



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado Ponente

SC2840-2022

Radicación n° 11001-31-03-001-2015-01057-01

(Aprobado en sesión virtual de cuatro de agosto de dos mil veintidós)

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Decide la Corte el recurso de casación que la demandante interpuso contra la sentencia de 27 de noviembre de 2017, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio verbal promovido por Autopistas del Sol S.A.S. contra Seguros del Estado S.A., en el cual intervienen Constructora Vialpa S.A. Sucursal Colombia en liquidación por adjudicación, Change Consulting Group Colombia S.A.S. y Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en liquidación por adjudicación, como litisconsortes necesarias de la demandada.

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó declarar: I) que Constructora Vialpa S.A. Sucursal Colombia en liquidación por adjudicación, Change Consulting Group Colombia S.A.S. y Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en liquidación

por adjudicación, como integrantes del Consorcio La Cordialidad, no invirtieron adecuadamente el anticipo que como contratistas recibieron de Autopistas del Sol S.A., a título de contratante, en desarrollo de la Orden de Servicio N° 028 de 2009; II) que Seguros del Estado S.A. garantizó, al amparo de la póliza de Cumplimiento entre Particulares N° 14-45-101010746, en la cual fungió como tomador y afianzado el Consorcio La Cordialidad y como beneficiaria la accionante, que el contratista invertiría correctamente el anticipo entregado en desarrollo de la Orden de Servicio N° 028 de 2009; III) que se configuró el siniestro amparado.

Y como súplica de condena deprecó ordenar a Seguros del Estado S.A. pagar \$2.349'401.599, más intereses moratorios causados desde el 12 de julio de 2012 o desde cuando se proclame exigible la obligación.

2. Como soporte fáctico de tales peticiones expuso, en síntesis, que:

2.1. Tras la constitución y posterior modificación del Consorcio La Cordialidad, creado para ejecutar obras correspondientes al contrato de concesión 008 de 2007 Ruta Caribe, presentó a Autopistas del Sol la Oferta Mercantil GCC-OMLC-04-09 para construir la segunda calzada de la vía Cartagena - Arjona del proyecto Ruta Caribe, por valor total de \$14.575'281.978, con anticipo de \$2.915'056.396 y plazo de 22 meses para ejecución de las obras a partir de la suscripción del Acta de iniciación.

2.2. La demandante aceptó la oferta y expidió la Orden de Servicios 028 de 2009, perfeccionando el contrato, a la postre modificado en relación con las condiciones de expedición de la póliza de estabilidad, todo lo cual dio lugar a la entrega del anticipo a favor del Consorcio La Cordialidad. Ulteriormente las partes modificaron el plazo para la entrega de la obra, reduciéndolo a 14 meses contado a partir de la concesión de la licencia ambiental -lo que a su vez generó la modificación de las pólizas adquiridas por la contratista-, sentaron que el anticipo sería utilizado para ejecutar la Orden de Servicios 028 de 2009 y designaron la firma interventora.

2.3. El 12 de agosto de 2010, cuando había sido otorgada la licencia ambiental, las partes suscribieron el Acta de Inicio de obra, dando lugar a la entrega de la póliza de Cumplimiento entre Particulares N° 14-45-101010746, con vigencia del 2 de agosto de 2010 al 2 de agosto de 2015, y coberturas de cumplimiento y buen manejo del anticipo por valores, en su orden, de \$1.457'528.198 y \$2.915'056.396.

2.4. El Consorcio La Cordialidad, como contratista, presentó demoras en la ejecución de las obras a partir de febrero de 2011, que generaron cruce de comunicaciones entre ella, la contratante y la interventora Pablo Emilio Bravo Consultores S.A., la reprogramación de labores, la imposición de multas al Consorcio y la presentación de recomendaciones. Finalmente, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, mediante misiva de 19 de julio de 2011

Autopistas del Sol notificó al contratista que, de no reanudar los trabajos, el 21 de julio siguiente tomaría posesión de estos, lo que efectivamente ocurrió constatando en esta fecha que lo ejecutado ascendía únicamente al 20.68% del total de la operación.

2.5. Del anticipo por \$2.915'056.396 el Consorcio La Cordialidad amortizó \$565'654.797, quedando el saldo de \$2.349'401.599, según las facturas canceladas, por lo que Autopistas de Sol presentó reclamación formal a Seguros del Estado el 12 de junio de 2012 por «*el indebido uso del anticipo*», pero con respuesta del 12 de julio siguiente la aseguradora objetó la reclamación y la contratante, con el fin de interrumpir la prescripción en los términos del artículo 94 del Código General del Proceso, requirió nuevamente el pago a la compañía de seguros el 26 de junio de 2013.

3. Una vez vinculada al trámite, la accionada se opuso a las pretensiones y adujo como defensas de mérito las de «*inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza N° 14-45-101010746 en su amparo de buen manejo del anticipo*» e «*inexistencia de la obligación por compensación*». Además propuso como excepción previa la «*prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguros*», que el juzgador *a-quo* dispuso tramitar como perentoria.

4. Ese mismo estrado judicial dispuso la citación, como litisconsortes necesarias de la enjuiciada, de

Constructora Vialpa S.A. Sucursal Colombia en liquidación por adjudicación, Change Consulting Group Colombia S.A.S. y Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en liquidación por adjudicación, entidades que guardaron absoluto silencio.

5. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá culminó la primera instancia con sentencia de 1 de junio de 2017, en la que declaró probada la excepción de «*prescripción*» y, por ende, desestimó las pretensiones.

6. El 27 de noviembre de 2017 el superior revocó el fallo, al resolver la apelación interpuesta por la demandante, declaró infundadas las excepciones y condenó a Seguros del Estado S.A. a pagar \$95'285.092, más los intereses moratorios comerciales.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Juzgador *ad-quem*, en primer lugar, estableció que la pretensión judicial estaba dirigida a la declaratoria de «*configuración del siniestro consistente en haberse invertido indebidamente el anticipo otorgado con la orden de servicios N° 028 de 2009... [habida cuenta que] el hecho que da base a la acción, es el indebido uso del anticipo entregado con ocasión de la orden de servicios N° 028 de 2009...*»

2. En segundo lugar, recordó el ordenamiento que rige al contrato de seguro de cumplimiento así como la prescripción de la acción de él derivada para, seguidamente,

concluir que no ocurrió este fenómeno extintivo porque no transcurrió el lapso de 2 años contado desde que la asegurada tuvo conocimiento del indebido manejo del anticipo -que corresponde al 21 de julio de 2011 como fecha en que tomó posesión de la obras- y la presentación de la demanda -25 de junio de 2015-, toda vez que entre estos momentos hubo interrupción civil con ocasión de la reclamación formal radicada ante la aseguradora el 12 de junio de 2012 y por el requerimiento que Autopistas del Sol presentó el 26 de junio de 2013.

3. A continuación afirmó el tribunal, refiriéndose a las excepciones planteadas por la convocada, que:

3.1. El siniestro alegado, consistente en el uso o apropiación indebida del anticipo, fue acreditado con la Orden de Servicios 028 de 2009, la Póliza de Cumplimiento allegada con la demanda, el Acta de toma de posesión de las obras que data del 21 de julio de 2011, los informes y comunicaciones remitidas por la firma interventora Paulo Emilio Bravo Consultores, pues estos dieron cuenta de la parálisis de los trabajos por espacio superior a un mes y que la ejecución sólo era del 19.4%.

Por consiguiente, añadió, el anticipo entregado en cuantía de \$2.915'056.396 *«no se vio reflejado en su totalidad en las obras para cuya ejecución fue entregado»*, pues las construcciones levantadas por el Consorcio y reconocidas por la contratante totalizaban \$2.819'773.304, *«con lo cual no puede afirmarse que se haya usado o*

apropiado debidamente el mismo, configurándose de esa manera el siniestro previsto en el contrato de seguro de cumplimiento».

3.2. En cuanto atañe a la *compensación*, fundada en que Autopistas el Sol adeuda al Consorcio La Cordialidad obras ejecutadas por \$2.071'033.651, el veredicto extractó que no existía prueba de tal acreencia, porque los representantes legales de la demandante y del Consorcio concordaron en que el contrato no ha sido liquidado y no existe certeza sobre los saldos debidos entre contratante y contratista.

Y respecto de los dineros supuestamente utilizados en las obras por la contratista, según alegó la demandada, sólo fue aportada prueba de que fueron amortizados \$565'654.797, mientras que no quedaron demostrados los demás valores pretendidos por concepto de una obligación a favor del consorcio según acta de liquidación, póliza de seguro tomada con Segurexpo, póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual con Segurexpo, póliza de seguro de cumplimiento con Seguros del Estado, póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual con Seguros del Estado y pagos efectuados a la interventoría.

4. Finalmente, en relación con la indemnización deprecada y como quiera que el uso indebido del anticipo corresponde a su empleo para gastos que no están relacionados con el objeto del contrato y/o fueron dirigidos de manera distinta a la pactada, ultimó la sentencia que

como a favor del Consorcio fue reconocida la ejecución parcial de obras por \$2.819'773.304, según actas parciales de entrega y la constatación realizada por la interventoría a cuyo tenor el contrato fue ejecutado en un 19.4%, la suma a reconocer corresponderá a \$95.285.092 producto de restar aquel valor al anticipo (\$2.915'056.396).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El escrito sustentador del mecanismo extraordinario contiene tres reproches, el inicial fundado en el motivo primigenio de casación previsto en el artículo 336 del Código General del Proceso, los dos restantes en la causal segunda.

La Corte iniciara el estudio por éstos, al ser el orden lógico, como quiera que para auscultar la conculcación de la ley sustancial por la senda recta es menester establecer inicialmente la situación fáctica que dio origen al litigio, lo que se logra a través de la vía indirecta.

CARGO SEGUNDO

1. Aduce la violación indirecta de los artículos 1045, 1056, 1077, 1080, 1088 del Código de Comercio, 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 1499, 1618, 1620 a 1622, 1624 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998 y 283 inciso final del Código General del Proceso, como consecuencia de errores de hecho cometidos en la estimación del acervo probatorio.

2. En desarrollo del embate señaló la recurrente que no obstante el tribunal tener por acreditado el contrato de seguros y la ocurrencia del siniestro, que afectó el amparo de buen manejo del anticipo, al momento de cuantificar la indemnización estableció que el anticipo entregado por la contratante a la contratista fue usado en debida forma, pasando por alto que el valor de las obras ejecutadas había sido pagado por Autopistas del Sol.

Para llegar a esta conclusión, agregó, el juzgador de segunda instancia erró al interpretar el contrato de seguros instrumentado en la póliza 14-45-101010746, pues todo anticipo debe ser devuelto al contratante por el contratista invirtiéndolo en la ejecución de la obras, mediante las amortizaciones convenidas o reintegrándolo a la finalización del contrato; y en la Oferta Mercantil GCC-OMLC-04-09 aceptada con la Orden de Servicio 028 de 2009, documentos que debían ser valorados conjuntamente con el pacto garantizado, lo que fue omitido en la sentencia, quedó acordado que el anticipo sería amortizado en un 20% de cada acta de recibo parcial de obra, alcanzando la suma de \$565'654.797, según el dictamen pericial practicado.

El 80% restante de esas actas de recibo parcial, esto es, \$2.262'619.186, fue cancelado directamente por la contratante al Consorcio la Cordialidad, según dan cuenta las facturas 301, 304, 306, 308, 309, 313, 316 y 317 y los comprobantes de pago plasmados en las órdenes 1259, 1364, 1447, 1468, 1567, 1627, 1777 y 1810 aportados con

la demanda, anexos a la experticia e igualmente preteridos en el fallo.

Por ende, el anticipo no fue amortizado o devuelto en su totalidad, lo cual evidencia los yerros fácticos del juzgador *ad-quem* al apreciar el contrato de seguro, pues tal supuesto corresponde a una apropiación o uso indebido del contratista.

La decisión fustigada, por ende, restringió el alcance del seguro en el amparo de anticipo, al desconocer que garantiza todo perjuicio o merma patrimonial originada en su falta de devolución o amortización.

CARGO TERCERO

1. La impugnante endilga al tribunal la violación, por vía indirecta, de los mismos preceptos legales citados en el reproche inmediatamente anterior, debido a yerros de derecho en la valoración de los elementos de convicción.

2. Sustenta esta censura en que el fallador de segundo grado «omitió» apreciar la Orden de Servicios 028 de 2009, que constituye el contrato afianzado por Seguros del Estado, pues no obstante colegir su existencia así como la entrega del anticipo al Consorcio La Cordialidad, no hizo referencia a su contenido y alcance en relación con la amortización pactada; y tampoco realizó valoración probatoria respecto de los documentos que acreditan el

pago del 80% de las obras ejecutadas y que el 20% restante iba dirigido a amortizar el anticipo.

Añadió que la sentencia criticada carece de motivación acerca de la solidez, claridad y precisión del dictamen pericial, que daba cuenta de la amortización parcial del anticipo, dinero apropiado por el Consorcio La Cordialidad, así como que esa valoración debió sumarse a la del contrato garantizado, los demás documentos que probaron las obras ejecutadas por la contratista y los pagos por ésta recibidos.

Esa valoración conjunta, complementó, hubiera llevado a reconocer el anticipo no amortizado a favor de la demandante.

CONSIDERACIONES

1. Es pertinente indicar que, por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso a partir del 1° de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5°, que 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 posterioridad a la fecha citada.

2. El estudio conjunto de los cargos segundo y tercero se justifica, en primer lugar, porque este último, no obstante anunciar yerros de derecho de la sentencia, evoca errores de hecho, *verbi gratia*, la preterición de la Orden de

Servicios 028 de 2009; en segundo lugar, porque realmente el tercer embate no pasa de ser una reiteración del segundo, al punto que atribuye al tribunal la errada valoración probatoria de los mismos medios de persuasión discriminados en éste, con una mención final según la cual todo ese acervo debió ser valorado en conjunto; y en tercer lugar, porque los dos se servirán de consideraciones comunes como pasa a verse.

3. Se sigue, por lo tanto, al estudio de los cargos segundo y tercero para lo cual resulta pertinente destacar que la sentencia de segunda instancia, estimatoria de la pretensión, coligió demostrado el contrato de seguros así como la ocurrencia del siniestro en la modalidad de *indebido uso del anticipo*, aspectos no debatidos en esta sede extraordinaria en tanto la convocada, Seguros del Estado, no superó el tamiz técnico de la casación, y la demandante sólo cuestionó la cuantía de la indemnización a favor de ella establecida, más no la interpretación que su juzgador de última instancia dio al *petitum*.

Sobre el punto impera resaltar que la promotora, desde el pórtico del litigio, deprecó declarar que las «*integrantes del consorcio La Cordialidad, **no invirtieron adecuadamente** las sumas de dinero que les fueron entregadas a título de anticipo*» (resaltado impropio), riesgo que el asegurador garantizó, «*por tanto **al no invertirse adecuadamente las sumas anticipadas** en ejecución del citado contrato, se configuró un siniestro*» (ídem).

De allí que el Tribunal sentara, *ab initio*, la «configuración del siniestro consistente en haberse **invertido indebidamente el anticipo** otorgado con la orden de servicios N° 028 de 2009... [habida cuenta que] el hecho que da base a la acción es el **indebido uso del anticipo** entregado con ocasión de la orden de servicios N° 028 de 2009...» (*Ejusdem*).

Si ello es así, como en efecto lo es, extracta la Corte que el Tribunal no erró al interpretar el contrato de seguros plasmado en la Póliza de Cumplimiento entre Particulares N° 14-45-101010746, pues en relación con la interpretación del pacto asegurador y los riesgos asumidos por la compañía de seguros esta Sala tiene sentado que:

*Siguiendo estas orientaciones, ha sostenido esta corporación que siendo requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (G. J., t. CLVIII, pág. 176) y que por lo tanto, en este campo **rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas**, “...El Art. 1056 del C. de Co., en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado...”, agregando que es en virtud de este amplísimo principio **“que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato**. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas*

expresamente en la ley...» (Cas. Civ. de 7 de octubre de 1985, sin publicar), exclusiones que por su propia índole, limitativa de los riesgos asumidos por el asegurador, requieren ser interpretadas con severidad en una concienzuda tarea que se oriente, de una parte, a establecer su justificación técnica, y de la otra a precisar el alcance de dichos riesgos conforme a reglas de carácter legal o convencional, luego no le es permitido al intérprete “...so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, **interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida...**» (Cas Civ. de 23 de mayo de 1988, sin publicar)» (CSJ SC, 29 ene. 1998, rad. 4894).

Ahora bien, la Póliza de Cumplimiento entre Particulares N° 14-45-101010746 allegada con la propia demanda iniciadora de la contienda prevé, en lo que atañe a la «GARANTÍA DE ANTICIPO», que «[p]or medio de la Garantía de Anticipo al beneficiario del seguro se precave contra el uso o apropiación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan anticipado para la ejecución del contrato».

De allí se desprende, entonces, que la sentencia atacada acertó al interpretar el contrato de seguros plasmado en la Póliza referida en la medida en que, tratándose del amparo de anticipo en contratos de obra, la falta de amortización es riesgo que difiere de su mal uso o de su apropiación indebida.

En efecto, el anticipo *«ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación, propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega –total o parcial– de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de que este último los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo. (...) la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo.»* (CSJ SC3893 de 2020, rad. 2015-00826).

El empleo por el contratista de esos bienes denominados anticipo, por lo general dinero en efectivo, puede presentar distintas anomalías en el desarrollo contractual como: I) su ausencia de amortización o retorno al patrimonio del contratante en la forma convenida; II) su apropiación indebida, que consiste en el direccionamiento ilegítimo de esos bienes hacia otros patrimonios; y III) el mal uso, que alude a la destinación para labores totalmente ajenas a las obras pactadas.

La doctrina patria sobre estos diversos riesgos tiene precisado que:

El contratista, frente al anticipo, que ha sido calificado correctamente como un avance o préstamo que se le hace para que pueda cubrir los gastos iniciales del contrato, tiene dos obligaciones totalmente distintas:

a) De una parte, manejarlo adecuadamente e invertirlo correctamente. Para tal fin en el contrato se debe pactar la manera como debe manejar estos recursos y rendir las cuentas correspondientes. Es posible que la cuenta a través de la cual se maneje el anticipo solo pueda ser utilizada con la firma del interventor, y también que deba <<legalizar>> los gastos, en un plazo determinado, con el objeto de demostrar que lo ha manejado adecuadamente y lo ha invertido correctamente. Esta obligación es la que está cubierta con la póliza expedida por la Compañía de Seguros y, para que la Compañía esté obligada a pagarla, debe declararse que el contratista la incumplió, lo que no ocurrió en este caso.

b) De otra parte, tiene la obligación de amortizarlo, devolverlo o pagar la suma que le fue entregada a título de anticipo. Esta obligación no está garantizada por la póliza. En este caso, el amparo de anticipo no cubre el riesgo de no amortización, devolución o pago del anticipo, como quiera que no se pactó así expresamente dentro del alcance de la póliza. Por tal razón no puede condenarse a la compañía por este concepto.

Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente —como lo hace el tribunal— que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia —de ninguna manera— que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 3 nov. 2020, rad. 2005-00338-01(47760)).

Así las cosas, brota que lo pretendido por la demandante es que se le indemnice por la falta de amortización total del anticipo, no obstante que el siniestro

declarado fue el *uso indebido* del anticipo, es decir un riesgo diverso al declarado por el tribunal, proclamación ésta que, itérase, no fue censurada en casación.

Ciertamente, los reproches casacionales abogan por dejar al descubierto que las obras ejecutadas por el Consorcio La Cordialidad -representadas en las facturas 301, 304, 306, 308, 309, 313, 316 y 317 cada una con su correspondiente acta de entrega parcial-, fueron pagadas por Autopistas del Sol a través de las órdenes 1259, 1364, 1447, 1468, 1567, 1627, 1777 y 1810.

Y como fue convenido entre contratante y contratista que de cada pago parcial sería descontado el 20%, destinado a devolver los dineros entregados como anticipo, el Consorcio La Cordialidad sólo alcanzó a reintegrar \$565'654.797, dejando un saldo pendiente de \$2.349'401.599 por concepto de amortización, de los \$2.915'056.396 que le fueron anticipados.

En otros términos, la alegación de la recurrente en ambos embates tiende a evidenciar que no le fue *amortizado* el anticipo de forma total, sólo parcialmente, y por ese sendero suplica que la indemnización reconocida en la sentencia abarque el saldo de esa amortización bajo el riesgo de *uso indebido* del anticipo, esto es, un riesgo diferente al de *falta de amortización*.

En este orden, contrariamente a lo expuesto por la recurrente, el tribunal no erró en la interpretación el pacto

asegurador, en tanto que, como se anotó, el riesgo consistente en la *falta de amortización* del anticipo difiere de los riesgos de *mal uso o apropiación indebida*, por lo cual no resulta de recibo asimilarlos, como lo propone el reproche casacional.

De allí que la Sala precisara en precedente oportunidad que:

...debe admitirse que la apropiación, la incorrecta inversión y la falta de amortización del anticipo, constituyen riesgos potenciales, que amenazan por sendas distintas el patrimonio del contratante; por consiguiente, este tiene interés en transferirlos lícitamente al asegurador, a través de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento.

(...) Pero no puede obviarse que, en desarrollo de la comentada potestad de individualizar el riesgo asegurado, el asegurador está facultado para decidir si asume los riesgos de apropiación, incorrecta inversión o falta de amortización del anticipo; pero si opta por restringir el aseguramiento brindado a los dos primeros eventos, no podrá reclamársele indemnización alguna si se materializa el tercero, aun cuando –se reitera– por esa vía sufra mengua el patrimonio del contratante.

Téngase en cuenta que, si el asegurador asume las contingencias económicas que pudieran emerger de la ‘apropiación’, o ‘incorrecta inversión’ del anticipo, solo responderá por las pérdidas derivadas de la realización de esos eventos dañosos, y por lo mismo estará exonerado de cualquier carga indemnizatoria si el desmedro patrimonial deriva de causas distintas, como lo sería sin duda la restitución imperfecta del aludido rubro.

Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente. Y, en ese supuesto, si el contratista utiliza íntegramente el anticipo para cubrir erogaciones propias de la obra, atendiendo las precisas pautas de inversión señaladas en el clausulado correspondiente, cesa la posibilidad de que se produzca el siniestro, siendo irrelevante si, con posterioridad, ese rubro no es amortizado, causándole pérdidas al contratante. (CSJ SC3893 de 2020, rad. 2015-00826).

Lo dicho deja al descubierto, de paso, en relación con los supuestos errores de hecho y de derecho en la valoración de la Oferta Mercantil GCC-OMLC-04-09, la Orden de Servicio 028 de 2009, las facturas 301, 304, 306, 308, 309, 313, 316, 317, los comprobantes de pago plasmados en las órdenes 1259, 1364, 1447, 1468, 1567, 1627, 1777, 1810 y el dictamen pericial practicado, que las censuras carecen de la trascendencia necesaria para que esta Corporación acceda al recurso extraordinario, pues aún de concluir que el tribunal cometió los errores probatorios alegados, la Corte situada en sede de instancia no podría acceder a la condena pedida.

Realmente, como anotó la Sala en precedencia, la indemnización solicitada por la demandante estaba conminada al fracaso porque, bajo el riesgo de *uso indebido* del anticipo, intentaba el resarcimiento de supuestos perjuicios derivados de otro riesgo diferente, la *falta de amortización* total de ese anticipo, lo cual evidencia, de un lado, que no ocurrió la errada interpretación del contrato de seguros representado en la póliza de Cumplimiento entre Particulares N° 14-45-101010746, y, de otro lado, que aun cuando el estrado judicial de segunda instancia hubiera cometido los errores en la valoración probatoria de los demás medios suasorios mencionados, esos yerros carecerían de trascendencia, sobre lo cual la Sala expresó que:

A tono con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia vernácula de la Corte que dicho medio de impugnación, no obstante habilitarse frente a

aquellas sentencias que, como resultado de errores en la apreciación probatoria, resultan infringiendo la ley sustancial, no constituye una instancia más en la que pueda intentarse una aproximación al litigio, de suerte que, tratándose de la causal primera y cuando se acusa al fallador de haber incurrido en ese tipo de yerros, será necesario que el recurrente demuestre, si de error de hecho se trata, no sólo que la equivocación es manifiesta, abultada o evidente, es decir, que “puede detectarse a simple golpe de vista, tanto que para descubrirlo no se exigen mayores esfuerzos o razonamientos, bastando el cotejo de las conclusiones de hecho a que llega el sentenciador y lo que las pruebas muestren” (cas. civ. de 2001; exp. 6347), sino que también es trascendente, “esto es, influyente o determinante de la decisión ilegal o contraria a derecho; lo cual, descarta, entonces, según lo tienen entendido jurisprudencia y doctrina, aquellos errores inocuos o que no influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia, porque su reconocimiento ningún efecto práctico produciría” (cas. civ. de octubre 20 de 2000; exp: 5509), por lo menos frente al cometido de la Corte de proveer a la realización del derecho objetivo que, en esa hipótesis, no se vería lesionado. (CSJ S-158 de 2001, rad. n° 5993, resaltado impropio).

Total, los cargos segundo y tercero son imprósperos, por lo que así serán declarados.

CARGO PRIMERO

1. Erigida en la causal inicial de casación, Autopistas del Sol atribuye a la sentencia de segunda instancia la conculcación, senda recta, de los preceptos 1056, 1077, 1080 y 1088 del Código de Comercio, 16 de la ley 446 de 1998 y 283 inciso final del Código General del Proceso.

2. Afirma la inconforme, como sustento del reproche, que el fallo reconoció que el anticipo no fue amortizado totalmente y que el perjuicio a ella ocasionado por el siniestro de apropiación o uso indebido de tal anticipo ascendió a

\$2.349'411.599, pero al momento de cuantificar la condena en contra de la enjuiciada la tasó en \$95'285.092, por considerar que las sumas invertidas en la obra constituían buen manejo del anticipo.

Tal razonamiento implicó desconocer los cánones 1077, 1080 y 1088 del Código de Comercio que regulan la ocurrencia del siniestro, su cuantía y la obligación de resarcir el daño en su totalidad, este último en concordancia con los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso.

CONSIDERACIONES

1. El numeral 2° del artículo 344 del Código General del Proceso consagra que el escrito con que se promueve la casación debe contener *«[l]a formulación, por separado, los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa.»*

Y es que este recurso, por su naturaleza extraordinaria, impone al censor el respeto de unas reglas técnicas orientadas a facilitar la comprensión de los argumentos con que pretende rebatir los sustentos del proveído atacado. De ello se deriva la aplicación del principio dispositivo, en cuya virtud esta Corporación no puede subsanar las deficiencias observadas en la demanda de casación.

Así lo tiene advertido la Sala al exigir que *«[s]in distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos»* (CSJ AC7250 de 2016, rad. 2012-00419-01).

No podría ser de otra forma, pues la impugnación se encuentra en manos del recurrente, quien establece los motivos y las razones que en su sentir pueden dar lugar a la casación, sin que el órgano de conocimiento pueda sustituir al legitimado en su argumentación, ya que asumiría el rol de un juez de instancia y suplantaría al censor¹.

2. Visto el cuestionamiento de la recurrente concluye esta Corporación que no cumple las exigencias formales que son imperativas para la casación, en tanto luce desenfocado, en la medida en que es de rigor para quien acude a este mecanismo de defensa orientar acertadamente sus críticas, lo que implica que debe atacar las razones, sean jurídicas o fácticas, de la sentencia cuestionada.

De allí que, si para tales efectos son aducidas consideraciones ajenas a tal decisión, por una incorrecta o

¹ Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas*, J.M. Bosh, Barcelona, 1998.

incompleta asunción de lo realmente plasmado en ella, la recriminación no deba ser próspera, por no estar dirigida hacia los pilares de la providencia del fallador *ad-quem*.

Sobre el tema esta Corporación ha establecido lo siguiente:

(...) 'la Corte ha señalado que '[d]e manera, pues, que en esas condiciones el reproche resulta desenfocado, en la medida en que no guarda una estricta y adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar' (...) o que 'resulta desenfocado, pues deja de lado la razón toral de la que se valió el ad quem para negar las pretensiones (...) Ignorado fue, entonces, el núcleo argumentativo del fallo impugnado, haciendo del cargo una embestida carente de precisión, pues apenas comprende algunas de las periferias del asunto, lo cual anticipa su ineficacia para propiciar el pronunciamiento de la Corte.' (CSJ AC 23 nov. 2012, rad. 2006-00061-01).

De tal falencia padece el cargo bajo estudio porque la reclamante censura la decisión del Tribunal en tanto que, afirma, coligió que el perjuicio ocasionado al demandante derivado del siniestro denominado apropiación o uso indebido de tal anticipo, ascendió a \$2.349'411.599, pero al momento de cuantificar la condena la tasó en \$95'285.092.

Sin embargo, una lectura reposada del veredicto criticado deja al descubierto que el juzgador *ad-quem* no concluyó que el perjuicio ocasionado a la demandante ascendiera a \$2.349'411.599, tampoco que este valor se enmarcara en el siniestro de apropiación o uso indebido del anticipo.

Realmente, la sentencia extractó que lo deprecado fue declarar el siniestro de «*uso indebido del anticipo*» (aunque debido a un *lapsus* en un pasaje aludió a la apropiación) y, a continuación, estableció a cuánto ascendió el perjuicio acreditado por esa partida, sin detenerse a examinar en qué rubro podía enmarcarse el saldo de \$2.349.411.599 pedido en la demanda, que tampoco dedujo demostrado.

Consecuentemente, el agravio bajo estudio fue asimétrico, por estar dirigido a enjuiciar consideraciones del fallo del Tribunal que en verdad no están contenidas en él, lo cual desemboca en su desestimación.

3. A más de lo anterior recuerda la Corte que para evidenciar la conculcación de la ley sustancial por la vía recta no basta con invocar genéricamente las normas que, a juicio de la recurrente, habría infringido el fallador de segundo grado, sino que debe demostrarse que dichas disposiciones constituyeron base esencial de la sentencia impugnada, o debieron serlo, conforme lo señala expresamente el párrafo primero del artículo 344 del Código General del Proceso, todo sin dejar de lado la necesidad de explicar de qué manera se habrían transgredido esos preceptos.

Esto en la medida en que la vulneración de preceptos sustanciales por la vía directa se da cuando el juzgador incurre en falsos juicios, bien sea porque no tuvo en cuenta los preceptos que gobernaban el caso, aplicó unos

completamente ajenos o, a pesar de haber acertado en su selección, les dio un alcance que no tienen.

Como en reiteradas oportunidades lo ha advertido la Corte en vigencia del Código de Procedimiento Civil, pero que conservan valía con el advenimiento del Código General del Proceso,

‘...Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y exégesis de la regulación que considera aplicable, con un resultado ajeno al querer del legislador (...) En tal sentido ha precisado la Corte que la ‘violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 ibídem, acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace...’ (CSJ SC 17 nov. 2005, rad. 7567, reiterada CSJ SC 15 nov. 2012, rad. 2008-00322).

No obstante tales exigencias, el cargo nada expresó sobre la referida conculcación de la ley sustancial por la vía directa, al punto que ni siquiera indicó si se trató de la errada interpretación de los preceptos invocados, si fueron empleados cuando no regulaban el caso o no lo fueron debiendo serlo, lo que basta para desestimar el reproche en razón a que el incumplimiento del requisito referido «(...) *deja incompleto el ataque, al decir de la Sala, ‘(...) en la medida en que se privaría a la Corte, de un elemento necesario para hacer la confrontación con la sentencia acusada, no pudiéndose, ex officio, suplir las deficiencias u omisiones en que incurra el casacionista en la formulación de*

los cargos, merced al arraigado carácter dispositivo que estereotipa al recurso de casación'. (CSJ AC481 de 2016, rad. n° 2007-00070).

4. Total, los defectos formales del cargo inicial impiden acogerlo, por lo que así se declarará.

5. De todo lo analizado emerge la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, y el señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 365 numeral 1° ibídem, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación.

DECISIÓN

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

Primero. NO CASAR la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2017, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio verbal promovido por Autopistas del Sol S.A.S. contra Seguros del Estado S.A., en el cual intervienen Constructora Vialpa S.A. Sucursal Colombia en liquidación por adjudicación, Change Consulting Group Colombia S.A.S. y Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. en liquidación por adjudicación, como litisconsortes necesarias de la demandada.

Segundo: Condenar en costas a la recurrente en casación. Practíquese su liquidación en los términos del canon 366 *ibídem*, incluyendo por concepto de agencias en derecho diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la liquidación, que fija el magistrado ponente.

Tercero. Reconocer al abogado Rafael Alberto Ariza Vesga como apoderado judicial de la demandada, en los términos del poder a él conferido.

Cumplido lo anterior devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente (E)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Luis Alonso Rico Puerta

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

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: F422C1948CE28A9BE484BFD0364BF014B3B664F303BF832FE82F7D02D1E515E1

Documento generado en 2022-09-01