



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**Magistrada ponente**

**SC4409-2021**

**Radicación n.º 05001-31-03-014-2003-00198-01**

(Aprobado en sesión de treinta de septiembre de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Isagén S.A. E.S.P. contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 8 de mayo de 2014, aclarada el 19 de diciembre siguiente, en el proceso ordinario que la recurrente promovió contra Compañía Mundial de Seguros S.A., al que fueron vinculados por llamamiento en garantía General Electric International Inc – Sucursal Colombia y Parson Power Group Inc en liquidación.

## **I. ANTECEDENTES**

1. **Petitum**. Isagén S.A. E.S.P. pidió de la jurisdicción se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: a) que «*estando vigente la póliza de cumplimiento a que se refiere esta demanda, [número P-A 0032067] se produjo el siniestro amparado*

*en la póliza, consistente en que el contratista<sup>1</sup> incurrió en incumplimiento de sus obligaciones surgidas del contrato amparado No. 46/356, por el incorrecto funcionamiento de los equipos suministrados por él»; b) como pretensión primera consecencial de la anterior, se ordene a la Compañía Mundial de Seguros S.A. pagar un total de «US\$ 4.852.749,00 por su equivalente en pesos a la tasa representativa del mercado vigente el día del pago», o en subsidio, a la fecha de la sentencia, por mayores gastos por operación comercial (US\$ 359.931,00); por perjuicios por energía dejada de producir para vender en la bolsa de energía (US\$ 13.850,00); perjuicios por cargo de capacidad entre abril de 2001 y noviembre de 2002 (US\$1.881.469,00); y por pérdida futura de la capacidad remunerable teórica CRT entre diciembre de 2002 y noviembre de 2005 (US\$2.597.499,00) y «[S]obre el valor del capital en dólares, condénese a la aseguradora · a pagar intereses de mora a la tasa certificada por el Banco de la República para obligaciones en dólares, liquidados desde que la aseguradora debió hacer el pago hasta el día de la sentencia. Adicionalmente, y sobre el valor del capital en pesos, condénese a pagar intereses de mora a partir de la sentencia y hasta el día del pago, a la tasa del interés bancario corriente aumentado en la mitad».*

Como pretensiones consecuenciales subsidiarias, deprecó el pago por capital de iguales cantidades, pero relativo a los intereses de mora instó (primera subsidiaria) «*intereses de mora a la tasa certificada por el Banco de la República para obligaciones en dólares, liquidados desde que la aseguradora debió hacer el pago hasta el día de la sentencia. Adicionalmente, y sobre el valor del capital en pesos, condénese a pagar intereses de mora a partir de la sentencia y hasta el día del pago a la tasa del interés*

---

<sup>1</sup> General Electric Internacional Inc – Sucursal Colombia, quien fue el tomador del seguro de cumplimiento.

*bancario corriente aumentado en la mitad»; (subsidiaria de las dos anteriores) «Sobre el valor del capital en pesos, condénese a la aseguradora a pagar intereses de mora desde que la aseguradora debió hacer el pago y hasta el día del pago, a la tasa del interés bancario corriente aumentado en la mitad. Subsidiariamente, en caso de no ser procedentes los intereses de mora, condénese a pagar el capital corregido monetariamente desde el día del siniestro hasta el día de la sentencia, y a partir de ésta y hasta el día del pago, intereses de mora a una vez y media la tasa de interés bancario corriente».*

2.- En respaldo de sus reclamaciones narró, en síntesis, los hechos que admiten el siguiente compendio:

2.1. Entre Isagén S.A. E.S.P., como contratante, y General Electric International Inc., como contratista, se celebró el 11 de diciembre de 1998 el contrato *«llave en mano»* número 46/356 (fl. 430, Cd 1-2)., cuyo objeto fue *«hacer la conversión a ciclo combinado de la planta de generación de energía Termocentro... adicionándole un turbogrupa a vapor»* (fl. 12, Cd 1 ppal).

2.2. En la cláusula *«NOVENA»*, del mentado convenio el contratista se comprometió a *«constituir a su costo y a favor de ISAGEN»* una serie de *«garantías y seguros»*, para respaldar entre otros *«d) la estabilidad de la obra Ampara a Isagén en cuanto a que las obras objeto del contrato, en condiciones normales de uso, mantengan las especificaciones técnicas exigidas en el contrato, no sufran deterioros que impidan el servicio para el cual se ejecutó, ni dejen de tener las condiciones de armonía, seguridad y firmeza de su estructura»*, *«e) Calidad y correcto funcionamiento»*, que *«Tiene por objeto precaver a ISAGEN contra los perjuicios originados por el incorrecto funcionamiento de los equipos suministrados o instalados por el CONTRATISTA y que*

*son objeto de este Contrato. Además, precave a ISAGEN contra vicios de fabricación y calidad en los materiales que impidan la utilización y funcionamiento de los equipos...» (fl. 23, revés, Cd 1, ppal).*

2.3. El 4 de junio de 1999, con anuencia de la demandante, la contratista cedió parcialmente el anotado vínculo a Parsons Power Group Inc, conformando *«desde ese momento la parte CONTRATISTA, y asumieron solidariamente el cumplimiento para lograr el objeto del contrato»* (fl 241, Cd 1 ppal).

2.4. *«El ciclo combinado de Termocentro fue recibido por ISAGÉN en operación comercial el 20 de noviembre de 2002<sup>2</sup>, (sic) según consta en el Acta correspondiente firmada por las partes», por lo cual «El 20 de diciembre de 2000 ISAGÉN expidió el Certificado de Recepción y Aceptación final de trabajos»<sup>3</sup>.*

2.5. Mencionó que la contratista escogió como aseguradora a la Compañía Mundial de Seguros S.A., quien *«después de conocer el contrato que se le propuso garantizar y de analizar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por el contratista, aceptó otorgar las garantías para cubrir todos los perjuicios patrimoniales que pudiera causar el contratista con su incumplimiento, sin restricción alguna»,* procediendo a otorgar la póliza de seguro de *«cumplimiento en favor de entidades particulares»* número P-A0032067, cuya asegurada y beneficiaria fue Isagén S.A. E.S.P. en la que se define el amparo básico así:

*«Con sujeción a las condiciones de la presente póliza, la compañía **cubre los perjuicios** patrimoniales que sufra directamente el*

---

<sup>2</sup> Documento que obra a folio 248 Cd 1 ppal

<sup>3</sup> Documento que obra a folio 252 Cd 1 ppal.

*contratante o receptor de la oferta (acreedor de la obligación, quien es el asegurado), según lo indicado en la carátula de la póliza, **por el incumplimiento del contratista** u oferente (deudor de la obligación) ocurrido durante la vigencia del seguro de:* (negrillas del texto).

*"1.5. Estabilidad de la obra. Por medio de la garantía de estabilidad de la obra, las entidades contratantes se precaven contra el riesgo que; durante el término estipulado, y en condiciones normales de uso, la obra sufra deterioros imputables al contratista que impidan el servicio para el cual se ejecutó ...*

*"1.7. Correcto funcionamiento de los equipos. Por medio de la garantía de correcto funcionamiento, las entidades contratantes se precaven contra los perjuicios originados por el incorrecto funcionamiento de los equipos que deba suministrar o que adicionalmente instale el contratista"».*

2.6. Aseguró que el 4 de abril de 2001, «es decir, cuatro meses después de que EL CONTRATISTA hizo entrega a ISAGÉN de la planta objeto del contrato, esta presentó un grave daño», avisándose a Parsons Power Group Inc, mediante comunicación del 6 de abril de 2001, solicitando «que presentara urgentemente “el plan de acción para que ISAGÉN pueda contar con esta unidad de generación”. De esta carta se envió copia a General Electric International Inc.», como también, a la aseguradora.

2.7. El contratista asumió su responsabilidad y con base en la garantía que había otorgado «ejecutó a su costo las reparaciones necesarias para que la planta volviera a funcionar en ciclo combinado». «El 12 de mayo de 2001 se oficializó la entrega en consignación del turbogrupa a vapor al contratista para efecto de la reparación. El contratista se puso al frente de las operaciones necesarias

*para diagnosticar el alcance de los daños sufridos por los equipos, y adoptó las medidas que consideró necesarias para ello».*

2.8. Mencionó que el 22 de enero de 2002, *«cuando se hacían pruebas de puesta en servicio a los equipos afectados, falló nuevamente el sistema de emergencia del turbogrupa a vapor, lo que mostró al CONTRATISTA la necesidad de cambiar uno de los motores inicialmente diseñados, por uno de mayor potencia»*, El equipo entró en funcionamiento, nuevamente, el 16 de abril de 2002, después de 377 días de indisponibilidad.

2.9. Expresó que Isagén *«sufrió perjuicios patrimoniales adicionales al costo mismo de la reparación, derivados del daño y del tiempo de indisponibilidad del turbogrupa a vapor, los cuales no le han sido indemnizados por el contratista»*, los cuales ascendieron a US\$ 6.919.749, discriminados de la siguiente forma:

a) US\$ 359.931,00 por *«mayores gastos por operación comercial»* correspondientes a *«la puesta en marcha del equipo después de su reparación...»*, por *«costo de arranque — parada de las unidades»*, *«costo de operación y mantenimiento»*, *«costo de combustible utilizado durante las pruebas de los equipos»*, *«menos los ingresos recibidos en bolsa por la generación real de la planta durante las pruebas»*;

b) US\$ 173.850,00 por energía dejada de producir para vender en la bolsa de energía;

c) US\$ 3.788.469,00, por cargo de capacidad;

d) US\$ 2.597.499 por pérdida futura de la capacidad remunerable teórica «*para el periodo diciembre de 2002 a noviembre de 2005*».

2.10. Manifestó que «*ISAGÉN S.A. E.S.P. reclamó a La Previsora S.A. (y a sus coaseguradoras) el pago de una parte de la indemnización que no fue cubierta por el contratista con cargo a una póliza de daños materiales que tenía contratada con aquella aseguradora identificada con el número 1000001*». Aseguradoras que le cancelaron la suma de US\$2.067.000 «*imputables exclusivamente a los perjuicios identificados en los hechos 28.2. y 28.3*» (perjuicios por energía dejada de producir para vender en bolsa US\$160.000 y perjuicio por cargo de capacidad US\$1.907.000, quedando saldos por tales conceptos de US\$13.850 y US\$1.881.469, respectivamente).

2.11. Mediante comunicación del 13 de febrero de 2003, Isagén presentó a la Aseguradora demandada la reclamación «*por los perjuicios patrimoniales sufridos como consecuencia del incumplimiento del contratista y que este no le había indemnizado*», haciéndole entrega de los documentos que respaldaban la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios, como fue el estudio que para el cálculo de estos últimos contrató con la firma DECISIÓN WARE LTDA., cuyo dictamen se anexa al libelo inicial.

3. Planteada así la contienda se admitió el 19 de mayo de 2003, disponiendo el enteramiento de la convocada (fl. 457, Cd 1-2).

4. Puesta juicio la Compañía Mundial de Seguros S.A. se opuso a las pretensiones. Propuso las excepciones que tituló «ausencia de responsabilidad», «limitación de responsabilidad del contratista», «culpa imputable a la demandante», «inexistencia del siniestro», «no cobertura del lucro cesante», «pérdida del derecho a la indemnización», «terminación del contrato de seguro de cumplimiento», «coexistencia de seguros», «mala fe y pérdida del derecho», «improcedencia de intereses», «improcedencia de liquidar dólares a la tasa representativa del mercado al momento del pago», «límite asegurado», «reducción de la indemnización», «tasación excesiva del perjuicio», y «temeridad y mala fe». (fl. 524 Cd 1 -2 ppal).

Alegó, que no se probó que el contratista hubiese causado la falla o incumplido sus obligaciones; en el contrato amparado se pactó que el lucro cesante no estaría a cargo de dicha parte; la culpa de lo ocurrido fue de la actora, porque no hizo pruebas periódicas a los equipos; hubo una coexistencia de seguros que no le fue informada, lo que acarrea la terminación del seguro o un pago proporcional; existió mala fe de la beneficiaria por guardar silencio y exigir la indemnización por lucro cesante; no procedía el pago de intereses, ni la liquidación de la obligación en dólares al momento del pago; y, en todo caso, debía atenderse el límite asegurado y reducir la indemnización, porque la asegurada no evitó «la extensión de los efectos del siniestro».

4.1. Adicionalmente llamó en garantía a General Electric International Inc- sucursal Colombia y a Parsons Power Group Inc. en Liquidación (fl. 21 Cd 2 llamamiento), el cual fue aceptado el 7 de julio de 2003 (fl. 25 Cd 2 llamamiento).



4.1.1. General Electric International Inc- sucursal Colombia, se enteró personalmente a través de su mandatario judicial, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, planteó excepciones perentorias (fl 77 C d 2 llamamiento) tituladas «*cumplimiento íntegro del contrato*», «*inexistencia de responsabilidad alguna por parte [suya]*», «*limitación de responsabilidad en el contrato original*», «*responsabilidad exclusiva de Isagén*», «*Inexistencia de perjuicio*», «*excepción de contrato no cumplido*», «*inexistencia de responsabilidad bajo en contrato de seguro*», «*nulidad del contrato de seguro*», «*limitación de responsabilidad en el contrato de seguro*», «*pérdida al derecho a la indemnización*» y «*compensación*». Frente al llamamiento invocado invocó la «*falta de jurisdicción-cláusula compromisoria*» y «*limitación de responsabilidad*».

Paralelamente arguyó como exceptiva previa la existencia de clausula compromisoria (fl. 1 Cd 4 excep. Previas), siendo acogida ésta en auto de 28 de noviembre de 2004, por lo que se determinó, que «*[P]or falta de jurisdicción, para continuar conociendo de este trámite habrá de terminarse darse por concluido el trámite del proceso, para que los litigantes se presenten ante quienes se les asignó competencia para dirimir sus diferencias*» (fl. 36 Cd 4 excep. Previas); determinación que apelada fue modificada por el Tribunal Superior de Medellín el 7 de junio de 2006, atendiendo que «*La calidad que adquiere el llamado en garantía es diferente frente a la pretensión principal y frente a la pretensión acumulada (la revérsica), así como diferentes son la excepciones que puede plantear frente a la demanda y frente a llamamiento, porque distintas son las relaciones sustanciales a que se refieren unas y otras*», coligiendo que la cláusula compromisoria prosperó «*como obstáculo para decidir en este proceso la suerte de la pretensión acumulada por vía del llamamiento en garantía, obstáculo que en nada toca la pretensión principal por lo que debe el juzgado continuar el*

*trámite del proceso», por ello resolvió modificar el numeral 1º de la providencia recurrida «en el sentido de precisar que la excepción de cláusula compromisoria prospera solo frente a la pretensión acumulada (la revérsica), por lo que se declara terminada la actuación en lo referente a la misma», en tanto que revocó el 2º para «en su lugar, dispone continuar el trámite del proceso con la pretensión principal».*

4.1.2. Parsons Power Group Inc. en Liquidación, se le tuvo por notificada mediante aviso (fl. 66 Cd 2 llamamiento), contestando juntamente con General Electric International-Sucursal Colombia. Empero, sus manifestaciones se desestimaron por extemporáneas.

Es así como, mediante auto de 26 de julio de 2004, se le tuvo por no presentada la excepción previa de cláusula compromisoria, debido a la extemporaneidad (fl. 28 Cd 4 excep. Previas), ocurriendo otro tanto con la contestación de la demanda, por lo cual el juzgado no decretó las pruebas por ella solicitadas -auto 15 de marzo-2007 (fl. 772 Cd 1-3; determinaciones ratificadas por el tribunal al desatar las alzadas que contra estas se plantearon (fls 42 Cd 5 Trib. y 135 Cd 11 Trib.).

5. El juzgador *a quo* definió la primera instancia con sentencia de 13 de diciembre de 2011 (fl. 1123 Cd 1-3), aclarada y adicionada el 9 de mayo de 2012 (fl. 1186 Cd 1-3), declarando probada la excepción de «no cobertura del lucro cesante» propuesta por la Aseguradora; desestimó las restantes exceptivas planteadas por ésta, para declararla «civilmente

*responsable por los perjuicios causados a la demandante ISAGÉN S.A. E.S.P. , por razón del siniestro ocurrido el cuatro (4) de abril de 2001, donde se averió el turbogrupa a vapor de la planta de generación de energía Termocentro, ubicada en el municipio de Cimitarra (Santander)», condenándola al pago de las siguientes sumas: i) US\$ 359.867 por «mayores gastos por operación comercial»; ii) US\$ 173.850 por «perjuicios de energía dejada de producir para vender en la bolsa de energía»; iii) US\$ 3.759.700 por «perjuicios por cargo por capacidad» y iv) US\$ 940.000 por «perjuicios por pérdida futura de la capacidad remunerable teórica (CRT)», más «intereses de mora a la tasa establecida por el Banco de la República cuando se trata de obligaciones en moneda extranjera, liquidados desde el día en que se debió hacer el pago de la indemnización por la demandada, esto es, marzo 13 de 2003, hasta el día en que se realice el pago efectivo de la obligación<sup>4</sup>.*

Aclaró, que el valor máximo que debía cubrir la aseguradora de acuerdo con la póliza «corresponde a USD 9.752.761, cifra que incluye los intereses de mora».

En cuanto al llamamiento en garantía declaró probada la excepción de «limitación de la responsabilidad» propuesta por Parsons Power Group Inc. en Liquidación, «quien deberá pagar los perjuicios tasados a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.», la condenó a «reembolsar el ciento por ciento (100%) de los valores que la llamante COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. haya tenido que pagar a la sociedad demandada (sic) ISAGÉN S.A. E.S.P. en virtud de esta

---

<sup>4</sup> Esto es, se condenó a la Aseguradora a pagar perjuicios en cuantía de US\$5.233.417, siendo que el actor indicó que los perjuicios sufridos ascendieron a US\$6.919.749 de los cuales La Previsora S.A. pagó la suma de US\$2.067.000, quedando un saldo de US\$4.852.749, que fue lo deprecado por capital en las pretensiones de la demanda.

*sentencia. Sin superar el límite del valor asegurado, así como de los valores que la aseguradora debiera cancelar por costas.*

6. Los contendientes interpusieron el recurso de apelación.

7. El Tribunal Superior de Medellín, en providencia de 8 de mayo de 2014, aclarada el 19 de diciembre siguiente, revocó el proveído apelado y negó la totalidad de las pretensiones.

## **II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Tras plantearse nueve problemas jurídicos a definir, puso de presente que en el sub lite se hace valer «*el seguro de cumplimiento documentado en la póliza Nro. P-A0032067, vigente desde el 27 de noviembre de 2000 hasta el 27 de noviembre de 2002, expedida por MUNDIAL DE SEGUROS, en el cual figura como tomador UNIÓN TEMPORAL PARSONS POWER GROUP INC. - GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. y como asegurado y beneficiario ISAGÉN S.A. ESP.*», para adentrarse al marco conceptual de dicho negocio jurídico, en especial, del siniestro en este tipo de seguros .

Seguidamente se ocupó del contrato «*llave en mano 46/356*» celebrado el 11 de diciembre de 1998 entre e Isagén S.A. E.S.P. -como contratante- y General Electric International Inc. – Sucursal Colombia -como contratista- el cual fue cedido parcialmente por ésta a Parsons Power Group Inc., refiriéndose a los compromisos y responsabilidades adquiridos por el contratista, así como de las garantías que

este debía otorgar, entre ellas, la de «*estabilidad de la obra*» y de «*calidad y correcto funcionamiento*».

Prosiguió su análisis con el contrato de seguro de cumplimiento celebrado con la Compañía Mundial de Seguros, recogido en la póliza número P-A0032067, expedida «*el 24 de noviembre de 2000, vigente desde el 27 de noviembre de 2000 hasta el 27 de noviembre de 2002, en la cual figura como tomador la UNIÓN TEMPORAL PARSONS POWER GROUP INC. - GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. y como asegurado y beneficiario ISAGÉN S.A. ESP.*» y respecto del cual «*mediante anexo de fecha 29 de noviembre de 2002, se prorrogó la vigencia del amparo de calidad y se incluyó la de calidad y correcto funcionamiento para el Turbogenerador (f. 261 c. # 1 principal)*».

Continuó su argumentación refiriéndose a la normativa que regula lo concerniente a los perjuicios y la forma como estos se clasifican, trayendo a cuento precedente de esta Corporación.

Con soporte en lo anotado y de cara al caso *sub examine* puso de manifiesto el incidente que motivó el incumplimiento del contratista, referido a «*un apagón en el sistema de transmisión nacional que cubre el área del Magdalena Medio, luego de lo cual se dispararon las unidades de generación, las turbinas a gas de la Planta realizaron su parada normal con operación adecuada de los sistemas automáticos de emergencia suministrando el aceite de lubricación necesario, lo que en cambio no sucedió en la turbina a vapor, la cual estuvo más de 6 minutos deteniéndose sin lubricación, lo que terminó generando una grave falla en el turbogruppo a vapor, dejándolo fuera de servicio desde ese momento, hecho que, según se afirma en el libelo, fue avisado al contratista mediante comunicación del día 6 de abril, con*

*copia a la aseguradora, habiendo procedido el primero a ejecutar a su costo las reparaciones necesarias para que la Planta volviera a funcionar con ciclo combinado». Volviendo a fallar el 22 de enero de 2002, mientras se realizaban pruebas, para entrar en funcionamiento el 16 de abril de ese año, «luego de 377 días de indisponibilidad, habiéndose generado los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama»*

Al examinar el supuesto alusivo a la ocurrencia del daño, específicamente, del incumplimiento del contratista, el cual fue objeto de disputa entre las partes, memoró las previsiones del artículo 1757 del Código Civil respecto a la carga de probar la existencia o extinción de las obligaciones a quien alega aquella o esta, que estimó satisfecha por el demandante, al haber demostrado tanto la existencia de la obligación a cargo del contratista *«de suministrar equipos de calidad para la conversión a ciclo combinado de la Planta de generación de energía a que se refiere el contrato "Llave en mano 46/356", así como la presentación de una falla en el equipo suministrado, evidenciada el día 4 de abril de 2001, al no haberse activado - ante la presentación de un apagón en el sistema nacional de energía- el mecanismo de apagado y lubricación automático de emergencia del turbogruppo»*, sin que el obligado hubiera desvirtuado tales supuestos, a lo que se suma la conducta de éste de asumir la *«reparación del Turbogruppo a vapor, no indica otra cosa que la aceptación de que la causa del defecto evidenciado se ubica dentro de las allí previstas»*.

Sostuvo el tribunal, que no es de recibo el argumento de la interpelada, atinente a que *«fue la inobservancia del Manual de Operación, en tanto no se realizaron las pruebas periódicas y pre operativas, lo que dio lugar a la ocurrencia de la falla en la Turbina, pues, según se expuso en párrafos precedentes, el defecto evidenciado tuvo*

*que existir desde antes de la puesta en Operación Comercial del mencionado artefacto, amen que la realización de tales pruebas no necesariamente pondría al descubierto el vicio sino que apenas podría hacerlo, no de otra manera se explica la recomendación de practicarlas semanalmente», más allá que la desatención de aquellas directrices pudiera haber contribuido en la causación del daño, «por la posibilidad de haber sido detectado el defecto antes de que produjese a la Planta una avería de la magnitud de la ocurrida, momento en el cual hubiese podido ser corregido por el contratista, pues tal es el propósito de las aludidas pruebas».*

No obstante que lo anotado estructura *«una exposición imprudente al daño y da lugar a la reducción del monto de la indemnización como lo prevé el artículo 2357 del C.C. disposición general aplicable en cualquier evento de responsabilidad, pues la referida preterición del manual de operación oportunamente entregado por la contratista, no solo refleja una actitud indolente del contratante, inexplicable frente al monto de la inversión, sino que privó al contratista de la oportunidad de corregir el defecto antes de que produjese el grave daño de que ahora se duele el demandante».*

El pronunciamiento avanzó estudiando lo referente a la ocurrencia del perjuicio y su cuantía, como presupuesto para el éxito de la pretensión, acorde con las exigencias del artículo 1077 del Código de Comercio.

En esa dirección memoró los perjuicios reclamados por el demandante y la causa de estos, advirtiendo como éste no los calificó como daño emergente o lucro cesante, sino que los enlistó genéricamente como *«perjuicios materiales»*; y a partir de los conceptos previos estableció, que *«indiscutible resulta que estructuraría daño emergente el relacionado bajo el numeral 1º, esto es,*

*el relativo a "mayores gastos por operación comercial", pues obviamente se trataría de una pérdida patrimonial representada en las erogaciones que se afirman realizadas por el demandante con motivo del incumplimiento contractual, y precisamente para poner en funcionamiento nuevamente el equipo luego de su reparación. Pero en cambio, no es esa la situación que se habría dado con respecto a los demás ítems relacionados, que en verdad no dan cuenta de gastos realizados por la accionante a consecuencia del daño del equipo sino de sumas que dejaron de ingresar a su patrimonio y que, en el orden normal de los acontecimientos, esto es, de no haber mediado el daño en el turbogrupo a vapor, hubieran ingresado. No se trata entonces de una pérdida patrimonial sino de un ingreso que dejó de percibirse a raíz del referido incumplimiento contractual».*

*Agregó que «Desde luego que no puede la sala prohiar la desviada calificación hecha por el juzgador de primer grado, como daño emergente, de los mencionados perjuicios, so pretexto de no haberse librado aún la inversión por parte del demandante, pues ello no solo riñe abiertamente con la citada disposición legal y con la reiterada jurisprudencia de nuestras altas corporaciones de justicia, sino que dejaría al arbitrio del reclamante un aspecto tan trascendente como la determinación de la naturaleza jurídica del perjuicio, que obviamente no puede depender de la incertidumbre sobre su destinación, máxime cuando en los seguros de daños -carácter que ostenta el de cumplimiento-, rige como regla general, el principio indemnizatorio plasmado por el artículo 1088 del C. de Co. según el cual, la cobertura del lucro cesante del asegurado exige acuerdo expreso. De modo que no habiéndolo pactado explícitamente, mal podría sorprenderse al asegurador imponiéndole el pago bajo el antifaz de daño emergente, de lo que realmente, por su naturaleza conforme al artículo 1614 del Código Civil, es lucro cesante».*

*«Es que las expresiones "ganancia o provecho" utilizadas por el legislador para definir el lucro cesante, no tienen el alcance estrictamente*



*comercial que parece darles el juzgador de primer grado para restar el carácter de tal a los ingresos percibidos de determinada actividad en relación con la cual no se ha librado la inversión hecha para generarlo. Tales expresiones indican solo la frustración de un ingreso esperado y que se frustró o frustrará por el incumplimiento de la obligación. Pero, además, semejante interpretación implica desconocer la cláusula No. 26 del contrato celebrado entre ISAGÉN y GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. en la cual se limitó la responsabilidad del contratista, al pactar que el contratante no le reclamaría por lucro cesante de la Planta, ni por costos financieros originados por los créditos obtenidos por Isagén para la construcción del proyecto, entre otros. Contrato que así celebrado, constituye ley para los contratantes y no solo para estos, como antes se dijo, sino también para el asegurador de su cumplimiento, pues no puede pasarse por alto que, conforme a los artículos 1096 y 1099 del C. de Co., el asegurador del cumplimiento al pagar la indemnización, se subrogará por ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, lo que de suyo implica sustituir a aquél (obviamente hasta el importe de la suma pagada) en la reclamación que pudiera hacer al contratista, y es obvio que esa reclamación, por haberlo pactado así, no podría incluir el lucro cesante de la Planta ni los costos financieros aludidos».*

*Precisó «Tampoco puede pasarse por alto que, según se afirma en la demanda, dos de los referidos ítems (perjuicios por energía dejada de producir para vender en bolsa y perjuicios por cargo de capacidad) quedaron parcialmente satisfechos con la suma pagada al demandante por La Previsora y sus coaseguradoras, con cargo a la póliza de daños materiales combinados No. 1000001, por lo que en tales aspectos reclama solo por el saldo no satisfecho allí».*

*Recordó el juzgador que «en caso similar y que fue materia de proceso arbitral, el respectivo tribunal de arbitramento profirió el laudo de fecha 30 de octubre de 2002 en el cual concluyó que el cargo por capacidad, si bien es un costo para el sistema de intercambios*

*comerciales, para las empresas de generación constituye un ingreso y, por ende, lucro cesante», citando apartes del pronunciamiento arbitral que examinó la temática<sup>5</sup>, de donde extrae «que los referidos perjuicios (los relacionados bajo los ordinales 2o, 3o y 4o, no serían indemnizables, pues no constituirían lucro cesante por no haberse librado aún la inversión por parte de la reclamante, pero tampoco daño emergente habida consideración de que, por disposición legal, este corresponde a una disminución patrimonial, esto es, a la salida de un bien que ya hacía parte del patrimonio del afectado».*

*Síguese de lo hasta ahora visto que los ítems relacionados bajo los numerales 2o, 3o y 4o de este acápite, en verdad corresponden a lucro cesante y, por lo mismo, no tienen cobertura en la póliza de cumplimiento que aquí se hace valer.*

Frente al perjuicio reclamado en el numeral primero sostuvo, que «la sentencia se limitó a acoger el dictamen pericial que, dicho sea de paso, asumió como tal lo reclamado en la demanda, que a su vez se basa en el documento ISAGÉN GC-DNE-2002-05 (f. 112 c. 12), como claramente lo admite el técnico que asesoró al perito en su declaración rendida a folios 296 vto. a 297 del cuaderno # 12 y en efecto lo expresó en el concepto rendido al perito».

Acorde con esto razonó, que «tratándose de supuestas erogaciones ya hechas por la demandante con motivo del referido incumplimiento, a otros medios probatorios debió acudir para acreditarlos, puesto que para ello no se requerirían especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos, al menos para establecer algunos de los componentes de dicho rubro tales como el costo de operación y mantenimiento; el costo de combustible utilizado durante las

---

<sup>5</sup> Tribunal de Arbitramento de EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. Vs. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Árbitros: JORGE SUESCUN MELO, MARISTELLA SANIN POSADA y BERNARDO BOTERO MORALES.

*pruebas de los equipos; y, el monto de los ingresos recibidos en bolsa por la generación real de la planta durante las pruebas y que se afirma en la demanda haber descontado de la sumatoria de los ítems que se relacionan como mayor costo por operación comercial en razón de las pruebas previas a la puesta en marcha (US\$268.353)».*

Recalcó el colegiado, que *«ciertamente la razón aducida por el técnico para no haber consultado la contabilidad de ISAGÉN a efectos de establecer este punto, no se aviene con los componentes del mismo, pues expresó que para valorados no se requería aquello "porque resultan de aplicar una regla del mercado para establecer unos ingresos que se vieron afectados en el evento" (f. 296 vto. C. 12), cuando es claro que los aspectos relacionados no aluden a ingresos sino a gastos que se afirman realizados con motivo del incumplimiento, es decir, no se entiende cómo podría con la aludida regla de mercado, determinarse los gastos de operación y costos de combustible que hubiese tenido ISAGÉN con motivo de las referidas pruebas previas a la puesta en marcha, y menos establecer de la misma manera los ingresos recibidos en bolsa por la generación real de la Planta durante las pruebas».*

Coligió en ese orden, que *«en efecto no quedó probada la existencia del aludido perjuicio patrimonial de daño emergente por mayor costo de operación comercial en razón de las pruebas previas a la puesta en marcha, siendo la demandante la llamada a asumir las consecuencias desfavorables de tal ausencia probatoria (art. 177 del C. de P.C.), pues a ella incumbía tal carga conforme a la preceptiva del artículo 1077 del Código de Comercio. De suerte que la referida omisión apareja ausencia de prueba de los supuestos de hecho que en abstracto previó el legislador como generadores de la consecuencia jurídica deprecada, lo que hace improcedente el pronunciamiento sobre las excepciones de mérito propuestas y también sobre el llamamiento en garantía».*

Frente lo así dictaminado la empresa reclamante formuló la súplica extraordinaria.

## **II. LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Sustentó su demanda en cuatro (4) cargos, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos (2) por la vía directa y dos (2) por la indirecta.

### **PRIMER CARGO**

Acusó la trasgresión indirecta del artículo 2 de la Ley 225 de 1938; de los artículos 1, 822, 1045, 1054, 1056, 1077 y 1088 del Código de Comercio; y de los artículos 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2056 y 2059 del Código Civil por *error de hecho* en la apreciación del testimonio de Mónica Paola Flórez Estrada, del dictamen pericial que aportó denominado «*valoración del daño*», de la pericia rendida en el proceso por Marta Esperanza Useche, de la declaración y anexo técnico elaborado por Jaime Blandón, del otro dictamen practicado en el trámite por José Norberto Duque, de la prueba documental consistente en «los *informes Diarios Sobre Proceso de Ensamble Turbogenerador de Vapor*», y de «la carta del 13 de febrero de 2003 suscrita y dirigida por el Sr. Emiliano Salazar Barco (director de bienes y servicios de Isagén) a Mundial de Seguros». Al igual que por errores de derecho «en la apreciación del dictamen pericial rendido por el perito José Norberto Duque, por violación de los artículos 174, 175, 178 y 233 del Código de Procedimiento Civil», que llevaron al tribunal a «dar por no probado estándolo, que ISAGÉN sufrió el

*perjuicio narrado en el numeral 28.1 de los hechos de la demanda, perjuicio calificado como Mayores Costos de Operación».*

En punto de los yerros fácticos, manifestó que se omitió la declaración de Mónica Paola Flórez Estrada, quien atestiguó sobre la existencia y cuantificación del mencionado perjuicio, transcribiendo apartes de su juramentada para sostener, que «[S]e trata de una prueba clara sobre la existencia del perjuicio patrimonial narrado en el hecho 28.1 del capítulo V de la demanda, perjuicio que el Tribunal, de manera errónea, dio por no acreditado».

También se pretermitió el dictamen que allegó con la demanda, el que, si bien no fue ratificado, como lo solicitó la demandada en su contestación de demanda, podía ser valorado, «por cuanto la ratificación de documentos no es procedente como medio de contradicción de un dictamen pericial de parte sino solamente para los documentos declarativos emanados de terceros (Art. 277 del C.P.C.), categoría que evidentemente no tiene el dictamen pericial aportado, por más que conste en un documento. Distinto hubiera sido si la sociedad demandada hubiera solicitado la aclaración y complementación de ese dictamen, formulado una objeción por error grave o aportado un dictamen que denunciara errores cometidos por el dictamen de parte de ISAGÉN (que son las maneras adecuadas para su contradicción), y el juez no hubiera tramitado ninguna de esas solicitudes, pues en ese caso sería claro que el dictamen no podría ser apreciado, por falta de contradicción».

Anotó que, en aquella experticia se «analizó cada uno de los cuatro perjuicios sufridos por ISAGÉN como consecuencia del incumplimiento del contrato amparado, constató su existencia y los cuantificó, acudiendo a una metodología que explicó en los Anexos A, B,

*C y D.» copiando el contenido de aquellos anexos, tras lo cual adujo que se trata de una prueba técnica que evidenciaba la existencia y cuantía del perjuicio de marras y de haberse apreciado «el Tribunal habría concluido que sí está probado que ISAGÉN sufrió un daño emergente por mayores gastos por operación comercial, por cuantía de US \$359.93».*

Otra prueba que acusó pretermitida fue el dictamen elaborado por la contadora Martha Esperanza Useche, a quien se le encomendó inspeccionar los documentos, archivos y libros contables que serían exhibidos por las partes, quien dictaminó que había *«examinado los Estados Financieros desde el 2001 a la fecha y puedo decir que reflejan en sus Cuentas de Orden la perdida estimada por el lucro cesante del siniestro de la Unidad de Vapor de la Central Termocentro. Efectué mi examen de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas en Colombia. En mi opinión la contabilidad de la Compañía ha sido llevada conforme a las normas legales y a la técnica contable».*

Que se incurrió en error en la apreciación de la declaración de Jaime Blandón, experto que asesoró al perito Norberto Duque, pues al analizar su declaración el tribunal *«concluyó que en ella el experto reconoció que no había analizado la contabilidad de ISAGÉN para establecer los "mayores costos por operación comercial" (daño emergente reclamado en el hecho 28.1 de la demanda), y que por ello el dictamen pericial (al que se anexó ese informe técnico del Sr. Blandón) no estaba debidamente fundamentado para acogerlo como prueba de ese daño emergente»*, atribuyéndole así un contenido diverso al que objetivamente se extrae de ella.

Igualmente descartó el anexo técnico elaborado por dicho experto, que hace parte del dictamen pericial rendido por José Norberto Duque, en el cual *«explicó que verificó la existencia de los perjuicios por "mayores gastos por operación comercial" que sufrió ISA GEN y la manera como los cuantificó»,* -escribiendo su contenido- así como los archivos digitales que se adjuntaron a este *«en los cuales hay unas tablas con todos los cálculos que hizo ese técnico para estimar el valor de cada uno de los perjuicios reclamados en la demanda»,* que demuestran que el Ingeniero Blandón *«constató la existencia de los mayores costos por operación comercial en que incurrió ISAGÉN por el incumplimiento del contratista y que hizo el cálculo de esos mayores costos. Para ello, según se aprecia en esas tablas, el Sr. Blandón utilizó fórmulas matemáticas y financieras y, además, hizo la conversión a pesos de esos valores (que están en dólares de los Estados Unidos de América)».*

Planteó, además, error en el merecimiento dado al dictamen pericial rendido por el señor José Norberto Duque, del cual hace parte el mentado anexo elaborado por el ingeniero Blandón, habida cuenta que le restó mérito probatorio *«porque consideró que éste estudio técnico, en el cual se apoyó completamente el dictamen, "asumió como tal lo reclamado en la demanda, que a su vez se basa en el documento ISAGÉN GC-DNE 2002-05" (pág. 59 del fallo). El Tribunal entendió entonces que el Sr. Jaime Blandón sencillamente acogió, sin análisis o estudio alguno, las cifras que presentó ISAGÉN en su demanda, cifras estas que se basan en el documento ISAGÉN GC-DNE 2002-05»,* pasando por alto que el asistente del perito *«hizo sus propios cálculos, tal y como se evidencia de la sola lectura de esa parte final del estudio, y que lo que ocurrió fue que sus conclusiones coinciden con las de ISAGÉN».*

Expresó que «[D]e haber apreciado correctamente el documento técnico elaborado el Sr. Blandón, anexado al dictamen pericial, y el testimonio mismo del Sr. Blandón, el Tribunal habría concluido que no hay razón para restar fuerza de convicción al dictamen pericial rendido por el Sr. Norberto Duque, del cual hace parte el anexo técnico elaborado por el Sr. Jaime Blandón, y que por tanto ese dictamen pericial sí es prueba de que ISAGÉN sufrió un daño emergente por "mayores gastos por operación comercial", perjuicio que debe ser pagado por la demandada con cargo a la póliza de cumplimiento».

Preterición predicable de los «informes Diarios Sobre Proceso de Ensamble Turbogenerador de Vapor», que se incorporaron al trámite que dan cuenta que «(i) ISAGÉN adelantó pruebas del funcionamiento de las unidades (máquinas) después de su reparación y antes de su puesta en funcionamiento el 16 de abril de 2002; (ii) que en esas pruebas se hicieron arranques y paradas de las máquinas y, también, que estuvieron en funcionamiento consumiendo combustible; y (iii) que ISAGÉN sufrió los perjuicios por "costo de arranque-parada" y "costos de combustibles utilizado en las pruebas", a los que alude la demanda en el hecho 28.1. como sub-ítems de los mayores costos por operación comercial».

Ocurriendo igual desatención con «la carta del 13 de febrero de 2003 suscrita y dirigida por el Sr. Emiliano Salazar Barco (director de bienes y servicios de Isagén) a Mundial de Seguros», con la que se hizo la reclamación formal a la aseguradora explicando cada uno de los tipos de perjuicios sufridos.

Finalmente, que se incurrió en error de derecho «al negarle valor probatorio al dictamen pericial rendido por el Sr. José Norberto Duque como prueba del costo de operación y mantenimiento, del costo de combustible utilizado durante las pruebas de los equipos y



*del monto de los ingresos recibidos en bolsa por la generación real de la planta durante las pruebas», ya que sí era procedente el dictamen pericial para la determinación de los costos de operación y mantenimiento, amen que el «tribunal parece haber entendido que en este caso se trataba de estimar los costos de operación y mantenimiento y de consumo de gasolina de un bien cualquier (un carro, una lancha o una volqueta), cuando lo cierto es que se trata de equipos de alta tecnología, que generan energía para la venta en un mercado complejo y con muchas variables, por lo que la estimación de esos 3 rubros (costos de operación y mantenimiento, gasolina consumida durante las pruebas y energía real vendida por generación durante las pruebas) era muy difícil y se requería, por tanto, de especiales conocimiento técnicos», lo que hacía indispensable acudir a la opinión de experto, pero aquél «no entendió (y fue un error) que aunque ISAGÉN pudiera demostrar los mayores gastos por operación comercial mediante medios de prueba distintos al dictamen pericial de una persona con conocimientos del mercado energético colombiano (tal vez el testimonio de un experto en esta materia o un testigo técnico)», sin que exista norma que impida acudir a este mecanismo, dada la libertad probatoria. En suma «El Tribunal violó esta norma porque no fundó su decisión en el dictamen pericial rendido por el Sr. José Norberto Duque, a pesar de que esa fue una prueba practicada en forma regular en el proceso, esto es, con el cumplimiento de todos los requisitos legales, en especial, el requisito de procedencia (por versar sobre temas o cuestiones de carácter técnico o científico)».*

## **SEGUNDO CARGO**

En esta acusación pregonó el quebranto directo de los artículos 2 y 4 de la Ley 225 de 1938; 1, 822, 1045, 1054, 1056, 1077 y 1088 del Código de Comercio; y 1602, 1610, 1613, 1614, 1615, 2056 y 2059 del Código Civil.

Explicó que el sentenciador erró, porque *«calificó, indebidamente, como lucro cesante los perjuicios narrados en los numerales 28.2, 28.3 y 28.4 del capítulo V. de la demanda, como resultado de una consideración netamente jurídica basada en los conceptos legales de daño emergente y de lucro cesante».*

Expresó, que el *«error jurídico del Tribunal se deriva de no haber diferenciado que en unos casos la totalidad de los ingresos perdidos se entiende como una utilidad pérdida y constituye un lucro cesante, como ocurre cuando una persona pierde su capacidad laboral y con ello pierde sus ingresos laborales; mientras que en otros casos no todos los ingresos perdidos son lucro cesante, como ocurre cuando se trata de empresarios que incurren en gastos y costos para obtener tales ingresos, pues en este caso es necesario separar y diferenciar: (i) de un lado, los costos y gastos incurridos que no recuperará y (ii) de otro lado, la utilidad o ganancia propiamente dicha que no obtendrá; separación y diferenciación que permite ver cómo el lucro cesante según la definición legal y la jurisprudencia, se limita a este segundo concepto (al beneficio, utilidad, provecho o aumento del patrimonio que se pierden), mientras que la no recuperación de costos y gastos corresponden al concepto de daño emergente o recuperar un costo- o gasto, o no recuperar una depreciación de un bien, porque se frustró el ingreso ligado a ese bien, es un daño emergente porque hay una disminución del patrimonio que no logra recuperarse mediante dicho ingreso».* *«Se equivoca el Tribunal al afirmar que la calificación de una pérdida patrimonial como daño emergente o como lucro cesante no puede depender de las particularidades del acreedor afectado con el incumplimiento de su deudor, en cuanto, según el Tribunal, no puede dejarse al arbitrio del demandante la determinación de la naturaleza jurídica del perjuicio, que no puede depender de la incertidumbre sobre su destinación, máxime cuando en los seguros de daños la cobertura del lucro cesante depende de un acuerdo expreso (pág. 59 del fallo)».*

### **TERCER CARGO**

Imputó la trasgresión indirecta de los artículos 2 y 4 de la Ley 225 de 1938; del artículo 1602 del Código Civil; y de los artículos 1, 822, 1045, 1054, 1056 y 1088 del Código de Comercio, por error de hecho, que llevaron al tribunal a inferir que *«los perjuicios narrados en los numerales 2º, 3º y 4º del capítulo V de la demanda, al ser un lucro cesante, no estaban amparados en la póliza»*. Arguyó la preterición de *«la prueba documental referida a las cláusulas del amparo básico de la póliza de seguro de cumplimiento expedida por Mundial de Seguros»* y de *«la cláusula contractual»*, puesto que *«pretermitió la póliza de seguro de cumplimiento expedida por Mundial de Seguros S.A. No. P-A0032067, al no apreciar que en la cláusula que define el amparo básico se pactó que:*

*"Con sujeción a las condiciones de la presente póliza, la compañía cubre los perjuicios patrimoniales que sufra directamente el contratante o receptor de la oferta (acreedor de la obligación, quien es el asegurado), según lo indicado en la carátula de la póliza, por el incumplimiento del contratista u oferente (deudor de la obligación) ocurrido durante la vigencia del seguro de ...»*

Puntualizó, que si se entendiera que el tribunal sí *«tuvo a la vista el amparo básico»* su error fue de interpretación, pues el alcance que le dio *«es claramente errónea y contraría abiertamente a lo que la doctrina y la jurisprudencia entienden pacíficamente: que el término "perjuicio patrimonial" engloba dos categorías de perjuicios: el daño emergente y el lucro cesante»*, toda vez que, en su sentir, *«es coherente interpretar que si la aseguradora sabe que en un seguro de daños en principio solo se entiende amparado el daño emergente pero también se puede amparar mediante pacto expreso el lucro cesante, esa*

*aseguradora puede acudir a términos que no dejen duda de aquello que quiso y aceptó amparar, y el término "perjuicios patrimoniales" que consta en una cláusula pre impresa no deja ninguna duda respecto a que hubo pacto expreso de cumplimiento de ambas sub categorías de perjuicios».*

#### **CUARTO CARGO**

Pregonó el quebrantamiento directo de los artículos 2 y 4 de la Ley 225 de 1938; 1036, 1045, 1056 y 1088 del Código de Comercio, al concluirse que en el seguro de cumplimiento no se puede amparar los perjuicios que sufra el contratante asegurado, cuando *«el deudor incumplido no está llamado a indemnizarlos en virtud de una cláusula limitativa de la reparación o en aquellos casos en que la aseguradora no tenga acción subrogatoria contra el deudor incumplido»*, lo que llevó al tribunal a deducir *«que los perjuicios de los numerales 28.2., 28.3. y 28.4 del Capítulo V de la demanda no están cubierto por la póliza expedida por Mundial de Seguro»*.

En tal orden, no se tuvo en cuenta que el asegurador adquiere una obligación propia y distinta de aquella que tiene el deudor del contrato amparado, *«[S]i bien existe una relación entre la obligación del deudor del contrato amparado y la obligación del asegurador, esa relación no es de principal y accesorio. Cada obligación nace de su propia fuente y de esa fuente se deriva su objeto o prestación»*.

De igual forma, que fue equivocado el planteamiento del Tribunal *«conforme al cual el contrato amparado (celebrado entre Isagén y General Electric) es ley también para las partes del contrato de*

*seguro de cumplimiento, en tanto y en cuanto de tal afirmación pretende deducir que si hay una cláusula que excluye el lucro cesante de la reparación en el contrato amparado. entonces el lucro cesante tampoco queda amparado por el seguro, a pesar de que en la póliza se pactó que se indemnizarían "los perjuicios patrimoniales" sin distinción».*

Apuntó que *«[E]l argumento del Tribunal que limita la obligación del asegurador por referencia a la obligación indemnizatoria del deudor, desconoce que, si bien hay una relación entre ambas obligaciones, la misma consiste únicamente en que el incumplimiento de la una es el supuesto de hecho para que surja la otra. El asegurador no puede amparar más que los perjuicios sufridos por el acreedor asegurado, pero ese es el único límite y bien puede amparar perjuicios que no deba pagar el deudor a pesar de haberlos causado»; más aún, con tal entendimiento el «Tribunal mal interpreta el concepto de garantía que se predica del seguro de cumplimiento, para hacer referencia a su función socio-económica. Este seguro otorga una garantía en términos económico, entendida como una protección al acreedor frente al riesgo de sufrir un perjuicio patrimonial si su deudor le incumpliera».*

Tampoco se observó que el seguro puede existir válidamente, aunque el asegurador no tenga derecho a la subrogación.

### **III. CONSIDERACIONES**

1. Es pertinente de manera liminar indicar, que pese a entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso, a partir del 1º de enero de 2016, este pronunciamiento se rige por las reglas del Código de Procedimiento Civil, normativa vigente para cuando se interpuso la súplica extraordinaria, a tono con las

previsiones de los artículos 624 y 625 numeral 5º, según los cuales los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con anterioridad a la fecha citada.

2. El recurso de casación, dada su naturaleza dispositiva y formal, no constituye una instancia adicional que permita reabrir el debate original, pues lo suyo es la sentencia, es decir, los fundamentos de hecho y de derecho invocados por el Tribunal, para lo cual el recurrente deberá desplegar su carga argumentativa a la demostración de la infracción, puntualmente en el aspecto de que discrepa, ante la presunción de legalidad y acierto con que vienen amparadas las decisiones impugnadas.

3. De manera reiterada esta Corporación ha manifestado que, en atención a la autonomía que, en principio, se reconoce constitucionalmente a la función judicial, en virtud de la cual los juzgadores gozan de cierta libertad para la apreciación, valoración y ponderación de las pruebas en las cuales habrán de soportar su resolución, esta súplica extraordinaria no se erige en una nueva oportunidad para auscultar el caudal demostrativo, pues no atañe al aspecto fáctico de la controversia judicial (*thema decidendum*), puesto que el debate se centra en la legalidad de la sentencia (*thema decissus*), con miras a visualizar los yerros denunciados y, así, en una confrontación idónea, quebrar la providencia criticada de cara a las precisas

causales que contempla el legislador atacando, en todo caso, los pilares esenciales de la providencia.

Consecuente con esto, los fallos sólo podrán impugnarse con fundamento en las causales taxativas que prevé el ordenamiento y satisfaciendo las exigencias técnicas que para su formulación tiene sentado el legislador, entre estas, que los cargos que se esgriman se expongan por separado, de forma clara, precisa y completa, no de cualquier manera, *«y, menos, de una que se asimile a un alegato de instancia, sino explicando y demostrando las específicas trasgresiones de la ley -sustancial o procesal- en que incurrió el sentenciador al proferir el fallo controvertido, de donde los argumentos que se esgriman no pueden quedarse en meras generalizaciones, o afianzarse en la totalidad de lo acontecido en el litigio, o aludir globalmente a lo probado en el proceso, o reprochar de forma abstracta las decisiones adoptadas, actitudes todas que harán inadmisibles la acusación que en tales condiciones se formule, puesto que “...‘el recurrente, como acusador que es de la sentencia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación planteada, por impedirsele el carácter eminentemente dispositivo de la casación (G.J. t. CXLVIII, pág. 221) (CSJ, auto del 28 de septiembre de 2004)» (AC3769-2014 de 9 jul, Exp.2008-00530-01).*

Tampoco le será dable al opugnante deambular entre las distintas causales o mixturar su contenido, dada la autonomía y características disimiles de cada una, por lo que *«El legislador, en el artículo 368 del C. de P. C., [ahora 336 del Código General del Proceso] consagró diferentes causales de casación para que el interesado, al momento de exponer las razones de su inconformidad e*

*invocar la senda pertinente pudiera, ciertamente, presentar una adecuada denuncia o encauzar su queja de manera idónea. Atendiendo esa perspectiva, al censor le está vedado, al momento de formalizar los cargos, involucrar indistintamente reproches que refieran a una y otra senda casacional; también mixturar o entremezclar, simultáneamente, la fundamentación que sirve de soporte a cualquiera de ellas» (CSJ, AC5139-2018 de 4 de dic., Rad. n.º 2001-00636-01; reiterada SC1084-2021 Rad.2006-00128-01).*

4. La causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (hoy primera y segunda del art. 336 del C.G.P.) se ocupa de los errores de juzgamiento, a consecuencia de la violación directa de normas sustanciales, e indirecta *«como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba».*

Cuando se invocan dichos motivos, el impugnador no puede entremezclar los aspectos que estructuran los yerros estrictamente jurídicos, propios de la vía directa, con aquellos que atañen a lo factual, reservados para la indirecta; tampoco, se anunció precedentemente, pueden fusionarse; los motivos que darían lugar a una u otra acusación, una vez identificados, no se pueden agrupar indistintamente en una misma causal; cada fundamento debe exponerse por separado y respetando la correspondencia con el dislate esgrimido.

4.1. Ha sido reiterativa esta Colegiatura al señalar, que la violación directa únicamente se produce *«cuando, el*



*funcionario deja de emplear en el caso controvertido, la norma a que debía sujetarse y, consecuentemente, hace actuar disposiciones extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la norma rectora del asunto yerra en la interpretación que de ella hace. También ha sido criterio reiterativo de la Sala, que cuando la denuncia se orienta por esta vía, presupone que el acusador viene aceptando plenamente las conclusiones fácticas deducidas por el Tribunal» (CSJ AC4048-2017 del 27 de jun., Rad. 2014-00173-01). Lo que caracteriza esa clase de ataque es su total prescindencia de la cuestión probatoria, pues se presenta «directamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio» (CSJ, GJ. LXXXVIII, 657).*

Quiere decir lo anotado, que en los eventos en que la censura descansa en la transgresión de la norma sustancial recta vía se requiere, a más de la aceptación de todos los hechos que en ella se tuvieron por probados, que el impugnador demuestre qué textos legales sustanciales resultaron inaplicados, aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados, sin que para ello baste indicar los preceptos que se dice violados en alguna de las modalidades referidas, sino que es perentorio acreditar que el juzgador realizó un juicio reglamentario completamente equivocado y alejado de lo que las normas reconocen, mandan o prohíben, en la medida que esta causal «*Se trata de una pifia eminentemente jurídica, ajena a los hechos del caso o a la valoración probatoria, que se configura en la determinación de la premisa mayor del silogismo jurídico, esto es, en la proposición normativa que ha de servir para efectuar el proceso de subsunción de la plataforma material»* (CSJ SC 2930-2021, Rad.2012-00542-01).

4.2. La vía indirecta lleva inmersa la disconformidad con el trabajo valorativo que hace el *ad quem*, bien como consecuencia de un error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por la indebida interpretación que hace de la demanda o su contestación, ora cuando supone, omite o altera el contenido de los elementos de convicción que le sirven de soporte a su resolución, con la connotación de ser manifiesta y trascendente, de suerte que la apreciación realizada se muestre alejada de la realidad procesal, absurda, o sin justificación, pero, además, que influya en la manera en que se zanjó el debate, generando así la trasgresión de las disposiciones sustanciales llamadas a operar en la contienda sometida al conocimiento de la jurisdicción, que de no haber ocurrido el resultado sería distinto.

Criterio que descansa en el hecho de que «*el juzgador de instancia, con sujeción a los aspectos objetivos y jurídicos de los medios de prueba, tiene la clara atribución de estimarlos conforme a las reglas de la sana crítica y arribar a las conclusiones pertinentes que sustenten el correspondiente fallo. Por esta razón en principio, tales conclusiones deberán mantenerse, a menos que el sentenciador hubiese incurrido en error evidente de hecho o en error de derecho trascendente, para quebrar el fallo atacado*»<sup>6</sup>; y en ese orden, la doble presunción de legalidad y acierto con las cuales arrima el proveído «*no se puede socavar mediante una argumentación que se limite a esbozar un nuevo parecer, por ponderado o refinado que sea, toda vez que, in abstracto, tanto respeto le merece a la Sala el criterio que en esos términos exponga la censura, como el que explicitó el fallador para*

---

<sup>6</sup> CSJ SC de 10 de dic. de 1999, Exp. 5277, reiterada SC de 19 de sept. de 2006, Exp. 1999-00633-01 y SC2768-2019, de 25 de jul. de 2019, Rad 2010-00205-03.

*soportar su decisión judicial» (CSJ SC de 5 de feb. de 2001, Exp. n.º 5811). Así lo ha ratificado esta Corporación al decir, que «si en la impugnación se presenta simplemente un ejercicio de ponderación probatoria diferente, la Corte no tiene alternativa distinta a la de atender la valoración del juzgador, en virtud de la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida su sentencia, lo que impone que sus conclusiones en torno del examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración del inocultable yerro apreciativo» (CSJ SC876-2018, Rad.2012-00624-01).*

Por ello, deviene indispensable que en los eventos en que se alegue un error de hecho, le incumbe al recurrente identificar los medios de prueba sobre los cuales recayó la equivocación, y demostrar de qué manera se generó su preterición o cercenamiento, para que quede en evidencia que la valoración del juzgador fue absurda, alejada de la realidad del proceso o se hizo sin ninguna justificación.

4.2.1. Existe desvío de hecho cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de la demanda o de los medios de convicción, siempre y cuando dicha anomalía tenga la connotación de trascendente, por influir en la definición de la contienda, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, motivo por el cual, quien lo alega tiene a su cargo la tarea argumentativa de acreditar lo que aparece palmario o demostrado con contundencia, la protuberante inconsistencia entre lo que objetivamente se desprende de tales pruebas y las conclusiones de aquél, así como la trascendencia del dislate sobre lo resuelto. Esta Corte ha sido reiterativa al señalar que

*«el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, ‘cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio’ del juez ‘está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio’, lo que ocurre en aquellos casos en que él ‘está convicto de contraevidencia’ (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es ‘de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso’ (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que ‘se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía’ (G. J., T. CCXXXI, página 644)». (Sent. de 21 de feb. de 2012, Rad. 2004-00649, reiterada el 24 de jul. siguiente, Rad. 2005-00595-01).*

De donde se sigue, que la carga de demostrar el error recae exclusivamente en el censor; empero, *«esa labor no puede reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley»*. (CSJ SC, 15 jul. 2008, Rad. 2000-00257-01; CSJ SC, 20 mar. 2013, Rad. 1995-00037-01).

4.2.2. En tanto que el vicio de derecho supone la conformidad con el contenido objetivo de la prueba, pero se reclama su indebida estimación, por mediar la violación de normas de disciplina probatoria que atañen con la

aportación, admisión, producción o estimación de estas. Así lo ha indicado esta Colegiatura diciendo, que

*«la equivocada contemplación jurídica de la prueba tiene lugar cuando el juez interpreta erradamente las normas que regulan su producción o eficacia, o su evaluación. De manera que su ocurrencia, tal cual se ha indicado, por lo general puede tener lugar en uno cualquiera de estos eventos: a) cuando se aprecia un medio que fue aducido sin la observancia de los requisitos necesarios para su producción, es decir, cuando se infringe el principio de legalidad; b) cuando no se evalúa el medio de convicción allegado por estimar erradamente que fue obtenido en forma ilegal; c) cuando a la prueba se le confiere un valor persuasivo prohibido en la ley; d) cuando se le niega el mérito probatorio a pesar de la ley otorgarle esa virtud; e) cuando se valora siendo una prueba inconducente; y, f) cuando se exige para probar determinado hecho o acto una prueba especial que la ley no requiere para ese efecto» (CSJ. SC de 12 de feb. de 1998, Exp. 4730).*

Cuando se alega el quebranto de una norma sustancial por errores de derecho *«se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción»*, ello atendiendo que tal yerro se configura cuando *«la prueba fue exacta y objetivamente apreciada, pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia» (CSJ SC, 19 oct. 2000, Rad. 5442).*

Se ha dicho, además, que es ineludible que el recurrente, al sustentar su inconformidad, *«guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia» (CSJ SC, 19 dic. 2005, Rad. 7864; CSJ SC, 9 abr. 2008, Rad. 2000-00435; CSJ AC, 29 jul. 2010, Rad. 2005-00366).*

5. En el presente caso, los cargos esgrimidos en la censura no tienen vocación de prosperidad, por las razones que adelante se exponen, pero por aspectos metodológicos la Corte primero examinará los perfilados por la vía indirecta y posteriormente los apoyados por la senda directa.

5.1. En **la primera acusación** se endilga quebranto de la ley sustancial en forma indirecta a causa de errores de hecho y de derecho en la valoración de las pruebas.

5.1.1. En torno a los primeros explicó, que el *ad quem* se equivocó al negar el reconocimiento de los perjuicios por daño emergente, señalados en el concepto de «*mayores costos de operación*», pese a que de las pruebas que individualizó se podía deducir la existencia y cuantía del menoscabo aludido.

Respecto a tal punto, se advierte que en el fallo se negó el mentado resarcimiento por su falta de demostración.

El Tribunal, para ello consideró, que tal detrimento no se probó, porque el peritaje elaborado para tal fin fue insuficiente, pues el técnico que asesoró al perito asumió como «*mayores costos de operación comercial*», sin más análisis, los que la actora reclamó en su demanda; porque no se requerían «*conocimientos técnicos, científicos o artísticos, al menos para establecer algunos componentes de dicho rubro tales como el costo de operación y mantenimiento; el costo de combustible utilizado durante las pruebas de los equipos; y, el monto de los ingresos recibidos en bolsa por la generación real de la planta durante las pruebas....*». Consideró

que el técnico se equivocó al sostener que no era necesario acudir a la contabilidad de Isagén para establecer los montos, porque *«resultan de aplicar una regla del mercado para establecer unos ingresos que se vieron afectados en el evento»*, pese a que tales dineros *«no aluden a ingresos sino a gastos...»*. Indicó, que la exhibición de documentos no se llevó a cabo, y que los allegados por la parte actora no tenían mérito probatorio, pues se aportaron en copia simple.

En oposición a dicha conclusión, la censora refirió la preterición de la declaración de Mónica Paola Flórez Estrada, empleada de tal extremo, quien se pronunció sobre dicho perjuicio; también, del dictamen que adjuntó con su demanda, en el que se cuantificó tal daño y que, estima, era plena prueba, pese a no haber sido ratificado; del peritaje de una contadora que se pronunció sobre la legalidad de su contabilidad; de los *«informes Diarios Sobre Proceso de Ensamble Turbogenerador de Vapor»*, y de *«la carta del 13 de febrero de 2003 suscrita y dirigida por el Sr. Emiliano Salazar Barco (director de bienes y servicios de Isagén) a Mundial de Seguros»*, y el anexo técnico elaborado por el asesor Jaime Blandón, documental que dio cuenta, de una parte, de los trabajos que se hicieron para la reparación de la maquinaria, y de otra, de la cuantificación y explicación del perjuicio; esgrimió igualmente la indebida valoración del trabajo del perito Norberto Duque, y de la declaración del experto que lo asesoró, quienes se fundaron en sus propios cálculos para determinar el daño emergente.

La Corte, desde antaño, ha sostenido que cuando se alega el error de hecho es necesario que:

«... el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido que no basta relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada». (CSJ SC de 14 de may. de 2001, reiterada en CSJ SC de 19 de dic. de 2012, Rad. 2006-00164-01).

Desde tal perspectiva, le correspondía al recurrente demostrar el yerro de facto, esto es, precisar cómo se generó la suposición, preterición o cercenamiento de las pruebas, sin que fuera suficiente exponer una propia apreciación de ellas para contraponer ese análisis al que hizo el *ad quem*.

Y es que, si en la impugnación se presenta un ejercicio de ponderación probatoria disímil al del fallador, en el que, según quien la formula, debe prodigarse mayor valor a unas probanzas que a otras, la Corte no tiene alternativa distinta a la de prohijar aquella y no ésta, en razón a la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida su sentencia, lo que impone que sus inferencias en torno del examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración plena del inocultable yerro apreciativo.

Deviene entonces que, para la viabilidad del cargo, resulta imperativo acreditar que, a causa de yerros manifiestos y trascendentes, las conclusiones del juzgador



fueron contraevidentes e insostenibles en confrontación con las pruebas, inferencia que, además, es la única alternativa para resolver el litigio, pues la simple divergencia entre la opinión del censor y el criterio del Tribunal no está autorizado en la ley como motivo de casación, en tanto que atentaría contra la autonomía del juzgador en la valoración del material demostrativo: *«no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas de aquéllas a las que llegó el Tribunal, pues la mera divergencia conceptual –por atinada que resulte, se agregano demuestra por sí sola error de hecho»*. (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2006-00104-01).

Es necesario recordar que, conforme se indicó en precedencia, por la esencia de la función jurisdiccional, el fallador goza de plena autonomía en la apreciación probatoria -sin que ella llegue a comportar arbitrariedad alguna- de manera que sólo el error manifiesto, evidente y trascendente, es decir, el que brota a simple vista y se impone a la mente como craso, inconcebible y sin necesidad de acudir a dispendiosas elucubraciones, es susceptible de apoyar la causal de casación que por esta vía daría al traste con el pronunciamiento impugnado.

En el cargo que se analiza, el casacionista se limitó a oponer a la labor del Tribunal su propio punto de vista, pero sin confrontar las probanzas que arguyó pretermitidas o indebidamente valoradas con las razones medulares de la negativa al reconocimiento del perjuicio examinado.

Así, mientras que el juzgador fundó su determinación en la ausencia de prueba del menoscabo, y en la deficiencia del peritaje que decretó para arribar a tal certeza, el demandante en oposición se limitó a proponer su propia visión para la resolución del litigio, y en tal camino exponer que de las evidencias que reseñó se podía deducir el daño.

Ello, porque Mónica Paola Flórez Estrada se pronunció sobre él, una auxiliar de la justicia adujo que su contabilidad respetaba la ley, que los *«informes Diarios Sobre Proceso de Ensamble Turbogenerador de Vapor»*, y de *«la carta del 13 de febrero de 2003 suscrita y dirigida por el Sr. Emiliano Salazar Barco (director de bienes y servicios de Isagén) a Mundial de Seguros»* demostraban aquel proceso de reparación de la maquinaria y los cálculos que hizo, y que tanto el dictamen allegado como el que se practicó en el proceso dieron cuenta del mismo.

Es decir, en ningún momento se confrontó el núcleo de la determinación a la luz de las pruebas individualizadas en el cargo; no se expuso cómo los gastos calificados como *«mayores costos de operación»*, asimilados por el *ad quem* a un daño emergente, fueron asumidos efectivamente por la demandante, ni que su erogación tuviera respaldo probatorio en el expediente, como para de allí deducir que las conclusiones del Tribunal sobre el punto fueron manifiestamente equivocadas por la apreciación que hizo de las pruebas.

El yerro de valoración del sentenciador no fue glosado de manera clara y precisa, como lo exige la normatividad, al

punto que no explicó en qué aparte de la declaración de Mónica Paola Flórez Estrada se reveló, concretamente, la forma en que Isagén desembolsó las sumas reclamadas, las circunstancias de su pago, o la cuantía de las mismas; tampoco la razón por la que la afirmación de la auxiliar de la justicia, según la cual su contabilidad estaba acorde con la normatividad, era prueba concluyente del egreso efectivo asumido por Isagén; o por qué los «*informes Diarios Sobre Proceso de Ensamble Turbogenerador de Vapor*», y «*la carta del 13 de febrero de 2003 suscrita y dirigida por el Sr. Emiliano Salazar Barco (director de bienes y servicios de Isagén) a Mundial de Seguros*» eran suficientes para extraer tal certeza, como tampoco el por qué el dictamen aportado, y el que se practicó en el proceso, demostraban las sumas pagadas por la demandante como consecuencia de las averías sufridas por la obra contratada, y que el Tribunal no vio, pese a su evidencia y trascendencia.

Como ya se refirió, en lugar de adelantar tal labor, el impugnador se limitó a exponer su propia opinión sobre el material mencionado, que aun cuando pudieran referir a la ocurrencia del daño y las obras realizadas no tienen la entidad de desvirtuar la conclusión del tribunal sobre la no acreditación del perjuicio atañadero a los «*mayores costos de operación comercial*» y sobre todo de su cuantía.

Así las cosas, cualquier razonamiento dirigido a que se vuelva a examinar la situación fáctica, por mostrar la casacionista discordancia frente a la evaluación crítica del fallador, resulta estéril si no se deja al descubierto la magnitud y trascendencia del desacierto que se produjo al

apreciar las pruebas que sirvieron de sustentó en la definición del caso .

En general, el impugnante apenas expuso cuál, en su sentir, debía ser el mérito de los elementos demostrativos a los que hizo referencia, sin poner de presente la evidencia de la equivocación, de tal modo que amén de que no fueran requeridos mayores estudios para establecer que se estructuró, la conclusión presentada en la censura necesariamente se erigía en la única plausible para solucionar el litigio, y frente a ella la tesis expuesta por el juzgador resultaba contraevidente e insostenible.

La solución dada por el Tribunal no luce contraria a lo que las pruebas dicen, pues como afirmó, quien asesoró al perito en la elaboración de sus cálculos, sus resultados en torno a *«los costos de combustible y transporte, y los costos de arranque y parada fueron solicitados directamente a Isagén por lo tanto este perito no verificó directamente que correspondieran a costo real...»*, y ninguna de las pruebas permiten llegar a la certeza de la efectiva disminución del patrimonio de la actora, como consecuencia de un pago de los conceptos que integran el perjuicio aquí controvertido.

En suma, el casacionista no cumplió con la carga procesal de demostrar los yerros endilgados al sentenciador, con la connotación de evidentes, pues no bastaba, simplemente, con hacer un recuento general de las pruebas, ya que *«en tal momento de su discurso se halla el censor apenas comenzando su camino, porque a él -no al tribunal de casación- incumbe*

*además acreditar en qué forma ese medio probatorio supuestamente olvidado sí acredita el hecho cuya presencia en autos se reclama. Pues demuestra quien prueba, no quien enuncia, no quien envía a otro a buscar la prueba» (CSJ AC, 10 abr. 2014, Rad. 2007-0343)*

5.1.2. En este ataque también se acusó la sentencia de incurrir en un error de derecho, porque allí se consideró que el peritaje rendido por José Norberto Duque no servía para tasar el daño emergente, aun cuando, desde su punto de vista, dicha información sí se podía deducir con base en cálculos matemáticos, y existe libertad probatoria.

Lo primero que hay que mencionar es que el recurrente, desatendiendo las reglas técnicas de la casación, de forma impropia acusó, la incursión de error de hecho por apreciar, indebidamente, dicha probanza confutando la labor valorativa que hiciera de esta el tribunal, y en este aparte del cargo le endilga yerro de derecho, lo que no es de recibo, habida cuenta que como se explicitó líneas atrás, esta tipología parte del supuesto que el juez es consciente de la existencia objetiva de la prueba pero controvierte su estimación ante la trasgresión de las disposiciones de disciplina probatoria, lo que torna incompatibles los reproches, y por sí solo tornan ineficaz este ataque.

Pero aun pasando por alto lo anotado, se tiene que el juzgador, luego de valorar la aludida pericia, estimó que con ella no se acreditó el daño emergente, pues de él no se deducían las erogaciones hechas por la demandante, además, de no consultar la contabilidad de tal extremo -en

la cual indiscutiblemente tendrían que estar asentados los registros que dieran cuenta de aquellos gastos- ni se entiende como se podría tasar tal perjuicio, consistente en pagos por «costo de arranque — parada de las unidades», «costo de operación y mantenimiento», «costo de combustible utilizado durante las pruebas de los equipos», «menos los ingresos recibidos en bolsa por la generación real de la planta durante las pruebas», mediante una regla de mercado.

Ante tal razonamiento, la impugnante se concentró en rebatir la valoración que el *ad quem* hizo de tal prueba, por considerarla inadecuada al no extraer las conclusiones que, en su opinión, debió deducir, esto es, la evidencia del menoscabo mencionado.

Por ello, es claro que el presunto yerro alegado nada tiene que ver con la violación de las normas que regulan la aportación, admisión, producción o estimación formal de las pruebas, que es lo que configura el error de derecho, de ahí que la inconformidad aludió más a una cuestión material de las pruebas, que atañe una apreciación indebida, y no jurídica, pues la acusación no se enfiló contra su aptitud probatoria formal.

Es indiscutible la diferencia existente entre la fuerza probatoria formal y la material, pues mientras la primera dice relación a que el medio cumpla con los requisitos legales para poder ser tenido en cuenta dentro del proceso, la segunda significa que es adecuado para proporcionar al caso concreto los motivos suficientes para formar en la mente del

sentenciador la convicción respecto del hecho investigado.

Por ende, por no haberse explicado de manera precisa en qué consistió la infracción de las normas probatorias, el fracaso del cargo se impone.

5.2. El **tercer reproche** atribuyó error de hecho en la apreciación de «*la prueba documental referida a las cláusulas del amparo básico de la póliza de seguro de cumplimiento expedida por Mundial de Seguros*» y de «*la cláusula contractual*», arguyendo que no se tuvo en cuenta que en la póliza se incluyó el amparo expreso de los «*perjuicios patrimoniales*», sin excluir de ellos los causados por lucro cesante.

De forma desafortunada la opugnante frente a una misma probanza, como lo es la póliza de cumplimiento expedida por la interpelada, que sirve de fundamento a la pretensión resarcitoria, puntualmente de la cláusula de amparo básico, le atribuye al juzgador la incursión de errores disimiles, habida cuenta que reprocha su preterición, pero simultáneamente le endilga un dislate interpretativo, al no apreciar que dicha cláusula cobija el lucro cesante, lo que afecta la claridad y precisión del cargo, porque resulta a todas luces contradictorio aducir que el funcionario creyó equivocadamente en la inexistencia del medio de prueba en el proceso (preterición), y paralelamente que al existente le dio una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido (tergiversación), lo que de suyo desdice del carácter ostensible y protuberante del pretense error, indispensable en casación para afectar la legalidad de la sentencia,

circunstancias estas que sin necesidad de mayor disertación tornaría ineficaz la censura así planteada.

Empero, valga anotar, que el *ad quem*, frente a tal temática, determinó que la convocada no estaba obligada a indemnizar a la actora perjuicios por lucro cesante, para lo cual examinó no sólo el convenio asegurativo, sino el que fue objeto del amparo de cumplimiento, en el que Isagén y General Electric International inc. estipularon que la contratista no pagaría los montos correspondientes a lucro cesante, concluyendo que tal vínculo constituía ley para las partes y también para el asegurador, pues éste, conforme a las previsiones de los artículos 1096 y 1099 del Código de Comercio, al pagar la indemnización «*se subrogará por ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, lo que de suyo implica sustituir a aquel (obviamente hasta el importe de la suma pagada) en la reclamación que pudiera hacer el contratista, y es obvio que esa reclamación, por haberlo pactado así, no podría incluir el lucro cesante de la Planta ni los costos financieros aludidos*».

Queda visto entonces que, frente a este tópico, el pilar del fallo no fue, exclusivamente, el contenido de la póliza de seguro de cumplimiento, que se dijo indebidamente valorada sino, primordialmente, lo convenido en la cláusula «*vigésima sexta*» del contrato «*llave en mano*», ya referenciado y que sirvió de fundamento para pactar el de garantía.



Síguese entonces, que la acusación no fue integral, esto es, no controvirtió todos los fundamentos de la decisión, pese a que, como lo ha adoctrinado la Sala:

*... cuando la sentencia objeto del recurso está lógicamente apoyada en fundamentos probatorios múltiples, desvirtuar la presunción de acierto de las conclusiones fácticas del Tribunal supone un ataque panorámico, como lo ha denominado la Corporación, es decir, una impugnación que comprenda todos los soportes probatorios que fincan la decisión, porque si ésta es parcial, así se demuestren los errores denunciados, los fundamentos no controvertidos y determinantes de ella, la siguen manteniendo y por ende el cargo fracasa, porque la presunción de acierto continuaría vigente. Se reitera, siempre y cuando ellos sean suficientes, per se, para fundar la resolución (CSJ SC, 25 oct. 1999, Rad. 5012)*

Puntualizando en tiempos más recientes que

*(...) en la órbita del recurso de casación -ha dicho en forma inveterada y uniforme la jurisprudencia de esta Corporación-, el recurrente, en orden al quiebre del fallo, debe desquiciar todos los fundamentos que sirven de basamento a la decisión, no sólo porque ésta se encuentra revestida por una presunción de acierto y legalidad en cuanto a los aspectos fácticos y jurídicos tomados en consideración por el fallador, sino porque este recurso extraordinario, por su naturaleza dispositiva, impone al recurrente presentar un ataque completo contra los soportes del fallo, dado que la Corte no puede enmendar o suplir falencias de las acusaciones (CSJ SC17197-2015)» (CSJ SC3365-2020, reiterada SC3678-2021 Rad. 2016-00215-01).*

Sobre lo anterior, conviene memorar lo expresado por la doctrina jurisprudencial de esta Corporación conforme a la cual, la carga procesal atribuida al recurrente «reclama que su crítica guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia» (CSJ SC, 19 dic. 2005, Rad.

7864; CSJ SC, 9 abr. 2008, Rad. 2000-00435; CSJ AC, 29 jul. 2010, Rad. 2005-00366).

La precisión o exactitud de una explicación, por lo tanto, está estrechamente relacionada con su atinencia frente a lo que constituye el objeto del enunciado, así como con su completitud, esto es, con su cualidad para erigirse en condición suficiente para minar las bases de la providencia impugnada, proceder que no fue atendido por el recurrente, quien se limitó a alegar un error de apreciación de la póliza en punto de su cobertura, dejando de lado el otro pilar, referido al alcance que el tribunal dio al contrato «*llave en mano*» frente a la aseguradora y la exclusión de la responsabilidad por lucro cesante allí pactada.

5.3. En los cargos segundo y cuarto la reclamante endilgó la trasgresión directa de la ley sustancial.

En la primera de tales acusaciones sostuvo que se quebrantaron los artículos los artículos 2 y 4 de la Ley 225 de 1938; 1, 822, 1045, 1054, 1056, 1077 y 1088 del Código de Comercio; y 1602, 1610, 1613, 1614, 1615, 2056 y 2059 del Código Civil, porque el fallador «*calificó, indebidamente, como lucro cesante los perjuicios narrados en los numerales 28.2, 28.3 y 28.4 del capítulo V. de la demanda, como resultado de una consideración netamente jurídica basada en los conceptos legales de daño emergente y de lucro cesante*».

En la segunda censura expuso la violación directa de los artículos 2 y 4 de la Ley 225 de 1938; y de los artículos

1036, 1045, 1056 y 1088 del Código de Comercio, porque se desconoció que *«el asegurador asume una obligación propia y distinta de aquella que tiene el deudor del contrato amparado, surgida del contrato de seguro, cuyo objeto o prestación pueden determinarlo las partes del contrato de seguro»*.

Los ataques así planteados igualmente desatienden las exigencias técnicas que impiden su prosperidad.

En efecto, tanto el numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil como el numeral 3º del artículo 344 del Código General del Proceso establecía y establece que la formulación de los cargos debe hacerse *«en forma clara y precisa»*.

Así mismo, la Corte ha insistido en que cuando la censura se enfila por la vía directa *«resulta impropio y, por ende, alejado de la técnica, que en la fundamentación del cargo enfrente las conclusiones a que ha llegado el tribunal en el examen de los hechos...»*. (CSJ G.J. CLXXXVIII, p.173)

5.3.1. Tales requerimientos fueron desatendidos por el recurrente, toda vez que, en el **cargo segundo**, pese a imputar al Tribunal la violación recta vía de normas de derecho sustancial, invocando una pluralidad de disposiciones, cuando sustentó tal infracción la restringió a la indebida interpretación que el juzgador hizo de una que no tiene ese carácter, como lo es el artículo 1614 del Código Civil, cuya naturaleza es meramente definitiva.

Aunado a ello, cuestionó la valoración que aquel hizo de la demanda, en especial, de los «*numerales 28.2, 28.3 y 28.4 del capítulo V. basada en los conceptos legales*», al calificar aquellos rubros como un lucro cesante y no daño emergente, incurriendo así en un entremezclamiento inadmisibles en casación.

Memórese, que al acudir a la vía directa el recurrente acepta las conclusiones probatorias del tribunal y los reproches están vinculados exclusivamente a la selección normativa para la definición del caso, sea porque aplicó las que no correspondían o dejó de aplicar las pertinentes, o bien la indebida interpretación que hiciera de las escogidas.

Empero, en el *sub examine* el opugnante acude a este sendero, pero en la sustentación lo que hace es cuestionar las conclusiones fácticas del sentenciador, en tanto censuró que hubiera calificado como lucro cesante los perjuicios que de forma genérica se indicaron en la demanda como simplemente «*patrimoniales*».

Ahora bien, dejando de lado tal falencia, si como se precisó en precedencia la trasgresión recta vía impone al opugnante demostrar que el juzgador realizó un juicio reglamentario absolutamente desatinado y apartado de lo que las normas reconocen, mandan o prohíben, a este se le imponía poner de relieve el por qué la calificación que hiciera el juzgador «*fruto de una consideración netamente jurídica*» apoyado en la definición contenida en el artículo 1614 del Código Civil y precedentes jurisprudenciales de esta colegiatura trasgrede

el abanico de disposiciones denunciadas, carga que desatendió.

El recurrente afirmó que la equivocación del tribunal consistió «*en haber concluido que el lucro cesante corresponde a ingresos perdidos, con independencia de que los mismos constituyan o no una ganancia en términos comerciales*», mientras que el colegiado de cara a dichos conceptos expuso que «*el lucro cesante es el ingreso que no se reportó o reportará en el patrimonio del afectado, califique o no como "ganancia" en términos estrictamente mercantiles; o también el beneficio que, conforme al desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos, "fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría producido, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se producirá. Dicho en otras palabras, lucro cesante es el aumento del patrimonio que se frustra a consecuencia del incumplimiento de la obligación, al paso que daño emergente, es la disminución efectiva del mismo*». Inferencia que por sí sola no luce absurda o contraria a lo que la norma prevé.

Aplicando tal entendimiento a los ítems «*energía dejada de producir para vender en bolsa*», «*perdida de ingreso cargo por capacidad*» y «*perdida del ingreso futuro del cargo por capacidad*» estableció «**que en verdad no dan cuenta de gastos realizados por la accionante a consecuencia del daño del equipo** sino de sumas que dejaron de ingresar a su patrimonio y que, en el orden normal de los acontecimientos, esto es, de no haber mediado el daño en el turbogruppo a vapor, hubieran ingresado. No se trata entonces de una pérdida patrimonial sino de un ingreso que dejó de percibirse a raíz del referido incumplimiento contractual» (negrillas de la Sala).

Y es que el estudio del tribunal se centró en establecer cuáles de los rubros solicitados por el demandante

calificaban como daño emergente, pues la comprensión con relación a las estipulaciones de la póliza de cumplimiento y el contrato de «*llave en mano*» fue que sólo esta tipología estaba amparada, de suerte que avaló esa condición respecto de los «*mayores gastos por operación comercial*», en tanto que de los restantes, al encontrar que ellos **no dan cuenta de gastos realizados por la accionante a consecuencia del daño del equipo** los descalificó como tales y, consecuentemente, los ubicó en la categoría de lucro cesante, apoyado, incluso, en el hecho de que «*la reclamación realizada por ISAGÉN a la Previsora con base en la referida póliza, lo fue por LUCRO CESANTE (f. 491 y 492 c. 2 ppal.), habiéndose incluso advertido allí a la destinataria "para efectos de los derechos de subrogación que como consecuencia de una indemnización bajo la póliza de la referencia surgirían en cabeza de La Previsora S.A., que también se está formulando una reclamación ante la Compañía Mundial de Seguros, teniendo en cuenta que existe una póliza de cumplimiento (Calidad y Correcto Funcionamiento) tomada por el contratista para garantizar las obligaciones adquiridas dentro del contrato mencionado"*» y en un precedente arbitral en el que se examinó un tema análogo.

Acorde con lo anotado, la acusación, en estrictez, se limitó a expresar la calidad de daño emergente, en un sentido extendido, que pueden tener algunos valores en la actividad energética como los reclamados en el escrito genitor, pero no evidenció cuál era el sentido correcto de la referida norma que fue injustificadamente desatendido por el Tribunal y cómo esto vulneró las disposiciones que sí tienen el carácter de sustanciales incluidas en la acusación, en donde, por demás, ese dislate en la valoración que hizo del escrito genitor sobre la

calificación de tales conceptos estaba llamado a controvertirse a través de la senda indirecta.

5.3.2. Por su parte el **cargo cuarto**, pese a citar las normas que denunció infringidas por el sentenciador, no expuso, con la claridad y precisión, en dónde estuvo la falencia interpretativa que cometió, o la falta de aplicación al caso concreto, amen que su discurso se dirigió a exponer su propio punto de vista en torno a la posibilidad de que un seguro de cumplimiento pueda amparar los perjuicios que no asuma el tomador en el vínculo primigenio, en contraposición a la inferencia asumida por el tribunal, lo que no pasa de ser una divergencia de criterios, insuficiente en casación para soportar la acusación, máxime cuando allí no se explicitó en qué consistió el quebrantamiento directo de las normas a las que hizo mención.

Valga decir, se dejó de indicar, clara y concretamente, la forma en la que debían o no ser aplicadas las normas citadas por el recurrente, tampoco se explicó en qué consistió el yerro jurídico en que se incurrió en la sentencia, amen que no basta para ese propósito exponer la consecuencia negativa de la decisión, puesto que *«Si la censura se construye acusando la sentencia de trasgredir, en forma directa, una norma sustancial, el censor debe acreditar que, sin alterar la representación de los hechos que se formó el tribunal a partir del examen del material probatorio, el ordenamiento jurídico imponía una solución de la controversia opuesta a la adoptada en la providencia que puso fin a la segunda instancia»* (CSJ SC3907-2021 de 8 de sept. Rad. 2011-

00181-01). Labor que de manera alguna adelantó la recurrente.

Proceder que, además, contraviene manifiestamente las reglas establecidas para la sustentación de la acusación, teniendo en cuenta que:

*«... las acusaciones imprecisas o las ayunas de claridad –v.gr. las totalmente desenfocadas, las alambicadas, farragosas o las etéreas-; los reproches que, por situarse en la periferia o, en el mejor de los casos, en el umbral del raciocinio judicial pertinente, no permean la almendra de la providencia que emana del fallador; o las glosas que, por generales, vagas o panorámicas, no descienden cabal y puntualmente a la médula de la decisión del Tribunal o al análisis de la prueba respectiva, no están en consonancia con las reglas que, de marras, estereotipan la casación (...).» (CSJ. SC 003 del 5 de feb. de 2001).*

6. Consecuente con lo argumentado los cargos esgrimidos por la casacionista no pueden prosperar.

7. Finalmente, ante el fracaso de la súplica extraordinaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la recurrente. Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho correspondientes, y para su cuantificación se tendrá en cuenta que la impugnación extraordinaria fue replicada por la parte contraria.

## **DECISIÓN**



En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. NO CASAR** la sentencia del 8 de mayo de 2014, aclarada el 19 de diciembre siguiente, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, dentro del asunto referenciado.

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas de la casación a la recurrente, y en su liquidación se deberá incluir la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000) por concepto de agencias en derecho en favor de los opositores.

**TERCERO. ORDENAR** que, en oportunidad, se remita el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**  
(Presidente de la Sala)

**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO**

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

## **Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):**

Francisco Ternera Barrios

Álvaro Fernando García Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 945062A4B2FC826E3A0F080D93D6055E1292CDB108C6D122173A362A36EA33BB**

**Documento generado en 2021-10-29**