

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

106-132

106-132

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC296-2021

Radicación n.º 05001-31-03-013-2010-00006-01

(Aprobado en sesión virtual de diecisiete de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).-

La Corte decide el recurso extraordinario de casación que el demandante, **ALMACENES ÉXITO S.A.**, interpuso frente a la sentencia del 8 de septiembre de 2016, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que adelantó contra la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA.**

ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En la respectiva demanda se solicitó:

1.1. Declarar que el contrato de seguro de cumplimiento celebrado entre Almacenes Éxito S.A. y Confianza, terminó su vigencia el 21 de octubre de 2008, fecha en la que se le comunicó a la última, la decisión del tomador y del asegurado y beneficiario, de finiquitar ese vínculo, *“o desde cuando se demuestre en el proceso que ocurrió dicha terminación”*.

1.2. Declarar que, por lo anterior, la aseguradora está obligada a restituir al demandante, la parte de la prima no causada a partir de la mencionada calenda, que asciende a novecientos cuarenta y siete millones de pesos setecientos veintisiete mil trescientos cuarenta y seis pesos (\$947.727.3469).

1.3. Condenar en consecuencia a la convocada, a restituir a su contraparte dicha suma, o la que se demuestre en el juicio, más los intereses moratorios comerciales causados a partir del 22 de octubre de 2008, o subsidiariamente la corrección monetaria del monto a devolver.

2. La causa petendi

En sustento de las mencionadas súplicas se indicó:

2.1. El 31 de agosto de 2007, Almacenes Éxito S.A. y la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ajustaron un contrato de estabilidad jurídica, con el propósito de que aquél adelantara, en el plazo de cinco años,

un programa de inversión en lotes, construcción y dotación, por trescientos ochenta y ocho mil quinientos treinta y cinco millones de pesos (\$388.535.000.000).

2.2. En la cláusula décima del convenio se pactó que Almacenes Éxito S.A. debía adquirir una garantía de satisfacción de las obligaciones a su cargo, equivalente al 10% de la inversión total, cuya vigencia fuera igual al plazo del negocio jurídico más cuatro meses.

2.3. En consonancia con ese compromiso y por el monto acordado, Almacenes Éxito S.A. tomó de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza, la póliza de garantía única de cumplimiento, para asegurar y beneficiar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, durante la vigencia que va del 18 de octubre de 2007 hasta el 2 de octubre de 2012, a cambio de una prima de mil doscientos veintitrés millones quinientos noventa y siete mil ochocientos cuarenta y un pesos (\$1.223.597.841).

2.4. Al eliminarse con el Decreto 1474 de 6 de mayo de 2008, la exigencia de garantía única en los contratos de estabilidad jurídica, Almacenes Éxito S.A. y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, suscribieron un otrosí al mencionado contrato, mediante el cual dejaron sin efecto la referida cláusula décima.

2.5. Como consecuencia del Decreto y del otrosí, el 21 de octubre de 2008, Almacenes Éxito S.A. comunicó a la aseguradora Confianza, a través del intermediario Willis de

Colombia, que debía poner fin al aludido contrato de seguro de cumplimiento, y devolver la prima no devengada.

2.6. El 10 de noviembre de 2008, la aseguradora desestimó la petición del tomador del seguro de cumplimiento, para lo cual adujo: que el Decreto 1474 de 2008 no tenía efecto retroactivo y, por lo tanto, no aplicaba para los contratos de estabilidad jurídica suscritos con anterioridad a su fecha; que esa clase de pólizas es irrevocable; y que la ejecución del acuerdo garantizado es indivisible, lo que impide fraccionar la prima. Posteriormente, al responder un escrito de reconsideración, Confianza ratificó su determinación de no devolver la prima, con los mismos argumentos ofrecidos antes.

3. La actuación procesal

3.1. El Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda con auto de 25 de enero de 2010, disponiendo su trámite por la vía ordinaria y la notificación de la accionada¹.

3.2. Enterada personalmente del libelo inicial, la demandada lo respondió oportunamente, mediante escrito en el cual se opuso rotundamente al despacho favorable de las súplicas deducidas por la firma actora; respondió a cada uno de los hechos, afirmando ser ciertos algunos, y falsos y contradictorios otros; y alegó como excepciones de fondo, las que denominó (i) *“Irretroactividad del Decreto 1478 de 2008.*

¹ Folio 91 del c.1.

Irrevocabilidad del seguro de cumplimiento. El seguro continúa vigente"; (ii) *"Protección de un interés jurídico superior: patrimonio público, el cual es el mismo interés asegurable"*; (iii) *"Inexistencia del derecho a la devolución sobre la base de la indivisibilidad de la prima y la irrevocabilidad del contrato"*; (iii) *"Inconstitucionalidad"* y (iv) *"Genérica"*².

La primera defensa de mérito se basó en que el mencionado Decreto rige a partir de su promulgación por lo que no aplica para situaciones jurídicas consolidadas, como el contrato de estabilidad jurídica de que se trata; que los seguros de cumplimiento son de naturaleza irrevocable de acuerdo con normas de orden público; y que las primas, en esa clase de garantías, se devengan en su totalidad inmediatamente inicia el riesgo amparado.

La segunda desarrolló, como argumento, que el interés asegurable en el contrato de seguro de cumplimiento, es el patrimonio público, y como tal, cualquier disposición al respecto debe provenir de la ley, y no a un simple acuerdo de voluntades, otrosí, fundamentado en un Decreto que no tiene aplicación retroactiva.

La tercera la apoyó señalando que, según reiterada doctrina de la Superintendencia Financiera, la prima en los contratos de seguro de cumplimiento es indivisible, por lo que su causación se produce desde el mismo momento en el que la aseguradora asume el riesgo.

² Folios 93 al 109 del c.1.

La cuarta propiamente contiene una petición para que, en caso de encontrar una norma vigente y que aplique al caso, que transgreda la Carta Política, se haga uso de la excepción de inconstitucionalidad.

La quinta y última pide que se declare probada cualquier otra excepción, así no haya sido invocada.

3.3. La primera instancia culminó con fallo del 26 de marzo de 2015, proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Descongestión, que declaró probada la primera de las excepciones de mérito mencionadas, y de contera, desestimó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la actora³.

3.4. Apelado en tiempo el veredicto por el apoderado del accionante, el Tribunal lo confirmó mediante sentencia del 8 de septiembre de 2016, que a su turno fue recurrida en casación por dicho extremo⁴.

LA SENTENCIA DEL AD QUEM

Tras resumir lo acontecido en el litigio; dar por sentados los presupuestos procesales y materiales para dictar fallo de fondo; plantear que el problema jurídico a resolver en segunda instancia consiste en determinar si jurídicamente es procedente ordenar a la demandada devolver la porción de la prima pagada y no devengada del contrato de seguro de

³ Folios 330 a 356 del c. 1.

⁴ Folios 29 a 38 del c. 2.

cumplimiento celebrado entre las partes; y señalar el marco doctrinal y jurisprudencial de dicha fianza, destacando, en particular, que la revocación en el seguro de cumplimiento no es un tema pacífico, por ser aceptado solo por un sector minoritario de la doctrina, bajo la modalidad de “*revocación conjunta*”, en la que es indispensable un aviso escrito a la aseguradora proveniente del tomador y del asegurado; el Tribunal, a efecto de arribar a la decisión confirmatoria de la sentencia del *a-quo*, expuso los planteamientos concretos que enseguida se resumen:

1. El acogimiento de lo pretendido, aceptando en gracia de discusión la procedencia de la revocación del contrato de seguro de cumplimiento y el carácter divisible de la prima en esa clase de seguros, pasa por determinar el cumplimiento del requisito formal del artículo 1071 del Código de Comercio, vinculado a la demostración de la noticia escrita del tomador (Almacenes Éxito S.A.) y asegurado (Ministerio de Comercio, Industria y Comercio), con destino a la aseguradora (Confianza). La ausencia de la correspondiente prueba conduce a la negación de lo pretendido, al paso que su plena demostración habilita el estudio de fondo sobre la procedencia de la revocación, y la posibilidad de obtener la devolución de la prima pagada y no devengada.

2. La demandante insiste en que cumplió la referida carga probatoria, a partir de los siguientes medios de convicción: (i) el otrosí convenido entre el Éxito S.A. y el Ministerio, (ii) la comunicación del 21 de octubre de 2008

dirigida al intermediario de seguros Willis Colombia, (iii) la confesión realizada por la aseguradora al responder el hecho 11 de la demanda, y (iv) la devolución de la póliza por parte del Ministerio. A su turno, la demandada anotó que si bien Almacenes Éxito pidió por escrito a la aseguradora la revocatoria del seguro de cumplimiento, lo cierto es que la aludida cartera nunca presentó una solicitud semejante.

3. La revisión detallada de los distintos elementos de convicción practicados en el proceso, permite coincidir con la conclusión de la parte accionada, porque ninguno de ellos da cuenta de la existencia de noticia escrita proveniente del Ministerio, en orden a solicitar la revocación conjunta del seguro de cumplimiento, siendo conveniente realizar las siguientes precisiones sobre cada una de las pruebas:

3.1. Comunicación electrónica y el otrosí del contrato de estabilidad jurídica.

Se advierte la existencia de una comunicación electrónica remitida el 23 de octubre de 2008 por Lina María Quintero Quintero, agente de planeación financiera del Grupo Éxito, a Sandra Marcela Betancur, directora de finanzas de Willis Colombiana de Seguros, en la que la primera solicita a la segunda orientación *“en el trámite a seguir para la devolución de la prima no devengada”*, a la vez que adjunta el otrosí del contrato de estabilidad jurídica suscrito entre Almacenes Éxito S.A. y el mentado Ministerio.

La referida comunicación, pese a constituir un acto formal e inequívoco del Éxito, en el que manifiesta su intención de obtener la devolución de la prima no devengada como consecuencia de la supuesta revocatoria unilateral, lo cierto es que no vincula, ata o relaciona al Ministerio de Comercio, Industria y Comercio por no aparecer entre los intervinientes del mensaje, ya que la comunicación se trabó entre el tomador del seguro y la empresa intermediadora, y en ese orden, no existe allí ningún acto concreto de voluntad tendiente a expresar, comunicar o manifestar la voluntad revocatoria de la citada cartera.

Y no obstante que al correo electrónico se añadió el otrosí al contrato de estabilidad jurídica, esa sola circunstancia no evidencia la existencia de un aviso proveniente del Ministerio para comunicar a la aseguradora su deseo de dar por concluido el contrato de seguro, lo que se explica por dos razones: la primera, porque la noticia escrita de que trata el artículo 1071 del Código de Comercio reclama un acto especial, singular y preciso que pone en conocimiento la intención de extinguir anticipadamente el contrato de seguro, lo cual no se logra ni se cumple con la celebración del otrosí; y la segunda, porque en el otrosí no existe una sola manifestación clara, contundente y precisa para concluir que el Ministerio pretendió obtener la revocación el contrato de seguro que lo beneficiaba.

Al examinar con detalle el otrosí, se advierte que las partes eliminaron del contrato de estabilidad jurídica la exigencia del otorgamiento de pólizas de cumplimiento, pero

con todo, olvidaron precisar los alcances de esa supresión, esto es, si el acuerdo modificatorio se refería al otorgamiento de pólizas futuras, o si por el contrario cobijaba a garantías ya constituidas.

Llama también la atención el hecho de que en el acuerdo modificatorio no se hiciera referencia al contrato celebrado entre Almacenes Éxito S.A. y Confianza S.A., quedando librada al azar la suerte que tendría dicho vínculo, como consecuencia de la eliminación de la exigencia de la garantía, lo que lleva a preguntar: ¿En virtud de la modificación contractual, el Ministerio demostró su querer contractual de renunciar a la póliza de seguro de cumplimiento que lo amparaba? Se ignora la respuesta. Por lo menos ello no se obtiene de la lectura literal de la convención.

Y si bien en las consideraciones generales del otrosí, particularmente la cuarta, se "*dispuso la devolución de las primas (sic)*", lo cierto es que ellas se encuentran insuficientes para deducir con total claridad que lo pretendido por el Ministerio y el Éxito con la convención modificatoria, fue obtener la extinción del contrato de seguro mediante la revocación.

Además, como la renuncia de un derecho debe consignarse en un acto claro, que no llame a equívoco, bajo ese presupuesto es diáfano que el Ministerio, en el otrosí, no renunció a la garantía constituida a su favor, pues, más inquietudes que certidumbres arroja la lectura del convenio

contractual, y las dudas habrán de resolverse en beneficio del titular del derecho que se indica renunciado: Ministerio, de manera que ningún acto inequívoco de voluntad existe en el otrosí, para deducir de él la existencia de un aviso escrito con la entidad suficiente de dar por acreditado el requisito previsto en el artículo 1071 del C. Co.

3.2. La confesión realizada por la aseguradora y la “supuesta” devolución de la póliza por parte del Ministerio.

La existencia del aviso escrito enviado por el Ministerio a la aseguradora Confianza S.A. se sostiene por la demandante, igualmente, por la confesión realizada por la demandada al contestar el hecho 11 del escrito introductor, así como por la devolución que la cartera hizo de la póliza de garantía.

3.2.1. La confesión se descarta por dos argumentos centrales:

El primero relacionado con la imposibilidad de sustituir, por la vía de la confesión, la prueba de un hecho sometido a una solemnidad constitutiva o probatoria, por cuanto, como lo indicó la Corte en sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230, *“si la revocación es una típica declaración de voluntad sujeta a una cierta forma –o formalidad–, conforme a lo imperado por la ley mercantil, como igualmente se acotó; y si por la solemnidad o ritualidad que reclama esa particular y especialísima manera de dar por terminado el contrato de seguro, es ineficaz la confesión como medio de prueba”*.

El segundo tiene que ver con la ausencia de la alegada confesión, porque si la demandada se limitó a aceptar como cierto el hecho once de la demanda –relativo a que Almacenes Éxito S.A. solicitó la devolución de las primas no devengadas a Confianza S.A.-, no puede existir allí ninguna confesión, pues nunca se afirmó que el Ministerio formuló comunicación escrita a la aseguradora para pedir la revocación del seguro.

3.2.2. En lo que atañe a la devolución de la “prima” (sic) para deducir cumplida la exigencia señalada en el artículo 1071 del Código de Comercio, es necesario insistir en que la revocación del contrato de seguro contempla un requisito formal sin cuya presencia el acto no existe, lo que significa que aquel comportamiento resulta insustancial para dar por superada la formalidad constitutiva prevista en el citado precepto.

3.3. Las declaraciones de terceros

Sandra Marcela Betancur Quiroz –agente de seguros Confianza S.A.- y María Cristina Quintero Ochoa –agente de Almacenes Éxito S.A.- coincidieron en aceptar que el Ministerio nunca remitió comunicación dirigida a la compañía de seguros para informar su intención revocatoria del seguro de cumplimiento.

4. Como conclusión de los argumentos desarrollados para el caso concreto, el Tribunal apuntó que, con independencia sobre la procedencia o no de la revocación del contrato de seguro de cumplimiento así como de la divisibilidad o no de la prima en esta clase de negocios jurídicos, lo primero que debió acreditarse es la existencia del aviso escrito del tomador y del asegurado con destino a la aseguradora, pero los elementos probatorios dieron cuenta que si bien Almacenes Éxito S.A., por intermedio de su agente de seguro Willis, manifestó su intención de obtener la revocación, ninguna noticia escrita remitió el Ministerio con igual propósito, siendo ello indispensable para considerar el fenómeno de la revocación conjunta de esta clase de convenciones, y en esas condiciones, la demandante incumplió su carga probatoria, lo que impone confirmar la determinación de primer grado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos cargos que la Corte estudiará conjuntamente, por versar ambos sobre errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y por servir para su resolución similares fundamentos⁵.

PRIMER CARGO

Con apoyo en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, el recurrente denunció la

⁵ En ese sentido, el párrafo segundo del artículo 344 del Código General del Proceso dispone que "*si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto, según corresponda*".

sentencia combatida por ser indirectamente violatoria de los artículos 1071 del Código de Comercio, 7 de la Ley 1150 de 2007 y 2 y 4 de la Ley 225 de 1938, como consecuencia de los errores de hecho, manifiestos y trascendentes, en los que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas, y que le condujeron a no dar por demostrado, estándolo, que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dio indirectamente aviso a la aseguradora Confianza S.A. de su intención conjunta con Almacenes Éxito S.A. de revocar el seguro de cumplimiento otorgado a su favor.

En sustento de la censura, el impugnante adujo lo siguiente:

1. El Tribunal se refirió al acto de revocatoria del contrato de seguro y planteó, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, que se trataba de un acto formal, pues la voluntad debe expresarse por escrito; de un acto recepticio, porque la revocatoria debe dirigirse a la aseguradora; y con carácter directo o indirecto, porque puede ponerse en conocimiento de la aseguradora directamente por quien expresa su voluntad, o por medio de otra persona, como por ejemplo el corredor de seguros; asuntos estos de derecho que no se discuten en este cargo.

2. El Ministerio y Almacenes Éxito S.A. suscribieron, el 20 de octubre de 2008, un otrosí en cuyas consideraciones se hizo constar (i) la celebración anterior, 31 de agosto de 2007, del contrato de estabilidad jurídica que ataba a las partes; (ii) la posterior expedición del Decreto 1474 de 2008,

que dispuso que en los contratos de estabilidad jurídica no se exigirá la garantía única de cumplimiento; (iii) que Almacenes Éxito había solicitado al Ministerio no le fuera exigida la garantía, y que fuera eliminada la cláusula décima del contrato de estabilidad; (iv) que el Comité de Estabilidad Jurídica del Ministerio había autorizado adelantar los trámites para suscribir un otrosí, a los contratos celebrados con inversionistas que pidieron su modificación con ocasión de la expedición del Decreto 1474 de 2008; y (v) que el otrosí no implicaba erogación alguna para la Nación.

En las cláusulas del acuerdo modificatorio al convenio de estabilidad jurídica, se pactó dejar sin efecto la cláusula décima de este, y que el otrosí se perfeccionaba con su suscripción por las partes, cumplida la cual, quedó formalmente y por escrito expresada la voluntad de eliminar la exigencia de las garantías, y de devolver las pólizas de seguro constituidas para respaldar el cumplimiento del contrato de estabilidad jurídica.

Constituye entonces un desatino fáctico del *ad-quem*, haber expresado en la sentencia que *“no existe una sola evidencia sobre una manifestación de voluntad, un aviso, una comunicación, una misiva emanada del Ministerio señalando, en orden a solicitar la revocación conjunta del seguro de cumplimiento”*, cuando lo cierto es que dicha evidencia sí existe y se consignó nitidamente en el otrosí, cuyo contenido fue desfigurado y alterado por el Tribunal.

3. El juzgador de segunda instancia, no obstante haber advertido correctamente que el otrosí fue comunicado a la aseguradora a través de la intermediaria Willis con correo electrónico del 23 de octubre de 2008, erró al concluir que no estaba probada la manifestación de voluntad del Ministerio de revocar conjuntamente con Almacenes Éxito S.A. la póliza, pues no otra cosa se podía inferir de la constancia plasmada en el pacto adicional acerca de que el Comité de Estabilidad Jurídica, en su sesión de 23 de agosto de 2008, autorizó adelantar los trámites para suscribir el otrosí, para eliminar la exigencia de garantías y para devolver las pólizas constituidas, *“lo que solo puede significar que el acreedor garantizado no tenía interés en la garantía, de la cual había prescindido”*.

4. Cuando el Tribunal consideró que las partes eliminaron la exigencia de la póliza de cumplimiento, pero que olvidaron precisar los alcances de la referida supresión, terminó alterando el contenido del otrosí, porque no hay ninguna duda de que este incorporaba el designio de *“eliminar”* la póliza de cumplimiento ya expedida por Confianza, porque el convenio adicional se refiere a la *“eliminación de la exigencia de la garantía”* sin distinción alguna, lo que incluye las ya existentes, y por cuanto el otrosí menciona claramente la *“devolución de las pólizas constituidas”*, es decir, las que existen.

5. Adicionalmente, estructuran desatinos fácticos los razonamientos del *ad-quem*, según los cuales: (i) el Ministerio y Almacenes Éxito S.A. *“no fueron suficientemente claros para*

determinar los efectos jurídicos de la eliminación del otorgamiento de la garantía única de cumplimiento"; (ii) llama la atención que *"no se hubiera hecho referencia al contrato de seguro entre Éxito y Confianza, quedando librado al azar la suerte que tendría el referido vínculo como consecuencia de la eliminación de la garantía"*; y (iii) es insuficiente la constancia que en el otrosí dejó el Comité de Estabilidad Jurídica del Ministerio de devolver *"las pólizas de seguro o garantías bancarias"* para inferir la voluntad de revocación, porque un acto de renuncia debe ser claro y nítido, las interpretaciones generosas están prohibidas en esos actos y las dudas que se presenten se resuelven a favor del titular del derecho, con base en un criterio de conservación.

Se explica que en esos argumentos hay desatinos fácticos:

(i) Toda vez que el otrosí sí fue claro en especificar sus alcances, al expresar en su texto que había decidido *"eliminar"* la exigencia de garantía, y devolver las pólizas de seguro ya constituidas, lo que traduce sin ningún esfuerzo que el querer del Ministerio consistió en que quedara sin efecto el contrato de seguro tomado con Confianza;

(ii) Haber relacionado en el cuerpo del convenio adicional la determinación de devolver la póliza de cumplimiento expedida por esa aseguradora y que constituía el medio de prueba natural para hacer efectivo el derecho del asegurado, ratifica la voluntad revocatoria del ente ministerial.

(iii) No mencionarse expresamente en el otrosí que la póliza emitida por Confianza no desvirtúa ni pone en duda la intención revocatoria del Ministerio, toda vez que tal seguro había sido contratado, precisamente, para ese contrato de estabilidad jurídica, *“identificado por su número de póliza”*.

(iv) Con todo y que el otrosí no alude al término *“revocación del contrato de seguro”* ni cita el número de la respectiva póliza, las palabras utilizadas en la convención adicional, como eliminar la exigencia de otorgamiento de póliza y devolver las constituidas, no dejan duda de que esa fuera la intención de las partes.

(v) El Tribunal creó en forma artificial inquietudes sobre la intención de las partes de revocar la garantía constituida, cuando el otrosí ofrecía claridad, y en lugar de *“aprehender”* el sentido natural y obvio del convenio aditivo, tergiversó su contenido para generar *“una duda a la que no había lugar”*.

6. Por último, cuando el Tribunal indicó que ignoraba la respuesta a la pregunta: ¿en virtud de la modificación contractual, el Ministerio demostró su querer contractual de renunciar a la póliza de seguro de cumplimiento que lo amparaba?, allí se edificó asimismo un error de hecho al valorar el otrosí, al atribuirle una inteligencia contraria a la real, toda vez que su texto sí traduce claramente la voluntad de la cartera de terminar el seguro de cumplimiento contratado con Confianza, pues no otra cosa significa la expresión *“eliminando la exigencia del otorgamiento de póliza”*

y en consecuencia dispuso igualmente la devolución de las pólizas de seguro constituidas para respaldar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de tales contratos”.

7. Al cierre del embate, el censor expuso que los errores de hecho denunciados son trascendentes, pues de no haberse cometido, el Tribunal habría concluido que el Ministerio expresó, indirectamente y por escrito, su voluntad de revocar el contrato de seguro de cumplimiento constituido a su favor, con lo que procedía condenar a la aseguradora a devolver al tomador, la prima pagada y no devengada.

SEGUNDO CARGO

Se soporta, igualmente, en la causal segunda de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso, y tilda la sentencia de segunda instancia de quebrantar, por vía indirecta, los artículos 1071 del Código de Comercio, 7 de la Ley 1150 de 2007 y 2 y 4 de la Ley 225 de 1938, en virtud de los errores de hecho, manifiestos y trascendentes, en los que incurrió el *ad-quem* en la apreciación de las pruebas.

Con el propósito de demostrar la acusación, el casacionista acudió a los razonamientos que enseguida se compendian:

1. Tampoco se discuten en este cargo los asuntos de derecho que refirió el Tribunal acerca del acto revocatorio del

contrato de seguro, sus características y la forma en la que puede ser dado a conocer a la aseguradora.

2. Conforme se explicará adelante, el fallador de segundo grado incurrió en yerro fáctico al no declarar probado, estándolo, que en el proceso se probó la formalidad escrita para la revocatoria del seguro por el asegurado, Ministerio Comercio, Industria y Turismo, a partir del escrito de otrosí al contrato de estabilidad jurídica que ajustaron las partes; de los documentos exhibidos por la aseguradora Confianza el 14 de mayo de 2012, y por el intermediario Willis Colombia el 16 de mayo de ese mismo año; de la comunicación del Ministerio de 20 de octubre de 2005, consignada en el otrosí; de la confesión de la demandada, contenida en varios apartes de la respuesta al escrito inicial; y de los testimonios de Sandra Marcela Betancur y de María Cristina Quintero Ochoa.

3. Determinación de los errores de hecho respecto de cada una de las pruebas:

3.1. **Al valorar el otrosí:** Para demostrar dicho desatino, el censor reitera los extensos argumentos ofrecidos en el primer cargo, por lo que a ellos se hace remisión.

3.2. **En la apreciación del correo electrónico del 21 de octubre de 2008,** enviado por Lina Quintero (empleada del Éxito) a Sandra Betancur (adscrita a Willis) y que hace parte de los documentos exhibidos por Confianza, donde se hace referencia al otrosí que iba adjunto al mensaje.

El desatino denunciado consistió en concluir que esa correspondencia no vinculaba al Ministerio, cuando lo cierto es que el otrosí anexo instrumentaba un negocio jurídico de esa cartera, que había consentido como firmante, y que expresaba su voluntad de revocar el seguro de cumplimiento por el acuerdo alcanzado con Almacenes Éxito S.A.

Y a pesar de que el correo electrónico no emanaba del Ministerio, nada impedía inferir que la aseguradora Confianza, indirectamente y por la vía de la intermediaria de Seguros Willis, recibió la revocatoria plasmada en el mencionado otrosí.

3.3. Al pretermitir los correos electrónicos del 28 y 29 de octubre de 2008, remitidos por María Eugenia Quiroz, representante legal de Confianza en Medellín, al área técnica de esa compañía en Bogotá y a la directora de Fianzas de Willis, respectivamente, que acreditan que la remitente consignó haber recibido la noticia escrita proveniente del Ministerio, y que ella entendió correctamente que la voluntad conjunta del tomador y del asegurado consistía en la revocación de la póliza.

Esas comunicaciones, omitidas por el *ad-quem*, desvirtúan entonces la tesis sostenida por la demandada y acogida en la sentencia censurada, según la cual nunca se presentó aviso de la intención del Ministerio, toda vez que la remisión del otrosí a la aseguradora efectivamente constituyó una noticia escrita de la voluntad revocatoria de esa cartera.

3.4. Al pasar por alto la carta del 10 de noviembre de 2018, remitida por el presidente de Confianza a Lina María Quintero de Almacenes Éxito S.A., con la que la aseguradora, como receptora del otrosí, entendió correctamente que existía una voluntad revocatoria conjunta, a la cual se opuso por las razones allí consignadas: irrevocabilidad del seguro de cumplimiento.

Además, de haberse sopesado esa prueba, el Tribunal habría comprendido que no existía ambigüedad alguna en el otrosí, el cual cumplió con su finalidad al transmitir al destinatario de la noticia escrita, Confianza, el designio mancomunado de tomador y asegurado de revocar la garantía.

3.5. En omitir la comunicación dirigida por Confianza S.A. a Almacenes Éxito S.A. el 17 de diciembre de 2008, a través de la cual aquella aseguradora ratificó su determinación de no acceder a la petición de devolución de la prima de seguro.

De haberse considerado esa prueba en la sentencia impugnada, el Tribunal hubiera podido saber que la aseguradora tuvo conocimiento del otrosí firmado por Almacenes Éxito S.A. y el Ministerio, de que los suscriptores de ese acuerdo eliminaron la cláusula décima del contrato de estabilidad jurídica y de que la intención del pacto adicional fue revocar el seguro de cumplimiento, pues Confianza no adujo como razón para devolver la prima no causada, "la

inexistencia de un escrito proveniente del Ministerio”, o “que le resultara oscuro o confuso el otrosí”.

Esa carta, que comporta una confesión extra-judicial de la demandada, comprueba que esta recibió noticia por escrito de la voluntad del Ministerio de revocar el seguro.

3.6. Al preterir la comunicación del “20 de octubre del 2005” (sic), dirigida por el Ministerio a Almacenes Éxito S.A., con la cual se confirma la voluntad revocatoria plasmada en el otrosí, pues allí se consignó que,

“De conformidad con lo acordado en el otrosí al contrato de estabilidad jurídico EJ - 03 de 2007, devuelvo el original de la garantía única de cumplimiento constituida para amparar las obligaciones derivadas del contrato”, y que “igualmente enviamos copia simple del otrosí suscrito por las partes el 2 de octubre de 2008. Agradecemos la remisión de copia del documento que acredite la terminación del correspondiente contrato de seguro”.

Ese escrito lleva a concluir que lo manifestado por la cartera ministerial, cuando en el otrosí se expresó lo referente a la eliminación de la garantía de cumplimiento y a la devolución de las pólizas de seguro constituidas, se refería sin duda a la supresión de la póliza de cumplimiento expedida por Confianza.

3.7. Al obviar las manifestaciones que al libelo introductor dio la demandada en varios apartes, esto es, en el preámbulo de su contestación, y en la réplica a los hechos 15.6 y 16, donde Confianza confesó, en su orden, (i) que recibió noticia escrita de que Almacenes Éxito S.A. y el Ministerio revocaron o dejaron sin efecto el seguro de

cumplimiento; (ii) que esa voluntad estaba plasmada en el otrosí comunicado; y (iii) que se negó a acatar la voluntad revocatoria de esos sujetos, porque el bien jurídico tutelado con el seguro de cumplimiento era el patrimonio público, por cuanto el funcionario del Ministerio que suscribió el otrosí actuó por fuera de sus atribuciones legales, y porque no era posible hablarse de culminación anticipada de la garantía, en tanto que Confianza no suscribió el otrosí.

Con este argumento de la censura no se pretende que la confesión supla la prueba del escrito de revocación conjunta reclamada por el Tribunal, sino establecer que la aseguradora efectivamente dio al otrosí el alcance de una noticia escrita, que se desatendió por *“las múltiples y cambiantes razones expuestas”*.

3.8. En la apreciación de los testimonios de Sandra Marcela Betancur (agente del intermediario Willis Colombia) y María Cristina Quintero Ochoa (agente de Almacenes Éxito S.A.).

3.8.1. De la primera declaración, cercenada y a la vez alterada por el Tribunal, resulta claro que la intermediaria de seguros recibió el texto del otrosí suscrito por el Ministerio; que lo remitió a las oficinas de la gerente de la aseguradora en Medellín; y que esta acusó su llegada y expresó que lo enviaría a Bogotá, de donde obtuvo respuesta.

Pero a pesar de lo anterior, el *ad-quem* aseguró que el Ministerio *“nunca remitió comunicación alguna dirigida a la*

aseguradora Confianza”, con lo cual desconoció la realidad que resulta de la prueba, relativa a que esa “comunicación a la aseguradora sí se hizo de manera indirecta a través del envío del otrosí”. La misma declarante señaló que “ella identificaba el otrosí como el documento emanado del Ministerio relativo a la terminación o revocatoria del seguro”.

3.8.2. De la segunda declaración, por el Tribunal se dijo que según la testigo nunca se comunicó por escrito a Confianza la determinación del Ministerio de terminar con el seguro de cumplimiento. Sin embargo, contrario a esa aseveración, lo que se desprende de lo narrado es que María Cristina Quintero Ochoa remitió a Confianza, a través de Willis de Colombia, el otrosí suscrito con la finalidad de obtener la devolución de la prima por efecto de la anulación de la garantía, de donde se sigue que el sentenciador tomó de forma aislada y descontextualizada una respuesta de la declarante, en la que narró desconocer un envío directo de comunicación de parte del Ministerio, dejando de ver que *“en ella se consignaba que la propia testigo fue parte de la cadena de comunicación a la aseguradora del escrito de revocación emanado del tomador y el asegurado”.*

4. Los yerros fácticos denunciados son trascendentes, porque de no haberse cometido, el Tribunal debió haber concluido que el Ministerio expresó, mediante escrito comunicado indirectamente a la Confianza S.A., su voluntad de terminar el contrato de seguro de cumplimiento constituido a su favor y que, en consecuencia, procedía

ordenar a la demandada la devolución de la prima pagada y no devengada.

CONSIDERACIONES

1. Cuestiones preliminares

Para resolver los dos cargos propuestos, ambos fundados en la causal segunda de casación y dirigidos a denunciar la infracción indirecta de la ley sustancial por la comisión de errores de hecho en la valoración de las pruebas, la Sala estima conveniente efectuar, preliminarmente, algunas anotaciones relacionadas con la revocación del contrato de seguro; la aplicación de esa figura en el seguro de cumplimiento, a la luz del criterio vigente de la Corte; y el contrato de estabilidad jurídica, en cuanto a su naturaleza y las garantías para su cumplimiento.

1.1. La revocación en el contrato de seguro en general

Se recuerda, constantemente, que es regla de los negocios jurídicos, que aparte de su cumplimiento, su natural desenlace o finiquito se produzca por el mutuo disenso de las partes (resciliación), o por la decisión judicial que los declara nulos o resueltos.

Excepciones hay a ese principio, donde el vínculo termina unilateral y anticipadamente, esto es, por la voluntad de uno solo de los contratantes, verbigracia en el

mandato y el seguro, en los que se da singular relevancia a la confianza que debe existir entre las partes y al especial amparo de la *“ubérrima bona fide”*.

Es por lo mismo, que en dicha clase de negocios, quebrada o puesta en duda la confianza que naturalmente deben mantener los contratantes, el legislador posibilita su desenlace anticipado, a través de un acto potestativo de uno solo de los contratantes, que en materia de seguros ha dado en llamarse *“revocación”*, y que aparece consagrado en el artículo 1071 del Código de Comercio, cuando dispone:

“El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador.

“En el primer caso la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, o sea la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato. La devolución se computará de igual modo, si la revocación resulta del mutuo acuerdo de las partes.

“En el segundo caso, el importe de la prima devengada y el de la devolución se calcularán tomando en cuenta la tarifa de seguros a corto plazo.

“Serán también revocables la póliza flotante y la automática a que se refiere el artículo 1050”.

Siguiendo el tenor literal de ese precepto, se considera indiscutible que resulta característico de la *“revocación”* en el contrato de seguro, el tratarse de una facultad amplia -o si se quiere generosa- para las partes del mismo, **“contratantes”**,

que no está condicionada a la manifestación de una causa específica y puede ejercitarse en cualquier tiempo, claro está, anterior al normalmente previsto por los interesados.

Respecto de la *sui generis* figura de la “revocación” en el contrato de seguro, para la cual es difícil encontrar parangón o punto comparativo en otras legislaciones, la Corte en sentencia de casación del 14 de diciembre de 2001, Exp. 6230, resaltó que,

“... la revocación asegurativa, en sí misma considerada, a fuer que en su más genuino origen y significado, es una declaración de voluntad formal; unilateral; recepticia; directa o indirecta y que sólo produce efectos para el porvenir, a su turno detonante de un negocio jurídico de carácter extintivo. En efecto: A. Es de voluntad, mas no de conocimiento o de ciencia, pues a través de ella se expresa inequívocamente el propósito volitivo de extinguir el contrato, esto es, de hacerlo cesar en lo que a efectos jurídicos se refiere, manifestación que, por tanto, no se reduce a una mera afirmación sobre la existencia de un hecho o de un saber (docere), sino a la exteriorización de un arquetípico querer. B. Es formal –mejor aún, de forma específica-, en la medida en que, según lo estatuye el artículo 1071 del Código de Comercio, sólo tendrá eficacia si se hace por escrito, requisito éste, de suyo, vinculado al carácter dispositivo de la declaración negocial, en el que la supraindicada formalidad o exigencia ex lege, ‘asume una función constitutiva en cuanto el contenido –como lo recuerda el doctrinante Betti- no será influyente y válido en una forma diferente’. Trátase –en lo pertinente- de una excepción a la regla de la libertad de forma que impera en el derecho privado y, claro está, en el ordenamiento mercantil, pues aunque es cierto que los comerciantes pueden ‘expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco’, no lo es menos que si ‘una norma legal’, en este caso el artículo 1071 de esa misma codificación, exige ‘una determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad’ (art. 824). C. Es unilateral, como se anunció en párrafos precedentes, toda vez que para su configuración basta que una de las partes exprese libremente su deseo de rasgar, in toto, el vínculo asegurativo –salvo las excepciones legales-, sin que pueda predicarse, en el más riguroso de los sentidos, una revocación por mutuo acuerdo de las partes, como lo prevé el inciso segundo –parte final- del artículo aludido, ya que si ello

ocurre, según se advirtió en líneas anteriores, lo que habrá tenido lugar es la floración de un mutuo disenso (art. 1625 C.C.). D. Es recepticia –o si se prefiere dirigida-, porque debe dirigirse a un sujeto específico –declaración ‘frente a otro’-, en concreto a la persona con la que se estableció originariamente la relación comercial que de esa manera termina, sea el asegurador o el tomador, dependiendo de quien revoque, característica que reviste mayor importancia si se considera que la revocación, ministerio legis, implica la comunicación de una específica determinación –ex voluntate- a su destinatario; E. Puede ser directa o indirecta, dependiendo del medio o del mecanismo que se utilice para comunicar la revocación, en la medida en que, recta vía, puede ponerla en conocimiento del otro extremo contractual, el propio revocante (mediante carta, documento electrónico, etc.), o hacerlo por interpuesta persona, ad exemplum, a través de un corredor de seguros...”⁶.

Tales explicaciones de la Corte, vale recalcarlo, permiten comprender que la revocación, si bien se ofrece como una amplia potestad para los contratantes del seguro, al estar desprovista de la exigencia de una justificación o motivo específico, sí requiere de una expresión de voluntad inequívoca, es decir, no llamada a duda o que demande un ejercicio de reconstrucción o de indagación del querer del contratante, y que por lo mismo, para su debida comprobación, es menester que aparezca necesariamente en un documento o escrito, cuya ausencia conduce a predicar su inexistencia o ineficacia.

1.2. La improcedencia de la revocación en el seguro de cumplimiento

En la legislación colombiana, la potestad revocatoria es predicable de todo tipo de seguros, atendida la genérica regulación del artículo 1071 del Código de Comercio.

⁶ Pronunciamiento reiterado en sentencias de casación de 8 de agosto de 2007, y de 7 de octubre de 2015 (SC13628-2015).

Las excepciones, en consecuencia, vienen dadas por disposición legal, como por ejemplo, en los seguros de transporte y de vida, o en el de cumplimiento en los contratos estatales. Mientras tanto, la pausa a ese supuesto genérico de terminación unilateral, tratándose de los seguros de cumplimiento entre particulares, emerge de la naturaleza de ese amparo, advertida por la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, frente a este último seguro, es decir, el de cumplimiento respecto de contratos entre particulares, esta Sala de Casación de la Corte ha tenido la oportunidad de indicar que se trata de una especie de vínculo cuyo origen se remonta a la Ley 225 de 1938, y que se define como el *“compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato”*⁷.

Igualmente se ha mencionado, en torno a ese negocio jurídico, que al conservar vigencia la precitada ley -no obstante, la expedición del estatuto mercantil de 1971-, y habida cuenta de sus notas especiales más su función económica y social, en él no resultan compatibles algunos aspectos del actual Código de Comercio, tales como *“en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), **la terminación unilateral (Art. 1071)***,

⁷ CSJ SC de 15 de agosto de 2008, Rad. 1994-03216-01.

la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros”⁸.

Y, precisamente, sobre el tema resaltado, la Corte ha puntualizado su inaplicación en los seguros de cumplimiento, a partir de los siguientes argumentos:

“La singularidad de tal seguro también tiene, por otra parte, sus proyecciones en punto de su irrevocabilidad. Porque es bien conocido que en el seguro en general, es admisible que las partes puedan ponerle término en forma unilateral; pero excepcionalmente hay seguros que rechazan tal idea, entre los que destaca el de cumplimiento que aquí se analiza, toda vez que la especialidad del riesgo objeto de cobertura, cual es, itérase, garantizar el cumplimiento de una obligación, repudia por puro sentido común la posibilidad de que las partes lo ultimen de tal modo. Nótase, analógicamente, cómo en punto de contratación administrativa ya fue explícita la ley 80 de 1993, al señalar que tales pólizas no expiran ‘por revocación unilateral’ (artículo 25, numeral 19). La recurrente dice que frente al asegurador es cuestionable la irrevocabilidad; pero que quien sí tiene la facultad de revocarlo unilateralmente es el tomador-afianzado, en este caso Fruto Bon Ltda., cual señala que ocurrió, e inclusive trae en pos de su argumento el apoyo doctrinal del mismo autor que en contra citó el tribunal. A la verdad, si se conviene en que es la naturaleza misma del seguro de cumplimiento la que se opone a que el antojo de cualquiera de las partes le dé finiquito, allí deben quedar comprendidos por igual el asegurador y el tomador. No se descubren razones serias para entrar en distingos y proporcionar tratamientos desiguales. Si ha sido práctica común la de que la persona del deudor pague la prima y se ha llegado hasta que sea ella misma la que resulte tomando el seguro, inicuo fuera permitir que el asegurado quede a merced de la actitud caprichosa y aun aviesa de ese tomador. Odioso sería que se patrocinara que la garantía se reduce a si él ‘quiere’ o le ‘parece bien’. Toda garantía repulsa por antonomasia que su función jurídico-económica quede tan frágilmente pendiendo de semejante voluntarismo, dando lugar a que la doctrina, incluido el mismo autor citado por la censura, enliste el de cumplimiento entre

⁸ Resaltado a propósito, CSJ SC de 15 de agosto de 2008, Rad. 1994-03216-01., reiterada en fallo de 18 de diciembre de 2009, Rad. 2001-00389-01.

aquellos que repudian tal manera de extinguirse (Teoría General del Seguro: El Contrato. Efrén Ossa G., 1984, pág. 482)⁹.

El anterior es, pues, el criterio que ha prolijado la Sala sobre la improcedencia de la revocación en el seguro de cumplimiento que vincula a particulares, el cual, por lo demás, es el que sigue, como lo resaltó el Tribunal, un sector importante -por no decir, mayoritario- de la doctrina, abanderado, por ser el más citado y comentado, por el extinto tratadista J. Efrén Ossa G., quien cuando tuvo oportunidad, expresó:

“Participes, como hemos visto, de la naturaleza de la fianza, los seguros de cumplimiento no admiten la revocación unilateral. Esta repugna a su función jurídico-económica. Mal puede el asegurador declarar intempestivamente su voluntad de eximirse, frente al asegurado, de la responsabilidad que tiene contraída para el caso de incumplimiento de la entidad o persona afianzada y que quizás esté en avanzado estado de gestación en el momento mismo de la declaración. No. Abstracción de su disolución por el mutuo disenso y de las causales que los ataquen en su raíz (la inexistencia y la nulidad), los seguros de cumplimiento deben entenderse inmunes a otros medios de extinción que los indicados en el capítulo 5º del título 35 del libro 4º del Código Civil. Ni siquiera parece admisible su revocación como efecto de la declaración unilateral del asegurado. La vigencia temporal de esta clase de seguros no se compadece, a nuestro juicio, con la naturaleza de la obligación afianzada. Obligación de dar o de hacer sujeta a un plazo de ejecución y cuyo incumplimiento solo puede entenderse configurado (el siniestro) a la expiración de este. Al paso que, en los demás seguros, el evento asegurado tanto puede sobrevenir el primero como el último día de su vigencia. Y de ahí la causación gradual, paulatina de la prima. Lo que se asegura, en los seguros de cumplimiento, es la ejecución, como un todo indivisible, de la obligación del deudor afianzado. Por eso, aunque muy otra es la praxis empresarial en nuestro mercado, es por lo que creemos que la prima debiera determinarse, no en función de una vigencia temporal (que ordinariamente coincide con el plazo señalado en el contrato principal para la entrega de la obra o del objeto de la obligación), sino de la naturaleza, importancia, cuantía y demás especificaciones del contrato afianzado. Y, algo más, que debiera considerarse devengada en su integridad desde el momento en

⁹ CSJ SC de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785.

que, debidamente celebrado, se inicie su ejecución, durante la cual el riesgo asegurado puede ser objeto de alteraciones favorables o adversas, pero cuya realización solo está llamada a producirse el día cierto preestablecido en el contrato principal. Tales son las consideraciones que nos permiten afirmar la irrevocabilidad jurídica de los seguros en mención”¹⁰.

Así las cosas, la jurisprudencia y la doctrina citadas dan cuenta del carácter irrevocable del seguro de cumplimiento, a partir del especial linaje de los riesgos cubiertos por la respectiva póliza, a lo que otros más, como la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, han enfatizado para justificar esa posición, la indivisibilidad de la prima.

En efecto, conceptuó esa entidad que,

“... desde la anterior perspectiva la prima debe entenderse devengada desde el momento mismo en que el riesgo es asumido por el asegurador en la medida que lo que se asegura en los seguros de cumplimiento es la ejecución de un todo como indivisible de la obligación del deudor. En consecuencia, sea que ocurra o no el siniestro la prima se devenga por el asegurador en su totalidad desde ese instante. Conforme a lo anteriormente expuesto, no resulta viable la revocatoria del contrato ni la devolución de la prima debido al principio de permanencia que ostenta el seguro de cumplimiento y al hecho de que, como en el caso analizado, el seguro cumplió con su función de garantizar el cumplimiento de la obligación”¹¹.

De manera que, el descrito, es el estado actual de la cuestión en materia de revocación del contrato de seguro, cuya utilidad en la resolución de este recurso de casación se verá en las consideraciones que más adelante se efectuarán.

¹⁰ OSSA G., Efrén J. Teoría General del Seguro. El contrato. Editorial Temis. 1984. Bogotá, pág. 482 y 483.

¹¹ Superintendencia Financiera, consultas 2003006390-0 y 2003008867-0.

1.3. El contrato de estabilidad jurídica y la exigencia de garantía única

Promover la inversión en una región o país implica, como contrapartida, ofrecer estímulos que atraigan capital productivo, y uno de ellos, ciertamente, obedece a la posibilidad de que para el inversor no se alteren o modifiquen, abruptamente, las condiciones jurídicas determinantes que lo llevaron a invertir.

Es decir, en otros términos, que la estabilidad jurídica se ofrece como un elemento o bien indispensable, que acrecienta la confianza de los inversionistas y disminuye el riesgo normativo.

En ese contexto, desde la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 15 de 2003 Senado, se propuso la introducción en el ordenamiento jurídico patrio, de un contrato de estabilidad jurídica, proyectado como un instrumento con el que *“(...) la Nación le apuesta plenamente a la estabilidad en las reglas del juego, a la generación de inversión y al desarrollo económico y social”*¹².

Surtido el trámite respectivo en el congreso y previa sanción presidencial, finalmente se expidió en Colombia la Ley 963 de 2005¹³, que le confirió al “Estado” y a los inversionistas nacionales y extranjeros, la facultad de pactar contratos de estabilidad jurídica, por medio de los cuales se garantizó a los inversionistas que si durante la

¹² Gaceta del Congreso 350 del 24 de julio de 2003.

¹³ Esta ley fue derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012.

vigencia del acuerdo se llegare a modificar en forma adversa alguna de las normas o interpretaciones identificadas como determinante de la inversión, ellos tendrían derecho a que se les continuaran aplicando dichas normas e interpretaciones.

En concreto, la estabilidad consiste, en términos de los incisos 1º y 2º del artículo 1º de esa legislación, en que,

“Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a éstos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

“Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente”.

La mencionada ley, adicionalmente, señala en el artículo 4º cuáles son los requisitos esenciales del contrato de estabilidad jurídica, y consagra a su vez, en el precepto siguiente, la obligación del inversionista de suscribir una “prima” a favor de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁴, que si bien su nombre, nada tiene que ver con la carga que en el decreto reglamentario se impone al inversionista en el sentido de constituir una garantía de cumplimiento de los compromisos contractuales que adquiere.

¹⁴ Esta denominación de prima se refiere al consto para el inversionista de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, y está tasado en el equivalente a un 1% del valor total de la inversión.

Ahora bien, para desarrollar los mandatos generales y abstractos de la anterior normativa, se expidió por el gobierno nacional el Decreto 2950 de 29 de agosto de 2005, el cual, para lo que aquí interesa, previó en el artículo 8º que *“El contrato de estabilidad jurídica se regirá en lo pertinente por la Ley 80 de 1993”*.

Con ello se vino a ratificar la naturaleza pública y especial del contrato de estabilidad jurídica, en la medida que, si bien se consagró un amplio margen para la autonomía de la voluntad en la configuración del clausulado, se previó, igualmente, que en lo pertinente se aplicarían a ese negocio jurídico los mandatos de la Ley 80 de 1993, por el cual se expidió el *“Estatuto General de Contratación Administrativa”*.

Y uno de esos mandatos insoslayables, de acuerdo con lo consagrado en el numeral 19 del artículo 25 de ese estatuto¹⁵, era el consistente en la obligación del contratista de prestar una garantía única de cumplimiento, no susceptible de terminación o revocación unilateral, de haberse prestado bajo la modalidad de seguro de cumplimiento.

En efecto, el precitado precepto es del siguiente tenor:

¹⁵ Este artículo fue derogado por el canon 32 de la Ley 1150 de 2007. En esta última normativa el legislador, consciente de las bondades de la garantía única, la conserva y sólo efectúa algunos ajustes a la misma.

El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

*La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, **no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.***

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada (resaltado adrede).

Posteriormente al comentado decreto reglamentario, se expidió otro de la misma naturaleza, el 1474 de 6 de mayo de 2008, que en su artículo 1º vino a suprimir expresamente la exigencia de la garantía única¹⁶ en los contratos de estabilidad jurídica, y a eliminar la referencia a la Ley 80 de 1993, como parámetro que rige esos convenios.

En cuanto a su vigencia, el nuevo decreto consignó, en el artículo 2º, que “*El presente decreto rige a partir de su publicación...*”, por lo que no entró a establecer mandato u

¹⁶ El párrafo del artículo 1º del Decreto 1474 de 2008 dice: “*En los contratos de estabilidad jurídica no se exigirá la garantía única de cumplimiento*”.

orientación alguno sobre las garantías ya constituidas para el cumplimiento de los contratos de estabilidad jurídica anteriormente suscritos, y menos autorizar la revocación de las pólizas cuyo otorgamiento se había efectuado antes.

2. La falta de demostración, en cabal forma, de la trascendencia de los errores de hecho, en los dos cargos propuestos.

2.1. El Código General del Proceso, contrario a lo que sucedía en la anterior legislación procesal, vino a indicar de forma precisa en el literal a) del numeral 1º del artículo 344, que al impugnante en casación, cuando invoca la causación de un dislate fáctico, le compete no solo “*demostrar el error*”, sino también “**señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia**”, de donde emerge que no es suficiente exponer la existencia de una equivocación en los hechos, sino que es menester poner de “(...) *presente cómo se proyectó en la decisión*”¹⁷, porque únicamente el yerro, con la doble connotación de evidente y trascendente, es susceptible de apoyar la causal de casación que por esta vía daría al traste con el pronunciamiento censurado. De manera, pues, que los desatinos cuya incidencia o trascendencia determinante no aparezca demostrada, en debida forma, a pesar de su concurrencia, no lucen suficientes para dar al traste con la decisión fustigada en casación.

2.2. En la sentencia que desató la segunda instancia,

¹⁷ CSJ. AC. de 26 de noviembre de 2014, Rad. 2007-00234-01.

materia de la opugnación extraordinaria, el Tribunal confirmó la desestimación de las pretensiones de la demanda, al concluir que,

“Con independencia sobre la procedencia o no de la revocación del contrato de seguro de cumplimiento así como sobre la divisibilidad o no de la prima en esta clase de negocios jurídicos, lo cierto es que para poder considerar la revocación del contrato de seguro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1071 del C. Co., lo primero que debe acreditarse es la existencia de la noticia o del aviso escrito enviado tanto por el tomador, Almacenes Éxito S.A., y el asegurado, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, con destino a la entidad aseguradora: Confianza S.A.

“No obstante, a pesar de los elementos probatorios dan cuenta de que Almacenes Éxito, por intermedio del agente en seguros Willis manifestó claramente su intención de obtener la revocación del contrato de seguro, ninguna noticia escrita remitió el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con igual propósito, siendo ello, indispensable para considerar el fenómeno de la revocación ‘conjunta’ de esta clase de convenciones”.

“En tales circunstancias, es evidente que la demandante incumplió con las cargas probatorias que le correspondían, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 del C. de P. C...” (se destaca).

2.3. El casacionista propuso dos cargos en los que atacó la inferencia del *ad-quem* sobre la inexistencia de noticia o aviso escrito de parte del Ministerio con destino a la aseguradora Confianza, en el que aquél informara o comunicara su intención de revocar el seguro (garantía única de cumplimiento) constituida a su favor, en razón del contrato de estabilidad jurídica previamente suscrito.

En los dos embates se censuró, en compendio, que no se hubiera establecido la mencionada noticia sobre la revocación del seguro de fianza, a partir de la voluntad conjunta expresada por los contratantes (Ministerio y

Almacenes Éxito S.A.), en el otrosí que suscribieron al contrato de estabilidad jurídica, y en otros documentos dirigidos por el último a la intermediaria de seguros y a la aseguradora (en los que se adjuntó el texto del otrosí), así como en las respuestas que estas dieron a esas misivas.

2.4. Las dos acusaciones propuestas, de acuerdo con los planteamientos resumidos anteriormente, si bien exponen y demuestran formalmente la estructuración de los errores de hecho que se achacan al fallo de segundo grado, no señalan en debida forma la trascendencia de los mismos en la resolución impugnada, al no ser suficiente lo que al final de cada una de las censuras se adujo, en el sentido de indicar que de no haberse cometido los yerros denunciados, el Tribunal habría concluido que el Ministerio, indirectamente, expresó por escrito su voluntad de revocar el contrato de seguro y, en consecuencia, que se produjo la revocatoria conjunta por parte del tomador y asegurado, con lo que procedía condenar a la aseguradora a la devolución de la prima pagada y no devengada por Almacenes Éxito S.A.

En efecto, siguiendo los razonamientos que sirvieron al *ad-quem* para construir su argumento, en ningún momento tomó partido frente a las dos tesis o criterios que presentó en relación con el tema de la procedencia de la petición de revocación (artículo 1071 del Código de Comercio) en los seguros de cumplimiento, fianza o garantía. Dijo sí, esa Corporación, que la tesis mayoritaria, prohijada por la Corte y por un amplio segmento de la doctrina, era partidaria de la improcedencia de esa figura en el mencionado

aseguramiento, mientras que un sector minoritario de la doctrina la aceptaba, siempre y cuando, la respectiva petición proviniera del tomador del seguro y del asegurado, "conjuntamente".

Por lo mismo, sin inclinar la balanza por uno u otro criterio, aseguró esa colegiatura que,

*"... el acogimiento de lo pretendido, **aceptando en gracia de discusión, de una parte, la procedencia de la revocación del contrato de seguro de cumplimiento y, de otro, el carácter divisible de la prima en esta clase especial de seguro de daños**, pasa en lo fundamental por demostrar el cumplimiento del requisito formal al que alude el artículo 1071 del Código de Comercio, vinculado a la demostración sobre la existencia de la 'noticia escrita' por parte del tomador y asegurado, con destino a la entidad aseguradora; en este caso, de un aviso escrito enviado por Almacenes Éxito S.A. (y) el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, con destino a Seguros Confianza S.A. La ausencia de la correspondiente prueba del aviso escrito, como apenas es evidente, conduce indefectiblemente a la negación de lo pretendido, al paso que su plena demostración habilita por completo el estudio material y de fondo acerca de la procedencia de la revocación del contrato de seguro, así como de la posibilidad o no de obtener la devolución de la prima pagada y no devengada" (Énfasis a propósito).*

En ese orden de cosas, de asentirse sobre la comisión de los yerros fácticos denunciados en el par de acusaciones propuestas, no se encuentra en ellas un genuino señalamiento en torno a su trascendencia, porque la referencia que a este requisito se hizo por el casacionista no tuvo en cuenta que el fallo de segunda instancia determinó que la acreditación sobre la existencia de un aviso escrito del tomador y la asegurada con destino a la aseguradora, apenas era un primer paso para establecer la prosperidad de lo pretendido, ya que una vez asumida la prueba de esa formalidad, se abría el estudio material y de fondo de

procedencia de la revocación del seguro o garantía única constituida para el cumplimiento del aludido contrato de estabilidad jurídica.

Es decir, bajo esos parámetros, el debido acatamiento de la exigencia de “señalar la trascendencia” de los yerros fácticos, solo podía entenderse satisfecha, en este caso, mostrándole a la Corte cómo, amén de contarse con la presencia en el expediente de la noticia escrita echada de menos por el Tribunal (la proveniente del Ministerio, asegurado en el seguro de cumplimiento), la revocación del seguro resultaba procedente al amparo de lo reglado en el artículo 1071 del Código de Comercio y del entendimiento dado por esta Sala a ese precepto, en lo que atañe al seguro de cumplimiento.

Además, la indicación de la trascendencia de los embates pasaba por exponerle a la Corte cómo era viable la revocatoria de un seguro expedido en cumplimiento de las exigencias de la Ley 80 de 1993, y para el cual, de acuerdo con esa normatividad, no era posible predicar la revocación.

Incluso, la cabal demostración de la trascendencia de las censuras, implicaba establecer de qué manera la reforma que a los requisitos de los contratos de estabilidad jurídica se surtió mediante el Decreto 1474 de 2008, aplicaba al convenio de estabilidad jurídica suscrito en el 2007 por la demandante y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y permitía, por la vía de un otrosí, elevar la petición de revocación del seguro de cumplimiento previamente

constituido, y la devolución de las primas no causadas por el tiempo de vigencia que le faltaba a la garantía.

Ahora bien, como la tarea en orden a la verificación de la prosperidad de la segunda causal de casación aducida, debe adelantarse con sustento en lo que los cargos proponen, y nada más, no puede la Corte adicionarlos o modificarlos de oficio para adentrarse en el análisis de todas las cuestiones que necesariamente abarca el caso, dada la naturaleza dispositiva del recurso extraordinario de casación.

En síntesis, hubo omisión en lo relativo a la demostración o señalamiento de la trascendencia en el fallo, que es presupuesto "*sine qua non*" para subvertir la doble presunción de legalidad y acierto que arropa a la sentencia impugnada y, por ende, quebrar la decisión materia de casación, tema sobre el cual, la Sala ha expuesto que,

"... el recurrente que acusa por error en la apreciación de la prueba y que, aún demostrándolo, no pasa adelante, se queda, por decirlo así, en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto.... El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones, a) el error y su demostración; b) la consiguiente violación de la ley sustantiva detallada como manda el artículo 531 del C.J.; y c) la incidencia del cargo sobre la parte resolutive de la sentencia"¹⁸.

Las anteriores razones, en consecuencia, son suficientes para desestimar los dos cargos propuestos, al no

¹⁸ G.J., XLVI, pag. 205; LX pag. 705 y LXXVIII pags. 566 y 690.

quedar demostrada, cabalmente, la trascendencia de los cargos.

3. La inexistencia de los errores de hecho denunciados

Abstracción hecha de todo lo analizado en el numeral anterior, y para el supuesto de que los dos cargos propuestos estuviesen bien formulados, esto es, que hubieran cumplido satisfactoriamente con la exigencia de señalar, en debida forma, la trascendencia de los errores de hecho denunciados, la Corte advierte que en la decisión del Tribunal, en lo que concierne al análisis de las pruebas, no se estructuran los desatinos expuestos por el casacionista, por las razones que en seguida pasan a explicarse en detalle.

3.1. En términos del numeral segundo del artículo 336 del Código General del Proceso, la violación de la norma sustancial puede presentarse como consecuencia de error de hecho palmario en la apreciación de la demanda, su contestación o de una determinada prueba.

Sobre el mismo, exige la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, que el dislate fáctico que conduce a la infracción de la ley material debe ser manifiesto, valga anotar, *“tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud, que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo, aquél a cuya*

*demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento*¹⁹.

Y es apenas obvio que el yerro fáctico, cuya característica fundamental es el que sea evidente, solo se presenta *“cuando la única estimación aceptada sea la sustitutiva que se propone”*, por manera que *“la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que censura es producto de sopesar distintas posibilidades que termina con la escogencia de la más probable”*²⁰.

En lo relacionado con el error de hecho en la interpretación de las cláusulas de un contrato o negocio jurídico, la Sala ha sentado su criterio de que ella corresponde *“a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia”*, por lo que *“la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria y ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia”*²¹.

3.2. Dentro del presente asunto, en los dos cargos planteados se censura, en común, error de hecho en la apreciación del otrosí suscrito entre el Ministerio y Almacenes Éxito S.A., respecto del contrato de estabilidad jurídica que los vinculaba. El desatino se hace consistir, básicamente, en que el *ad-quem* concluyó equivocadamente

¹⁹ G.J. LXXVIII, pág. 972.

²⁰ CSJ SC de 10 de mayo de 1989.

²¹ G.J. CXLII.

que *“no existe una sola evidencia sobre una manifestación de voluntad, un aviso, una comunicación, una misiva emanada del Ministerio señalando, en orden a solicitar la revocación conjunta del seguro de cumplimiento”*, cuando lo cierto es que dicha evidencia sí existe y se consignó nítidamente en el otrosí, cuyo contenido fue desfigurado y alterado por el Tribunal. Esto, en cuanto no obstante haberse advertido correctamente que el otrosí fue comunicado a la aseguradora a través de la intermediaria Willis con correo electrónico del 23 de octubre de 2008, erró al concluir que no estaba probada la manifestación de voluntad del Ministerio de revocar conjuntamente con Almacenes Éxito S.A. la póliza, pues no otra cosa se podía inferir de la constancia plasmada en el pacto adicional acerca de que el Comité de Estabilidad Jurídica, en su sesión de 23 de agosto de 2008, autorizó adelantar los trámites para suscribir el otrosí, para eliminar la exigencia de garantías y para devolver las pólizas constituidas, *“lo que solo puede significar que el acreedor garantizado no tenía interés en la garantía, de la cual había prescindido”*.

3.3. Conviene, para el adecuado entendimiento y análisis del tema propuesto, hacer una relación del texto de los actos jurídicos en cuestión:

3.3.1. Entre la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Sociedad Almacenes Éxito S.A., el 31 de agosto de agosto de 2007 se celebró un contrato de estabilidad jurídica, que tuvo por objeto *“la realización por parte del inversionista, del proyecto denominado - expansión*

y consolidación del Éxito, estructurado en torno a la adquisición de lotes, construcción y dotación de quince (15) establecimientos comerciales de los distintos formatos que maneja la compañía (...) para cuyo propósito la Nación garantiza la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes de la inversión...". En la cláusula décima de ese convenio, se indicó: "Garantía única.- Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas el inversionista se compromete a constituir, a su costa y a favor de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, una garantía única expedida por una entidad bancaria o compañía de seguros legalmente constituida en el país, para amparar el riesgo de cumplimiento general del contrato, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la inversión, indicada en la cláusula segunda del contrato, y cuya vigencia será igual a la del plazo del contrato y cuatro meses más". Respecto de las normas aplicables a dicho contrato, se precisó en la cláusula décima sexta, que "El presente contrato se encuentra sujeto a la Ley 963 de 2005, los Decretos 2950 de 2005 y 133 de 2006, en lo pertinente a la Ley 80 de 1993, así como a las demás normas colombianas que las sustituyan, modifiquen o deroguen"²².

3.3.2. En acatamiento de lo pactado en el anterior contrato, el inversionista adquirió la "Garantía única de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales (Ley 80 de 1993)", producto de lo cual, la Aseguradora Confianza S.A. expidió la póliza GU041150, en la que se relacionó como

²² Folios 9 a 15 del c. 1.

tomador a Almacenes Éxito S.A., y como asegurado y beneficiario al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. En torno a la vigencia del seguro, se indicó que esta iría del “31 08 2007” hasta el “31 08 2012”; y frente a la prima neta, se anotó que sería por “1.202.483.978”²³.

3.3.3. Las mismas partes del contrato de estabilidad jurídica pactaron un otrosí a ese convenio, fechado el 2 de octubre de 2008, donde previas las siguientes consideraciones:

“... 2. Que el Gobierno Nacional a través del párrafo del artículo 1º del Decreto 1474 de 2008, dispuso que ‘En los contratos de estabilidad jurídica no se exigirá la garantía única de cumplimiento’. 3. Que mediante escrito del 23 de mayo de 2008, radicado en el Ministerio el día 3 de junio del mismo año, el Inversionista solicitó que en virtud de lo dispuesto por el mencionado Decreto, no le fuera exigida la garantía de cumplimiento y fuera eliminada la cláusula décima del contrato EJ-03 de 2007. 4. Que en sesión del 23 de agosto de 2008, según consta en Acta No. 7 de la misma fecha, el Comité de Estabilidad Jurídica autorizó adelantar los trámites legales tendientes a la suscripción del otrosí a los contratos cuyos inversionistas solicitaron su modificación con la ocasión de la expedición del Decreto 1474 de 2008, es decir, eliminando la exigencia de otorgamiento de póliza y en consecuencia dispuso igualmente la devolución de las pólizas de seguro o garantías bancarias constituidas para respaldar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de tales contratos. 5. Que la suscripción del presente otrosí no implica erogación presupuestal alguna para la Nación.

Finalmente pactaron: *“CLÁUSULA PRIMERA. Déjase sin efecto la cláusula décima del contrato EJ-03 de 2007, relativa a la garantía única de cumplimiento...”*²⁴.

3.3.4. El acta de la sesión técnica del Comité de Estabilidad Jurídica efectuada el 23 de agosto de 2008, y que se cita en el otrosí, dejó constatado que

²³ Folios 25 a 27 del c. 1.

²⁴ Folios 16 y 17 del c. 1.

“Previa evaluación del pronunciamiento efectuado por las Oficinas Asesoras Jurídicas de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Comercio, Industria y Turismo, así como del Departamento Nacional de Planeación, el Comité autorizó a la Secretaría Técnica adelantar los trámites legales tendientes a la suscripción de otrosí a los contratos cuyos inversionistas solicitaron su modificación con ocasión de la expedición del Decreto 1474 de 2008. En consecuencia, serán devueltas las pólizas de seguro o garantías bancarias constituidas para respaldar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de tales contratos”²⁵.

3.4. Al confrontar, entonces, el contenido material u objetivo de las anteriores pruebas con las apreciaciones que sobre ellas hizo el Tribunal, no se advierte que se hubiese incurrido en el yerro de facto evidente que en el punto achaca la censura, pues, ciertamente, que ni el otrosí como tampoco el acta del Comité de Estabilidad Jurídica que le precedió, son contentivos de un acto especial, singular y preciso, por medio del cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo hubiera comunicado a la aseguradora, tanto su deseo de dar por concluido el contrato de seguro, como el de avalar la reclamación del inversionista para que se le reintegraran las primas no causadas.

Nótese, en efecto, que más allá de la relación de antecedentes y consideraciones realizadas, el otrosí terminó estipulando, como acuerdo, exclusivamente, dejar sin efecto la cláusula décima del contrato, relativa a la cláusula de cumplimiento, pero sin precisar, como lo aseveró el *ad-quem*, las consecuencias jurídicas y prácticas de esa supresión o eliminación, máxime cuando no se aludió, expresamente, a la

²⁵ Folio 22 del c. 1.

póliza única de garantía adquirida con la aseguradora Confianza para ese acuerdo de estabilidad jurídica.

Y si bien pudiese hacerse en el campo de la lógica otra interpretación, como la que propone el censor en los dos cargos planteados, la efectuada por el Tribunal no aparece como arbitraria o antojadiza, porque no solo sopesó el acuerdo que como tal se logró en el otrosí, sino que también descartó la existencia de la noticia o aviso de revocación por parte del Ministerio con lo reseñado en las consideraciones generales (cuarta) del otrosí, por valorarlas como carentes de claridad, en un contexto en el que la renuncia de un derecho debe provenir de un acto incontrovertible, que no llame a equívoco.

En este punto, preciso es recordar una vez más y con el objetivo de asentir sobre la razonabilidad de la valoración probatoria del juzgador de segunda instancia, que siendo la revocación de que trata el artículo 1071 del Código de Comercio, una declaración *“de voluntad, mas no de conocimiento o de ciencia, pues a través de ella se expresa inequívocamente el propósito volitivo de extinguir el contrato”*²⁶, no resulta desatinado concluir, a la manera del Tribunal, que el otrosí no contiene una inequívoca manifestación de renuncia del Ministerio respecto del seguro de cumplimiento otorgado a su favor. Se dijo en los considerandos generales, es cierto, que se dispondría la devolución de las garantías, pero ello, amén de no ser la

²⁶ CSJ SC del 14 de diciembre de 2001, Exp. 6230.

expresa manifestación de una “*renuncia*”, no terminó plasmándose en las cláusulas del acuerdo modificatorio.

3.5. La inexistencia del error de hecho en la valoración del otrosí y del acta de comité inserta en el mismo, lleva como necesaria consecuencia el descarte de los desatinos que se le adjudican al Tribunal en la contemplación de todas las demás pruebas debidamente individualizadas por el casacionista, porque con ellas, se pretende demostrar que la aseguradora tuvo conocimiento del aludido otrosí, con el que la demandante centra su argumento de que sí se dio noticia escrita de la voluntad revocatoria del seguro de cumplimiento por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Es decir, que si tal acuerdo adicional no es contentivo de la noticia formal y escrita exigida en el artículo 1071 del estatuto mercantil, ninguna incidencia tiene en lo decidido por el Tribunal, las demás pruebas a que aluden los dos cargos, porque la finalidad de estas estriba, esencialmente, en acreditar que a la compañía de seguros arribó el mentado otrosí que, ya se dijo, no es prueba especial, singular y precisa de la solicitud de revocación.

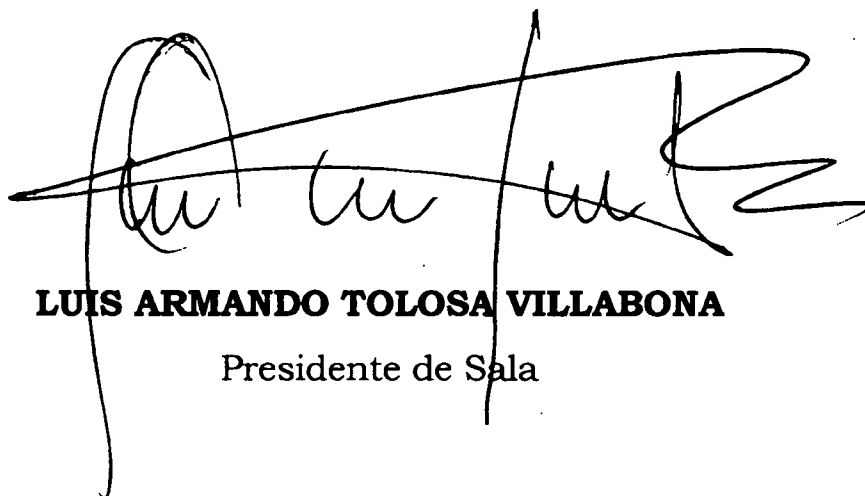
4. En definitiva, los cargos escrutados no prosperan, por lo que no se quebrará el fallo impugnado y se condenará en costas al recurrente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 8 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso que se dejó plenamente identificado al inicio de este proveído.

Costas en casación, a cargo de la parte recurrente. Como la demanda con la que se sustentó la impugnación, fue replicada oportunamente por la accionada, se fija como agencias en derecho la suma de \$6.000.000.00.

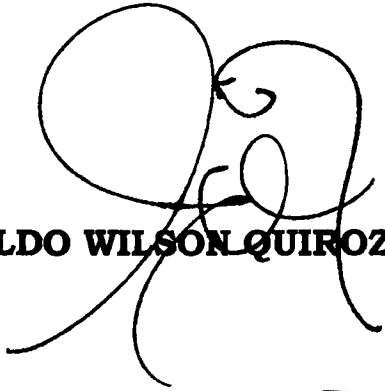
Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



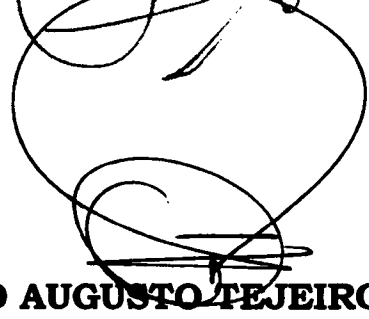
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNEIRA BARRIOS