



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO—Que garantiza las obligaciones derivadas del contrato de suministro de carbón. Nulidad por reticencia en razón de la ocultación de información determinante para establecer el estado del riesgo asegurable. Diferencia del contrato de fianza y otros medios de aseguramiento. Reiteración de las sentencias de 2 de mayo de 2002 y 24 de julio de 2006. Objeto. Reiteración de la sentencia de 15 de agosto de 2006. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Ley 225 de 1938.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 2 de mayo de 2002.

Sentencia de 24 de julio de 2006.

Sentencia de 15 de agosto de 2006, exp. 1994-03216-01.

RETICENCIA—De la tomadora de seguro de cumplimiento para respaldar obligaciones derivadas de contrato de suministro de carbón. Ocultamiento de información sobre incumplimiento de contrato anterior respaldado con póliza similar y existencia de contrato simultáneo. Aplicación del artículo 1058 del Código de Comercio. Deber de información. Declaración dirigida o espontánea. Reiteración de la sentencia de 19 de mayo de 1999. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Artículo 1058 del Código de Comercio.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 19 de mayo de 1999, exp. 4923.

INEFICACIA—De contrato de seguro de cumplimiento. Ausencia de demostración de los actos fraudulentos entre tomador y asegurado para transgredir las obligaciones contractuales. Artículo 897 del Código de Comercio. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Artículo 897 del Código de Comercio.

NULIDAD RELATIVA—De contrato de seguro de cumplimiento por reticencia al ocultar información sobre incumplimiento de contrato de suministro de carbón anterior amparado con póliza similar y existencia de contrato simultáneo. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Artículos 1055 y 1058 del Código de Comercio.

RIESGO ASEGURABLE—En contrato de seguro de cumplimiento. Aplicación del artículo 1127 del Código de Comercio reformado por la ley 45 de 1990. Estipulaciones que incluyen conductas intencionales como asegurables.

Inaplicabilidad del artículo 1055 del Código de Comercio. Reiteración de la sentencia de 2 de mayo de 2002. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Artículos 1055 y 1127 del Código de Comercio.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 2 de mayo de 2002, exp. 6785.

RESTITUCIONES MUTUAS—Cuando se declara la nulidad de contrato de seguro de cumplimiento. Aplicación del artículo 1059 del Código de Comercio. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Artículo 1059 del Código de Comercio.

CONGRUENCIA—Oportunidad para alegar hechos modificatorios o extintivos del derecho sustancial. Conocimiento de la existencia de negocio jurídico de suministro de carbón paralelo sin garantía, con posterioridad a la presentación de la demanda de reclamación de ineficacia de contrato de seguro de cumplimiento. Aplicación del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. Reiteración de la sentencia de 30 de mayo de 2014. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Fuente formal:

Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia SC 6866 del 30 de mayo de 2014, exp. 2007-0080-01.

ERROR DE HECHO—Trascendencia por preterición de prueba trasladada, testimonios y documentos para acreditar la reticencia de la tomadora de póliza de seguro de cumplimiento que garantiza las obligaciones contenidas en contrato de suministro de carbón. (SC4659-2017; 03/04/2017)

ESTUDIO CONJUNTO DE LOS CARGOS—Por Conexidad sustancial y probatoria, en proceso de nulidad relativa de contrato de seguro de cumplimiento. (SC4659-2017; 03/04/2017)

Asunto:

Pretende la demandante (compañía aseguradora) en forma principal, declarar que el contrato de seguro de cumplimiento celebrado con una de las demandadas no produce efectos por inexistencia del riesgo asegurable; en subsidio la nulidad del negocio jurídico por falta de autorización suficiente del representante legal del tomador; como segunda subsidiaria, pidió reconocer la nulidad del vínculo contractual por reticencias o inexactitudes. En primera instancia se accedió a la pretensión principal; en segunda instancia se revocó la sentencia para negar las pretensiones. La Corte CASÓ la sentencia al encontrar acreditados manifiestos errores de hecho por preterición de pruebas. En sentencia sustitutiva declaró no probadas las excepciones, modificó la declaración de ineficacia del contrato de seguro para en su lugar declarar la nulidad por reticencia. Confirmó los demás puntos de la sentencia y condenó en costas de segunda instancia a la demandada apelante.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado Ponente

SC4659-2017

Radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01

(Aprobada en sesión de veinticinco de enero de dos mil diecisiete)

Bogotá D.C., tres (3) de abril dos mil diecisiete (2017).

Se decide el recurso de casación formulado por Agrícola de Seguros S.A., hoy Compañía Suramericana de Seguros S.A., frente a la sentencia de 3 noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario que adelantó contra Atlantic Coal de Colombia S.A. “Atlanticoal S.A.” y Glencore Colombia Ltda.

ANTECEDENTES

1. Pidió la demandante, de manera principal, se declare que el contrato de seguro contenido en la póliza No. 169665, celebrado entre ella como aseguradora y Atlantic Coal de Colombia S.A. (en adelante Atlantic) como tomador, no produce efecto alguno por inexistencia del riesgo asegurable, según los artículos 1045 y 1055 del Código de Comercio. En subsidio, solicitó declarar la nulidad de este negocio jurídico, por falta de autorización suficiente del representante legal del tomador para acordarlo; y, ante el fracaso de las anteriores, reconocer que el vínculo contractual es nulo, de acuerdo con el artículo 1058 del referido código, por reticencias o inexactitudes. Como consecuencia de cualquiera de las declaraciones, se

imponga a Atlantic el pago de los perjuicios, que se estiman en **cientos millones de pesos (\$100'000.000.00)**.

2. Como causa expuso, en síntesis: Que Atlantic Coal de Colombia S.A. y Glencore International AG, antes Clarendon, celebraron un contrato de venta de suministro de carbón con No. 028.94.24468-P, en marzo de 1994, para cuya ejecución la primera obtuvo un préstamo de **dos millones de dólares (U\$2'000.000)** de los Estados Unidos de América, por parte de I.N.G. Bank N.V.

Acordaron las partes que esta suma se cancelaría a la institución financiera con el precio que Glencore fuera pagando por cada cargamento de carbón entregado; como "*garantía de pago del crédito*", Atlantic suscribió un contrato de seguro de cumplimiento, para avalar todas las obligaciones derivadas del despacho de carbón, conforme a la póliza No. 162240, expedida el 4 de agosto de 1994 por Agrícola de Seguros, en la que quedó como asegurado y beneficiario el banco referenciado.

La compañía Atlantic faltó al suministro del mineral, situación que no fue notificada a la aseguradora pretendiente por ninguna de las partes o interesados, por lo tanto, la aseguradora de buena fe creyó que el contrato afianzado se había cumplido y, por supuesto, se habían hecho los pagos del crédito.

Pese a la falta de envío del carbón, Glencore y Atlantic, el 3 de octubre de 1995, modificaron el convenio inicial, celebraron un nuevo contrato de suministro del mismo mineral, identificado con el No. 028.95.19919-(A), aunque

era claro que no se habían realizado las entregas acordadas en el instrumento de 1994.

Expresó la demandante que, con base en el nuevo contrato, Atlantic como tomador y afianzado, solicitó una nueva póliza, que incluía como beneficiarios a Glencore International AG y Glencore Colombia Ltda. La compañía aseguradora, para comprometerse, exigió al tomador una constancia del banco asegurado en el primer contrato, donde se especificara que su ejecución se ajustó a lo pactado. Sin embargo, el tomador se limitó a afirmar que esto fue así y, a pesar de comprometerse el tomador a allegar el documento donde constara el cumplimiento, esto no sucedió, no obstante lo anterior, la compañía aseguradora creyó en su dicho en aplicación del principio de la buena fe.

Como ninguno de los sujetos jurídicos había aducido el incumplimiento del primer contrato, el 31 de octubre de 1995 la actora expidió la segunda póliza de cumplimiento, No. 169665, por **dos millones treinta y siete mil novecientos ochenta dólares (U\$2'037.980)** del país norteamericano.

Narró la solicitante que días después, de manera sorpresiva, el banco asegurado en la póliza inicial (I.N.G. Bank), con constancia de Glencore International AG, informó el incumplimiento por el afianzado del primer contrato de suministro del mineral; por lo tanto, solcito el pago del siniestro.

Con el anterior suceso, se configuró lo que el Código de Comercio colombiano denomina inexactitudes y

reticencias, pues lo sucedido y que se había ocultado, era motivo suficiente para abstenerse de celebrar el segundo contrato de seguro.

En la práctica, luego del primer incumplimiento, el tomador pactó un nuevo negocio de suministro de carbón y obtuvo la renovada póliza por parte de la actora, sin revelar lo acontecido; por el contrario, anunció que había cumplido, situación que conocía Glencore International AG y que también omitió comunicar.

Sostuvo la demandante que el representante legal del tomador carecía de autorización para celebrar un negocio por más de **dos millones de dólares (U\$2.000.000)**, como se desprende “*del acta número 127 de dicha sociedad*”, a pesar de lo cual tomó un seguro por un suma superior. Tampoco podía el afianzado ser tomador del seguro, porque en el fondo se asegura “*su culpa grave, su dolo y sus actos meramente potestativos*”, conductas no asegurables, según el artículo 1055 del Código de Comercio; en consecuencia, el contrato no tiene efecto alguno.

Agregó que las conductas del contratante, le generaron graves perjuicios, por el tiempo de sus funcionarios y otros gastos, que se calculan en **cien millones de pesos (\$100'000.000,00)**.

3. Atlantic se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relativos a los negocios de distribución de carbón y de seguro, negó lo referente al primer incumplimiento, así como las conductas que se le imputan, y dijo atenerse a lo que se pruebe. Formuló las excepciones que denominó

eficacia del contrato de seguro, validez por ausencia de vicios del consentimiento, inexistencia de nulidad relativa por plena capacidad del afianzado o saneamiento del acto anulable, y cualquier otra que se demuestre.

Por su lado, Glencore Colombia Ltda., tras explicar que no es representante judicial en el país de Glencore International AG, rechazó las súplicas de la demanda, asintió parcialmente unos hechos, objetó otros y respecto de los demás se atuvo al acervo probatorio de la foliatura. Precisó que ni ella ni la última tuvieron participación alguna en el primer contrato de seguro, por lo cual no tenían nada que informar a la demandante, ni les fue solicitado que lo hicieran; como tampoco intervinieron en la celebración del segundo convenio, aunque son los asegurados o beneficiarios de éste; Agrícola de Seguros conoció que el nuevo contrato de suministro reemplazó al anterior, a título de novación; que sí tienen interés asegurable ella y Glencore International AG, y sí podía Atlantic actuar como tomador. Formuló las excepciones que tituló *falta de legitimación en la causa de Glencore International AG y Glencore Colombia Ltda., validez y eficacia del contrato de seguro, culpa de la aseguradora y cualquier otra que se resulte acreditada.*

4. Tramitada la primera instancia, el Juzgado 2° Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, con sentencia proferida el 25 de noviembre de 2010, declaró que el contrato de seguro objeto de demanda no produce efectos jurídicos, y condenó en costas a la parte demandada.

Apelada la sentencia por la codemandada Glencore Colombia Ltda., fue revocada por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, 3 de noviembre de 2011; en su lugar denegó las pretensiones, por las razones que enseguida se resumen.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de apuntar que Glencore Colombia Ltda., tiene legitimación en la causa por pasiva, por su posición de litisconsorte facultativo con la convocada Atlantic, quien fuera la tomadora del contrato de seguro objeto de proceso, el sentenciador de segundo grado estimó que existió riesgo asegurable, con base en las presunciones generales de buena fe y de inocencia, así como la regla general de observancia de los contratos, de manera que *«no le permite a nadie siquiera temer que pueda el tomador... estar animado por insano propósito de causar daño»*.

En cuanto a la falta de autorización al representante legal de Atlantic para celebrar la convención, por sobrepasar la cuantía que tenía permitida, estimó el sentenciador de segundo grado que la asamblea general de esa sociedad, ratificó sus actos en reunión de 9 de marzo de 1996, según consta en el acta respectiva, por lo cual no halló sustento para la pretensión de invalidación por ese hecho. A más de que la eventual extralimitación de facultades por parte del representante legal de una sociedad, tiene como consecuencia la inoponibilidad, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que citó.

En lo que tiene que ver con la nulidad relativa por la reticencia o inexactitud que pudo darse por parte de Atlantic, al celebrar el contrato, señaló que como Agrícola de Seguros había expedido la póliza 162240 para garantizar el primer suministro, en 1994, pero este fue declarado sin efecto y cambiado por un nuevo negocio de distribución, distinguido con el número 028.95.19919-(A), *«el simple hecho de su afianzamiento es más que indicativo del pleno conocimiento que tuvo la aseguradora de su cambio, y he ahí, la ausencia absoluta de inexactitudes o reticencias»*. Agregó que, por no prosperar las pretensiones de ineficacia o nulidad, no procedía la indemnización de perjuicios.

DEMANDA DE CASACIÓN

Frente a la anterior sentencia, la parte demandante formuló cuatro cargos, de los cuales se despachan el segundo y el tercero, por las razones que luego se expondrán.

CARGO SEGUNDO

Se acusó la violación indirecta de los artículos 1045, 1054 y 1055 del Código de Comercio, por evidentes errores de hecho, al no analizar el Tribunal ninguna de las pruebas aportadas al proceso en el punto a la inexistencia de riesgo asegurable.

Explicó la censura, que se dejaron de lado muchas pruebas demostrativas del engaño planeado entre Atlantic y Glencore International, quienes hicieron creer a la aseguradora que había dicho riesgo, sin que fuera real, lo cual conduce a la ineficacia del contrato. Tampoco observó

los actos meramente potestativos, dolosos y gravemente culposos de aquellas, durante la ejecución del contrato de despacho de carbón, pues ante la inexistencia de prepagos no existió riesgo asegurable, lo que conduce a que Glencore International careciera de la posibilidad de pérdida; de otro lado, esta última no fue parte en el contrato y, por esta sola razón, no tenía interés asegurable.

El cargo se desarrolló analizando varios grupos de pruebas. En el primer conjunto, pretendió demostrar los engaños de la tomadora y del asegurado, que hicieron creer a la aseguradora que había riesgo cuando nunca existió, porque el incumplimiento del contrato afianzado "*no era una mera eventualidad ajena a su voluntad*". Las pruebas omitidas pueden resumirse:

a) Los documentos demostrativos de la existencia de dos (2) contratos de suministro de carbón, identificados con los las letras 028.95.19919-(A) y 028.95.19919-(B), celebrados simultáneamente el 3 de octubre de 1995; de aquí en adelante (A) y (B); la póliza de seguro No. 169665 que amparaba el cumplimiento del contrato (A); el préstamo existente entre Atlantic y Unión de Bancos Suizos (UBS); y por último la carta de garantía en que Glencore International respondía al Banco en caso de que Atlantic no pagase el crédito.

b) El testimonio de Sonia Bustos, quien era gerente de la oficina de la demandante que expidió la póliza, quien afirmó ser engañada con las manifestaciones falsas de Morris Harf Meyer, representante de Atlantic, en cuanto a que el primer contrato de suministro, afianzado con el

anterior seguro, había sido cumplido, y prometió allegar el finiquito, lo que nunca hizo.

Declaración, cuya versión se transcribió en gran parte, se refirió a los pormenores de la negociación; la ausencia de revelación de la desatención del primer suministro por parte de Glencore International, que era contratante en la primera cobertura; el ocultamiento del contrato (B), paralelo al (A), que fueron siniestrados en forma deliberada; y el dolo en la ejecución; así como otros aspectos que dieron lugar a maniobras fraudulentas entre el tomador y el asegurado.

c) La manifestación de Luis Carlos Moreno Tamayo, ex funcionario de la actora, quien expuso, que respecto de «*las pólizas*», que varios meses después conocieron unas situaciones que, de haber sido comunicadas oportunamente, habrían obligado a no expedirlas, como: Que Atlantic tenía graves dificultades financieras, que en el primer negocio con el Banco ING había incumplido, por último que en el segundo «*había una diferenciación entre contrato (A) y contrato (B) situación de que haberla conocido previamente no hubiéramos expedido las pólizas*».

d) El testimonio de Eduardo Hoffman Pinilla, quien fue vicepresidente de la promotora, y manifestó que luego de expedida la póliza aquí debatida, el Banco ING presentó reclamación por el incumplimiento del suministro del negocio celebrado en 1994, la cual fue objetada; que la demandante actuó basada en las afirmaciones contradictorias de Atlantic y Glencore, porque para celebrar el segundo vínculo de seguro dijeron que el primer contrato de venta de carbón había sido cumplido y el finiquito estaba

listo, aunque ING presentó requerimiento en sentido contrario. Expuso el declarante que Atlantic siempre afirmó, inclusive en la respuesta al llamamiento en garantía del otro proceso, que el contrato (A) fue cumplido, pues envió más de cien mil toneladas de carbón a Glencore International, con lo cual dejó entender que la existencia de los negocios (A) y (B) fue una apariencia para engañar a la aseguradora, sorprendida cuando en la reclamación se señaló que todos los despachos no eran imputables al contrato (A), ya que había un contrato (B), de la misma fecha.

El recurrente trajo a colación apartes en que el testigo en mención insistió en que Glencore International y Morris Harf, representante de Atlantic, mintieron a Agrícola de Seguros al hacerle creer que el primer convenio de suministro se había observado, y que el Banco ING desistió de su reclamación luego de habersele mostrado esas afirmaciones. Y agregó que el declarante fue contundente en el efecto que, para la expedición y validez del seguro, tenía el hecho que a la aseguradora se le hiciera creer que existía un riesgo asegurable, que no lo fue, porque no se revelaron unos aspectos trascendentales, como el perfeccionamiento del contrato (B), ni el supuesto prepago de los suministros, regla que tampoco fue una condición contractual, entre otras cosas.

En el estudio del segundo grupo de pruebas que se estiman omitidas, el censor comenzó por reflexionar sobre las consecuencias de no pre-pagarse el carbón y la imputación de los envíos de ese material al contrato no asegurado (B), que en su sentir dieron lugar a la carencia

de riesgo asegurable, por fundarse en actos meramente potestativos del tomador o asegurado, así como la actitud dolosa de ambos, de lo cual se infiere la ineficacia del negocio de aseguramiento. Lo realmente sucedido, según sus afirmaciones, fue que Glencore International, por la garantía que otorgó, tuvo que pagar a Unión de Bancos Suizos el valor de un préstamo otorgado a Atlantic, negocio que no era el afianzado.

Las probanzas dejadas de valorar que, en sentir del recurrente, demuestran los referidos actos, fueron:

a) Los testimonios de Sonia Bustos y Eduardo Hoffman Pinilla. De la primera destacó apartes en que habló de las condiciones del contrato de seguro para amparar el suministro del negocio de (A), el desconocimiento por parte de la aseguradora de la existencia del contrato (B), porque se le ocultó, al cual se imputaron varios de los despachos de carbón, de cuya existencia se supo después de la reclamación realizada por Glencore International, así como la falta de información sobre el supuesto prepago del carbón.

Reveló que según Hoffman, Atlantic les suministró documentos que acreditaban envíos del mineral en cantidades superiores a las pactadas en el contrato afianzado (A), lo cual le comunicaron a Glencore International, quien después, en diciembre 1996, los sorprendió señalando que los envíos no eran todos aplicables a ese negocio, porque entre las partes había otro convenio de la misma fecha y número, pero distinguido con la letra (B); además de que un funcionario de la última dijo

en una ocasión que el contrato de 1994 se había cumplido, pero luego fue sustituido por el identificado con la letra (A). De la forma del pago del carbón, se refirió el testigo que si bien en la cláusula por la que se le interrogó, era opcional el prepago, lo allí previsto en realidad fue que debía hacerlo luego de cada despacho; que el prepago incide de forma sustancial en la magnitud del riesgo amparado, por ser diferente la situación de un comprador que paga de manera anticipada y no recibe la prestación, del que no ha pagado y también se le incumple.

b) Apuntó el reclamante que conforme a lo declarado por Luisa Fernanda Pinillos, quien fue representante de Atlantic, los cargamentos de carbón fueron imputados al contrato (B), que no estaba asegurado ni tenía vinculación con un crédito, por decisión de Morris Harf, para tener Atlantic capacidad financiera y seguir funcionando, de lo cual emana que en forma potestativa siniestraron la póliza.

c) Denunció que en el hecho 14 de la demanda iniciada por Glencore International contra la aseguradora, tramitado en el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, que es prueba trasladada, aquella confesó que la mayoría de los envíos de carbón se imputaron al contrato (B), acto demostrativos de la volición con la que actuaron para lograr el siniestro de la cobertura ahora cuestionada.

d) Dejo ver la censura que con otras pruebas también se acreditó que el negocio (A) era distante a una compraventa de carbón pre-pagado, pues la obligación de pago de Glencore International nacía con cada despacho del

mineral, por lo que no hubo riesgo y no podía configurarse un incumplimiento que la perjudicara.

Dentro de ese orden, anotó el casacionista, que en el interrogatorio absuelto en el otro proceso, el representante de Glencore Colombia confesó, entre varias cosas: Que en el acuerdo (A), no se dijo que el mineral era pre-pagado, sino que esa compañía iría abonando con cada envío al banco prestamista. El representante legal de Glencore Internacional, en el interrogatorio, incurrió en confusiones similares, pero terminó confesando que entre Atlantic y la institución financiera existió un mutuo.

A su vez, Morris Harf Meyer, gerente y socio de Atlantic, de cuya declaración se transcriben varios apartes, fue más claro en manifestar que no hubo pagos anticipados de los despachos a realizar, ya que a la citada empresa le hizo un préstamo el banco UBS, quien exigió que la amortización del crédito se hiciera con descuentos de la facturación por los envíos del material, y luego se hizo parte en el concordado de la sociedad, como titular del saldo del crédito, sin exigir el pago del carbón no entregado.

Para mostrar lo relativo a los dos (2) contratos paralelos de distribución de carbón, (A) y (B), así como la inexistencia de pre-pagos, citó y analizó las siguientes declaraciones: *i)* Luisa Fernanda Pinillos, quien admitió la existencia de los contratos, aunque el primero (A) fue el que más se incumplió, y no hubo pago previo aunque Glencore quiso dar a entender eso, pues al final las operaciones eran de suministro de carbón, y un mutuo existente entre Atlantic y UBS; *ii)* Johann Georg Welte, funcionario del

banco, quien aceptó la configuración de un crédito con Atlantic, aunque fue evasivo y trató de declarar que existieron pagos anticipados.

Refirió que en la exhibición de documentos de Glencore, nunca pudo mostrarse documento alguno del cual se dedujera que el mineral fue cancelado previamente a su envío, ni que hubiese reclamado a Atlantic, por fuera o dentro del concordato, el precio del material inorgánico que alegó haber cancelado. Similar conclusión surgió en la exhibición por el banco UBS.

El inconforme emprendió un amplio estudio del dictamen pericial, para revelar cómo el perito, además de haber sido inducido por Glencore, incurrió en varias contradicciones por tratar de tergiversar lo ocurrido con las operaciones de compraventa y crédito, porque el auxiliar buscó mostrar la existencia del prepago, aunque sin exhibir elemento alguno, a más de que al final terminó expresando la realidad, esto es, que hubo unos contratos de suministro y uno de mutuo entre en banco UBS y Atlantic, cosa que se evidencia en los documentos anexos al peritaje, relacionados con pagos de facturas de embarque hechos por Glencore a la entidad prestamista, para disminuir el crédito de la vendedora, y deducciones a los despachos de la última, con el fin de amortizar el saldo insoluto de la operación activa. El perito terminó por afirmar que hubo unos pagos de Glencore International AG por el empréstito de UBS a Atlantic.

Destacó el suplicante, por último, que Atlantic y Morris Harf en respuesta a la demanda y al llamamiento en

garantía, que les hizo Agrícola de Seguros en el proceso del Juzgado 21 Civil de Circuito de Bogotá, reconocieron varias veces que el contrato (A) fue enteramente cumplido, aunque Glencore lo niegue, porque le suministraron 112.885,57 toneladas de carbón y no se presentó al concordado a exigir remanentes impagados, a más de que tampoco les son oponibles las imputaciones de las entregas que quiso hacer esa entidad.

CARGO TERCERO

En este aparte se acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 1058 del estatuto mercantil, como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) Interpretación errada del alegato de conclusión de la actora, porque en ninguna parte del mismo se manifestó que ella conocía el incumplimiento del suministro celebrado en el año de 1994, su sustitución por el contrato (A) en el año de 1995. La explicación fue precisamente la contraria.

b) Dar por probado el Tribunal, sin estarlo, que la demandante conocía el incumplimiento del primer contrato, sin ningún soporte, lo que constituye un evidente error de hecho. Reprochó que no se revisaran las pruebas que demuestran las reticencias y falsas declaraciones, que relaciona a renglón seguido:

c) Testimonio de Sonia Bustos, ex empleada de la demandante, encargada de expedir la póliza objeto de este proceso, quien explicó que tanto Morris Harf como Glencore

manifestaron que el primer suministro se había cumplido, pues se reunieron varias veces para tratar el tema, al punto que Agrícola de Seguros conoció del asunto a razón de la reclamación de ING Bank, momento en el cual descubrieron el engaño por la existencia del contrato (B), paralelo al (A), que se ocultó a la aseguradora. Advirtió que la compañía no habría expedido la cobertura de haber sabido el incumplimiento del primer negocio.

d) Declaración Luis Carlos Moreno Tamayo, ex funcionario de la promotora, que informó de ciertas situaciones conocidas después de expedir la segunda póliza, que de ser advertidas hubieran provocado el fracaso de la negociación, como las graves dificultades financieras de Atlantic, la desatención del convenio de 1994, y la existencia de los contratos (A) y (B) paralelos.

e) Sostuvo el recurrente que Eduardo Hoffman Pinilla, ex vicepresidente de la actora, narró que luego de expedir la segunda póliza, supieron del incumplimiento del primer negocio, en virtud del reclamo del Banco ING, pues Glencore International y Atlantic habían aseverado lo contrario. Así mismo, que la última dijo haber cumplido el contrato (A), por el envío de más de cien mil toneladas de carbón a aquella, cuando lo cierto es que existían los negocios (A) y (B) que sirvieron para engañar a la aseguradora, ya que Glencore International fue la que afirmó que varios despachos debían imputarse al convenio (B).

Agregó que el testigo insistió en que Glencore y Morris Harf, representante de Atlantic, mintieron a la aseguradora

por hacerle creer que el primer suministro se cumplió, y que el Banco ING desistió de su reclamación tras mostrarle esas afirmaciones. Y fue contundente en la circunstancia que, para la expedición y validez del seguro, se le haya hecho creer a la aseguradora estos hechos, además de otros como ocultar la existencia del contrato (B), y el supuesto prepago de los suministros.

f) Documentos en que constan los contratos (A) y (B); la póliza de seguros 169665; el negocio de préstamo de Banco UBS a Atlantic; la carta de garantía en que Glencore International respondía a la entidad bancaria si Atlantic no pagaba el préstamo; los cuales, a juicio del acusador, exhiben los engaños y reticencias por el tomador y el asegurado.

g) Carta en que la demandante solicitó información a Glencore, que no fue respondida, y comprueba la ignorancia de aquella y el engaño de Atlantic.

h) Acta de asamblea de Atlantic en que el representante da cuenta del contrato (A), pero guardó silencio sobre el negocio (B), lo que prueba el dolo y artimañas respecto a los convenios paralelos.

i) Carta en que la actora le exige de nuevo a Atlantic, antes de siniestrarse la segunda convención, la prueba de cumplimiento del anterior, que nunca fue respondida.

Concluyó el recurrente que estos medios de convicción demuestran que Agrícola de Seguros celebró el acuerdo de seguro debido al engaño del tomador, por lo que al no

declararse de esta manera en la sentencia impugnada, evidencia un error que hace procedente la casación.

CONSIDERACIONES

1. El examen conjunto de estos cargos, sin necesidad de los otros, obedece a su conexidad sustancial y probatoria. La primera, porque la denunciada vulneración de las normas sustanciales arraiga en los requisitos de existencia y validez del contrato de seguro materia de cuestionamiento; y la segunda, en la medida en que las pruebas esgrimidas para ambas formas de controvertir el negocio jurídico -ineficacia y nulidad por reticencia o inexactitud-, son en buena parte las mismas.

2. Introduciéndose al tema de fondo, procede anticiparse que ciertamente tienen fundamento los evidentes errores de hecho revelados en el recurso, aunque con la precisión de que su acaecimiento no alcanza a demostrar la ineficacia del contrato de seguro que pretende fundarse en el artículo 1055 del Código de Comercio, iterada en el cargo segundo; sí la nulidad por reticencia invocada con base en el precepto 1058 *ibídem*, exhortada en el cargo tercero, por cuanto el sentenciador *ad quem* se desentendió por completo del acervo probatorio recogido en este proceso, incluyendo el expediente tramitado en primera instancia por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, que fue trasladado a este asunto, por petición y anuencia de ambas partes.

3. La ineficacia como prototipo radical de frustración del negocio jurídico, conforme a la disposición 897 del ordenamiento mercantil, tiene lugar cuando en la ley se

expresa «*que un acto no produce efectos*», consecuencia que se produce «*de pleno derecho*» y «*sin necesidad de declaración judicial*», vale decir, que es una carencia de efectos que acontece de manera plena y absoluta, sin que sea menester pronunciamiento del juez, quien a lo sumo podrá reconocer los presupuestos y secuelas de dolencia negocial semejante.

A su turno, el mismo estatuto define el riesgo asegurable como «*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,...*» (Artículo 1054); se excluye como asegurables «*el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario*», con la secuela consistente en que cualquier pacto en contrario «*no producirá efecto alguno*» (Artículo 1055), valga decirlo, se consagró la ineficacia de cualquier estipulación tendiente a incluir conductas intencionales, gravemente culposas o con base en la mera potestad de los citados sujetos, como asegurables.

Aunque cabe recordar que, a términos del precepto 1127 *ibídem*, luego de la reforma traída por la ley 45 de 1990, en materia del seguro de responsabilidad civil, esto es, aquel en que el asegurador se obliga a «*indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley*», es asegurable «*la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055*».

4. Del mismo modo, se conviene con el Tribunal y la codemandada Glencore Colombia Ltda., que el mandato

contenido en el citado artículo 1055 no puede tener una aplicación indiscriminada a los seguros de cumplimiento, porque como ha tenido ocasión de recordarlo la Corte, esa forma contractual especial, prevista desde la ley 225 de 1938, que continuó vigente con la expedición del Código de Comercio, tiene unas reglas especiales para servir de garantía en la observancia de las obligaciones y cargas contractuales, donde el asegurador *«no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor»*, primero, porque ese negocio tiene una base legal indiscutible, *«cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio»*; segundo, porque además de desconocer la certeza propia de los pactos ajustados por las personas y dejar sin efecto su propio compromiso, sería muy nociva la conducta de quien a sabiendas, *«propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño»* (Corte Suprema de Justicia, SC, 2 may. 2002, Exp. n° 6785).

Es que, como también ha sentado la Corte, por su especialidad este seguro no debe confundirse con el contrato de fianza, ni con otros medios de aseguramiento, y que por asignación legal pertenece a los seguros de daños (SC, 2 may. 2002 y 24 jul. 2006), por cuanto su objeto es:

...servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza ‘... el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada. (C.S.J., Sent. del 15 de marzo de 1983).

Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado... El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado... (SC, 15 ag. 2006, rad. n° 1994-03216-01).

5. Dentro de ese panorama, carece de base la acusación en torno a la ineficacia planteada en la pretensión principal del libelo genitor del proceso, porque las pruebas reseñadas en el cargo segundo, no muestran de forma indiscutible, como es requerido en esta vía extraordinaria, que en el proceso de formación del negocio bajo escrutinio, Atlantic, en su calidad de tomador, bien sea por cuenta propia o ajena, y las firmas "*Glencore International AG y/o Glencore Colombia Ltda.*", en condición de asegurados y beneficiarios, hubiesen pre-concebido un plan para asegurar el dolo, la culpa grave o sus actos meramente potestativos y que en ese sentido hubieran engañado a la demandante para expedir la póliza, de suerte que ahora pueda suprimirle cualquier eficacia.

El ocultamiento de información, que ciertamente aconteció en el caso, no permite inferir que las demandadas emplearon el negocio de resguardo de manera fraudulenta, al punto de acudir a él para amparar el malévolo propósito de transgredir mutuamente sus obligaciones contractuales.

Empero, estos medios fácticos sí demuestran la reticencia o inexactitud del tomador en la comunicación de las circunstancias determinantes en el estado del riesgo asegurable, aspecto que exime, por sustracción de materia, el estudio de la eventual falta de autorización del representante legal del tomador para celebrar el negocio.

El catálogo probatorio evocado en las acusaciones que se revisan, ciertamente omitido por el juzgador de segundo grado, no pone en evidencia que quien suscribió el contrato como tomador, acaso coadyuvado por los asegurados y

beneficiarios, hubiese querido resguardar conductas inasegurables (artículo 1055 Código de Comercio), mas sí comprueba que dejó de revelar varios datos sustanciales para la determinación del interés y contenido contractual, omisiones que encajan dentro de la reticencia o inexactitud en la declaración de asegurabilidad (artículo 1058 ibídem), que fundan el error de hecho evidente y trascendente en el caso concreto.

5.1. En efecto, al analizarse el desarrollo y terminación del primer suministro de carbón, identificado con el No. 028.94.24468-P, en adelante (P), que fue amparado mediante la póliza No. 162240, expedida el 4 de agosto de 1994 por la demandante, se advierte que la desatención a la obligación de hacer las entregas periódicas, no fue informado en oportunidad a la aseguradora, esto es, se mantuvo oculto, incluso al momento de perfeccionarse el nuevo contrato de seguro en el año de 1995, pues así emana de las declaraciones de Sonia Bustos Navas (folios 1184 y ss. de las copias del proceso llevado en el Juzgado 21 Civil del Circuito, prueba trasladada), Luis Carlos Moreno Tamayo (folios 1105 y ss. de las copias) y Eduardo Hoffman Pinilla (folios 1202 y ss. ídem), ex empleados de la querellante, quienes narraron en detalle que, por el contrario, el representante de Atlantic manifestó que el primer negocio se había cumplido. Tal situación sólo se develó cuando I.N.G. Bank N.V., reclamó indemnización por haber prestado un dinero a la vendedora para el desarrollo de los envíos del mineral. Este hecho, por demás, quedó ratificado en las réplicas de Atlantic, quien expresó que este contrato se había cumplido (folios 130 y ss. del cuaderno 1), y de Glencore Colombia Ltda., en cuyas manifestaciones

anotó que por ser un tercero en ese primer aseguramiento, no tenía que informar nada a la actora (folios 185 y ss. del cuaderno 1).

En el punto, obsérvese que Sonia Bustos manifestó que la aseguradora expidió la segunda póliza «*basados en la buena fe*», porque creyeron que las entregas materialmente habían sido satisfechas, según afirmó el representante de Atlantic, Morris Harf, a quien conocían por ser cliente, aunque se le pidió en muchas ocasiones un finiquito, como había sido su compromiso, el cual nunca materializó. Reiteró que se enteraron del incumplimiento por la reclamación que presentó el ING Bank, después de emitir la segunda garantía, lo cual no hubiera sucedido de conocerse aquello. Aseveró que tampoco supieron del contrato (B), así como de los pagos anticipados del negocio (A), sino cuando Glencore hizo la reclamación en los términos de la segunda póliza (folios 1184 citados).

Luis Carlos Moreno, en seguida de sintetizar los negocios de seguros que tenían con Atlantic, cuyo gerente era conocido en el gremio cafetero, se refirió a las pólizas de cumplimiento respecto de las cuales manifestó que «*después de algún tiempo (varios meses), tuvimos conocimiento de algunas circunstancias que de haberlas conocido en su momento nos hubiesen detenido de expedir las pólizas. Por ejemplo, que la firma Atlantic Coal tenía graves dificultades financieras, que el primero de los contratos (con el Banco ING Bank) había tenido incumplimiento, que en el segundo contrato había una diferenciación entre el contrato (A) y contrato (B) situación que de haberla conocido previamente no hubiéramos*

expedido las pólizas» (folios 1146 y ss. de las copias aludidas).

Y Eduardo Hoffman relató las circunstancias que conoció, en su calidad de Vicepresidente y Secretario General de la aseguradora, después de expedirse el segundo amparo, en concreto, la desatención del contrato de 1994, lo que dio lugar a iniciar este proceso. Aclaró que para la expedición de un nuevo seguro de cumplimiento, es normal pedir el estado de los anteriores negocios, sin que fuera imperativo, de allí que los funcionarios de la sucursal financiera preguntaran al representante del tomador, señor Morris Harf, persona de credibilidad, sobre el finiquito y lo comprometieran a hacerlo llegar. Explicó que cuando Glencore pidió la declaración de siniestro con ocasión del suministro de 1995, le contestaron que Atlantic había cumplido con sus prestaciones, lo cual resultó ser falso por la existencia del contrato (B), que era inédito a la aseguradora, pese a su gran relevancia para evaluar el riesgo. Destacó que en la segunda póliza no se aseguraron entregadas pre-pagadas, pues este tipo de obligaciones requieren ser informadas expresamente, sin que así se hiciera, pese a las cláusulas por las que se les preguntaron (folios 1202 y ss. de las copias).

5.2. Puede argüirse la cercanía de los anteriores testigos con la compañía actora, para restarles credibilidad, por cuanto los dos primeros fueron funcionarios de ella, y el tercero dijo serlo al tiempo de declarar, pero analizados sus dichos con un tamiz estricto, dada esa circunstancia, ofrecen credibilidad en lo central de sus declaraciones, sobre el hecho de no haberse divulgado a aquella entidad,

por el tomador y al momento de solicitar el nuevo seguro, la verdadera suerte del convenio de 1994 (P), además de la existencia coetánea de los contratos (A) y (B) de 1995. Más aún, tales declarantes fueron, sobre todo los dos inicialmente comentados, cercanos a las negociaciones por lo que dieron cuenta razonada de la ciencia de su dicho, en aspectos de tiempo, modo y lugar, incluso, existe correspondencia entre las narrativas.

5.3. No remite a duda que las informaciones sobre el cumplimiento del contrato (P), eran importantes para la valoración y asunción del nuevo riesgo por parte de la aseguradora demandante, como fue puesto de presente por los citados testigos, comoquiera que evidenciaba la conducta del vendedor que, un año más tarde, pretendía la cobertura de obligaciones similares, originadas en el contrato (A).

Sobresale por su ausencia que la actora hubiera sabido de la sustitución del contrato (P) de 1994, por el (A) de 1995, antes de celebrar el segundo negocio de salvaguardia, porque los documentos internos que se allegaron con la demanda e invocados por Glencore, fueron posteriores (folios 17 a 24, 30 y 31 del cuaderno 1). Pero lo más importante es que, en todo caso, la eventual sustitución contractual no exculpaba al tomador de informar con sinceridad lo relacionado con el primer negocio jurídico citado, sin que aparezca probado que lo hubiera hecho de esa forma, omisión que generó una asimetría informativa con evidente incidencia negativa en la precisión del riesgo amparado.

Así mismo, de las declaraciones surge con contundencia que el eventual pago anticipado del carbón objeto del negocio (A), tampoco fue puesto de presente, al contrario, de lo considerado por la demandada, no era una condición pactada, pues en el texto del acuerdo sólo se consagró como posibilidad sin concreción específica; además de que, según aclararon los deponentes, es diferente asegurar un suministro con pagos posteriores a cada despacho, que uno pre-pagado.

6. Desde luego que, contrario a lo considerado por el sentenciador de segunda instancia, no puede descalificarse el comportamiento de la actora por omitir exigir un certificado de cumplimiento del primer vínculo jurídico comercial sobre el suministro del carbón, antes de convenir el nuevo seguro, pues además de ser admisible que presumió la buena fe del tomador, lo cierto es que el artículo 1058 del Código de Comercio no imponer carga semejante al asegurador.

Precisamente, la norma aludida preceptúa que el contratante tiene la carga de *«declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador»*, porque de lo contrario, la reticencia o inexactitud sobre estos aspectos *«que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro»* (inciso 1°). Prevé el inciso 2° que si *«la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o*

circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo».

Tema sobre el que esta Corte ha precisado que la declaración para contratar el seguro puede ser dirigida o espontánea, la primera cuando *«se traduce en un cuestionario concreto sobre lo que es relevante para el asegurador en relación con la situación del riesgo»*, mientras que la otra opera con *«una solicitud genérica de información que el asegurador plantea al tomador sobre hechos y circunstancias del riesgo que a juicio del solicitante resulten significativas para el asegurado»*; aunque en ambas hipótesis el deber de información existe, es menos fuerte en la segunda (SC, 19 may. 1999, Exp. n° 4923).

De ese modo, así la aseguradora omitiera plantear cuestionario concreto al tomador, sobre la extinción del convenio pretérito (P), el último tenía el deber de comunicar de manera veraz lo ocurrido en torno al mismo, así como todos los pormenores de la reciente negociación, y la eventual sustitución contractual, por concernir a la evaluación y asunción de riesgos, que es uno de los elementos centrales en el contrato de seguro.

7. En adición, fue relevante, para efectos de la reticencia e inexactitud del tomador en la contratación de la póliza No. 169665, el ocultamiento de la celebración del negocio (B) simultáneo con el contrato de suministro -(A)-, identificados ambos con los Nos. 028.95.19919-A y 028.95.19919-B, del 3 de octubre de 1995; de los cuales la aseguradora sólo conoció el (A) para los fines del aseguramiento, conforme a los medios probatorios

mostrados en los cargos bajo estudio, en particular los ya comentados testimonios que allí se invocaron, así como los documentos contentivos de los mismos y sus correspondientes traducciones, lo cual fue admitido sin discusión alguna por las partes, tanto en este proceso, como en el proceso del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, cuyas pruebas fueron trasladadas.

Los declarantes en cita explicaron que, la información relativa a esos negocios simultáneos, era importante para que la demandante pudiera analizar si asumía el riesgo asegurable únicamente respecto del contrato (A), de tal manera que al haber omitido la existencia del (B), bajo los parámetros del artículo 1058 del Código de Comercio, significa que careció de elementos de juicio apropiados para tomar la decisión sobre el negocio. Los testigos expusieron, igualmente, la relevancia de esa dualidad contractual, por su repercusión en el desarrollo confuso de ambas convenciones, visto que Atlantic consideró que había cumplido con todos los envíos del negocio (A), mientras que Glencore International AG, en contraste, asignó muchas de las entregas al (B), lo que motivó su reclamo indemnizatorio con base en el amparo constituido para aquél.

8. No sobra agregar que, si bien la formación coetánea de los convenios (A) y (B) no fue invocada explícitamente en la demanda de este proceso, tal omisión obedeció a que sólo fue conocida con posterioridad a la presentación de ese líbello el 5 de junio de 1996 (folio 51 del cuaderno principal), antes de Glencore formular la reclamación de la prestación asegurada, según las comunicaciones que se cruzaron la aquí demandante y

dicha entidad, en diciembre de 1996 y enero de 1997 (folios 36 a 46 de las copias del cuaderno 1 de la demanda del otro proceso).

Cabe anotar, por cierto, que la suscripción al mismo tiempo de los acuerdos (A) y (B), además de haberse debatido por las partes, sobre todo en la prueba trasladada del otro proceso, fue materia de las alegaciones de primera instancia (folios 830 y ss. del cuaderno 1), como también y de manera amplia en los alegatos de segundo grado.

El conocimiento posterior de ese acontecer fáctico, debe valorarse de acuerdo con el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que tras las reglas básicas de la congruencia, dispone que en la sentencia deberá tener *«en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio»*.

Sobre el particular, esta Sala manifestó:

...la Corte no desconoce que las normas en comento [artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil] flexibilizan la oportunidad de alegar hechos modificativos o extintivos del derecho disputado, al autorizar a las partes aducirlos ‘a más tardar en su alegato de conclusión’, en una especie de economía, siempre y cuando aparezcan demostrados, lo cual supone la debida contradicción, y que hayan ocurrido después de haberse presentado la demanda.

(...)

Esto significa, entonces, que los alegatos de conclusión, respecto de situaciones acaecidas después de formulada la demanda y probadas en el transcurso del proceso, son ajenos al debate probatorio, por lo tanto, carecen de virtud para modificarlo... Con mayor razón, cuando el inciso final del artículo 305 del Código de procedimiento Civil, no autoriza aducir cualquier hecho probado, sucedido luego del escrito genitor, sino únicamente los que se correlacionen con los expuestos en la demanda, con las excepciones y demás oportunidades legales, porque siempre deben tener como mira, por ende, su límite, 'el derecho sustancial sobre el cual verse el litigio' (SC6866, 30 may. 2014, rad. n° 2007-00080-01).

9. De ahí que como el tomador, sin ningún asomo de duda, incurrió en reticencia o inexactitud por haber dejado de declarar con sinceridad unos hechos o circunstancias que determinaban el real estado del riesgo, según los factores de persuasión invocados en la censura, que fueron desechados por el Tribunal, aflora que ese error de hecho fue evidente y trascendente. Primero, por ser manifiestas las pruebas sobre la demostración de la conducta endilgada al solicitante del negocio. Segundo, porque de haberlos contemplados en su contexto, el fallador de segunda instancia habría arribado a una conclusión diferente.

Por las razones expuestas, prospera la acusación, sólo en cuanto a que las pruebas omitidas por el Tribunal en su fallo demuestran la reticencia o inexactitud en la contratación del seguro cuestionado.

Expedito, pues, el quiebre de la sentencia objeto del recurso extraordinario, compete a la Corte proferir el fallo sustitutivo correspondiente, con decisión del recurso de apelación que interpuso Glencore Colombia Ltda., frente a la resolución de primer grado.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

10. Es importante recordar que el juzgado de primera instancia acogió la pretensión de ineficacia del contrato de seguro, por estimar, en síntesis, que para calificar como inasegurable la conducta del tomador y afianzado, según lo prescrito por el artículo 1055 del Código de Comercio, debe verificarse que ésta sea dolosa, intencional o gravemente culposa, lo cual se acreditó en el caso, porque los documentos allegados emanan los requerimientos que hizo la demandante a Atlantic para que acreditara el cumplimiento de las obligaciones del contrato (P), sin que se diera respuesta, a más de que Glencore reconoció que no despachó todo el material inerte convenido. Ese incumplimiento también se desprende de las pruebas trasladadas del proceso tramitado en el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, y del indicio grave contra Atlantic por la inasistencia a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Por último, denegó la pretensión de perjuicios por no haberse acreditado su causación.

11. La codemandada Glencore Colombia Ltda., expuso en el recurso de apelación que fue errada la sentencia del juzgado *a quo* porque, en resumen:

a) No quedó probada maniobra alguna de ella o Atlantic para defraudar a la aseguradora, sin que esto se deduzca del incumplimiento del contrato (P).

b) El indicio grave contra Atlantic, por no asistir a la audiencia del citado artículo 101, es una forma de

presunción que admite prueba en contrario, que quedó desvirtuada por las pruebas del proceso, que se comentan en el recurso.

c) Los tres documentos invocados por el juzgado, no fueron requerimientos a Atlantic para que informara sobre la satisfacción de las obligaciones del contrato (P), pues dos de ellos eran internos de funcionarios de la demandante para que se obtuviera constancia de cumplimiento, y el otro una solicitud a la primera para que confirmara el finiquito, enviada el 1 de marzo de 1996, cinco meses después de acordarse el nuevo seguro. En todo caso, la demandante no condicionó la expedición de la póliza a la radicación de este papel. Por el contrario, estos documentos prueban que Atlantic informó que el negocio (P) fue reemplazado por el (A), y las razones para eso están consignadas en la respuesta a la demanda.

d) Luis Carlos Moreno, director técnico de la demandante, declaró en el otro proceso, que la nueva cobertura fue expedida porque Morris Harf Meyer era el representante de Atlantic, persona posicionada en el sector cafetero; empero, mintió al agregar que meses después supieron unos hechos que oportunamente informados hubieran impedido la expedición de la póliza.

Alegó el apelante que la versión de Sonia Bustos no merece credibilidad, por contradecir los documentos antes aludidos y lo declarado por Luis Carlos Moreno, amén de que habló en abstracto y trató de defender los procedimientos de la sucursal a su cargo. Eduardo Hoffman, Vicepresidente de la demandante, reconoció que

no se exigió prueba del completo agotamiento del objeto del negocio precedente, según se enteró, aunque también dijo que los empleados de la sucursal Avenida Chile sí pidieron esta prueba a Morris Harf, aserciones que buscaban justificar las actuaciones de sus subalternos.

Estas pruebas junto con otras demuestran ligereza de la sucursal citada en la expedición, por no haber acatado políticas de la entidad para celebrar contratos de seguro de cumplimiento.

e) Lo probado es que cuando Atlantic pidió la póliza para el contrato (A), informó que el anterior se extinguió por acuerdo de las partes, como se anotó en la cláusula 21, de manera que mal pudo haber manifestado que se habían solucionado todas las prestaciones.

f) Glencore no habló de *incumplimiento* de Atlantic al informar a ING Bank sobre el contrato (P), pues sólo le manifestó que «*no ha efectuado embarques bajo el contrato de compraventa en referencia*». Este banco no fue parte en el nuevo negocio, y la demandante no exigió finiquito del mismo para expedir la nueva cobertura, ni Atlantic se comprometió a entregarlo. Tampoco se admitió que el primer negocio fue insatisfecho, pues lo que sucedió fue su cambio por los contratos (A) y (B).

g) Atlantic cumplió parcialmente el contrato (A), sin que pudiera seguir ejecutándolo por haber entrado en concordato.

Los anteriores argumentos se ampliaron en la audiencia de alegatos, de los cuales puede extractarse, centralmente, lo que sigue. Respecto de la inexistencia del contrato de seguro por dolo del tomador o asegurado y de la reticencia, alegadas por el demandante, afirmó que no se probaron los hechos, toda vez que los suministros de carbón (P), (A) y (B) eran distintos; el primero se terminó y sustituyó por los otros, con variaciones en el precio por tonelada de mineral y en las formas de pago. Faltó la prueba de los requerimientos verbales o escritos realizados a Atlantic sobre el cumplimiento del primero de los negocios.

La convención (B) no fue ocultada, en tanto Atlantic no estaba en el deber de declarar su perfección. Realmente se está frente a un descuido de los funcionarios de la aseguradora, por no percatarse, en los estudios e indagaciones que hicieron, como se desprende de lo declarado por Sonia Bustos. Tampoco era necesario asegurar este vínculo jurídico, por tener formas de pago y de ejecución diferentes. En cambio, la actora conoció el contrato (A) y se percató que en su cláusula 21 se dejó sin vigencia cualquier negociación o convenio anterior, y se permitió la realización de pagos anticipados en la cláusula 6, los cuales se realizaron a partir del préstamo del banco UBS a Atlantic, cuya amortización debía realizarse según el cronograma de entregas.

Subrayó que el siniestro del convenio (A) ocurrió sin dolo de Glencore. Se trató de un incumplimiento de Atlantic, riesgo que constituía la razón de ser del seguro, sin que de tal contingencia se concluya que se trata de un

acto meramente potestativo. Enfatizó que la desatención de los deberes consignados en los contratos (A) y (B) fue posterior a la expedición de la póliza, y que entre estos instrumentos no existió un nexo, pues eran autónomos y no se pactó que primero debiera agotarse uno de ellos.

En cuanto a que Glencore no cobró el valor de las mercaderías en el concordato de Atlantic, dijo el apelante que fue un hecho sobreviniente, y no desmiente los prepagos realizados en virtud del convenio (A), como se permitía en las cláusulas negociales. Glencore no se hizo parte en el concordato, porque no se podían registrar dos pasivos, el de ella y el de UBS, que hizo el préstamo; su acreencia surgió cuando, como fiador, pagó al banco y se subrogó en los derechos de él. Su interés asegurable seguía siendo el relativo a la satisfacción del contrato (A), en tanto si Atlantic incumplía dejaba de pagar al banco conforme al cronograma pactado, como ocurrió, por lo que debió cubrir la deuda.

Expresó que, en contra de lo sostenido por la actora, Glencore Colombia Ltda., tiene interés asegurable que puede exigir directamente, en tanto según la póliza, *«los asegurados y beneficiarios pueden reclamar la prestación asegurada de manera conjunta o separada, o actuando el uno en representación del otro, indistintamente»*. Descarta que Glencore buscara defraudar a la entidad financiera, ni ponerse de acuerdo con Atlantic para hacerlo, hecho ausente del material probatorio.

12. Para resolver la apelación, frente a los primeros argumentos de este recurso, cabe anotar que son

irrelevantes, visto que al despacharse el de casación se otorgó la razón a la sociedad apelante, en relación con la falta de prueba de una conducta dolosa, de mala fe o gravemente culposa del tomador, de los asegurados o beneficiarios, al solicitarse el seguro, de tal manera que la calificación en ese sentido efectuada por el juez de primer grado debe enmendarse.

Del mismo modo, es innecesario acudir al indicio grave que consideró el juez *a quo* contra Atlantic, por dejar de asistir a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, puesto que los medios probatorios analizados son suficientes, por sí solos, para mostrar los hechos que fundan la reticencia.

Alrededor de los documentos que también invocó el juzgado en su fallo, sobre requerimientos de la demandante a Atlantic, debe recordarse que en el proceso quedó sin acreditarse que la primera supiera de la sustitución del contrato (P) por el (A), en el año de 1995 y de forma previa a expedir la segunda póliza; así las cosas, esos instrumentos internos evidencian ausencia de conocimiento; a más de que, así fuese cierta la sustitución, eso no evitaba al tomador de informar con sinceridad lo relacionado con el cumplimiento del primer negocio citado.

Respecto de los testigos Luis Carlos Moreno, Sonia Bustos y Eduardo Hoffman, ya se analizó que fueron cercanos a las negociaciones y explicaron las circunstancias correspondientes, con independencia de posibles diferencias en puntos accesorios. En puridad, son coincidentes en los hechos centrales del ocultamiento de datos sensibles al

cálculo del nivel de riesgo, en punto a lo realmente ocurrido con el contrato (P) y la existencia coetánea de los negocios (A) y (B). Es más, el hecho de haberse expedido una póliza en 1995, con fundamento en la credibilidad que inspiraba a estos funcionarios de la actora, el gerente de Atlantic, pone de presente su actuación con base en la presunción de buena fe por parte de esta última.

Más aún, el ocultamiento de la existencia simultánea del contrato (B) fue tan cierto, que la compañía apelante termina por aceptarlo cuando anota que Atlantic no tenía el deber de declararlo, porque no era objeto de cobertura.

De ahí que no puede tenerse como probado que Atlantic informara en detalle a la aseguradora, cuando la invitó a celebrar el nuevo negocio de seguro, que el contrato (P) hubiese sido sustituido por el (A), pues además de lo expuesto a lo largo de estas consideraciones, ha de atenderse que versan sobre cantidades de carbón distintas. Tal sustitución no podría considerarse revelada a partir de la cláusula 21 del segundo, en cuanto a que dejaba sin vigencia cualquier negociación o convenio anterior. Lo afirmado por el tomador, según las declaraciones de quienes participaron en la negociación, fue que el primero se había cumplido. Amén de que la referida estipulación, en todo caso, puede referirse a acercamientos verbales o escritos de la etapa precontractual o de negocios no formalizados, pero no fue inequívoca en lo concerniente al anotado reemplazo de un contrato por otro.

13. Ahora bien, puede aceptarse que Glencore no exteriorizó en concreto la palabra «*incumplimiento*» cuando

informó al ING Bank sobre lo acontecido con el negocio (P), pero sus manifestaciones sobre la falta de embarques, en desarrollo de la ejecución contractual, permitían ver una dejación de las obligaciones contractuales, amén de que en todo caso, por lo ocurrido, ese ente financiero formuló reclamación a la aseguradora demandante, quien a partir de ese hecho pudo enterarse del no cumplimiento cabal de dicho negocio, cuando había otorgado el segundo amparo, aspectos estos de ocultamiento que fueron analizados.

Resta por anotar que las otras pruebas no muestran que la demandante hubiese conocido, a ciencia cierta, antes de obligarse por el nuevo acuerdo asegurador, el desenlace real del contrato (P), ni la existencia coetánea de los negocios (A) y (B), o la permisión de pagos anticipados en el primero. Esto no emana de lo testificado por Morris Harf Meyer (folios 1148 y ss. de las pruebas trasladadas) y Luisa Fernanda Pinillos (folios 650 y ss. de ahí mismo), quienes como representantes de Atlantic, que fueron, tuvieron cercanía temporal con los hechos, y sobre la materia aseveraron que el contrato asegurado no tuvo pagos previos, pues lo realizado fue un préstamo del banco USB, garantizado por Glencore, con quien a su vez se establecieron relaciones para aprovisionar el mineral, aunque no dieron detalles claros del enteramiento de la actora sobre los otros puntos.

14. Ya por las excepciones de las demandadas, en lo atañadero a *eficacia y validez del contrato de seguro, inexistencia de nulidad relativa y culpa de la aseguradora*, pueden tener razón en cuanto a que el negocio de aseguramiento no adoleció de ineficacia, pero a la postre

quedan sin fundamento de cara a la nulidad relativa por reticencia o inexactitud, que se comprobó.

De la misma manera, la falta de legitimación de Glencore Colombia Ltda., carece de sostén, revisado que aunque no hubiese sido parte en el contrato de seguro, sí fue designada como asegurada y beneficiaria por el tomador, de tal manera que bien puede resistir las pretensiones de este proceso, como fue expuesto por el Tribunal y ella misma lo viene aceptando al enfatizar que sí tiene interés asegurable.

15. Para recapitular, es ocioso entrar en más disquisiciones para concluir que será casada la sentencia objeto del reproche extraordinario, en su lugar, se modificará el fallo objeto de apelación en el sentido de acoger la pretensión de anulación por reticencia, pues ya que explicó la inviabilidad de aceptar la súplica de ineficacia. Esto porque los elementos de convicción verificados muestran que la compañía tomadora del amparo, Atlantic Coal de Colombia S.A., ocultó a la compañía demandante informaciones determinantes para fijar los alcances y vicisitudes del riesgo asegurable, conducta propia de reticencia o inexactitud tipificada en el artículo 1058 del Código de Comercio, cuya consecuencia es la nulidad que debe declararse. Por superfluo, como se adelantó, no se requiere estudio de la otra causa de nulidad del negocio.

No hay lugar a restituciones mutuas, por cuanto el precepto 1059 del estatuto antes citado prevé que rescindido el negocio «*en los términos del artículo anterior, el*

asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena».

En ese sentido debe modificarse el fallo objeto de apelación, que se confirmará en lo demás, por no ser materia del recurso de apelación, incluida la condena en costas de la primera instancia.

Sin costas en el recurso de casación, por su prosperidad. (A) la parte demandada se le impondrá la condena en costas de segunda instancia, porque a pesar de la enmienda del fallo apelado, pierde el recurso de apelación, acorde con el artículo 392, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia de 3 noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, en el proceso ordinario de Compañía Agrícola de Seguros S.A., hoy Compañía Suramericana de Seguros S.A., contra Atlantic Coal de Colombia S.A. y Glencore Colombia Ltda. En sede de instancia, **resuelve:**

Primero: Modificar el numeral primero de la sentencia apelada, proferida en este proceso por el Juzgado 2 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, en el sentido de

declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo: Modificar el numeral segundo en cuanto a que se deniega la pretensión principal de ineficacia del contrato de seguro entre la demandante Compañía Agrícola de Seguros S.A., hoy Compañía Suramericana de Seguros S.A., como asegurador, y Atlantic Coal de Colombia S.A., como tomador.

En su lugar, conforme a la segunda pretensión subsidiaria, se declara la nulidad de dicho negocio por reticencia.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cuarto: Condenar en costas de segunda instancia a la demandada Glencore Colombia Ltda. Para su valoración el magistrado ponente fija, como agencias en derecho, la suma de veinticinco millones de pesos (\$25'000.000).

Oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA