba ‘aún extrajudicial’ del derecho del asegurado o beneficiario, implícita pero no menos elocuentemente, está afirmando la procedencia de la prueba ‘judicial’. Y no puede ser –sería paradójico- que ésta, con ser más exigente, más formal, más controvertida que aquella, no sea también antecedente de la mora como fuente de la responsabilidad contractual del asegurador. Habría que concluir, de lo contrario, que la prueba del siniestro dentro del juicio redime de la mora al asegurador”¹⁵.

Recapitulando, el eje central de los artículos 1053, 1077 y 1080 del Código de Comercio, en la versión de los artículos 80 y 83 de la Ley 45 de 1990, es la prueba de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. De su acreditación de cara al asegurador, sea extrajudicial o judicial, depende, *recta vía*, en forma inmediata, el cómputo del plazo –de un mes- que éste tiene para efectuar el pago del siniestro y, en forma mediata, la eventual constitución en mora por el incumplimiento del deber de prestación al vencimiento de ese término, como ya lo había precisado la Corte en ocasión anterior, al señalar que “los intereses los debe, pues, el asegurador,...., desde el vencimiento de los sesenta días –*hoy un mes*- siguientes al en que el asegurado le pruebe su derecho al seguro” (se subraya; Sent. 089 de 18 de marzo de 1988).

C. En este orden de ideas, no se puede configurar la mora con referencia a la ejecutoria de la sentencia que acoja las pretensiones, como lo hizo en este caso el Juez *a quo*, pues ésta, como acto procesal a través del cual se hace actuar la ley en el caso litigioso, cumple el confesado propósito de reconocer el derecho que asiste a una de las partes (fallo declarativo de condena) y, como tal, está precedida necesariamente de la prueba del mismo (art. 174 C.P.C.), acreditación que, en el evento previsto en el artículo 1080 citado, es requisito indispensable para la configuración del estado de mora del asegurador, como se advirtió.

Expresado en otras palabras, si la sentencia es condenatoria, fue porque indefectiblemente el demandante probó y, por tanto, estableció la responsabilidad *ex contractu* de la entidad aseguradora, lo que significa que aquella es un *posterius* respecto a la acreditación del derecho (art. 174 C.P.C.). La decisión del Juez es la síntesis y, por contera, el trasunto o registro radiográfico de lo acontecido en el proceso, sin que, en este caso en particular, la determinación estimatoria sea constitutiva, esto es, que provoque una modificación –*ex novo*- en la situación jurídica precedente, propiamente dicha, pues la aseguradora, si fue condenada, es porque –a juicio del fallador- otrora incumplió su deber de prestación; por el contrario, si fue absuelta, es porque no la encontró responsable. Al fin y al cabo, como lo precisa la doctrina especializada, “El Juez sólo puede juzgar con la prueba de autos; nunca sin ella ni contra ella. Lo que hará es darle uno u otro valor”¹⁶. La sentencia, entonces, frente al derecho probado (*ex ante*), no quita ni pone ley y, en tal virtud, no sirve como toque de rebato para que el asegurador se apreste a pagar la indemnización –o capital asegurado- dentro del mes

¹⁴ J. Efrén Ossa. G. Teoría General del Seguro. El Contrato. Vol. II. Bogotá. Temis. 1991. Pág. 456.

¹⁵ J. Efrén Ossa. Teoría General del Seguro. Ob. cit., pág. 456..

¹⁶ Santiago Sentis Melendo. La prueba. EJE. Buenos Aires. 1979. Pág. 21.

siguiente, so pena de quedar incurso en mora, efecto que, se itera, está referenciado a la acreditación del derecho por parte del asegurado o beneficiario, un *anterius*.

Ciertamente que es en la sentencia en donde el Juez valora las pruebas ya existentes; pero los artículos 1053, 1077 y 1080 del Código de Comercio, según se acotó, no subordinan la mora del asegurador al juicio o auscultación valorativa que éste deba emitir (en el caso de reclamación extrajudicial), o al que corresponda hacer al Juez (en el evento de demanda judicial), sino a la demostración del derecho por parte del asegurado o beneficiario, en sí mismo considerado, hecho objetivo que le sirve de fiel a la balanza contractual y que, en cualquiera de esas hipótesis, precede necesariamente en el tiempo a aquel otro momento en que se aprecia la prueba. Por eso en la primera de las normas aludidas, relacionada con el mérito ejecutivo de la póliza, el legislador, *ex profeso*, tomó como piedra de toque para el cálculo del plazo a cuyo vencimiento se puede demandar el cumplimiento forzado de la obligación, el “día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada” (se subraya)¹⁷, lo que supone, como es obvio, que la prueba del derecho reclamado, en orden a librar mandamiento de pago –incluido el aspecto de los intereses–, debió producirse con anterioridad a la formulación de la demanda ejecutiva.

Del mismo modo, entonces, cuando la demostración del derecho no se ha verificado en forma extrajudicial, sino que es menester hacerlo en el marco de un proceso, la mora del asegurador no puede encadenarse al acto procesal en que el Juez evalúa la eficacia de los medios probatorios aportados con ese propósito (fase valorativa), sino que ella debe estar referida al momento de su incorporación –jurídica– en el plenario (fase de producción; art. 183 C.P.C.), sea que para ello baste su admisión por el Juez, como sucede con los documentos que se acompañan a la demanda (arts. 77 –nral. 6º– ib.), o que sea necesaria su práctica (arts. 75 –nral. 10– y 402 ib.), como acontece con las declaraciones de parte o de terceros.

Así, por vía de ilustrativo ejemplo, tratándose de un proceso en el que se persiga el pago de la suma asegurada, en un seguro sobre la vida (riesgo de muerte, propiamente dicho), y supuesta la inidoneidad de la reclamación extraproceso –o la preferencia del beneficiario de reclamar judicialmente–, puede afirmarse, en línea de principio, que si con la demanda se acompaña el registro civil de defunción del asegurado y el asegurador no demuestra hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, el Juez, al condenar a la compañía aseguradora, deberá tener en cuenta que ésta se encuentra en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo de un mes a que se refiere el artículo 1080 del Código de Comercio, contado desde la fecha del auto que decretó pruebas en el proceso, habida cuenta que en ese momento el Juez debe admitir tal medio probatorio por ser pertinente y conducente para acreditar la realización del riesgo –óbito del asegurado–, sin que en ese caso sea necesario probar la cuantía de la pérdida.

Pero si se trata –en cambio– de un seguro de responsabilidad civil, y el Juez, para darle cumplimiento al deber que le impone el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, decreta un dictamen pericial con el fin de establecer la cuantía del daño y, por esa vía, concretar la condena que eventualmente impondrá al asegurador (*quantum debeatur*) –admitida la presencia en el proceso de los demás elementos que configuren el derecho del demandante–, la mora de aquel sólo podrá predicarse desde el instante en que venza el término que le otorga la ley para pagar, como se registró, pero computado desde el día en que la experticia fue rendida, siempre que el Juez la acoja en su fallo (efecto declarativo), dado que fue con ese medio de prueba que se terminó de acreditar el derecho del asegurado o beneficiario.

De consiguiente, es claro que si el *iudex* profiere una sentencia condenatoria en el marco de un proceso instaurado contra una entidad aseguradora, es porque encontró responsable al asegurador, pronunciamiento que, indefectiblemente, como se puntualizó, supone un escrutinio de la

¹⁷ Cfme: Hernán Fabio López Blanco. Aspectos procesales del contrato de seguro. Su evolución legislativa en los últimos treinta años. En Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia. Acoldece. 2001. Pág. 83.

prueba obrante en el plenario con antelación, circunstancia ésta que explica el laborío realizado por el operador judicial: de carácter retrospectivo. Luego sí condena, más allá de si su juicio es el adecuado o no, fuerza concluir que lo hizo con arreglo a un haz probatorio con vocación para acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida –en su entender-, toda vez que ella exige la verificación de ambos extremos.

Así, a manera de ilustración, entre múltiples ejemplos más, el director del proceso podrá fundar su decisión –de condena- en la confesión emanada del representante legal de la compañía de seguros en torno a la realización del riesgo asegurado, a la par que en un dictamen pericial que dé fe del monto del perjuicio irrogado al asegurado–beneficiario, caso en el cual cimentará su resolución en la pervivencia de las referidas probanzas, obtenidas, ello es de Perogrullo, en un prefijado momento (definición temporal), por manera que no será difícil establecer el instante en que, como lo exige la Ley comercial, se acreditó el derecho en forma cabal, detonante *iuris* de la floración de los intereses moratorios –sumado al transcurso de un mes-, según se observó, tanto más si inexorablemente deberá auscultarlas, con el fin de sustentar su posición jurídica (basamento judicial).

Lo propio acontecerá en tratándose de la prueba testimonial, en la medida en que el juzgador, cuando le corresponda ponderar las pruebas con el propósito de proferir su fallo, evaluará cuales testimonios le ofrecen credibilidad al respecto (todos o algunos), de suerte que no le resultará complejo o intrincado, es la regla, precisar en la sentencia el punto de partida de dichos intereses, si su determinación, invariablemente, sólo y sólo puede descansar en la prueba que él examine, que él explora. Y sabido es que ella, en función del concepto de ‘proceso’, es uno de los eslabones que lo conforman, en forma tal que esclarecer el *momentum* en que el asegurado o el beneficiario cumplieron con la carga de “...demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso” (art.1077, C. de Co.), hace parte de la misión encomendada al juez, orientada a hacer efectivos los “...derechos reconocidos por la ley sustancial”, al igual que procurar “...que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”, según las voces del artículo 4 del Código de Procedimiento Civil.

No es entonces extraño a su tarea, y menos atípico o –aún- enrevesado, que deba realizar la señalada fijación en el tiempo, si necesariamente para fulminar una condena, conforme se explicitó hasta la saciedad, tiene que apoyarse, *ad baculum*, en el acervo probatorio reinante, en la generalidad de los casos obtenido en virtud de la gestión efectuada –directa o indirectamente- por el apoderado del actor, sin perjuicio de la actuación *ex officio* del sentenciador. Bien enseñan dos máximas latinas que, “Lo que no aparece del juicio es como si no existiera (*Non sufficit ut iudex sciat, sed necesse est ut ordine iuris sciat*); y que lo que no resulta de las actuaciones es como si no estuviera en el mundo (*Quod non est in actis, non est in mundo*).

En síntesis, el fallador que procede a dictar una providencia estimatoria de las pretensiones consignadas en la demanda, será el llamado a determinar, luego de pesar la prueba recabada, en que momento procesal se acreditó el “...derecho ante el asegurador”, tal y como lo impera el artículo 1080 del Código de Comercio.

D. Conviene llamar la atención, en que los distintos ejemplos que se han referido, preservan inalterada una misma directriz preceptiva: el momento en que jurídicamente se produce la prueba del derecho por parte del asegurado o beneficiario, que es el criterio, a modo de *unicum*, adoptado por el legislador nacional (art. 1080 C. de Co.), por lo demás con un claro sentido de equidad (*aequus*), respetuoso de la naturaleza y de las particularidades consustanciales al contrato de seguro, como se indicó, cuya recta aplicación impediría predicar soluciones que no serían en todos los casos justas, tales como pregonar la floración de la mora, con carácter absoluto y general, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda –como lo entendió la H. Sala-, o de la sentencia misma –como lo consideró el *a quo*-.

1) En el primer caso, porque si el asegurado o el beneficiario no estaban en condiciones de acreditar extrajudicialmente su derecho –*ad exemplum*, por no haber podido probar su cuantía-, no sería lógico afirmar que el simple enteramiento de la demanda remedia esa –determinante- deficiencia y, por ende, que en ese instante el asegurador quedó constituido en mora. Sería éste un expediente fácil para burlar el cumplimiento de la carga probatoria que le impone a aquellos el artículo 1077 del Código de Comercio (cfme: art. 177 C.P.C.), que conduciría –además- a

una inconsulta y discriminatoria diferenciación entre las hipótesis de reclamación judicial y extrajudicial, que riñe con el equilibrio que debe informar las relaciones contractuales, puesto que coloca en evidente desventaja al asegurador, en detrimento del acerado espíritu que anima la ley mercantil a este respecto, la cual, como se anotó, prohija un trato simétrico en ambos eventos (justicia bilateral): la acreditación del derecho.

Téngase en cuenta que si se parte del supuesto de que la sola notificación del auto admisorio –y nada más- se traduce en el activador de la mora del asegurador, estaría confiriéndose a este hecho un carácter absolutamente objetivo –así como rayano en lo automático-, en franca oposición, *in casu*, al adamantino postulado de la buena fe *debitoris* y, de paso, al derecho de defensa del demandado. Es así como la sola circunstancia de que el asegurador se convierta en el extremo pasivo del proceso, no tiene la virtualidad –por lo menos tratándose del contrato de seguro, dueño de un peculiar tratamiento legislativo- de constituirlo en mora, estado que presupone, *ab antique*, un comportamiento culposo o si se desea antijurídico, radicado en cabeza del *solvens*.

Expresado de otro modo, *in abstracto*, es enteramente posible que la entidad aseguradora se abstenga de cumplir la prestación asegurada por razones que intrínsecamente luzcan justificadas y, de suyo, en principio atendibles, lo que explica que, en desarrollo de su legítimo derecho de defensa, no se allane a los términos de la demanda y formule oposición, a la par que proponga excepciones de mérito orientadas a enervar las pretensiones del actor. Luego, cómo entender que en dicha hipótesis, signada por la buena fe y por la diligencia profesional, se está en mora desde el mismo momento de la notificación o enteramiento del auto admisorio del libelo genitor?

Desde esta específica perspectiva, entonces, sin perjuicio de respetar y acatar la individualidad de los regímenes y ordenamientos jurídicos –incluido el colombiano- y, por tanto, de reconocer sus simetrías y también sus asimetrías, la doctrina ibérica es elocuente, en especial al momento de evaluar la conducta procesal asumida por el asegurador, fundamental para establecer, en efecto, si le es predicable o no la sanción moratoria, vale decir, si adeuda intereses del aludido temperamento. En este sentido, el distinguido profesor Fernando Sánchez Calero, *in extenso*, observa que existen “...casos en los que no puede aplicarse la normativa de la mora del asegurador: a) en aquellos supuestos en que la mora no puede imputarse al asegurador, como puede suceder en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, culpa de un tercero, o del propio asegurado o beneficiario, como puede ser si el retraso se debe a la falta de denuncia del siniestro, no envío de las informaciones necesarias, etc.; b) cuando la mora esté fundada ‘en una causa justificada’, como acontece si no están determinadas las causas del siniestro (determinación necesaria para saber si está o no comprometido dentro de la cobertura del asegurador), si se desconoce la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las causas del siniestro (v. gr: que el incendio ha sido provocado) surgen claras sospechas de que puede haber sido ocasionado por el propio asegurado, etc.”

“A estos efectos cabe recordar la opinión que estima que no puede imputarse al deudor responsabilidad por daños y perjuicios que, actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria. En esta línea de pensamiento ha de tenerse en cuenta la dificultad que en el régimen del contrato de seguro se produce en ciertos casos para precisar si el siniestro por el que reclama el asegurado cae o no dentro de la cobertura prevista en el contrato, pues, como he recordado antes, el contrato de seguro ofrece una acusada problemática superior a la de los demás contratos mercantiles” (se subraya)¹⁸.

En adición a lo que precede, cumple observar que la demanda, a diferencia de lo que *prima facie* pudiera parecer, no es, en sentido estricto, el equivalente a la reclamación extrajudicial, como quiera que ésta, según se explicitó suficientemente en la providencia objeto de esta aclaración de voto, es un escrito cualificado (*petitum specialis*), en atención a que debe reunir una serie de requisitos *ex lege*, so pena de que se torne frustráneo el empeño del asegurado o del beneficiario, según sea el caso, concretamente en el campo de la comprobación de la ocurrencia del siniestro y de

¹⁸ Ley de contrato de seguro. Aranzadi. Pamplona. 1999. Págs. 318 y 319. En similar sentido, Joaquín Garrigues. Contrato de seguro. Aguilar. Madrid. 1982. Pág. 182.

la demostración de su *quantum* (art. 1077 C. de Co.), lo que originaría un equívoco quebranto de la carga de acreditar su derecho “ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077” (art. 1080 ib.). Y si ello es así, como en efecto lo es, no puede asimilarse reclamación extrajudicial y demanda judicial, habida cuenta de que ésta última, en sí misma considerada, es impotente para lograr el cometido trazado por el tantas veces citado artículo 1080 del estatuto comercial: la acreditación.

Tan cierto será ello, que al interior del proceso, a manera de granada garantía inherente al principio constitucional inmerso en el artículo 29 de la Carta Política, el legislador ha previsto, *lato sensu*, etapas enderezadas a que las partes prueben “el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art. 177 C.P.C.), actividad probática que, por mecánica procesal, no se materializa o desdobra con la mera formulación de la demanda ante el Juez competente, ni menos con la notificación de su auto admisorio. De allí que la precitada acreditación, de darse o consolidarse, tendrá lugar, inexorablemente, en sede judicial, merced al agotamiento de sendas fases, según las circunstancias, siempre bajo la dirección del juzgador, quien deberá determinar su *tempus*, con arreglo al desenvolvimiento procesal, mejor aún probatorio.

2) Y en el segundo caso, esto es, considerar que el asegurador se encuentra en mora únicamente desde la sentencia –mejor aún, desde su ejecutoria-, es igualmente injusto con el asegurado, no sólo porque resulta inadmisibles que una sola de las partes soporte el albur de la definición judicial, lo mismo que la tardanza del proceso –propia de la aguda problemática emergente de la congestión-, sino también porque, si se aprecian bien las cosas, en tal supuesto el asegurador exclusivamente sería condenado en virtud del fallo a pagar la prestación asegurada, sin incluir el reconocimiento de los perjuicios derivados del retardo –de ordinario prolongado-, como quiera que, itérase, antes de la decisión jurisdiccional en comento no sería un deudor moroso, circunstancia ésta que, de alguna manera, podría estimular el alongamiento del litigio en desmedro del asegurado o del beneficiario, hechos que evidencian la falta de equilibrio de esta postura.

Como bien lo reseña el profesor de la Universidad de Sevilla, Rafael La Casa García, “...no parece suficiente la mera negativa del asegurador para enervar la eventual aplicación del régimen contenido en el art. 20 LCS –que es el que gobierna el tópico de los ‘intereses en caso de mora del asegurador’-, so pretexto de que el rechazo de la existencia de obligación alguna a su cargo impide el devengo de los intereses moratorios especiales hasta el momento en que alcance firmeza la resolución judicial que estime la procedencia de la reclamación realizada”¹⁹.

En esta misma hipótesis, por vía de ejemplo, si el asegurado o el beneficiario demandan “en lugar de los intereses..., la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador” (inc. 3º art. 1080 C. de Co.), considerar que ésta únicamente se predica desde el momento del fallo, significa negar –*ab initio*- la posibilidad de que la pretensión tenga éxito, resultando inane todo el esfuerzo probatorio que aquellos realicen con miras a demostrar –como lo precisó la Sala en la sentencia ya citada-, la ocurrencia de un “daño de mayor entidad” (G.J. CCLV, pág. 355), habida cuenta que, a lo sumo, acreditarían un perjuicio del que no es responsable el asegurador, lo que devela la ausencia de solidez, a la par que de sindéresis de la tesis en cuestión, dado que fue la misma ley la que autorizó a aquellos, *ad libitum*, para formular dicha pretensión, dando a entender que el estado de mora debe estar referido, necesariamente, a una etapa anterior a la sentencia. De lo contrario, no se entendería *la ratio* de la prenotada norma, en razón de que si la mora del asegurador es el percutor de los “... perjuicios causados” y la referida mora aflora –en este específico supuesto- con la ejecutoria de la sentencia, cabría preguntar cuáles perjuicios se indemnizarían, a sabiendas que durante todo el litigio, aplicando esta tesis, no habría mora y, por tanto, nada que resarcir. Por consiguiente, la teleología que inspira la indemnización de perjuicios, se vería eclipsada y, por contera, desdibujada, en patente contravía del arraigado –y milenar- principio de la reparación del daño (*neminem laedere*) y, claro está, del propio inciso 3º del artículo 1.080 del cuerpo mercantil.

E. Por las razones que se han examinado, fundamentalmente, no podía la Sala concluir, como lo hizo en el fallo cuyo sentido general comparto, no así la puntual consideración que motiva esta parcial aclaración, que el asegurador quedó constituido en mora, *per se*, a partir de la

¹⁹ La Mora del Asegurador en la Ley de Contrato de Seguro. Marcial Pons. Madrid. 2000. Págs. 117 y 118.

notificación del auto admisorio de la demanda, en aplicación del inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil –sin consideración adicional de especie alguna-, no sólo porque la norma mercantil es especial frente a esta disposición (*leges generales non debent extendi ad leges quae habent suam particularem provisionem*), sino también porque, en rigor, se trata de hipótesis distintas, en la medida en que el enteramiento de la providencia en referencia, hace las veces de “requerimiento judicial...cuando la ley lo exija para tal fin” (se subraya), interpelación que el legislador no reclamó en el caso de la obligación condicional a cargo del asegurador, por la potísima razón de que la mora, en ese evento, se producirá por no haberse “cumplido la obligación dentro del término estipulado” (*dies interpellat pro homine*; nral. 1 art. 1608 C.C.), es decir, al vencimiento del plazo de un mes concedido por la ley al asegurador para que pague, cuyo cómputo –a su turno- depende de la prueba –o acreditación- del derecho del asegurado o beneficiario, como quedó explicado.

Pero además, no podía soslayarse que la mora del asegurador está supeditada a la prueba del derecho por parte del asegurado o del beneficiario, como se ha resaltado en apartes que anteceden, sin que pueda afirmarse, en nuestro entender, que esa exigencia sustancial queda satisfecha procesalmente con el escueto enteramiento del auto admisorio de la demanda, pues en tal momento, en puridad, nada se acredita, en quiebre evidente del sistema ahijado por el legislador mercantil, en materia asegurativa, de suyo especial (art. 1080 C. de Co.). En veces, para ese instante procesal, ni siquiera se tiene establecida con precisión la ocurrencia del siniestro y, menos, su cuantía, en franca oposición al designio del legislador mercantil en esta materia, quien ligó la figura de la mora, *ministerio legis*, a un hecho enteramente divergente: la acreditación cuantitativa y cualitativa del derecho, como ya se anotó, fase que, en el tiempo, no siempre se desdobra celeremente, habida cuenta que entre la notificación y la referida acreditación, en rigor, puede transcurrir un considerable lapso, en ocasiones de años, lo cual corrobora que la disimilitud con la H. Sala, ciertamente no es trivial o incolora, sin desconocer –eso sí- que ella es sustancialmente más profunda de cara a la postura adoptada por el juzgador de primera instancia, el que fijó como detonante del instituto *sub examine* (la mora), la ejecutoria de la sentencia, la que irrumpe con fuerza de cosa juzgada, en algunos casos, luego de varios lustros, merced a la agobiante y conocida congestión judicial, con todo lo que ello apareja, según se relató.

Es por ello por lo que respetuosamente no puedo compartir el criterio de la H. Sala, que hace total abstracción de los artículos 1053 nral. 3, 1077 y 1080 del Código de Comercio, a pretexto del debate procesal, normas estas que, se reitera, son de aplicación preferente sobre el inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, no sólo porque se refieren a una concreta materia: el pago de la obligación por parte del asegurador, sino también porque, en su versión actual, la que introdujo la Ley 45 de 1990 (arts. 80 y 83), tales preceptos son posteriores al que consagra el estatuto procesal, incorporado al ordenamiento jurídico patrio por el Decreto 2282 de 1989, todo sin perjuicio del argumento exegético aludido, vale decir el carácter restrictivo del señalado artículo 90 que, expresa y categóricamente, condicionó su aplicación a la exigencia inequívoca realizada por la propia ley. No en balde se subordinó, según se explicitó, a que “...la ley lo exija para tal fin”, exigencia que, justamente, se echa de menos por el legislador mercantil en el campo del seguro, *a fortiori*, cuando en el art. 1.080, estableció un régimen hartamente divergente.

Huelga anotar que la interpretación por la que se aboga, no sólo tiene venero en las disposiciones legales aludidas, cabalmente interpretadas por la jurisprudencia y la doctrina, según se precisó, sino que también se afinca en los postulados constitucionales, entre ellos la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones que se surtan ante la administración de justicia (art. 228 C. Pol.), principio éste que, rectamente aplicado, conduce a realizar uno de los más caros fines del Estado, como es la vigencia de un orden justo (art. 2 ib.), una de cuyas manifestaciones es la implementación de reglas que preserven el equilibrio contractual, de forma tal que ninguna de las partes pueda obtener ilícita ventaja de su posición negocial.

F. Se concluye, entonces, que el artículo 1080 del Código de Comercio, tiene como único manantial la supraindicada acreditación del derecho por parte del asegurado o del beneficiario, ora en la órbita extrajudicial, ora en la judicial. De allí que no diferencie el legislador a este respecto, de forma tal que pudiera hacer distinción entre uno u otro tipo de reclamación, siendo entonces predicable la milenaria máxima con arreglo a la cual, cuando la ley no distingue, tampoco es dable distinguir al intérprete (*ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*), por lo que no resulta admisible considerar que la norma aludida privativamente aplica para la solicitud de pago que se

formule por fuera del proceso, en orden a remitir la que se haga en juicio, a la disciplina general de las obligaciones y, de paso, al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, disposición que, se insiste, no sólo parte de un supuesto diferente, sino que debe ceder ante el régimen especial que informa el contrato de seguro (*in toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*).

En consecuencia, considero que la condena impuesta a la aseguradora, en lo que respecta al pago de intereses moratorios, *a momento ad momentum*, no ha debido hacerse con referencia a la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, sino al día siguiente en que venció el plazo de un mes contado desde el momento en que el demandante, en la esfera judicial, acreditó su derecho – cualitativa y cuantitativamente-, lo que aconteció el primero de julio de 1994, fecha en que se rindió el dictamen pericial por parte de los auxiliares Montoya-Estrada (fls. 456 a 460, cdno. 2), prueba que sirve al propósito de demostrar la cuantía de la pérdida resultante del siniestro, el cual había sido probado precedentemente, *in concreto*, a través de la prueba testimonial. En dichas condiciones, necesariamente, el monto indemnizatorio a cargo del demandado hubiera sido menor, en atención al cómputo de los intereses moratorios, dado que como punto de partida de los mismos, a nuestro juicio, se debió tomar uno ulterior.

Finalmente, no se nos escapa que la tesis de la Corte, con independencia de todos los razonamientos precedentes, procura otorgar plausible certidumbre en lo que concierne al venero de la mora. Pero si a ésta circunstancia se apunta, en efecto, cabe preguntarse –con prescindencia de la real solidez de esta tesitura, carente de nuestro aplauso-, por qué no haber adoptado la fecha de la ejecutoria de la sentencia, igualmente dotada de certidumbre? Este, pues, no puede ser el criterio fundante de una resolución, como quiera que se ofrecen respuestas muy disímiles, ubicadas en vértices enteramente opuestos, por lo demás dotadas de extrema radicalidad, lo cual se opone, bien se sabe, al juzgamiento y examen de cada caso individual, como corresponde, toda vez que no es dable uniformar todos los supuestos con un mismo ropaje, si con ello se socavan basilares derechos. De allí que sea más acertado respetar el criterio flexible y justiciero trazado por la ley patria, vale decir el concerniente a la acreditación del derecho, rectamente entendido, bien en lo extrajudicial, bien en lo judicial, el cual responde de mejor manera a aquella antigua máxima que enseña que lo que se acerca más al medio es lo mejor, y lo que más se separa, lo peor (*quo quid magis ad medium accedit, eo est melius; et quo magis recedit, eo est peius*); al fin y al cabo, la virtud está en el medio (*virtus in medio consistit*).

No por facilidad o por comodidad, incluso, debe el hermenéuta inclinarse por una tesis, así en gracia de discusión, ella sea el corolario de una reflexión pura y penetrantemente pragmática. Ese, ciertamente, no puede ser el faro o la brújula señera que guíe una solución de estirpe científica, menos en la órbita judicial, por manera que, *a priori*, no se deben erradicar del cosmos las posturas jurídicas, a pretexto de la virtual dificultad o mediana complejidad que entrañan, si ellas, ante todo, consultan la justicia y están conforme a la ley. De antiguo, con tino, puntualizó Aristóteles que “Se quiere más lo que se ha conquistado –inclusive- con fatiga”.

En estos términos dejo entonces aclarada mi cordial discrepancia.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO