

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado Ponente

SC5681-2018

Radicación n° 05001-31-03-002-2009-00687-01

(Aprobado en sesión del 28 de noviembre de 2018)

Bogotá D.C., 19 de diciembre de 2018.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte demandante en el proceso ordinario contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2014 por la Sala de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La Inmobiliaria Cedro Verde S.A. demandó a Seguros Colpatria S.A. para que se declare el incumplimiento del contrato de seguro “Todo Riesgo” que suscribió con esa entidad, y se la condene al pago de \$585’015.967 más sus respectivos intereses moratorios desde el 8 de abril de 2008; suma de dinero correspondiente a los gastos en que incurrió por la ocurrencia del siniestro cubierto por la póliza.

B. Los hechos

1. La Inmobiliaria Cedro Verde inició un proyecto de urbanización denominado “Parque Residencial Cedro Verde”, sobre un terreno de su propiedad.

2. El 23 de octubre de 2006 tomó con Seguros Colpatria la póliza número 1000093 para amparar los riesgos que pudieran generarse con ocasión de la construcción de la segunda etapa del proyecto. La constructora obró en calidad de tomadora, asegurada y beneficiaria.

3. La vigencia del seguro se estipuló entre el 3 de octubre de 2006 y el 10 de mayo de 2008. Posteriormente se prorrogó, de común acuerdo, hasta el 23 de junio de 2008.

4. Entre los riesgos amparados por la póliza se indicaron *«las pérdidas y daños materiales que sufran los bienes asegurados durante su construcción»*, en desarrollo de la *«apertura de vías principales y ramales secundarios y terciarios, redes de acueducto, alcantarillado, energía, telefonía, gas y otras redes de la obra...»*.

En el *“Amparo C. Inundación”*, se señaló:

1.2.2. INUNDACIÓN ‘COBERTURA C’. No obstante lo previsto en la exclusión 1.4.1. literal j, este amparo se extiende a cubrir los daños causados por ciclón, huracán, tempestad, vientos, inundación, desbordamiento y alza en el nivel de las aguas, enfangamiento, hundimiento o deslizamiento del terreno, derrumbes y desprendimiento de tierra y rocas. [Folio 18, revés]

Mientras que en el punto 1.2.6. *“Remoción de escombros. Cobertura G”*, se indicó:

Los gastos en que necesariamente incurra el asegurado para la remoción de escombros, el desmontaje, el desmantelamiento, demolición o apuntalamiento de la parte o partes de la construcción asegurada afectada por cualquier riesgo amparado. [Folio 19]

5. El 12 de marzo de 2007 la póliza fue “endosada” a favor de Bancolombia, con el fin de amparar la indemnidad del inmueble que sirvió como garantía hipotecaria del crédito que la constructora había adquirido con esa entidad financiera.

En el documento que modificó la posición del beneficiario de la póliza se indicó: *«Mediante el presente endoso se hace constar que como único y primer beneficiario en caso de siniestro, hasta por el*

monto de la deuda y sin exceder el valor asegurado, figuran los señores Bancolombia NIT: 890.903.939-8, sobre los bienes que se describen a continuación: Dirección: Km 12 vía Las Palmas». [Folio 86]

6. El 7 de septiembre de 2007 se presentaron varios problemas que afectaron la estructura y la estabilidad de la vía principal en el sector ubicado entre los puntos K1+337 y el K1+500.

7. El 8 de octubre de 2007, la firma consultora Solingral S.A., especialista en estudio de suelos, emitió un informe según el cual los problemas de deslizamiento tuvieron como origen la *“inestabilidad por falla en el terraplén (muro) estructural”*, y la *“inestabilidad superficial de la vertiente adyacente en la parte inferior del lote 61”*. [Folio 3]

8. El 4 de marzo de 2008 se modificó la póliza para volver a tener a la Inmobiliaria Cedro Verde S.A. como tomador, asegurado y beneficiario del seguro.

9. La Inmobiliaria presentó la reclamación a través de su agente de seguros, la cual fue objetada por la aseguradora por considerar que el evento no estaba amparado.

10. La reparación de los daños de la vía principal tuvo un costo de \$585'015.967.

C. Excepciones formuladas por la demandada.

Seguros Colpatria S.A. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó *“ausencia de cobertura, incumplimiento de la garantía pactada en el contrato, inexistencia del siniestro, no demostración de la cuantía, pérdida del derecho a la indemnización, improcedencia de intereses y deducibles*. [Folio 127]

D. El fallo de primera instancia

En sentencia del 19 de abril de 2013, el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por encontrar probada la excepción de *“incumplimiento de la garantía contractual del seguro”*. [Folio 459]

Con relación a la legitimación en la causa, afirmó que no hay duda de ella, pues la demandada admitió en su contestación al hecho cuarto de la demanda, que la actora es la tomadora, asegurada y beneficiaria del seguro. [Folio 439]

De igual modo, reposa en el expediente un certificado expedido por Bancolombia, el cual fue allegado por el representante legal de la Inmobiliaria cuando rindió su declaración en audiencia, en el que consta que la empresa demandante no tiene deudas pendientes con esa entidad financiera, pues el último pago del crédito se hizo el 29 de junio de 2008. Por ello, el banco no es beneficiario del seguro ni tiene interés en el pago del siniestro. [Folio 439]

Con relación al siniestro, afirmó que éste sí está asegurado porque el daño que sufrió la obra fue producto de un *“hundimiento o deslizamiento”* del suelo, cuyo riesgo quedó amparado por el punto 1.2.2 de las condiciones generales del contrato, a cuyo tenor: *«No obstante lo previsto en la exclusión 1.4.1, literal J, este amparo se extiende a cubrir los daños causados por ciclón, huracán, tempestad, vientos, inundación, desbordamiento y alza en el nivel de las aguas, enfangamiento, **hundimiento o deslizamiento del terreno**, derrumbes y desprendimiento de tierra y rocas.»* [Folio 443, reverso]

En cambio, la objeción que adujo la aseguradora se fundó en la exclusión contenida en el punto 1.4.3 de la póliza, correspondiente al riesgo de terremoto, maremoto, temblor y/o erupción volcánica, ciclón, huracán, tempestad, vientos, inundación, desbordamiento y alza de aguas, o enfangamiento; que no fueron las causas del daño.

Es decir, que el evento que quedó excluido por la cláusula 1.4.3 de la póliza fue el movimiento del subsuelo, pero no los deslizamientos del suelo, siendo ambas zonas estructuras distintas de la corteza terrestre. [Folio 444, reverso]

El juez *a quo* consideró, de igual modo, que en el contrato de seguro se incluyeron “cláusulas abusivas” cuando se expresó que el siniestro debía ser *“accidental, súbito e imprevisto”*, y así lo declaró en el numeral primero de la sentencia.

No obstante, el sentenciador encontró probado que la demandante no cumplió la garantía pactada en el contrato de seguro, que consistía en ejecutar obras de contención, implementación de llenos reforzados con geotextil, o en construir muros de tierra armados o pantallas de pilotes.

Por esa razón, negó las pretensiones de la demanda.

E. Los recursos de apelación.

Ambas partes apelaron la sentencia de primera instancia:

La demandante, para que se declarara la prosperidad de sus pretensiones, dado que se probaron todos los elementos estructurales de la responsabilidad contractual en que incurrió la aseguradora.

La demandada, por considerar que el fallo fue incongruente al declarar en su numeral primero que en el contrato de seguro se incluyeron “cláusulas abusivas”, pues ese tema no fue planteado por los extremos del litigio.

F. La sentencia impugnada

En sentencia del 27 de noviembre de 2014, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia confirmó la decisión de primera instancia, al resolver la apelación que interpuso la parte demandante. Sobre la apelación de la demandada no hizo ningún pronunciamiento.

Su fallo se sustentó en que la Inmobiliaria Cedro Verde S.A. no estaba legitimada para demandar, toda vez que al haber tomado el seguro “*por cuenta ajena*”, la posición de asegurado y beneficiario fue asumida por Bancolombia en virtud del “*endoso*” que la tomadora hizo a favor de esta entidad, de conformidad con las previsiones de los artículos 1039 y 1080 del Código de Comercio.

Según el sentenciador *ad quem*, “*el actor no mencionó las razones de orden sustancial por las que pudiera inferirse que tenía algún interés asegurable concurrente con el beneficiario,*

con relación a la indemnización con siniestro, ni el mismo aflora de la prueba recaudada". [Folio 11, cuaderno Tribunal]

En todo caso –aseveró–, si se aceptara en gracia de discusión que la demandante está legitimada por haber pagado el crédito, no hay prueba del porcentaje de su interés en razón de la diferencia entre el capital pagado y la reducción del interés del banco. [Folio 11, reverso, cuaderno Tribunal]

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La Inmobiliaria Cedro Verde S.A. formuló demanda de casación con sustento en dos cargos: el primero por violación directa de la ley sustancial y el segundo por errores de hecho en la valoración de las pruebas.

PRIMER CARGO

Acusó la sentencia de violar directamente los artículos 822, 831, 1039, 1040 y 1089 del Código de Comercio; y el artículo 1499 del Código Civil.

En sustento de su reproche afirmó que la sentencia se fundamentó en una errónea calificación del instituto jurídico que rige el caso, pues el Tribunal se equivocó al considerar que el contrato que dio origen a la controversia fue un seguro “por cuenta de un tercero”, otorgando a Bancolombia la legitimación exclusiva para demandar, de conformidad con lo establecido por el artículo 1039 del Código de Comercio, según el cual el derecho a la prestación asegurada corresponde al tercero.

De ese modo dejó de aplicar el artículo 1040 del estatuto mercantil, que era la norma que resultaba pertinente para la solución del caso, a cuyo tenor *“el seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero”*.

Es decir que la designación de Bancolombia como beneficiario del seguro *“hasta por el monto de la deuda”* no cambió la tipología del contrato de un seguro *“por cuenta propia”* a un seguro *“por cuenta ajena”*; como tampoco cambió la legitimación en la causa que asiste al demandante. [Folio 20]

En efecto –prosiguió el casacionista–, en el seguro contratado por cuenta de un tercero el tomador suscribe la póliza para amparar un interés de la persona asegurada; mientras que en el caso que se analiza no se contrató un seguro por cuenta de Bancolombia, dado que esa entidad no fue la titular exclusiva del interés asegurable, sino que al ser designada como beneficiaria *“hasta el monto de la deuda”* se le otorgó una garantía adicional para amparar la indemnidad del inmueble hipotecado a su favor, lo cual corresponde a una hipótesis distinta. [Folio 20]

Si el tribunal hubiera aplicado el artículo 1040 del Código de Comercio en vez de aplicar indebidamente el 1039, habría concluido que mediante el “endoso” de la póliza sólo se designó a Bancolombia como beneficiario a título oneroso, correspondiendo ese acto a un “seguro de daños en beneficio de un tercero” como garantía de la indemnidad del inmueble hipotecado *“hasta el monto de la deuda”*; lo que no excluye el interés asegurable ni la legitimación del deudor, tomador y asegurado, que continuó siendo la Inmobiliaria Cedro Verde. [Folio 21]

Adujo, asimismo, que el sentenciador de segunda instancia dejó de aplicar el artículo 1499 del Código Civil, según el cual los actos accesorios que se constituyen como garantía de una obligación principal están supeditados a la subsistencia de la obligación garantizada. Bastaba que se extinguiera el crédito a favor de Bancolombia para que desapareciera la garantía que lo respaldaba y, con ella, su condición de beneficiario del seguro; con lo que la Inmobiliaria Cedro Verde recuperó su calidad de beneficiaria del seguro y titular del derecho a la indemnización, sin necesidad de declaración adicional por parte del banco. [Folio 21]

Basta pensar que si el banco hubiera demandado a la aseguradora para el reclamo de la indemnización, el juzgador

le habría pedido la prueba del saldo de la obligación para la fecha de presentación de la demanda, y al comprobar que la deuda había sido pagada en su totalidad, le habría negado el derecho de acción por falta de legitimación; pues de lo contrario se estaría enriqueciendo esa entidad sin motivo, violando el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1089 del Código de Comercio. [Folio 22]

SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia de quebrantar indirectamente los artículos 1, 822, 831 y 1089 del Código de Comercio; y los artículos 1499, 1625 y 1626 del Código Civil, por errores de hecho en la valoración material de las pruebas.

El argumento fáctico de la decisión se sustentó en dos hechos principales: i) que el único beneficiario de la póliza fue Bancolombia, y ii) que la demandante no probó el pago total del crédito o, en su defecto, el porcentaje de su interés.

En criterio del casacionista, en el proceso hay pruebas suficientes que demuestran la equivocación de tales afirmaciones, porque en los certificados de prórroga n°3 y n°4 consta que para la fecha de presentación de la demanda se había designado nuevamente a la Inmobiliaria Cedro Verde como beneficiario del seguro.

Con relación a la obligación principal, tanto el dictamen pericial como la certificación expedida por Bancolombia prueban que el crédito que dio lugar al endoso de la póliza a favor de esa entidad financiera se extinguió por pago total desde el 29 de junio de 2008, por lo que la póliza fue modificada nuevamente para volver a designar a la Inmobiliaria Cedro Verde como único beneficiario.

De haber apreciado el tribunal las mencionadas pruebas, habría concluido que el crédito a favor de Bancolombia se extinguió por pago total, y con él la garantía accesoria, por lo que no hay ninguna razón para considerar que es el banco y no la inmobiliaria el titular de la relación jurídico sustancial que se reclamó.

CONSIDERACIONES

El pronunciamiento de la Corte en sede de casación se limitará a la resolución del primer cargo, toda vez que los reproches que en él se formularon tienen la aptitud de desvirtuar los razonamientos en que se sustentó la sentencia proferida por el tribunal.

1. De conformidad con lo establecido por el artículo 1039 del Código de Comercio, *“el seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada”*.

Esta fue la norma sustancial en que se sustentó la sentencia de segunda instancia para negar la legitimación de la parte actora, pues al haber tomado la empresa demandante el seguro “por cuenta del banco”, el tribunal consideró que esa entidad financiera es la única titular del interés asegurable. El recurrente estimó mal aplicada esa disposición, dado que el contrato que dio origen a la reclamación de la indemnización no fue un seguro *“por cuenta de un tercero”*, sino un seguro *“por cuenta propia”*, por lo que siempre conservó el derecho al pago de la prestación asegurada, sobre todo cuando el interés del banco se había extinguido por completo en virtud del pago total de la deuda.

2. Es conocida la distinción legal y doctrinal entre los *seguros por cuenta ajena* y los *seguros por cuenta propia*, dependiendo de si quien contrata el seguro es, al mismo tiempo, el legítimo titular del interés asegurable. Si la posición contractual de tomador y asegurado se confunden se estará en presencia de un seguro por cuenta propia; en cambio, cuando ambas calidades están disociadas se tratará de un seguro por cuenta ajena. En este último caso, es posible que el tomador ni siquiera conozca quién será el verdadero titular del interés asegurable, *“por lo que se estará ante un genuino contrato a favor de un tercero en el que el tomador asume el rol de promisorio, el asegurador sería el promitente y el tercero –el asegurado– el beneficiario”*.¹

¹ Domingo LÓPEZ SAAVEDRA. Tratado de derecho comercial. Seguros. Buenos Aires: La Ley, 2010. p.76.

El beneficiario es la persona en favor de la cual se estipulan las prestaciones de seguros; es el titular del interés asegurado y, por tanto, quien tiene derecho a la indemnización. Es el que ha de *«percibir el valor del seguro, en caso de siniestro, ajustado naturalmente con arreglo a sus condiciones y límites»*;² es decir, aquél que aun sin intervenir en la formación del contrato tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Puede ser contractual, si deriva su derecho del contrato y hasta el límite de la cobertura que dispongan sus cláusulas; o legal, si es la ley la que le otorga el derecho al seguro, una vez ocurrido el evento que condiciona la obligación del asegurador.

En los seguros de daños no se dan los beneficiarios legales, pues la ley no atribuye esa calidad a los titulares de un derecho real sobre la cosa asegurada (como el acreedor hipotecario o prendario, etc.), conforme a lo previsto en el artículo 1101 del Código de Comercio; como sí ocurre en los seguros de personas, según los casos previstos en los artículos 1142 y 1143 *ejusdem*. Por ello, para que una persona (determinada o determinable) distinta del tomador adquiera la condición de beneficiario de un seguro de daños, se requiere que así se establezca en la póliza.

En los seguros de daños sólo puede hablarse de beneficiarios a título oneroso, dado el carácter indemnizatorio de esa clase de contrato. Por ello, la mera liberalidad del tomador no puede invocarse como fundamento de esa especie de estipulación.³

Es decir que, además de la estipulación contractual, se requiere que el beneficiario tenga interés asegurable, en virtud del carácter indemnizatorio del seguro de daños. La autonomía de la voluntad, en suma, no basta para adquirir la condición de beneficiario de un seguro de daños.

En los seguros por cuenta y en beneficio propio el beneficiario es el mismo asegurado, quien, además, es el

² Teoría General del Seguro. El Contrato. Ossa G. J. Efrén. Temis 1991. Pág. 13.

³ Efrén OSSA. Teoría General del Seguro. t. ii. El contrato. Bogotá: Temis, 1991, p. 14.

tomador, sin importar si aparece o no designado en la póliza, dado que la ley (artículos 1040 y 1047) no lo exige.

En los seguros por cuenta de un tercero la calidad de asegurado coincide con la de beneficiario, pero no con la de tomador; por ello es necesario que en la póliza se especifique aquella condición (artículos 1039 y 1040).

Cuando el tomador es, a su vez, asegurado, obra por cuenta propia, pues el riesgo que traslada es propio, mientras que si el riesgo que traslada no es el suyo,⁴ lo que existe es un seguro por cuenta de un tercero asegurado.

En los seguros por cuenta propia y a favor de un tercero, el beneficiario debe estar designado en la póliza. Normalmente es un acreedor hipotecario o prendario quien ostenta esa calidad como una forma de garantía colateral o adicional de la obligación del deudor, debiendo estar el interés asegurable íntimamente relacionado con el monto de la acreencia.

El interés en el seguro de daños es la relación de contenido económico que tiene el asegurado respecto de un bien singular o situación patrimonial, expuesta a un riesgo determinado. *«En los seguros de daños lo que se asegura no es el bien en sí mismo, sino el interés que tiene el asegurado en su conservación».*⁵ Es decir que el objeto sobre el cual recae el seguro no es la cosa, el patrimonio o el derecho, sino la relación económica del asegurado con esos bienes. De ahí que los seguros de daños sean, básicamente, seguros de intereses.

«Tendrá interés asegurable quien sea titular de una relación económica y lícita sobre un bien o un derecho (de cualquier clase), que sea susceptible de verse afectada al momento de realizarse el acontecer asegurado. Por consiguiente, para determinar quién tiene interés asegurable es necesario preguntarse quién puede ver afectado su patrimonio con ocasión de un suceso en particular, pues no de otra manera la compañía de seguros podrá determinar si aquel que se

⁴ Por ejemplo, el depositario que toma el seguro para cubrir las mercancías que tiene bajo su custodia, que son de propiedad del depositante.

⁵ Carlos VARGAS VASSEROT. El beneficiario en el seguro de daños. En: Pontificia Universidad Javeriana, Revista Ibero-latinoamericana de Seguros n° 13. p. 42.

*pretende que figure como asegurado, realmente tiene la titularidad de ese elemento esencial».*⁶

El predominio del principio indemnizatorio en los seguros de daños conlleva a inferir que el objeto de ese contrato es la búsqueda de previsión de una eventual afectación patrimonial, lo que comporta la posibilidad de que el beneficiario de la obligación reparadora sufra un daño susceptible de ser indemnizado, toda vez que sin daño no hay lugar a reparación.

El fundamento normativo del interés asegurable se encuentra consagrado en el artículo 1083 del Código de Comercio, según el cual *«tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero»*.

De conformidad con la anterior definición, el interés asegurable debe hacer referencia a un daño patrimonial estimable en dinero y debe ser lícito. Sólo cuando se cumplen esos requisitos el interés puede fungir como elemento estructural del contrato de seguro.

Dado el carácter indemnizatorio de la “institución” del interés asegurable en la modalidad del seguro de daños, el querer de las partes es irrelevante para la configuración de ese elemento; es decir que el interés asegurable no depende de la fuente contractual del seguro. Por ello, la mera voluntad de los contratantes no tiene la aptitud de otorgar a un hecho o situación el estatus de interés asegurable, ni mucho menos de generar la responsabilidad contractual de la aseguradora.

Ahora bien, la norma citada (artículo 1083 del Código de Comercio) establece que el patrimonio afectado por la realización del siniestro puede resultar perjudicado “directa o indirectamente”, es decir que el interés asegurable puede surgir inmediatamente o con posterioridad al hecho dañoso constitutivo del riesgo asegurable.

⁶ Carlos GÓMEZ SÁNCHEZ. El interés asegurable como un elemento esencial del contrato de seguro de daños. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Vol. 21, n° 36. p. 18.

Es directo cuando está íntimamente relacionado con el riesgo asegurable, o sea cuando la afectación es una consecuencia inmediata de la lesión del hecho futuro e incierto que se asegura y trae consigo la pérdida económica para el asegurado, sin que se requiera de ninguna circunstancia adicional. La realización del riesgo y el daño al patrimonio del asegurado ocurren en el mismo instante, faltando únicamente la valoración económica del perjuicio.

Tendrá interés asegurable directo, por ejemplo, la persona a quien la ocurrencia de un incendio, de un hurto, de un terremoto, o de cualquier riesgo que haya asegurado y sobre el cual tenga derecho, le genere una disminución de su activo o un aumento de su pasivo. De igual modo, tendrá interés directo la víctima de la responsabilidad civil, pues es quien sufre inmediatamente el perjuicio originado por la conducta antijurídica asegurada, por lo que es titular del débito indemnizatorio.

En contraposición a lo anterior, tiene interés asegurable indirecto la persona que sufre una disminución de su patrimonio de manera diferida o posterior al hecho que la origina. El daño patrimonial, en esta modalidad, se producirá con posterioridad a la realización del riesgo asegurable, por lo que el beneficiario habrá de demostrar algunas circunstancias adicionales, como la lesión de su propio interés y la relación causal entre el menoscabo patrimonial sufrido y el riesgo asegurable. En tal caso la pérdida será posible, pero no necesaria, dado que es factible que la sola producción del siniestro no le ocasione ninguna pérdida económica, lo que impide que el seguro se convierta en una fuente de enriquecimiento.

Tendrá, entonces, interés indirecto en el pago del seguro quien pueda ver lesionado su patrimonio con ocasión de la realización del riesgo asegurable. Para esta persona la sola producción del incendio, del terremoto, del hecho dañoso, o de cualquier riesgo asegurado no tiene la virtualidad de generarle *per se* un menoscabo a su patrimonio.

Así, por ejemplo, la persona que toma un seguro de responsabilidad civil para proteger su patrimonio ante los

eventuales daños que llegare a ocasionar a terceros con su conducta antijurídica sólo podrá hacerse acreedor de la prestación de seguro cuando se consolida su responsabilidad civil frente a la víctima (siendo esta última la titular directa del interés, como se explicó con precedencia); de suerte que si la víctima no reclama la indemnización de los perjuicios sufridos, o no demuestra al interior del proceso judicial todos los elementos de la responsabilidad atribuida al agente dañador, el asegurado no tendrá ningún derecho al pago del seguro, por no haber sufrido menoscabo su patrimonio, por mucho que se haya probado la ocurrencia del hecho dañoso asegurado.

Por la misma razón, el acreedor hipotecario o prendario del asegurado, a quien se haya designado en la póliza como beneficiario, como forma de garantía adicional de su crédito, sólo tiene un interés indirecto en el pago del seguro cuando demuestra, además de la realización del riesgo asegurable, que éste le produjo un detrimento patrimonial, por lo que la sola lesión al bien hipotecado o prendado que es objeto del seguro no resulta suficiente para la consolidación de su interés. Luego, si el interés indirecto del acreedor no se ve afectado, tal como ocurre cuando el deudor cumple su obligación, aquél no podrá ser merecedor de la indemnización, por mucho que la cosa asegurada haya sufrido una lesión o, incluso, aunque haya desaparecido.

Lo anterior es reiteración del postulado –enunciado líneas arriba– que afirma que la sola estipulación contractual o la designación de la calidad de beneficiario no es condición suficiente para que surja el interés asegurable. El derecho a la prestación de seguro puede resultar de la transferencia del contrato, de la tradición del bien asegurado o de una prueba de crédito, pero esas situaciones no bastan para la consolidación del interés, porque para que la indemnización sea exigible el beneficiario debe justificar su interés en el seguro y aportar las pruebas que demuestran que sufrió un daño patrimonial: *«El beneficiario dispone únicamente del derecho a exigir el pago de la prestación de seguro. Cuando se produzca el acontecimiento que da derecho a la indemnización, y una vez haber demostrado el interés asegurable y el daño, el*

*beneficiario estaría en posición para exigir del asegurador la ejecución del contrato».*⁷

De ese modo, al extenderse el alcance del seguro de daños a todos los intereses (directos e indirectos) de los beneficiarios contractuales, se delimita la indemnización a la que tiene que hacer frente la aseguradora.

Resta, todavía, hacer una precisión más para el específico propósito de dirimir la controversia que se planteó en sede de casación, circunscrita al tipo de interés asegurable que tiene el acreedor que ha sido designado como beneficiario del seguro de daños.

Por regla general, los acreedores quirografarios u ordinarios no tienen interés asegurable en los bienes de su deudor, pues sólo ostentan un derecho de prenda general para perseguir la ejecución de la obligación (artículo 2488 del Código Civil); por lo que no están facultados para asegurarlos en su propio interés, toda vez que entre el acreedor y un bien concreto del deudor no existe ningún vínculo jurídico ni un riesgo asegurable común. Si un bien concreto del deudor se pierde o sufre menoscabo, el acreedor sigue teniendo el derecho de prenda general sobre los demás bienes del deudor para hacer valer su crédito.

Lo usual, en ese tipo de vínculo, no es la celebración de un seguro de daños sobre los bienes concretos del deudor, sino de un seguro de vida de deudores (seguro de personas), de un seguro de crédito, o cualquier otra modalidad que se amolde mejor a las particularidades del contrato de mutuo y sus garantías.

A diferencia de los acreedores personales, los acreedores con garantía real sí *pueden tener* interés asegurable sobre el bien concreto que es materia de la prenda o hipoteca, pues la pérdida o disminución del precio de la cosa tiene la aptitud de afectar la garantía del pago del crédito. Por ello, nada obsta para que el acreedor exija al deudor la constitución de un seguro a favor del primero, que ampare los daños que pueda

⁷ Zoulikha NASRI. El beneficiario de la prestación de seguro. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros nº 12. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. 117.

sufrir el objeto de la garantía real. Por supuesto que si el otorgamiento del crédito estuvo condicionado a la constitución de la garantía real sobre un bien cuyo valor se estimó suficiente para respaldar el pago de la deuda, el acreedor tendrá interés en la conservación de la integridad de dicho bien, por lo que podrá ser merecedor de la indemnización en caso de que sea designado beneficiario y, además, demuestre que la lesión tiene la potencialidad de afectar su garantía real y poner en riesgo su patrimonio.

Se trata, como se dijo con anterioridad, de un interés asegurable *indirecto*, que requiere de la demostración de la lesión concreta o puesta en peligro del patrimonio del acreedor para que éste sea titular del derecho a la indemnización: *«Permitir a un tercero –sin interés concreto en el bien asegurado– ser titular del derecho a la indemnización vulnera el principio indemnizatorio del contrato de seguro, con el riesgo de poder convertirse éste en un instrumento de especulación sobre riesgos ajenos, ya que al tercero le beneficia siempre la producción del siniestro»*.⁸

Lo anterior permite arribar a otra conclusión: como el beneficiario del seguro de daños ha de tener siempre interés asegurable para poder ser merecedor de la indemnización, entonces *en los seguros de daños* el beneficiario tiene que ser siempre el mismo asegurado, pues en esta especie de seguros el asegurado es la persona titular del interés asegurable, o sea aquella cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.

La inescindibilidad entre la calidad de asegurado y la de beneficiario es típica de los seguros de daños, en los cuales el tercero beneficiario adquiere el derecho a la prestación sin que medie ninguna relación con el patrimonio del estipulante. El derecho del beneficiario a la prestación es un derecho propio y autónomo, por lo que tiene acción directa frente al asegurador. *«En los seguros de daños, las posiciones de beneficiario y de asegurado van íntimamente ligadas»*.⁹

⁸ Carlos VARGAS VASSEROT. El beneficiario en el seguro de daños. En: Pontificia Universidad Javeriana, Revista Ibero-latinoamericana de Seguros n° 13. p. 51.

⁹ Ibid, p. 42.

En cambio, en los seguros de personas el asegurado es la persona misma sobre cuya vida, salud e integridad corporal se celebra el contrato de seguro, mientras que el beneficiario es quien percibe el valor del seguro en caso de siniestro, sin que tenga la carga de demostrar la existencia de un interés patrimonial, dado que este seguro no ostenta carácter indemnizatorio; por lo que normalmente esas calidades se encuentran escindidas.

La creencia en que la posición jurídica del asegurado puede estar separada de la del beneficiario en los seguros de daños, envuelve un error conceptual de mayores dimensiones. Se trata de un problema de concepto que no es de ninguna manera intrascendente, dado que plantea dificultades jurídicas que inciden directamente en la solución del caso, tanto así que esa equivocación fue la razón por la cual el tribunal negó las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, cuando el tomador del seguro de daños designa contractualmente a su acreedor hipotecario como beneficiario de la indemnización del daño que sufra el bien hipotecado y asegurado, el beneficiario adquiere un derecho propio frente al asegurador para el cobro del seguro, lo que significa que es el titular del interés asegurable y, por lo tanto, su calidad se confunde con la de asegurado. En ese caso sería desacertado afirmar que se trata de un contrato “por cuenta de un tercero”.

De esa manera hemos llegado al tema central que permite resolver el problema jurídico, pues las consideraciones que anteceden explican por qué el contrato del que emana la prestación que se reclama no es ni puede ser un seguro “por cuenta ajena” o “por cuenta de un tercero”. Es decir que el tribunal erró al aplicar al caso el artículo 1039 del Código de Comercio, según el cual *“al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada”*, con base en lo cual negó a la entidad demandante la legitimación en la causa.

Se trata, en cambio, de un seguro *“por cuenta propia y a favor o en beneficio de un tercero”*, el cual, como se dijo con anterioridad, posee sus propias particularidades.

En efecto, el seguro es por cuenta propia pero a favor de un tercero cuando las partes lo celebran con el fin de atribuir al tercero el derecho subjetivo para exigir el cumplimiento de la estipulación. Pero ello no significa, de ninguna manera, que el estipulante pierda su interés propio en el seguro, o que carezca de “legitimación” para demandar el pago de la indemnización cuando es él quien sufre el detrimento patrimonial por la realización del riesgo asegurado.

Este tipo de contrato es bilateral en su formación, pero supone una operación triangular en sus consecuencias jurídicas, puesto que da origen a tres formas diferentes de imputación de intereses: *i)* entre el *promitente* o contratante que queda obligado a efectuar la prestación (asegurador) y el *estipulante* (tomador-asegurado) se da una *relación de cobertura*, la cual genera la obligación derivada del contrato celebrado entre las partes, con la previsión de que la prestación ha de realizarse al tercero-beneficiario por el precio del perjuicio patrimonial que éste sufre y hasta el límite señalado en la póliza; *ii)* entre el tomador-asegurado (estipulante) y el tercero-beneficiario se da una relación que deriva del interés propio del estipulante en que se cumpla el pacto celebrado en beneficio del tercero; se trata de una relación *causal* o *subyacente* entre deudor y acreedor, denominada frecuentemente ‘*relación de valuta*’; y *iii)* entre el asegurador (promitente) y el beneficiario se da una relación que deriva tanto de la voluntad del estipulante y del promitente, como del interés indirecto del beneficiario en que se indemnice el daño que ha sufrido su patrimonio; en tal caso, el beneficiario es el titular del derecho que se ha establecido en su favor y ostenta, por ello, la condición de acreedor de la prestación.

La triangulación de los efectos del contrato deja en evidencia que la calidad de “tercero” que ostenta el beneficiario lo es sólo frente al hecho de que no intervino en su formación. Mas, desde la perspectiva de la titularidad de la prestación de seguro, no es un “tercero” sino la persona que sufre un menoscabo en su patrimonio y tiene, por ello, interés asegurable en el pago de la indemnización.

Lo anterior, sin embargo, no implica la pérdida automática del interés asegurable del tomador, como tampoco su calidad de asegurado. El interés asegurable en los seguros de daños –como se ha explicado con insistencia– es una situación jurídica que no surge de la voluntad de los contratantes sino del menoscabo patrimonial que pueda sufrir el titular de la prestación. De ese modo, cuando el estipulante conserva un derecho real sobre el bien asegurado es él quien soporta el perjuicio directo por la pérdida o lesión a su patrimonio. Luego, como el deudor hipotecario es quien sufre el perjuicio directo que se causa al bien asegurado, entonces no hay duda de que conserva el interés asegurable; y si conserva el interés, conserva la calidad de asegurado y de beneficiario.

En tal caso, hay que memorar que se trata de un seguro “de daños”, en el que las calidades de asegurado y de beneficiario, aunque conceptualmente discernibles, son inescindibles; pues, la parte contractual que no demuestra su interés en virtud de la lesión patrimonial que sufre no se hace acreedor de la indemnización, a diferencia de lo que ocurre en los seguros de personas. Mas, la naturaleza de un seguro “de daños” no muta a un seguro “de personas” o a uno “de crédito” por el simple hecho de que la póliza “se ceda” o “se endose” al acreedor. De manera que si el asegurado demuestra que es él y no el acreedor quien sufrió el perjuicio patrimonial, entonces la condición de beneficiario se radica en él, y se hace, por tanto, merecedor de la indemnización.

Hay una diferencia notoria entre un seguro contratado “*por cuenta de un tercero determinado o determinable*” y un seguro por cuenta propia y en beneficio de un tercero: en el primero, el tomador sólo adquiere obligaciones y el tercero es el único que tiene derecho a la prestación asegurada (artículo 1039 del Código de Comercio). En cambio, en la modalidad que se contrata por cuenta propia y a favor de un tercero, el tomador conserva la calidad de asegurado por tener interés directo en el pago de la indemnización, a menos, claro está, que la persona que figura en la póliza como beneficiario demuestre que fue ella quien sufrió el perjuicio amparado por el seguro, lo que no siempre ocurre.

En efecto, cuando el deudor de un crédito garantizado con hipoteca designa a su acreedor como beneficiario de la póliza que ampara la integridad de la cosa hipotecada, esa sola designación contractual no radica el interés asegurable exclusivamente en el acreedor, pues es posible que éste no tenga ningún interés cuando el perjuicio que sufre el bien no es significativo o no desmejora su garantía ni pone en riesgo el pago de su acreencia. En cambio, el dueño del bien asegurado siempre tendrá interés en el pago de la indemnización con la sola ocurrencia del siniestro.

Cabe destacar que el interés del acreedor-beneficiario, en caso de que lo tenga, no se extiende al pago de la deuda, sino a mantener indemne la cosa hipotecada, pues no se trata de un seguro de crédito sino de un seguro de daños.

Dado el carácter directo del interés asegurable que conserva el dueño de la cosa asegurada para que se restablezca el estado en que se hallaba antes de la ocurrencia del siniestro, se deduce que tiene prioridad sobre el acreedor-beneficiario, pues el interés de éste siempre será indirecto.

Por esa razón, si la cosa averiada y asegurada es reparada por su dueño, de modo que retorne al estado en que se hallaba antes de la ocurrencia del daño, recuperando todo su valor, el acreedor no tendrá ningún interés en el pago del seguro, pues su garantía hipotecaria no sufre ningún detrimento. Pero el dueño de la cosa sí tiene interés en que se le indemnice el precio que pagó por la restauración del bien.

Esto último fue, precisamente, lo que ocurrió en el caso que se dejó a la consideración de esta sede, pues el propietario del bien sufragó de su propio peculio los gastos necesarios para la reparación del hundimiento del suelo que ocasionó graves daños a su proyecto inmobiliario; por lo que el interés en la reclamación de la indemnización siguió estando en cabeza suya.

El banco que fuera designado como beneficiario, por el contrario, ningún interés tuvo –ni pudo tener– en el pago de la indemnización porque el hundimiento del terreno no representó para él ningún perjuicio, dado que la afectación de

las construcciones no disminuyó el precio del terreno, y la garantía hipotecaria se erigió, precisamente, sobre el lote y no sobre las construcciones que sobre él habrían de levantarse.

En todo caso, no hay ninguna duda de que el banco carecía de interés para reclamar la indemnización, toda vez que para la fecha de presentación de la demanda (16 de octubre de 2009) la Inmobiliaria Cedro Verde S.A. había pagado la totalidad de su deuda y, además, figuraba en la póliza como único beneficiario.

Mas, aun en el evento hipotético de que la deuda hubiera estado vigente y el banco figurara como “beneficiario” del seguro, ese hecho no le otorgaba *per se* la calidad de acreedor de la prestación de seguro porque aún faltaba la prueba de su interés.

El tribunal, en suma, se equivocó en la identificación del tipo de seguro que dio origen a la controversia, pues, como se dijo, no es un seguro *“por cuenta de un tercero”* sino un *“seguro por cuenta propia y en beneficio de un tercero”*. Pero, además de ello, confundió un elemento estructural del contrato de seguro, el interés asegurable, con la “legitimación en la causa” por activa.

El eje de la controversia no versaba sobre la legitimación en la causa, sino en la demostración de los supuestos de hecho que exige la norma sustancial aplicable al caso; y, específicamente, en la prueba del interés asegurable del reclamante.

3. Está demostrado que la Inmobiliaria Cedro Verde S.A. ostentó la titularidad del interés asegurable, pues fue la persona cuyo patrimonio resultó afectado directamente por la realización del riesgo. Tal titularidad se mantuvo a lo largo de la relación contractual, en la que nunca dejó de ser la *«asegurada»*.

En virtud del contrato de seguro dicha sociedad desplazó a la aseguradora los riesgos propios de la actividad que emprendió en el terreno de su propiedad, salvaguardando así

los perjuicios que pudiesen ocasionarle sucesos futuros e inciertos, tales como incendios, hundimientos, terrorismo, y, en general, por las pérdidas y daños materiales a sus bienes con ocasión del proyecto.

La aseguradora, por su parte, se comprometió a indemnizar los daños materiales aludidos mediante la *«reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados o cualquier parte de ellos, a su elección, dentro del mes siguiente a la fecha»*.

El 12 de marzo de 2007 se produjo lo que las partes denominaron un “*endoso*” a favor de Bancolombia S.A., y en ese documento indicaron que la mencionada entidad bancaria era el *«único y primer beneficiario... hasta por el monto de la deuda»*. Su intervención en la citada relación tuvo como causa el crédito hipotecario que le concedió a la constructora, y su interés de salvaguardar su dinero, garantizado con los bienes en los que se ejecutó el proyecto inmobiliario.

Conforme al aludido acto, Bancolombia S.A. fue designada como beneficiaria contractual, pero su eventual indemnización no habría de extenderse a la cuantía de la deuda que adquirió la aseguradora, sino a la posible afectación de su garantía, siempre que lograra demostrarla.

A pesar de que en la cláusula 3.10 de las condiciones generales de la póliza se contempló la posibilidad de que en caso de siniestro se pagara al acreedor hipotecario el saldo de la deuda, lo cierto es que al tratarse de un seguro “de daños” y no “de crédito”, el límite de la indemnización a cargo de la aseguradora es la cuantía de la pérdida y no el monto de la deuda. Desde luego que carecería de fundamento jurídico obligar a la aseguradora a que pague al banco la cantidad insoluta de la deuda, cuando lo que ella aseguró fue la integridad del bien hipotecado.

Lo anterior evidencia una confusión conceptual entre dos especies de seguro completamente distintos, que no mutan su tipología por el hecho de la “cesión” o “endoso” de la póliza, o por la variación en la designación del beneficiario.

La demandante, en suma, conservó la titularidad del interés asegurable, pues los bienes sobre los que recayó el amparo no dejaron de ser suyos, y, asimismo, siguió ostentando el derecho a percibir la indemnización, de acuerdo con la cláusula 3.10 de las condiciones generales de la póliza, que previó que en caso de «*pérdidas parciales*», si el «*asegurado*» hacía las reparaciones, la aseguradora quedaba obligada a pagar a éste los costos en que hubiese incurrido y no al tomador o beneficiario. Textualmente se acordó: «*Si la reparación o parte de ella se haga (sic) por cuenta del asegurado, Colpatria pagará el costo de la mano de obra y materiales empleados*».

Es decir, que tanto Bancolombia S.A. como Inmobiliaria Cedro Verde S.A. podían constituirse en acreedoras de la indemnización, atendiendo la regulación particular en caso de pérdida total, o pérdidas parciales contemplada en la cláusula 3.10 de las condiciones generales.

Contrario a la lectura superficial y descuidada que hizo el tribunal, se requería un análisis integral y riguroso de la póliza y sus anexos para establecer la real intención de los contratantes.

4. La legitimación en la causa –que según el criterio del *ad quem* no tenía la actora– es un presupuesto sustancial de la pretensión, como lo ha reiterado esta Corte:

*Acoger la pretensión en la sentencia depende de, entre otros requisitos, que «se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor».*¹⁰

¹⁰ CSJ SC del 14 de agosto de 1995, Rad. 4628. Reiterado en CSJ SC del 26 de julio de 2013, Rad. 2004-00263-01.

La legitimación, por lo tanto, es una cuestión *«propia del derecho sustancial y no del procesal, pues alude a la materia debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste»*.¹¹

En este caso, no queda duda de que la demandante, Inmobiliaria Cedro Verde S.A., es la titular del derecho que reclama, pues fue quien acreditó tener interés asegurable y, además, quedó contractualmente facultada para percibir el pago de la indemnización por haber hecho las respectivas reparaciones en el inmueble asegurado. [Folio 86, cuaderno 1]

Es decir que aunque con el *«endoso»* de la póliza que realizó la asegurada a favor de Bancolombia se designó a esta entidad como beneficiario del seguro, el tribunal tenía que concluir que la actora conservó siempre su interés en el pago de la indemnización, como quedó probado en el proceso.

Por las razones expresadas, se casará la sentencia de segunda instancia, sin que haya lugar a condenar en costas del recurso por haber prosperado, conforme lo ordena el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

III. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. El artículo 1077 del Código de Comercio establece que al asegurado le corresponde *«demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso»*. Esos hechos quedaron probados en el proceso, como enseguida pasa a analizarse.

En el contrato de seguro *«Todo Riesgo Construcción»* número 1000093, Seguros Colpatria S.A. amparó, entre otros, el riesgo por *«1.2.1. INUNDACIÓN “COBERTURA C”*», en los siguientes términos:

No obstante lo previsto en la exclusión 1.4.1. literal j), este amparo se extiende a cubrir los daños causados por ciclón,

¹¹ CSJ SC del 8 de febrero de 2016, Rad. 2008-00064-01.

huracán, tempestad, vientos, inundación, desbordamiento y alza en el nivel de las aguas, enfangamiento, hundimiento o deslizamiento del terreno, derrumbes y desprendimiento de tierra y rocas.

La asegurada Cedro Verde S.A. alegó que el siniestro cobijado por la estipulación transcrita se configuró el 7 de septiembre de 2007, cuando *«se presentaron varios problemas que afectaron la estructura y la estabilidad de la vía principal construida por la inmobiliaria... en la segunda etapa del proyecto..., más precisamente en el sector ubicado entre los puntos K1+337 al K1+500»*. Agregó que hizo las *«obras necesarias para reparar los daños»*, los cuales ascendieron a \$ 585'015.967.

Los anteriores hechos se acreditaron en el proceso con las siguientes pruebas:

El testimonio de Gonzalo Molina Velosa, gerente de la firma Moreno Molina Ingenieros Ltda., contratada para que confeccionara algunos diseños y, posteriormente, para *«la construcción de ese proyecto por el sistema de administración delegada»*. Este testigo refirió que, el 7 de septiembre de 2007, el ingeniero Fabián Morales le informó que *«colapsó la vía en el proceso de pavimentación...»*, y al acudir al lugar observó *«una fisura de unos 2 o 3 cms, que mostraba un desnivel en el pavimento y evidenciaba un colapso general del terraplén»*. Indicó que esa estructura —el terraplén— *«llevaba más o menos un año de construcción»*.

Fabián Albeiro Morales Cortes, ingeniero civil residente de obra, afirmó que el *«7 de septiembre del año 2007 se encontraron en el campo fisuras que comprometían la superficie de rodadura del tramo arriba señalado (kilómetro 1+337 al 1+480)...»*, y en tal lugar el terraplén que se construyó *«sufrió un hundimiento luego de haberse realizado la pavimentación de dicho sector...»*.

Diego León Sánchez Vásquez, trabajador de Solingral S.A., firma que hizo los estudios de suelos antes de iniciarse la construcción, sostuvo que se presentaron problemas *«en un terraplén conformado para la vía de conexión con la segunda*

etapa del proyecto»; también, que lo que sucedió en septiembre de 2007 fue una «...falla del terraplén en su interfase con el terreno natural, como consecuencia de una disminución de las propiedades de resistencia al corte del suelo a raíz de la presencia de aguas infiltradas en el terreno, favorecidas por el invierno y que no se habían culminado todas las obras de urbanismo y drenaje en la parte superior».

Afirmó, de igual modo, que «de acuerdo con lo observado lo que se puede decir es que a raíz de la falla del terraplén lo que se produce es un hundimiento y desplazamiento de la superficie sobre la que se construyó la vía».

José Ignacio Arias Franco, interventor de la obra, manifestó que en la construcción se produjeron varios eventos, uno de ellos el «7 de septiembre» en el «kilómetro 1+400», en donde «ocurrió un hundimiento de la banca, lo cual hizo que los asesores de suelos impartieran unas soluciones para frenar y sostener la banca».

Carlos Mario Cadavid Calle, «ingeniero ajustador», también hizo mención al «evento» ocurrido el 7 de septiembre de 2007, aunque precisó que el mismo, consistente en un «asentamiento», fue un «hecho paulatino que se da en el transcurso del tiempo», lo anterior en concordancia con el informe del ajustador Hudson Ltda., visible a folios 269 a 281 del cuaderno 1.

La demandada, por su parte, no negó la existencia del evento aludido por su contraparte, limitándose a cuestionar la fecha de su inicio, al indicar que «el día 7 de septiembre de 2007... se intensificó el asentamiento que venía presentándose desde varios meses atrás». [Folio 106, cuaderno 1]

Las anteriores pruebas demuestran que el 7 de septiembre de 2007 ocurrió un «hundimiento» o «asentamiento» del terreno en la vía construida por la demandante, evento amparado por la cláusula 1.2.1. «INUNDACIÓN "COBERTURA C"», que fuera transcrita líneas arriba.

La cuantía de la pérdida por \$585'015.967 se acreditó con el dictamen pericial practicado en el trámite y los

documentos aportados con la demanda, que dieron cuenta de las sumas que la actora tuvo que pagar para reparar la vía, pruebas que se analizarán en detalle al estudiar la excepción propuesta por la aseguradora, que cuestionó la demostración de tales pagos.

En ese orden, como la asegurada demostró la ocurrencia del siniestro y su cuantía, queda por establecer si la aseguradora probó los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

2. De acuerdo con lo establecido en el segundo inciso del artículo 1077 del Código de Comercio, *“el asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”*.

Seguros Colpatria S.A. formuló las siguientes excepciones:

2.1. *«Ausencia de cobertura»*, la cual sustentó en que en la cláusula 1.4.3.1 de las condiciones generales de la póliza se excluyó del amparo el desplazamiento de tierra con un origen distinto al terremoto; y como eso fue lo que ocurrió en el inmueble asegurado, la aseguradora está relevada de pagar la indemnización.

La demandada tenía la carga de probar que lo ocurrido el 7 de septiembre de 2007 en el proyecto inmobiliario emprendido por la demandante fue un desplazamiento y/o asentamiento causado por *«vibraciones o movimientos del subsuelo»*, según los precisos términos empleados en la cláusula. Tal prueba, no obstante, no fue allegada a la actuación.

El contenido literal de la exclusión contenida en la cláusula mencionada es el siguiente:

«1.4.3. Exclusiones aplicables a los amparos opcionales.

Sin perjuicio de las exclusiones generales, los amparos opcionales consignados en esta póliza excluyen:

1.4.3.1. Terremoto, temblor, maremoto y erupción volcánica.

*Vibraciones o movimientos **del subsuelo** que sean ajenas a un terremoto, temblor o erupción volcánica, tales como desplazamientos y asentamientos.*

Según la edafología (ciencia que estudia la composición y naturaleza del suelo), la tierra posee varias capas paralelas a la superficie, llamadas 'horizontes', las cuales poseen diferentes estructuras que se formaron por la influencia de factores ecológicos. De acuerdo con su posición existen dos tipos de horizontes o 'perfiles': superficiales y de profundidad. La parte superficial recibe el nombre de 'suelo', y la que está debajo de la parte superficial se llama 'subsuelo' o 'sustrato'.

El horizonte más superficial es el H (hístico), conformado por un alto porcentaje (30% o más) de materia orgánica de acumulación de restos vegetales prácticamente sin descomponer, que tiende a estar encharcado o con un alto grado de humedad. Debajo de éste se encuentra el horizonte O (orgánico), también formado por acumulación de restos vegetales como el anterior, pero que pasa libre de agua la mayor parte del año. A éste le sigue el horizonte A, formado en su mayor parte por minerales, aunque contiene materia orgánica en un porcentaje reducido. El horizonte B es de predominio mineral, en el que se acumulan sustancias solubles procedentes de los horizontes superficiales. El subsuelo comienza en el horizonte C, al que corresponde la roca en vías de alteración y es un horizonte mineral distinto de la roca inalterada situada debajo del horizonte B.

El suelo, en síntesis, se asienta sobre el horizonte del subsuelo, siendo ambos estratos zonas bien diferenciadas; aunque su longitud de profundidad varía de un lugar a otro.

Es claro, entonces, que la exclusión 1.4.3.1 hizo expresa referencia a daños causados por "*vibraciones o movimientos del subsuelo*", y no a deslizamientos o desplazamientos del "*suelo*", que fue lo que ocurrió en el caso que es materia de estudio.

En efecto, con su contestación, la demandada aportó un informe elaborado por una firma de ingeniería y consultoría,

visible a folios 212 a 218 del cuaderno principal, en el que se refirió, en relación con el evento, «la presencia de deslizamientos laminares con desplazamiento de tierra considerable (**vicio propio del suelo**)» y que «se tiene una afectación directa al terreno por acción directa de su propio peso...».

También allegó un informe «*final de ajuste*» de una firma ajustadora de seguros, en el que se sostuvo que los daños presentados lo fueron por «*asentamientos del terreno*», y explicó que las causas de la falla fueron las siguientes:

Falla del terraplén, causado por las excavaciones realizadas para la conformación de la banca de la vía de acceso a los lotes inferiores al lote 61.

Evolución remontante de un fenómeno de inestabilidad natural, el cual se presenta como consecuencia de la existencia de un depósito colgado relativamente suelto en una vertiente con una pendiente muy exigente.

La construcción de un terraplén sobre una ladera con condiciones naturales de alta inclinación, sin un adecuado proceso de descapote, impermeabilización y adecuación del terreno, lo que generó un proceso de desconfinamiento del mismo.

El terreno presenta un fenómeno de inestabilidad que afecta la vía, dicho fenómeno corresponde a un deslizamiento semicircular relacionado con las bajas condiciones geotécnicas de los materiales superficiales.

En conclusión, el fenómeno que en el momento se presenta en el predio y área de observación, básicamente se debe a la combinación de una sobre presión, sobre el terraplén ejercido por el lleno efectuado en la oquedad que inicialmente se presentaba en dicho tramo.

Adicional a lo anterior, se presenta presión del agua no filtrada o drenada por el piso, que al sobre saturarse, 'coadyuva' a ejercer presión sobre el terraplén, el cual en su base se encuentra en constante erosión por el agua que allí se aloja, formando una figura semejante a un patín, que desliza el terreno de manera lenta y paulatina. [Folio 279, cuaderno 1]

Y luego indicó que el «evento» inició en la temporada de lluvias «y conforme va avanzando la misma, conlleva a 'empozar' agua al interior del lleno, pues este se sobresatura y el 'empozamiento' crea una presión que de manera lenta y paulatina va provocando daño en el lote».

El experto Carlos Mario Cadavid Calle, de ocupación ingeniero ajustador, con estudios en ingeniería mecánica de la Universidad Nacional de Colombia, sostuvo que *«el evento se daba como consecuencia de un asentamiento del terreno»*, y que habría dos causas *«una falla del terraplén debido a la conformación de la banca y la otra es un fenómeno natural de inestabilidad...»* [Folio 5, revés, cuaderno 2]

Diego Alejandro Palacio Restrepo, ingeniero electrónico de la Universidad Pontificia Bolivariana, quien comenzó a trabajar como *ingeniero de riesgos* de Seguros Colpatria con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, indicó que *«se presentó el asentamiento de la vía se habían realizado cortes en el talud inferior y un lleno para la conformación de la vía, lo que cambiaba las condiciones naturales del terreno...»*, y precisó que *«conozco que los asentamientos se dan por la condición del terreno y por el peso que se coloca sobre este...»*. [Folio 19, revés, cuaderno 2]

Gonzalo Molina Velosa, ingeniero civil de profesión y gerente de la firma Moreno Molina Ingenieros Ltda., sostuvo que luego de conocer el concepto emitido por la firma de suelos *«yo no tuve dudas sobre el origen del evento que consistió en una pérdida de las propiedades del suelo de apoyo del terraplén por sobre saturación de aguas provenientes de la parte superior del terreno... el suelo perdió su capacidad, colapsó abruptamente...»*. [Folio 6, revés, cuaderno 4]

Por su parte, el ingeniero civil Fabián Albeiro Morales Cortés, ingeniero residente de la obra, explicó que *«se construyó un terraplén que estuvo sometido a tráfico por un tiempo determinado de un año más o menos, y luego de este tiempo sufrió un hundimiento luego de haberse realizado la pavimentación de dicho sector...»*. [Folio 1, cuaderno 3]

Diego León Sánchez, de profesión ingeniero civil, quien trabajó para la firma asesora de suelos Solingral S.A., manifestó: *«...el fenómeno que se presentó fue la falla del terraplén en su interfase con el terreno natural, como consecuencia de una disminución de las propiedades de resistencia al corte del suelo a raíz de la presencia de aguas infiltradas en el terreno, favorecidas por el*

invierno y que no se habían culminado todas las obras de urbanismo y drenaje en la parte superior...». [Folio 6, cuaderno 3, revés]

Mientras que la firma Solingral, el 8 de octubre de 2007, emitió el siguiente informe:

... se pudo determinar que se trata de un movimiento complejo generado a partir de dos tipos de inestabilidad, como son: por un lado la falla del terraplén conformado para la conformación de la banca de la vía y por otro lado la evolución remontante de un fenómeno de inestabilidad superficial de la vertiente adyacente en la parte inferior del lote 61.

2. Con respecto a la falla del terraplén, se observó claramente las deformaciones y superficies de rotura en la vía así como el embobamiento del terreno en la parte baja en donde aflora la superficie de rotura, lo cual se generó como consecuencia de la configuración geométrica exigente a media ladera y que el terreno natural no soportó la sobrecarga del terraplén estructural y el lleno posterior ejecutado en la oquedad... a lo que debe agregarse el desconfinamiento causado con las excavaciones realizadas para la conformación de la banca de la vía de acceso a los lotes inferiores y de la plazoleta de uno de ellos.

En ninguna de las pruebas compendiadas se indicó que el «asentamiento» o «hundimiento» del terreno fue consecuencia de vibraciones o movimientos del «subsuelo», como se dispuso expresamente en la cláusula de exclusión.

Por el contrario, en forma coincidente, las pruebas aludieron a un «vicio propio del suelo» causado por «por acción directa de su propio peso...»; una falla del terraplén causado por excavaciones; la construcción del mismo «sobre una ladera con condiciones naturales de alta inclinación, sin un adecuado proceso de descapote, impermeabilización y adecuación», a las «bajas condiciones geotécnicas de los materiales superficiales»; «una sobre presión, sobre el terraplén ejercido por el lleno efectuado en la oquedad que inicialmente se presentaba en dicho tramo»; «presión del agua no filtrada o drenada por el piso»; «una falla del terraplén debido a la conformación de la banca y la otra es un fenómeno natural de inestabilidad...»; «cortes en el talud inferior y un lleno para la conformación de la vía»; «por el peso que se coloca sobre este (el terreno)...»; «pérdida de las propiedades del suelo de apoyo del terraplén por sobre saturación de aguas»; «falla del terraplén en su interfase con el terreno natural, como consecuencia de una

disminución de las propiedades de resistencia al corte del suelo a raíz de la presencia de aguas infiltradas», y «falla del terraplén conformado para la conformación de la banca», y «fenómeno de inestabilidad superficial...».

Es decir, ninguna de las evidencias recaudadas permitió determinar que los movimientos o vibraciones del «*subsuelo*» ocasionaron el hundimiento en la vía, y, por el contrario, de acuerdo a las múltiples evidencias reseñadas, los daños se produjeron por factores verificados en el suelo, es decir, en la capa superficial, debido a la acumulación de aguas infiltradas y al peso del terraplén que allí se construyó.

Por lo tanto, sólo el daño derivado de «*vibraciones o movimientos del subsuelo*» estaba excluido de cobertura, mientras que el «*hundimiento o deslizamiento del terreno*» perteneciente a horizontes distintos del subsuelo sí quedó amparado expresamente, según la cláusula 1.2.2 de las condiciones generales de la póliza:

*«1.2.2. INUNDACIÓN 'COBERTURA C'. No obstante lo previsto en la exclusión 1.4.1. literal j, este amparo se extiende a cubrir los daños causados por ciclón, huracán, tempestad, vientos, inundación, desbordamiento y alza en el nivel de las aguas, **enfangamiento, hundimiento o deslizamiento del terreno, derrumbes y desprendimiento de tierra y rocas**».* [Folio 18, revés]

A partir del acervo probatorio analizado se concluye que el suceso ocurrido el 7 de septiembre de 2007 sí quedó cubierto por el seguro, pues el deslizamiento del terreno se produjo por movimientos del suelo, los cuales se debieron a la acumulación de aguas o enfangamiento en la capa superficial, mas no a vibraciones o movimientos del subsuelo.

La excepción, por tanto, no prospera.

2.2. La excepción denominada «*incumplimiento de la garantía pactada en el contrato de seguro*» se fundó en que el asegurado se comprometió a cumplir con las recomendaciones del estudio de suelos y el informe de inspección; no obstante lo cual no «*construyó las estructuras de contención, ni implementó llenos reforzados con geotextil, muros de tierra armados o pantallas de pilotes...*».

En el marco del contrato de seguro, según el artículo 1061 del Código de Comercio, se entiende por garantía *«la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho»*, garantía que *«sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente...»*.

En la póliza, las partes incluyeron como estipulación: *«cumplir con las recomendaciones dadas en el estudio de suelos y en el informe de inspección»*. [Folio 15, cuaderno 1]

Dicha obligación implicaba que la asegurada, Inmobiliaria Cedro Verde S.A., atendiera las recomendaciones del *«estudio de suelos»* elaborado por la firma Solingral en el año 1999, en el que se indicó, como una de ellas, la siguiente:

...existen tramos importantes donde la banca de la vía deberá ser complementada con la conformación de llenos para evitar alturas de corte excesivas; dichos tendrán que soportarse sobre un terreno bastante inclinado, por lo que será necesario estudiar la preparación del suelo de fundación, construir estructuras de contención o implementar llenos reforzados con geotextil, muros de tierra armada o pantallas de pilotes. [Folio 176, cuad. 1]

Así mismo, la asegurada debía tener en cuenta el *«informe de inspección»* confeccionado por un *«ingeniero de riesgos»* de la aseguradora, que recomendó *«seguir las instrucciones y recomendaciones del informe de suelos»*. [Folio 193, cuaderno 1]

El estudio mencionado reseñó la *«conformación de llenos»*, labor necesaria en *«tramos importantes»* de la vía, mas no en toda la obra, y no señaló lugares específicos para el efecto.

En consecuencia, incumbía a la aseguradora demostrar, con fundamento en el artículo 1077 del Código de Comercio, que la *«conformación de llenos»* y construcciones de refuerzo eran obras necesarias para preservar la estabilidad del lugar en el que se produjo el hundimiento de la vía.

De la revisión de las pruebas se concluye, sin embargo, que los especialistas de suelos no recomendaron a la demandante hacer adecuaciones especiales en el lugar del siniestro y, por el contrario, concluyeron que la construcción, tal y como la emprendió dicha parte, era la adecuada.

Así lo informó el testigo Diego León Sánchez Vásquez, que laboraba para Solingral S.A. En su declaración refirió que el estudio de suelos *«no tenía exigencias concretas, sino lineamientos generales y recomendaciones, que debían contemplarse para los diseños de detalle»*.

Sostuvo que conoció el tramo en el que se produjo el hundimiento, en el que se construyó un terraplén, y en cuanto a las recomendaciones particulares *«básicamente lo que se dijo es que debía ser un terraplén estructural compactado por capas con equipo apropiado...»*. [Folio 6, cuad. 3]

Indicó que aquella construcción se hizo en tal lugar porque *«se buscó un sitio con topografía favorable, esto es, en donde fuera posible disponer el terraplén de modo que el talud del mismo pudiera interceptar el terreno original sin necesidad de muros o pilas de contención, que es lo que usualmente se hace en estos casos»*.

También que *«en el año 1999 no se había construido el terraplén en la vía y por ende el patrón de drenaje de la ladera era diferente, en consecuencia, se hace difícil conocer cómo era la situación de aguas en esa zona para ese entonces...»*; reiteró que *«... se identificó una zona propicia en la que se pudiera construir el terraplén de que se está tratando en este proceso... no es usual si las condiciones topográficas lo favorecen que se realicen estudios de mayor detalle...»*, y que *«se buscó localizarlo en una zona que no tuviera este tipo de complicaciones y por ende en principio no aparecía como necesario efectuar un estudio detallado»*.

La misma versión rindió Gonzalo Molina Velosa, gerente de la firma Moreno Molina Ingenieros Ltda.: *«los ingenieros de Solingral caminaron de forma detallada y específicamente este sitio, también conocieron el diseño de la rasante o sea el nivel de la vía y por tanto la existencia futura de un terraplén en ese*

sitio, pero nunca consideraron que ameritaba una estructura de contención para la estabilidad de la vía».

Fabián Albeiro Morales Cortés, ingeniero residente, sostuvo: *«SOLINGRAL en su acompañamiento permanente avalaba o desestimaba todos los procedimientos que se venían implementando en el proceso constructivo de la obra... conoció la geometría del terraplén y siempre avaló el comportamiento que presentaba el mismo, nunca recomendó la implementación de estructuras adicionales...».* [Folio 3, revés, cuaderno 3]

Tales pruebas desvirtúan el sustento fáctico de la excepción, así como las razones del *a quo*, pues de ellas no se deduce que la constructora hubiese desacatado alguna instrucción dada en el estudio de suelos o en el informe de inspección, por no levantar *«estructuras de contención... llenos reforzados con geotextil, muros de tierra armados o pantallas de pilotes».*

Por el contrario, según ellas, la misma firma que confeccionó el informe le recomendó a Inmobiliaria Cedro Verde S.A. que construyera el terraplén en el lugar en el que se produjo el hundimiento, por considerarlo topográficamente favorable, y sin necesidad de muros o pilas de contención.

Por su parte, el concepto rendido por el ingeniero ajustador Carlos Mario Cadavid Calle (contratado por la aseguradora) fue contradictorio, pues aunque afirmó que si se hubiera atendido la recomendación del estudio de suelos de Solingral el evento *«no se habría presentado»*, más adelante sostuvo que no constató si el mismo contemplaba alguna recomendación para el punto en el que ocurrió el siniestro, y reiteró que *«en el informe de suelos no se menciona tramo por tramo, no hay especificaciones para cada uno de los tramos tal y como se pregunta, existen son recomendaciones para la obra».*

De igual forma, Diego Alejandro Palacios Restrepo, funcionario de Seguros Colpatria, manifestó que la demandante ignoró el estudio de suelos, pero a renglón seguido indicó desconocer la existencia de alguna recomendación específica para el punto en el que se produjo

el hundimiento. Y aunque agregó que *«como la zona había sido intervenida con cortes en taludes y llenos deberían haber seguido las recomendaciones generales del estudio donde hablaban de obras de contención...»*, lo cierto es que dicha versión fue refutada con la propia recomendación de quien elaboró el estudio, Diego León Sánchez, que en el proceso refirió, se reitera, que el terraplén cuyo hundimiento se produjo *«se buscó localizarlo en una zona que no tuviera este tipo de complicaciones y por ende en principio no aparecía como necesario efectuar un estudio detallado»* y *«sin necesidad de muros o pilas de contención»*.

El hecho consistente en que Inmobiliaria Cedro Verde S.A. no cumplió con la garantía pactada, entonces, no fue demostrado, pues lo que se probó, por el contrario, fue que dicha parte atendió las recomendaciones que se le hicieron.

Como a la asegurada le incumbía acreditar el incumplimiento aludido, y no lo hizo, la referida defensa estaba llamada al fracaso.

2.3. Como sustento de la excepción denominada *«inexistencia de siniestro»*, la demandada alegó que el evento que dio lugar a la solicitud de indemnización *«no tiene la característica que la ley le ha señalado al riesgo de ser, accidental, súbito e imprevisto...»*.

El artículo 1054 del Código de Comercio define el riesgo como *«el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador...»*.

En este caso, lo amparado en la cláusula 1.2.2. de las condiciones generales de la póliza, fue, entre otros, el evento de *«...hundimiento o deslizamiento del terreno, derrumbes y desprendimiento de tierra y rocas...»*.

Según lo ya analizado, el 7 de septiembre de 2007 se produjo un hundimiento en la vía construida en el proyecto de la demandante, causado por factores superficiales del terreno, como el peso del terraplén que allí se construyó y la aparición de aguas infiltradas.

Tal suceso fue imprevisto, pues no se sabía que fuese a ocurrir o que la demandante estuviese en posición de conocer de antemano que acontecería.

Por el contrario, los estudios técnicos que se hicieron en el terreno avalaban la construcción en la forma en que se emprendió, precisamente, porque consideraban que no se producirían los inconvenientes que luego se verificaron.

Ni la presencia de algunas fisuras en la superficie verificadas en mayo de 2007, o la carta fechada el 4 de febrero de 2008, en la que el interventor de la obra informó que *«el evento se presentó a partir de la última semana del mes de mayo de 2007»*, prueban, como lo sugiere la demandada, que el siniestro hubiese sido un suceso *«previsto y periódico»*.

La firma especializada, en su informe de 9 de junio de 2007 [folios 219 a 227], informó a la constructora que *«durante la visita no se pudo evidenciar la existencia de tales fisuras, la cual puede haber sido ocasionada por algún acomodamiento del cuerpo del terraplén...»*, lo que ratificó el testigo Diego León Sánchez, que elaboró tal documento. Tales pruebas, en modo alguno permiten establecer, como lo alega la aseguradora, que el hundimiento fuera previsible, o que ocurriese de manera repetida y regular, y que por lo tanto, no fuera incierto, como lo exige el artículo 1054 del Código de Comercio.

La afirmación en que se sustentó la excepción, por lo tanto, quedó ausente de prueba.

2.4. La aseguradora alegó la *«no demostración de la cuantía»* porque cuando la actora formuló su reclamación (4 de febrero de 2008) afirmó que la pérdida que sufrió ascendió a \$ 231'078.367, sin allegar ninguna prueba. Pero luego, en la demanda, pidió el pago de \$ 585.015.767, aun cuando la documentación que aportó *«no es demostrativa de la cuantía y menos aún del nexo causal entre el gasto y el asentamiento presentado»*.

Contrario a lo alegado, el costo de las reparaciones derivadas del siniestro que asumió la demandante sí quedó demostrado:

El interventor de la obra, José Ignacio Arias Franco, indicó que la suma que gastó la sociedad para reparar la vía fue \$585'015.967, según *«los soportes»* obrantes en tres carpetas que se aportaron al proceso. [Folio 12, revés, cuad. 3]

En el trámite se practicó un dictamen pericial, trabajo que no fue objetado por las partes, y en el que la perito concluyó, en concordancia con el interventor, que el valor de las reparaciones *«concernientes al fallo k1+400 de la vía de la segunda etapa del Parque Residencial Cedro Verde»* fue de \$585'015.967.

Cuando sustentó sus resultados, adujo que la documentación en que se basó *«está aportada, manejada y registrada por la Sociedad MORENO MOLINA INGENIEROS LTDA., mediante un acuerdo de administración delegada para la ejecución de la obra»*, entidad que recibía los dineros provenientes de una fiducia y con ellos pagaba a cada contratista.

Explicó que para establecer los costos en que incurrió la constructora, procedió al *«chequeo»* de *«la existencia de la documentación respecto a los cuadros aportados al expediente»*, *«existencia del registro contable»* y *«relación de causalidad respecto fallo k1+400 de la vía de la segunda etapa del Parque Residencial Cedro Verde»*, y para ese *«seguimiento»* se apoyó en *«el presupuesto ejecutado por el interventor»*.

Sostuvo que, periódicamente, la aludida Moreno Molina Ingenieros Ltda. *«informa los costos de la obra a la empresa Inmobiliaria Cedro Verde S.A., para que esta haga el correspondiente registro de los costos de contabilidad»*, los que quedan registrados en una cuenta específica para dicho evento.

Además, *«todos los pagos están oportunamente registrados, debidamente soportados con autorizaciones y debidamente tramitados, toda vez que el dinero se maneja a*

través de una fiducia constituida por Inmobiliaria Cedro Verde S.A.».

Los tres libros que adjuntó la demandante, llamados «CV-K1+400-1/1, CV-K1+400-2/2, CV-K1+400-3/3», fueron el «objeto de partida del chequeo», e hizo «un chequeo físico de lo contrario no existe forma de ingresar al sistema. Sin un número de referencia no se puede consultar la existencia de nada».

Adujo que «el trabajo no fue telefónico ni de esperar a que me llevaran algunos documentos que solicitaba... el trabajo fue personal y en la empresa Moreno Molina Ingenieros Ltda. y con la contadora de la empresa... aunado a la cercanía del archivo físico, lo que facilitó más la búsqueda». [Folio 79, cuaderno 4]

Es decir, las conclusiones de la perito se fundaron en una base objetiva, como lo es la contabilidad de la ejecutora del proyecto.

En su trabajo revisó personalmente los libros de esa entidad y advirtió que para el evento que es el objeto del proceso existía una cuenta específica para registrar los costos correspondientes, avalando el contenido de los documentos aportados en tres carpetas por la demandante, los cuales contienen los soportes de facturas y liquidaciones por conceptos tales como *mano de obra, voladura de roca, compras, fletes y alquiler de equipo*.

Aunque dicho trabajo no fue objetado, como ya se dijo, la demandada, en sus alegatos, lo criticó porque «... el perito aclaró que todos los gastos para la reparación de las grietas producidas por los asentamientos estaban contabilizados en una sola cuenta, además se probó que para las grietas presentadas en mayo de 2007, en septiembre de 2007 y en el 2008, se incurrió en gastos, en consecuencia, al estar todos en una misma cuenta, no es posible establecer con certeza que el valor reclamado por la parte demandante corresponda a la realidad del evento reclamado, no existe manera de individualizar el costo de la reparación del evento reclamado».

Tales reproches carecen de sustento porque a la perito se le encomendó que estableciera «el valor de los gastos» en

que la demandada incurrió para *«efectuar las reparaciones del daño en el kilómetro K1+400 de la vía de la segunda etapa del Parque Residencial Cedro Verde...»*. [Folio 293 y 303 revés, del cuaderno 1]

En cumplimiento de tal orden, en su trabajo determinó los gastos específicos relacionados con tal daño, con sustento en la documentación aludida, y atendiendo que el interventor *«aisló los costos correspondientes al Fallo K1+400 de la vía segunda etapa...»*, afirmación que no fue desvirtuada.

La demandada no explicó la razón por la que, en su opinión, la perito agrupó en sus cálculos sumas que no tenían relación con el siniestro, a pesar de la afirmación de la experta según la cual los costos del mismo fueron contabilizados en una cuenta particular, y sustentados en los documentos que también se aportaron al proceso, conclusión que fue producto de su revisión personal de los libros; tampoco rebatió, en modo alguno, las bases en que se sustentó el trabajo, ya por considerarlas carentes de idoneidad o fiabilidad; ni cuestionó, ni demostró, que la auxiliar careciera de experiencia para emitir su dictamen.

Sus críticas, por el contrario, se fundaron en razones subjetivas, y carentes de toda prueba, pues a la afirmación de la experta, según la cual los costos específicos del asunto fueron individualizados en la contabilidad, opuso el argumento según el cual los cálculos contemplaron gastos por otras reparaciones, ello sin referir la prueba de tal reproche, y en contravía de lo manifestado por la auxiliar, lo que, además, coincidió con el testimonio del interventor José Ignacio Arias Franco, que sostuvo que los documentos obrantes en las carpetas aportadas *«los identifico como los soportes al control de costos de las obras realizadas en el kilómetro 1+400»*.

Aunque es cierto que la reclamación inicial lo fue por una suma distinta a la reclamada en la demanda, tal circunstancia no era óbice para que en el proceso se acreditara el monto real del perjuicio. Además, dicha diferencia aparece justificada, si se tiene en cuenta que, acorde con el testimonio de Jorge Ignacio Arias Franco, la reclamación se hizo bajo una suma estimada elaborada por el

Ingeniero Fabián Morales, y no atendiendo las sumas efectivamente desembolsadas.

Luego, el trabajo pericial que calculó las sumas que efectivamente tuvo que pagar la demandante para reparar el hundimiento que se produjo en la vía es prueba suficiente de la indemnización a la que ésta tiene derecho, motivo por el que la excepción en estudio no prospera.

2.5. Alegó la *«pérdida del derecho a la indemnización»*, porque la asegurada actuó de mala fe cuando sostuvo que el hundimiento ocurrió el 7 de septiembre de 2007, pese a que *«conoce que el evento cuya indemnización reclama se presentó meses antes»*, lo anterior, según los escritos de 4 y 20 de febrero de 2008, y atendiendo a que Solingral S.A. elaboró un informe el 9 de julio de 2007.

Como lo ha referido la Corte, obra de mala fe *«...quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero estas se encuentran autorizadas por la buena costumbre»*.¹²

De ninguna de las pruebas recaudadas en el proceso se infiere la mala fe de Inmobiliaria Cedro Verde S.A. en desarrollo del contrato de seguro, esto es, que se hubiese propuesto obtener ventajas ilegítimas, o procedido con ausencia de probidad.

Tal y como ya se comprobó, el hundimiento en la vía se produjo el 7 de septiembre de 2007, y así lo afirmó la actora en su demanda, razón por la cual, al haber aludido a dicha fecha en su libelo, no faltó a la verdad, contrario a la acusación que se le hace.

El informe de Solingral S.A., elaborado el 9 de julio de 2007, no refirió, como lo sugiere la aseguradora, que el siniestro hubiese ocurrido días antes, pues allí se dijo que las

¹² CSJ SC del 23 de junio de 1958. GJ. LXXXVIII -222.

fisuras que se verificaron con antelación habían desaparecido, y que fueron asentamientos normales del terreno.

Y si bien es cierto que la actora incurrió en una imprecisión cuando en el año 2008 le informó a la ajustadora de seguros sobre la fecha del hundimiento, que ubicó en mayo de 2007, ello fue consecuencia de una confusión del interventor de la obra, según el mismo lo admitió en su testimonio, siendo ese error intrascendente.

Pero en todo caso no se explicó ni acreditó qué tipo de ventaja ilegítima pudo haber obtenido la asegurada al referir en su demanda que el evento se produjo en septiembre y no en mayo de 2007. Para ambas fechas el contrato de seguro estaba vigente bajo las mismas condiciones y para ambos momentos la aseguradora estaba llamada a responder en caso de siniestro.

La mala fe de Inmobiliaria Cedro Verde S.A., por lo tanto, no fue acreditada.

3. En lo que sí tuvo razón la demandada, tal como lo adujo en su escrito de apelación, fue en que el contrato de seguro no contiene “cláusulas abusivas”, pues a partir de lo preceptuado por el artículo 1054 del estatuto mercantil se deduce con total claridad que para que un hecho o suceso sea asegurable, se requiere que no se tenga certeza de su ocurrencia o, lo que es lo mismo, que sea *accidental, súbito e imprevisto*.

Es decir que aun si en el contrato de seguro no se hubiera hecho mención a esas características, de todas maneras tampoco hacía falta hacerlo, dado que al expresarse en la póliza que sólo se amparaban los hechos accidentales, súbitos e imprevistos, no se hizo nada distinto a reiterar el mandato legal.

Resulta absolutamente incomprensible cuál pudo ser el motivo que condujo al juez de primera instancia a considerar que la limitación del seguro a los hechos accidentales, súbitos

e imprevistos constituyó una “cláusula abusiva”, y a declararlo de esa manera en la parte resolutive del fallo.

Mas, como tal error conceptual carece de la aptitud para desvirtuar las pretensiones de la demanda y, en cambio, fue un tema aislado que no tiene relación con lo que fue materia del litigio, siendo además de incongruente un criterio completamente equivocado, no es necesario realizar mayores pronunciamientos al respecto.

4. Ante la demostración del siniestro y su cuantía, y debido a que la asegurada no acreditó ningún motivo que la exonere de cumplir con el contrato, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, accederá a las pretensiones de la demanda.

La liquidación de la condena se hará teniendo en cuenta que la cuantía de la pérdida ascendió a \$ 585'015.967, menos el respectivo deducible del 10% pactado en la póliza.

Por lo anterior, la condena principal será de \$ 526'514.371.

Con relación al pago de los intereses moratorios sobre la anterior cifra, hay que tener en cuenta que la cuantía del perjuicio sólo se probó al interior del proceso y no antes, por lo que los intereses moratorios se calcularán desde 16 de diciembre de 2009, cuando se notificó la demandada (folio 102, cuaderno 1), sin que haya lugar a imponer la sanción prevista en el artículo 1080 del Código de Comercio, pues la reclamante no demostró la cuantía de la pérdida en el término establecido en esa disposición.

De conformidad con lo estipulado por el artículo 1080 del Código de Comercio, *“el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés*

moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad.”

El artículo 1077, a su turno, señala: *“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”*.

La prueba de la cuantía de la pérdida es, entonces, una carga del asegurado; por lo que si éste no demostró ese rubro cuando hizo su reclamación, la aseguradora no está obligada a asumir las consecuencias adversas de esa falta de diligencia. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, que condiciona el pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 1080 al cumplimiento de las cargas probatorias por parte del asegurado:

*«Satisfecha por el asegurado o el beneficiario la carga en comentario, el asegurador dispone de un plazo de un mes para ejecutar la prestación prometida. Si dicho término transcurre sin que se avenga al cumplimiento de ella, inmediatamente queda constituido en mora y obligado al pago, no sólo de la prestación asegurada, sino de los intereses punitivos, a la tasa legalmente fijada, sobre el importe de aquella, o a la indemnización de los perjuicios causados por la mora en el pago de la misma, a elección de quien reclama, obligación con la cual se sanciona, siguiendo los principios que de manera general gobiernan el retardo en el cumplimiento de las obligaciones, su renuencia a la satisfacción del débito contractual».*¹³

De igual modo, en providencia del 29 de abril 2005, reiteró: *«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, dicho asegurador, además de realizar la prestación asegurada, está obligado al resarcimiento de los daños».*¹⁴

¹³ CSJ SC del 29 de noviembre de 2004, Exp. 9730.

¹⁴ Exp. 037.

Los fragmentos jurisprudenciales que acaban de citarse explican que la aseguradora sólo incurre en mora cuando no paga la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha de la reclamación, si ésta se ha hecho debidamente por el asegurado y con el cumplimiento de la carga probatoria sobre la existencia del siniestro y el valor del daño.

Pero esa sanción –ha afirmado esta Corte– *«no se impone de manera objetiva, pues para que haya lugar a ella es necesario que la falta de pago de la indemnización carezca de causa justificada o le sea imputable al asegurador, por lo que el juez deberá entrar a valorar en todos los casos el motivo del retraso en la liquidación»*.¹⁵

En ese orden –prosiguió esta corporación– *«si la excusa de la aseguradora consiste en que no fue posible determinar el monto del daño, y logra probar ese hecho en el proceso, entonces no habrá lugar a imponerle sanción alguna, porque es claro que la falta de satisfacción oportuna de la obligación no se debió a su culpa, tal como ha sido explicado por esta Sala: “En consecuencia, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in illiquidis mora non fit), razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria.” (Sentencia de 27 de agosto de 2008. Exp. 1997-14171-01)»*.¹⁶

Por consiguiente, cuando el acreedor del seguro reclama su derecho extrajudicialmente, pero no logra demostrar la cuantía de la pérdida en ese momento, sino al interior del proceso judicial, no hay lugar a imponer el pago de los intereses de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio, pues en ese caso hay que aplicar el inciso 2° del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo ha indicado esta Corte: *«desde luego, acreditada la obligación y su cuantía... 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»*.¹⁷

¹⁵ CSJ SC del 5 de noviembre de 2013. Rad.: 11001-31-03-022-1998-15344-01.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ CSJ SC 248 de 14 de diciembre de 2001, Exp. 6230. Reiterada en CSJ SC del 5 de abril de 2016, Rad. 2007-00072-01.

De esa forma quedan resueltas las excepciones de «improcedencia de intereses» y «deducible».

5. Por las razones expresadas con precedencia, se revocará en su integridad la providencia apelada para, en su lugar, declarar infundadas las excepciones de mérito y adoptar las demás decisiones correspondientes.

Debido a la prosperidad del recurso de apelación formulado por la parte demandante, se condenará a la parte demandada al pago de las costas en ambas instancias. En la liquidación de las costas causadas en segunda instancia se incluirá la suma de seis salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de agencias en derecho a favor de la parte actora, de conformidad con lo establecido por el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2014 por la Sala de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, y en sede de instancia,

RESUELVE:

PRIMERO. Revocar la sentencia dictada el 19 de abril de 2013 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín.

SEGUNDO. Declarar la existencia del siniestro asegurado y condenar a Seguros Colpatria S.A. a pagar a Inmobiliaria Cedro Verde S.A. la suma de \$ 526'514.371, con intereses moratorios comerciales desde el 16 de diciembre de 2009 hasta cuando se produzca el pago total de la obligación.

TERCERO. Negar las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada.

Sin costas del recurso extraordinario de casación, debido a que prosperó.

Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada, por haber resultado vencida en el proceso. Tásense por Secretaría, incluyendo por concepto de agencias en derecho de la segunda instancia la suma de seis salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En su oportunidad, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

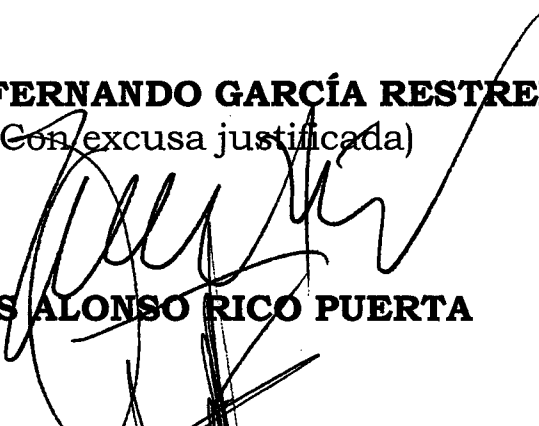
Notifíquese.



AROLDO QUIROZ MONSALVO
(Presidente de la Sala Civil)

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Con excusa justificada)

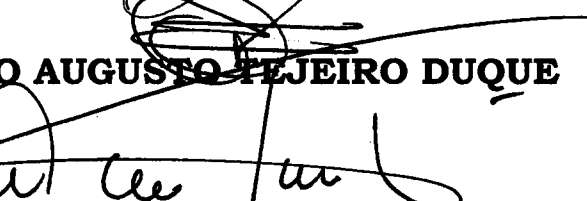
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
(Con excusa justificada)



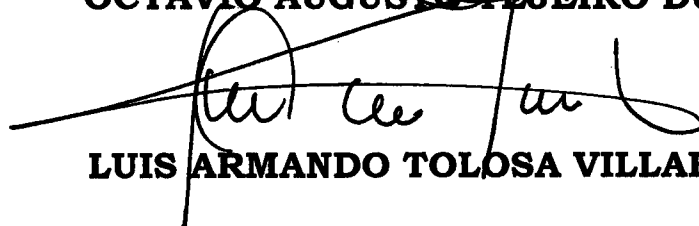
LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO FEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

