

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

Sección jurisprudencial

SUMARIO

Jurisprudencia Colombiana:

- I. La prescripción de la acción en subrogación del asegurador contra el responsable del siniestro. La Sala Civil de la Corte sienta por primera vez una doctrina expresa sobre este tema en sentencia de diciembre 16 de 2005, expediente 05001-3103-016-1999-00206-01, con ponencia del Dr. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.
- II. Las excepciones oponibles a la acción ejecutiva con base en la póliza de cumplimiento de contratos estatales. El Consejo de Estado regresa a su tesis anterior. Sentencia de 27 de julio de 2005. Sección II de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la doctora RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- III. Los efectos de la garantía de seriedad de oferta entre particulares. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sienta doctrina sobre los derechos del asegurado en caso de siniestro que afecte este tipo de cobertura. Sentencia de 15 de noviembre de 2005, expediente 7143 con ponencia del Dr. CÉSAR JULIO VALENCIA.

Jurisprudencia Uruguaya:

- IV. La legitimación del asegurado para reclamar al asegurador: Sentencia comentada Dr. JULIO VIDAL AMADEO.

I. SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2005, MP: DR. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, EXPEDIENTE 05001-3103-016-1999-00206-01*

Problema jurídico: cuál es el término de prescripción al que se encuentra sometida la acción en subrogación del asegurador contra el responsable del siniestro y desde qué momento empieza a contarse.

Consideraciones de la Corte:

“2. El artículo 1081 del Código de Comercio, precepto que forma parte de la normativa del contrato de seguro, adopta un régimen especial en materia de prescripción, al estatuir que las acciones que se derivan de ese negocio jurídico, o de las disposiciones que lo rigen, puede ser ordinaria o extraordinaria. Para la prescripción ordinaria consagra un plazo de dos años, que tiene como punto de partida el momento en que el “interesado” haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y para la extraordinaria, un término de cinco, que corre contra toda clase de personas y se computa a partir de la época del nacimiento del derecho.

Aparte de instituir la duplicidad de prescripciones y las reglas bajo las cuales están llamadas a funcionar, el citado precepto define su ámbito de aplicación, tanto subjetivo como objetivo. Así, especifica que la prescripción ordinaria corre contra los interesados, y la extraordinaria frente a toda clase de personas, terminología al auspicio de la cual, precisó la Corte, no es dable introducir distinción alguna en lo tocante a los sujetos frente a los cuales operan, que al fin y al cabo no son otros que los que derivan obligaciones o derechos del negocio asegurativo. Por “interesado”, explicó, “debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales primero y segundo del artículo 1047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador. Estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera. Aquellas personas distintas de los interesados carecen de acción, pues el contrato de seguro es para ellos *res inter alios acta (sic)*”¹.

Por el aspecto objetivo, concreta su radio de acción a las acciones emanadas del contrato de seguros, es decir, las que tienen su fuente inmediata en el contrato mismo, y a las que se derivan de las disposiciones que integran su régimen jurídico, entendidas por tales las que aunque presuponen su existencia, no se originan directamente en él, “sino —por vía mediata— de la ley que las consagra específicamente como tutela de su diafinidad jurídica como fuente de obligaciones para las partes a él vinculadas (el tomador y el asegurador)”².

* Se transcriben los apartes fundamentales de los fallos anteriormente mencionados, con un breve comentario del coordinador de la sección, doctor ANDRÉS E. ORDÓNEZ.

3. El artículo 1096 del Código de Comercio, que también integra el régimen jurídico del negocio asegurativo, consagra la subrogación que, por ministerio de la ley, obra en favor del asegurador que satisface el débito contractual, en los derechos del asegurado frente al responsable del daño, hasta concurrencia de la suma indemnizada, subrogación que si bien tiene una naturaleza y teleología singular, como lo dejó sentado la Corte en su sentencia del 18 de mayo de 2005, “se encuentra íntima y funcionalmente enlazada con la institución de la subrogación disciplinada por el ordenamiento civil, al punto que los fundamentos y los postulados medulares que le sirven de apoyatura en este específico régimen, en general, son los que informan la figura en la esfera mercantil”, normatividad cuyos principios deben presidir, en consecuencia, la hermenéutica del derecho que *ex lege* se consagra en favor del asegurador, porque el hecho que “tenga como presupuesto material el pago de la obligación condicional del asegurador, emanada del contrato de seguro, no impide considerar la acción subrogatoria a que se refiere el artículo 1096 del estatuto mercantil, bajo la égida de la subrogación establecida en el derecho común, de la que es, *mutatis mutandis*, una de sus aplicaciones individuales, por ministerio de la ley, esa misma que no empleó un vocablo o arquitectura diferentes a la de la “subrogación”, con todo lo que ello implica, muy especialmente de cara a lo consignado en el artículo 822 del Código de Comercio, esto es, a la integración preceptiva, en lo pertinente, en el campo de las codificaciones del *ius privatum*”.

De modo que, como ocurre en el derecho común, en el que, por efecto de la subrogación personal —como modalidad del pago—, se traslada al acreedor subrogado el crédito del cual era titular el subrogante, derecho que no sufre mutación alguna y consiguientemente pasa inalterado de sus manos a las de aquél —artículo 1666—, al verificarse el presupuesto que por ministerio de la ley sirve de percutor para que entre en funcionamiento el mecanismo de la subrogación instituido en favor del asegurador, cual es el pago de la indemnización, *ipso jure* sustituye al asegurado-damnificado en el crédito que antes de ser indemnizado tenía contra el responsable del daño, es decir, ocupa su lugar en esa relación obligacional, en idéntica situación a la que tenía el asegurado como directo perjudicado, cuyo derecho a ser indemnizado por el responsable, se reitera, sobrevive sin modificación en el asegurador como nuevo acreedor, desde luego, con la limitación cuantitativa ya dicha, todo lo cual pone de relieve que el derecho que por ese medio adquiere la compañía aseguradora no es un derecho propio, sino derivado del que tenía el asegurado en su condición de primitivo acreedor, abrevia en la misma fuente, que no es el contrato de seguro, al cual es ajeno, sino la conducta reprochable del causante del siniestro, en la cual tiene también origen la deuda de responsabilidad a cargo de éste, circunstancia que explica, como apuntó la Corte en el fallo atrás invocado, que esté “ayuno de sustantividad y autonomía, como quiera que la entidad aseguradora —he ahí la importancia del fenómeno sustitutivo que aflora de la subrogación—, adquiere el mismo derecho que antes del pago residía en la órbita patrimonial del asegurado damnificado (...) no sufre ninguna mella o alteración por migrar del asegurado a la entidad aseguradora (principio de identidad). Muy por el contrario, ese derecho permanece indeleble, al punto que los responsables del siniestro, como lo impera el artículo 1096 del Código

de Comercio —en muestra de diciente acatamiento de la prenotada etiología y naturaleza—, podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado, es decir, no una defensa precaria o limitada por el hecho de ser su demandante el asegurador, sino una que tenga el talante que reclama el derecho litigado, sin miramiento a la persona que se presenta como su titular”.

Por supuesto que si el derecho del asegurado a ser resarcido por el victimario es idéntico al que se radica en el asegurador por obra de la subrogación, también lo es la acción mediante la cual puede hacerlo valer, ya que esa es consecuencia del principio de identidad anotado, que se produce, además, como efecto propio del instituto jurídico por el cual se engendra la sustitución de un acreedor a otro, dado que en los términos del artículo 1670 del Código Civil, con independencia de su origen —convencional o legal— la subrogación “traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”, de modo que al producirse la transferencia tanto de los derechos del primitivo acreedor, como de las acciones tutelares del mismo, el asegurador, como en su momento lo estaba el asegurado, queda habilitado para reclamar del agente del daño el pago de la prestación debida, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad respectiva, derecho que, se insiste, opera dentro de la limitación cuantitativa legalmente establecida.

Luego si el derecho que tiene el asegurador para proceder contra el responsable del siniestro es el mismo que por razón de él correspondía al asegurado en su condición de damnificado, o dicho de otro modo, si la acción del asegurador subrogado es igual a la que habría podido emprender el asegurado para obtener del responsable el resarcimiento del daño experimentado, si se gobiernan, por lógica consecuencia, por el mismo régimen jurídico, la misma identidad campea en la prescripción a la que está sujeta, que de consiguiente es la que corresponde a la acción indemnizatoria de la cual era titular el asegurado-perjudicado contra el victimario (contractual o extracontractual), porque esa es la acción en la que lo sucede, instituto que en fin de cuentas operará en función del derecho que tenía el asegurado, como perjudicado, contra el causante del daño, como lo reconoce mayoritariamente la doctrina especializada³. En palabras de GARRIGUES, “El derecho adquirido por el asegurador, a virtud de la subrogación, es un derecho derivado del que tenía el asegurado frente al tercero. Dicho en otros términos, la acción que ejerce el asegurador, contra el tercero es la misma acción que tiene el asegurado contra el autor del daño. Por esta razón gozará de todos los beneficios que esta acción tuviera y, al contrario, quedará sometida a las mismas excepciones que podrían ser opuestas al asegurado. El plazo de prescripción será el mismo que podría ser invocado por el tercero contra la acción del asegurado”⁴, plazo que por contera no puede variar en función de la persona que la promueve. Será igual, en consecuencia, con independencia de que sea la víctima la que persiga la reparación del perjuicio, o que la reclame el asegurador subrogado en su derecho al resarcimiento, por el pago de la prestación asegurada, o que por ser inferior al importe del daño, el asegurador pretenda recuperar la indemnización abonado al asegurado-perjudicado, y éste, la porción no cubierta por el seguro, ya que en

cualquier caso, por tratarse de idéntica acción, no existe razón que justifique establecer entre ellas cualquier tipo de distinción.

No acertó en consecuencia el sentenciador cuando sostuvo que “la subrogación del asegurador por el pago que hace de la indemnización al asegurado, es acción derivada del contrato de seguro y, si además de ello regulada está dicha institución jurídica dentro del Código de Comercio”, cae dentro de la órbita del régimen de prescripción especial adoptado por dicho ordenamiento en relación con del negocio jurídico mencionado, porque la acción que ejerce el asegurador subrogado en los derechos del asegurado, frente al responsable del daño, no procede del negocio asegurativo, ni de las disposiciones que lo disciplinan.

Por supuesto que el pago que da lugar al fenómeno subrogatorio previsto por el artículo 1096 del estatuto comercial, tiene su causa en el negocio asegurativo. Empero, ese sólo es el presupuesto al cual se subordina legalmente el funcionamiento del instituto mencionado, por virtud del cual el asegurador sustituye al asegurado-damnificado, en los derechos y acciones que tuviere frente al responsable del daño, para obtener de él el abono de los valores indemnizados. Sin embargo, al exigir del tercero la responsabilidad que le cabe por el daño irrogado, no procura realizar un derecho dimanante del contrato de seguro, ni de su reglamentación normativa, sino el derecho al resarcimiento del cual era titular el asegurado, en su condición de víctima, derecho cuya fuente se encuentra, como ya se anotó, en la conducta antijurídica del responsable, germen también de la acción indemnizatoria respectiva. El apuntado pago, como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte, “tan sólo determina su legitimación en la causa para el ejercicio de la señalada acción, así como la medida del derecho que puede reclamar”⁵. Como explica OSSA GÓMEZ, “el art. 1096 rige, en verdad, el contrato de seguro, la subrogación es su consecuencia, regula una relación adicional que, en consideración al pago de la indemnización, surge entre el asegurado y el asegurador. Pero gobierna también el derecho del asegurador contra el responsable del siniestro que es extraño al contrato y cuya obligación indemnizatoria no tiene por qué cambiar de contenido, ni sus modalidades legales. El art. 1081, con su régimen de prescripción, versa sobre las acciones a que da origen el seguro y no sobre las que derivan del hecho ilícito”⁶.

Corolario de lo expuesto es que si la acción cuya titularidad se radica en el asegurador por efecto de la subrogación, que se repite, es la misma que tenía a su alcance el asegurado-damnificado, no emana del contrato de seguro, ni de las disposiciones que lo disciplinan, sino de la conducta dolosa o culposa del autor del daño, no está sujeta al régimen establecido por el artículo 1081 del Código de Comercio, que por lo demás, está llamado a actuar exclusivamente entre quienes derivan derechos u obligaciones del contrato de seguro, situación en la que por supuesto no se halla el tercero responsable, quien no puede entonces reportar beneficio de un régimen legal instituido para un negocio jurídico al cual es ajeno, acción que por contera se somete a los plazos de prescripción que rigen en el derecho civil, dependiendo del tipo de responsabilidad que pesa sobre el responsable, y que en el caso, de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, en el tenor vigente por la época de los hechos, no

se había consolidado al tiempo de presentarse la demanda, si se tiene en cuenta que de las demandadas se ha reclamado la responsabilidad civil extracontractual que les cabe por el suceso dañino que la demanda narra.

Como las equivocaciones cometidas por el sentenciador fueron determinantes en su decisión de declarar prescrita la acción indemnizatoria propuesta por las demandantes, dejando de aplicar, consiguientemente, las normas que relaciona el cargo, en especial las que gobiernan la responsabilidad que pretendió derivarse a las demandadas, la casación del fallo se impone, correspondiendo a la Corte dictar sentencia de reemplazo.

Comentario:

Cómo prescribe la acción en subrogación del asegurador contra el responsable del siniestro, es uno de los problemas a los que da lugar la deficiente regulación de la prescripción para las acciones que derivan del contrato de seguro o de las normas que lo rigen, conforme a la terminología utilizada por el artículo 1.081 del Código de Comercio.

Acudiendo a esa fórmula con la que se encabeza el artículo 1081 del Código de Comercio, podría pensarse que, dado que la acción en subrogación del asegurador nace del artículo 1096 del Código de Comercio, sin cuya existencia esa subrogación no existiría, y dado que esa norma forma parte de la regulación del contrato de seguro, a la prescripción de la acción en subrogación debe aplicarse esa disposición. Conforme a ello, la prescripción comenzaría a contar desde el momento en que el asegurador paga a su asegurado la indemnización y, a partir de ese momento, que el asegurador conoce bien, debe correr exclusivamente el término de la prescripción ordinaria previsto en la norma, por dos años.

No obstante, otra interpretación, que es la que ha adoptado la Corte en la decisión que se comenta, abandona la lectura literal del artículo 1081 y aplica el criterio de que, dado que la subrogación se produce en la acción de responsabilidad civil que la víctima original del daño tiene contra el autor del mismo, el asegurador debe tomar esa acción en el estado en que se encuentra cuando la subrogación se produce y la misma seguirá sujeta a los términos de prescripción propios suyos: los términos de prescripción de la acción de responsabilidad.

Cualquiera de las dos soluciones puede ser desventajosa, ya para el autor del daño, ya para el asegurador. La primera es desventajosa para el autor del daño que puede ver eventualmente reconducido un término de prescripción que ya ha podido haber corrido en buena parte, por el hecho de que el asegurador pague la indemnización a su asegurado, particularmente cuando la acción en subrogación es una acción de responsabilidad civil contractual sujeta a términos generalmente cortos. Tal el caso de la acción en subrogación contra el transportador responsable en el seguro de transporte, o el de la acción de responsabilidad contra el afianzado contratista que ha incumplido, dentro del marco de un seguro de cumplimiento. La segunda es desventajosa para el asegurador, el cual puede verse muchas veces subrogado en una acción próxima a prescribir, cuando el pago de la indemnización al asegurado se ha demorado por

diferentes circunstancias. En este caso incluso, podrían surgir conflictos derivados de la culpa que el asegurado pueda haber tenido en la demora en la formalización del reclamo, ante circunstancias de esa naturaleza.

No obstante, la interpretación de la Corte parece la más adecuada ante la falta de una regulación específica de la ley, aunque pueda parecer contradictoria con la expresión del artículo 1081 del Código de Comercio al pretender abarcar todos los derechos y acciones que surgen del contrato de seguro "...y de las normas que lo rigen".

II. SENTENCIA DE LA SECCIÓN III DEL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EXPEDIENTE 23565, CP: DRA. RUTH STELLA CORREA PALACIO

Problema jurídico: dentro de la acción ejecutiva que se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa con base en una póliza de cumplimiento de contratos estatales, ¿pueden proponerse excepciones relativas a la ilegalidad del acto administrativo con el cual se integra el título ejecutivo y, consecuentemente, no es necesario suspender el proceso ejecutivo mientras se ventila el proceso ordinario de nulidad de dicho acto que eventualmente haya sido promovido simultáneamente?

Consideraciones del Consejo de Estado:

"1. La improcedencia, dentro del proceso ejecutivo que tiene como título de recaudo ejecutivo un acto administrativo, de excepciones a través de las cuales se enjuicia su legalidad.

Sea lo primero señalar que en esta oportunidad procede la Sala a recoger la tesis que permite la posibilidad de discutir la legalidad del acto administrativo dentro del proceso ejecutivo, cuando éste es el título ejecutivo; para en cambio asumir como tesis, la de la imposibilidad de proponer, en esos eventos, excepciones diferentes a aquellas señaladas en el inciso 2 del artículo 509 del CP Civil.

En esta Sección el tema de la discusión dentro del proceso ejecutivo, de la legalidad del acto administrativo presentado como título de recaudo ejecutivo, fue tratado inicialmente para señalar que el espacio para esa discusión no es el recurso en contra del mandamiento de pago, sino la sentencia, con lo cual se insinuó que la discusión debía plantearse a través de la proposición de excepciones.

En auto de 5 de marzo de 1998, expediente n° 14367, se sostuvo:

«Para la Sala el mandamiento ejecutivo apelado debe ser confirmado por cuanto los documentos presentados como recaudo ejecutivo, al menos formalmente evidencian la existencia de una obligación clara expresa y exigible en favor del Departamento de Casanare y en contra de Lationamericana de Seguros S.A.; sin que sea el auto de mandamiento de pago la oportunidad procesal para definir

aspectos relacionados con la legalidad del título, los cuales son materia de definición en la sentencia.»

Posteriormente, en providencia de 13 de septiembre de 2001, expediente No. 17952, la sección se refirió con claridad a la posibilidad de discutir dentro de los procesos ejecutivos adelantados ante esta jurisdicción la legalidad del acto administrativo presentado como título de recaudo ejecutivo, con el argumento de que con la atribución de competencia para conocer de esos procesos ejecutivos al mismo juez que conocía de la revisión de legalidad de los actos administrativos que eventualmente pudieran tener el valor de títulos ejecutivos, desaparecía la división del conocimiento judicial frente al juicio ordinario y frente al proceso ejecutivo, situación que en aquella oportunidad condujo a las siguientes conclusiones:

«Es por lo mismo que la jurisdicción ordinaria en los procesos de ejecución no conocía de las excepciones de validez del «acto administrativo o del contrato» del Estado, salvo que tratándose de éste último tuviera la naturaleza jurídica de privado de la Administración y no contuviera cláusula de caducidad. Pero esta división del conocimiento judicial desapareció con el advenimiento de la ley 80 de 1993 porque, por regla general, la jurisdicción de lo contencioso administrativa es juez del acto administrativo y del contrato, estos que a su vez son documentos que integran con otros, el título ejecutivo contractual estatal».

«Si una persona, pública o privada -natural o jurídica -tiene a su cargo una deuda derivada de un contrato Estatal de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, reconocida en un acto administrativo o en un contrato o con otros documentos, si considera que cualquiera de estos actos jurídicos no es válido puede ejercitar, dentro del término de caducidad, la acción ordinaria.

Si la misma persona no ha demandado esos actos por la vía ordinaria, y es demandada por vía de ejecución, siempre que no haya caducado figurativamente la acción ordinaria, puede proponer como excepción de mérito de invalidez de esos actos en el proceso de ejecución.

Si la misma persona fue demandada ejecutivamente, después de que accionó por la vía ordinaria contra la presunción de validez del acto o contrato, que integran con otros documentos el título de ejecución, puede proponer también en el proceso ejecutivo como excepciones, entre otros, la nulidad del acto administrativo con el cual integra título ejecutivo, y si triunfa en esa proposición de nulidad, la sentencia en firme del ejecutivo que declara la prosperidad de la excepción de nulidad, podrá darla a conocer en el juicio ordinario para que con base en ella se declare probado el hecho exceptivo de cosa juzgada, respecto de la pretensión de nulidad (art. 512 CPC)».

Igualmente se fundó la sentencia en el artículo 510 del CP Civil que dispone el momento para dictar sentencia en el proceso ejecutivo y la consecuencia que se deriva de la prosperidad de alguna de las excepciones, esto es, que el juez:

«...se abstendrá de fallar sobre las demás, pero en este caso el superior deberá cumplir lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 306;»

Y en la afirmación de que:

«...el CPC en otros artículos señala que la sentencia deberá tener decisión expresa no sólo sobre las pretensiones sino sobre las excepciones respecto de las cuales proceda resolver...»

Aserto que llevó a concluir que:

«la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones y con las excepciones que aparezcan probadas (arts. 304 y 305).»

En cuanto a la limitación que para la proposición de excepciones trae el artículo 509 del C. P. Civil, se entendió en la tesis que ahora se recoge, que no era aplicable para cuando el título de recaudo ejecutivo estaba representado en un acto administrativo. Se señaló en lo pertinente:

«...Por eso es que cuando el título ejecutivo es de origen judicial sólo admite como excepciones los hechos posteriores mencionados, o que lo enerven parcial o totalmente, o « la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida» (art. 509). Además otros artículos del CPC señalan que respecto a títulos ejecutivos no judiciales caben otras excepciones, entre los cuales se destacan los números 510 y 511 que aluden a la excepción de beneficio de inventario y beneficio de excusión.

«Las anteriores referencias legales, jurisprudenciales y doctrinarias son orientadoras para concluir que las excepciones de fondo pueden ser otras distintas a las previstas en el artículo 509 del CPC salvo que se trate de título ejecutivo judicial (sentencia o laudo de condena u otra judicial) y 4) que las excepciones de nulidad del acto o contrato pueden proponerse en los juicios ejecutivos, en los términos legales ya vistos, explicados doctrinaria y jurisprudencialmente².

«c. Resulta claro, de una parte, que los actos administrativos contractuales o los contratos que contienen créditos o deudas pueden ser atacados dentro del plazo legal por vía de acción ante esta jurisdicción, por regla general y, de otra parte, que esos mismos actos pueden ser excepcionados en su legalidad por la vía de la ejecución de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 170 del CPC (arts. 306 ibídem y 170 del CCA).

«Cuando se proponga la excepción de nulidad del acto o contrato dentro del proceso ejecutivo habrá lugar a analizarla siempre y cuando al momento de su proposición no haya transcurrido, como ya se dijo, el término de caducidad para impugnar el respectivo acto o contrato»³.

La tesis fue reiterada en varias oportunidades, recientemente en providencia de 4 de noviembre de 2004, también por mayoría se decidió la improcedencia de la suspensión

del proceso ejecutivo por prejudicialidad, cuando se ha iniciado un proceso ordinario en el que se ventile la legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo no ostenta la calidad de providencia que conlleva ejecución, la que se reservó para las decisiones judiciales.

Luego se negó la suspensión del proceso por prejudicialidad, cuando se tramitaba un proceso ordinario en el que se cuestionaba la legalidad del acto administrativo presentado como título de recaudo ejecutivo, con fundamento en los siguientes argumentos:

«Se llega a esta conclusión porque el artículo 170 del C. de PC señala las circunstancias en que procede la suspensión del proceso, pero, el numeral 2º de la norma enseña que tratándose de procesos ejecutivos éste no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

«En principio, cabe únicamente la suspensión del proceso por prejudicialidad, cuando la cuestión debatida en el segundo proceso no puede ventilarse conjuntamente con la debatida en el primer proceso y la sentencia que se va a dictar en uno de los juicios influya necesariamente en el otro, con la restricción prevista por la norma para los procesos ejecutivos.

«Para la doctrina nacional la previsión contenida en dicha norma puso fin a una muy frecuente maniobra de iniciar procesos ordinarios para tratar de paralizar el de ejecución sobre la base de circunstancias que se han debido alegar como excepción en este último, por lo tanto es indiferente que la existencia del proceso ordinario sea anterior o posterior a la iniciación del de ejecución, porque en cualquier caso es deber de la demandada en la ejecución proponer los hechos pertinentes como excepción, con el objeto de que el asunto se debata y se decida por la vía propia de la ejecución.

«En estos casos el juez de la ejecución está impedido para suspender el proceso y paralizar la decisión en espera del fallo del proceso ordinario, pues esos aspectos han debido ser alegados como excepción.

«Aún en el caso de que con posterioridad al proceso ordinario se inicie la ejecución y en el primero de ellos se hubiere pedido la nulidad del título, debe proponer como excepción la nulidad del título ejecutivo y como se estarían debatiendo las mismas circunstancias en dos procesos que no admiten acumulación, la prejudicialidad operara del proceso ejecutivo al ordinario que será el que deberá suspenderse mientras se deciden las excepciones dentro del proceso ejecutivo, solución que se impone con el objeto de evitar que se profieran providencias contradictorias.

«Bajo esta premisa, la Sala respalda la decisión del Tribunal, pues, en oportunidades anteriores ya se había pronunciado en este sentido concluyendo que no procede

la suspensión del proceso en estos casos si el ejecutado tuvo la oportunidad de alegar la nulidad del acto administrativo que constituye la base del recaudo ejecutivo como excepción.»

La Sala recoge esta tesis, para en cambio señalar mayoritariamente, que dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, sólo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2° del artículo 509 del CP Civil, introdujo la Ley 794 de 2003.

El cambio en el pensamiento de la Sala, se sustenta en las siguientes consideraciones:

En el trámite de los procesos ejecutivos ante esta jurisdicción, se aplica el Código de Procedimiento Civil, por remisión en los términos del artículo 267 del CCA, ante la falta de normativa sobre el tema en el Código Contencioso Administrativo, además de que la ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del CC Administrativo, expresamente dispuso en relación con el trámite a seguir para los proceso ejecutivos, que este sería aquel de mayor cuantía regulado en el C. de P. Civil⁵.

En materia de excepciones de mérito dentro del proceso ejecutivo, el artículo 509 del C. de P. Civil, establece para cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, que sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7° y 9° del artículo 140, y la de pérdida de la cosa debida.

Para cuando el título ejecutivo esté constituido por una sentencia, laudo de condena o providencia que conlleve ejecución, la norma proscribe, dentro de ese proceso, cualquier discusión sobre la legalidad del título, circunscribiendo las alegaciones por la vía de las excepciones, sólo a los sucesos posteriores al nacimiento del título, y a partir de los cuales se pueda concluir que la obligación está satisfecha, se ha extinguido, se ha novado, o ha perdido su exigibilidad.

El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador, que en el artículo 64 del CCA, expresamente dispone:

«Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda

ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.»

Mientras que el artículo 66 del mismo código, reitera la noción de que el acto administrativo conlleva ejecución, cuando expresamente establece los casos en los cuales pierden su fuerza ejecutoria, así:

«Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

Por suspensión provisional

Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos

Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

Cuando pierden su vigencia.»

Por fuera de los eventos expresamente señalados en esa norma, el acto administrativo es una providencia que conlleva ejecución, la cual puede lograrse en veces directamente por parte de la administración, como sucede en los términos del artículo 68 *ibídem* para cuando se dispone de jurisdicción coactiva; o de lo contrario, ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, de acuerdo a la atribución de competencia realizada por el legislador.

A su vez en los artículos 85 y 87 del CC Administrativo, el legislador ha establecido las acciones que permiten la revisión de legalidad del acto administrativo que contiene un título ejecutivo, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la relativa a controversias contractuales, ambas tramitadas a través del proceso ordinario tal como lo manda el artículo 206 *ídem*.

También previó el legislador los términos para intentar tales acciones, sin que el mismo supere dos años, como quiera que para la primera señaló uno de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto, mientras que para la segunda señaló un plazo de dos años, contados desde diferentes momentos, según que se trate de contrato sometido o no a liquidación.

Al permitirse el cuestionamiento de legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo, a través de la proposición de excepciones dentro del proceso ejecutivo, fundadas en hechos sucedidos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, se está desconociendo de un lado la naturaleza de providencia que conlleva ejecución que el artículo 64 del CC Administrativo, le otorga al acto

administrativo, y de otro, se vulnera el debido proceso, como quiera que se surte la revisión de legalidad del acto administrativo ante un juez diferente a aquel establecido por el Legislador para el efecto, esto es ante el juez de la ejecución y no ante el ordinario que fue al que se atribuyó competencia por el Legislador para realizar tal enjuiciamiento, además de que se le da a la revisión de legalidad un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, y se desconocen los términos que también el legislador previó para la formulación del juicio de legalidad.

Igualmente el trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que sólo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título.

Para cuando existen dudas sobre la legalidad del título el legislador previó su cuestionamiento a través del juicio ordinario que corresponde y la suspensión del proceso ejecutivo por prejudicialidad, conforme lo indica el artículo 170 numeral 2° del C. P. Civil, norma que dispone:

« El juez decretará la suspensión del proceso».

Comentario:

La providencia anteriormente reseñada, tiene la importancia de resumir con citas específicas los fundamentos de las dos tesis contrapuestas que han sido acogidas alternativamente hasta la fecha por la Sección III del Consejo de Estado sobre esta importante materia. Sin perjuicio de comentarios posteriores, que por falta de espacio no pueden hacerse en esta oportunidad más a fondo, la doctrina nuevamente acogida por el Consejo de Estado en esta providencia, si bien resulta a todas luces conveniente en el sentido de evitar, dentro del marco del proceso ejecutivo, un debate sobre la legalidad del acto administrativo que debería poder desarrollarse más a espacio en un proceso ordinario, reitera la afirmación muy discutible de que un acto administrativo debe ser considerado en los términos del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil "providencia que conlleva ejecución", por lo cual quedan limitadas notoriamente las excepciones oponibles por parte del ejecutado.

La aseveración anterior es inaceptable cuando se trata, como en el caso que se juzgó y como se ha tratado generalmente en los casos que han suscitado las decisiones del Consejo en uno u otro sentido, de ejecuciones que se adelantan no exclusivamente con base en un acto administrativo, sino con base en una póliza de seguro de cumplimiento de contratos estatales, integrada con el acto administrativo correspondiente. Por una parte resulta muy discutible asignar al acto administrativo la categoría de "providencia", expresión que, por lo menos en el Código de Procedimiento Civil se encuentra reservada a los actos de los jueces (art. 302 del C. de P.C) y el artículo 509 sólo utiliza como expresión afín a "sentencias o laudo de condena", aludiendo sin duda alguna a actos de

carácter jurisdiccional. Pero por otra parte y fundamentalmente, el Consejo ha perdido de vista el hecho de que este tipo de ejecuciones se basan en un título ejecutivo cuyo componente primordial es la póliza de seguro de cumplimiento y no el acto administrativo que solo sirve, dentro de este contexto, para "integrar el título" conforme a la expresión del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo que, por lo demás, es la norma de donde deriva el mérito ejecutivo de estos documentos en este caso.

La limitación de las excepciones a las señaladas en el numeral 2º. del artículo 509, cuando el título se basa fundamentalmente en una póliza de seguro es realmente injustificable y deja en la más completa indefensión, generalmente, a la compañía de seguros que es la única real destinataria de esta clase de ejecuciones.

III. SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2005, MP: DR. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, EXPEDIENTE 05001-3103-016-1999-00206-01

Problema jurídico: tiene derecho el asegurado en caso de siniestro, tratándose de una póliza de cumplimiento de seriedad de oferta entre particulares, a reclamar al asegurador el valor asegurado en la póliza sin necesidad de demostrar la cuantía de los perjuicios que se le han causado efectivamente con el incumplimiento del afianzado.

Consideraciones de la Corte:

"1. En el ámbito del derecho de seguros se distinguen los llamados seguros de daños, caracterizados, como se sabe, por ser meramente indemnizatorios, esto es, por cuanto tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato como riesgo asegurado. Esa es la razón, justamente, que le impide al interesado "reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que se cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro" (G.J., t. CCLXI, pág. 71).

Las premisas anteriores, dentro de las cuales se desenvuelve el referido principio indemnizatorio, no son más que aplicación del artículo 1088 del Código de Comercio, el cual prescribe que «respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento».

De las diferentes especies que participan de la noción de seguros de daños, el de cumplimiento es precisamente una de ellas, si se toma en consideración que, dada su particular naturaleza, a través de un negocio tal la compañía aseguradora se compromete a pagarle al asegurado y los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador nacidas de leyes y contratos, cual lo prevé la ley 225 de 1938, o, como lo dijo la Sala en otra ocasión, aquel «en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia» (sentencia 078 de 2 de mayo de 2002, exp. 6785); ello indica, por supuesto, que en los mismos también campea el principio en comento.

Es palmario entonces que, al menos para el asegurado, la especie contractual en referencia no entraña ni puede engendrar ganancia, por cuanto su función no pasa de ser reparadora del daño efectivamente causado; desde luego que a partir de la ocurrencia del siniestro surge la obligación de resarcir el perjuicio siempre que sea cierto y determinado, como quiera que únicamente dentro del marco de esos conceptos puede establecerse que la indemnización guarda absoluta sujeción a lo previsto por el citado artículo 1088 y que la medida de la responsabilidad de la compañía aseguradora es la justa y ceñida a las previsiones generales del artículo 1089 *ibídem*.

2. Es precisamente por efecto de ese carácter indemnizatorio que, acorde con el artículo 1077 *ejusdem*, le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como «la cuantía de la pérdida»; es decir, que al demandar el pago de la indemnización debe probar no solamente los hechos a cuyo amparo estima se configuró el siniestro sino también la naturaleza de los daños padecidos y la extensión de los perjuicios sufridos a raíz de la realización del riesgo asegurado. Significa lo anterior que aquél, al pretender obtener el pago de la indemnización convenida, total o parcial, debe demostrar «ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador» (sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, exp. # 6140).

Si resulta claro, como en efecto así es, que en materia de seguros de cumplimiento la aseguradora está obligada a resarcir perjuicios una vez que el beneficiario haya demostrado, entre otros aspectos, la presencia del daño y la cuantía del detrimento patrimonial recibido por él a consecuencia del incumplimiento del tomador, tiene que concluirse que la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y del monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador. Por lo mismo, puede decirse que el incumplimiento por parte del obligado, *per se*, no alcanza a configurar el siniestro contemplado en el artículo 1072 del Código de comercio salvo que, como consecuencia de tal desatención, se produzca un perjuicio real para el asegurado, vale decir, aquel que

llegue evidentemente a materializarse en un auténtico desmedro patrimonial para éste.

3. Por otra parte, del error de hecho de que a segunda parte de la causal primera prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se ha dicho que surge en la suposición o en la preterición de pruebas. Supone el elemento de certeza el juzgador que halla un medio en verdad inexistente, así como aquel que distorsiona el elemento probatorio que sí obra para darle un significado que no contiene; y resulta preterida la prueba cuya presencia cierta es ignorada en todo o cercenada en parte, esto último para asignarle una significación contraria o diversa. Denunciada y evidenciada una o todas las posibilidades del elenco anterior, el recurrente debe demostrar que el yerro endilgado es además trascendente por haber determinado la decisión reprochada.

4. A vuelta de estimar que el objeto del amparo incorporado en la póliza 14795 de 30 de junio de 1993 consistió en garantizar la seriedad de la oferta presentada por xxxxxxxx dentro de la aludida licitación privada, en lo referente a la demostración del daño sufrido por la parte actora y, por ende, a su cuantía, que es uno de los dos aspectos a que se contrae la censura, el tribunal sostuvo que tal presupuesto se encontraba probado, aseverando, al efecto, cómo el riesgo asegurado se había configurado cuando se produjo el incumplimiento objetivo del afianzado, acaecido por no haber suscrito en la ocasión prevista el contrato objeto de la licitación y dejar de pagar el anticipo que debía cancelar en la fecha de la firma del respectivo negocio; de ahí que, continuó diciendo, como la póliza contenía una modalidad de seguro de daños, la pérdida quedaba identificada con el valor asegurado en cuantía de \$111 '000.000, por cuanto el daño se materializó completamente, amén que la citada suma correspondió al 5% del valor estimado del contrato objeto de la licitación, que fue de \$2.200'000.000, según lo dedujo «del capítulo de garantía» del pliego de condiciones.

5. Es evidente, entonces, que el *ad quem* condenó a la compañía aseguradora a pagar el monto total del valor asegurado con fundamento en la mera prueba del incumplimiento, por entender que el siniestro «se configuró ante el incumplimiento del afianzado» y que la cuantía de la pérdida quedaba «identificada con el valor asegurado —\$111.000.000— pues el daño se materializó en forma completa, no en forma parcial»; así resulta que, cual lo sostiene la impugnadora, el juzgador condenó a la demandante sin que existiera prueba en relación con la cuantía de la pérdida.

Resulta palmario, desde luego, que por la naturaleza del seguro de que se trata, la demostración de la extensión del daño padecido por xxxxxxxx ni por semeja podría encontrarse en el simple incumplimiento en que hubiera incurrido el afianzado, pues haber dejado de suscribir el contrato y de pagar el susodicho anticipo no evidencian, por sí solos, el acaecimiento de un perjuicio y menos su cuantía. La demostración de uno u otro aspecto tampoco surge de los términos de la propia póliza de cumplimiento ni del contenido total o parcial del pliego de condiciones, por cuanto ninguno de tales medios documentales es indicativo del acaecimiento de lesión alguna y menos

del quantum de la pérdida patrimonial sufrida por la actora. Estos escritos no hacen más que referir, en el caso del primero, el total del valor asegurado, sin que por sí mismo demuestre un daño, y, en el del segundo, servir de fuente para establecer de dónde o cómo surgía la suma por la cual la licitante pretendía que cada oferente, junto con la propuesta que presentara, prestara la garantía que amparara la seriedad de la respectiva oferta.

Es verdad irrecusable que el fallador no sólo omitió ponderar todo lo relacionado con la naturaleza de los perjuicios que pudo sufrir la actora ante la ocurrencia del siniestro sino que supuso la prueba de la extensión del daño, al confundir la cuantía de la verdadera pérdida con el monto del valor asegurado y los términos «del capítulo de garantía» del pliego de condiciones. Al proceder de la manera descrita olvidó el juez de segundo grado que «en los seguros de daños el pago de la prestación asegurada consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro” (G.J., t. CCLXI, pág. 71), en orden a lo cual es al promotor del proceso a quien le corresponde probar, itérase, el monto del detrimento efectivamente causado.

Surge claro que al acudir a la póliza para apoyar su determinación acerca de la susodicha cuantía, el juzgador no sólo supuso la prueba en torno a este cardinal elemento de la reclamación indemnizatoria, por cuanto, como se dejó dicho, tal medio de certeza absolutamente nada demuestra a este respecto, sino que omitió percatarse cómo dicho acto bilateral, en el tópico de relativo al «valor asegurado», no traducía más que el límite máximo de la indemnización a la que podría tener derecho la actora una vez ocurrido el siniestro, sin que, por ende, condujera a predicar que esa cifra debía o tenía que ser necesariamente el monto final de la reparación.

Viene así a ser palmario que el sentenciador incurrió en el error evidente de hecho que le enrostra la acusadora, y que, consecuentemente, quebrantó las normas sustanciales indicadas en el cargo, pues condenó a la compañía aseguradora sin que existiera prueba acerca de «la cuantía de la pérdida sufrida por el asegurado»; es decir, impuso la correspondiente condena sin que la actora hubiera acreditado los perjuicios, al punto que ningún esfuerzo tendiente a evidenciarlos desplegó, como que ella se quedó en la simple demostración del incumplimiento en que incurrió el afianzado al dejar de suscribir el contrato proyectado y de pagar el aludido primer abono, circunstancias estas que, valga reiterarlo, por sí mismas no demuestran el perjuicio y menos su cuantía.

6. Lo expuesto es suficiente para quebrar el fallo impugnado, pues sin duda que el error de hecho cometido por el tribunal al suponer la prueba del daño y de su cuantía, es no solamente ostensible y manifiesto sino también trascendente, como que de no haberse incurrido en él no habría condenado al asegurador. No hay, por tanto, necesidad de entrar en el análisis del otro aspecto que involucra la acusación.

7. Por consiguiente, prospera el cargo.

Sentencia sustitutiva

1. Como el amparo previsto en la «póliza de seguro de cumplimiento a favor de particulares» número 14795 consistió en garantizar la seriedad de la oferta presentada por xxxxxxxxxx dentro de la mentada licitación privada, le correspondía a la asegurada, si pretendía ser indemnizada por la sociedad aseguradora en los términos del contrato de seguro, demostrar la ocurrencia del siniestro y el daño sufrido a raíz del incumplimiento de dicha propuesta, así como su cuantía, cual lo prevé el artículo 1077 del Código de Comercio.

2. Al respecto ha de observarse cómo en el libelo introductorio la demandante no solamente se desentendió de señalar cuáles fueron los perjuicios padecidos con ocasión del incumplimiento en que incurrió el afianzado xxxxxxxxxx, como que en los hechos se limitó a relatar detalles atinentes únicamente a la inobservancia de aquél, sino de pedir el decreto y práctica de prueba alguna tendiente a demostrar tan importante elemento de la indemnización. Al margen de ello, cual se dejó dicho al despachar el cargo, en el plenario tampoco obra prueba que permita evidenciar el mentado detrimento y su cuantía.

Ha de resaltarse, adicionalmente, que no habiendo sido afirmada circunstancia fáctica alguna atinente al perjuicio patrimonial de allí desprendido, mal podría ahora establecerse el punto de manera oficiosa, porque ello envolvería nada menos que la averiguación de hechos que ni el demandante alegó ni el demandado pudo rebatirlos por haberse mantenido inéditos por aquél.

3. Careciendo, por tanto, la demanda de afirmaciones de hecho que traduzcan la producción de un daño por virtud de ese incumplimiento y dada la falta de prueba en torno a tal aspecto, tiene que concluirse en el fracaso de la pretensión resarcitoria aquí deprecada. Por ello, y no por las razones expuestas en la sentencia de primer grado, la que abordó el estudio de las excepciones sin haber examinado primero el destino de la pretensión, será confirmado lo resuelto allí.”

Comentario:

La sentencia cuyas consideraciones y parcial parte resolutive se acaban de transcribir, ponen de presente las limitaciones que supone el “carácter indemnizatorio del seguro de daños”, frente a coberturas que aparentemente establecen sumas predeterminadas como obligación del asegurador ante la ocurrencia del siniestro, en seguros que no son de personas.

Lo cierto es que en forma similar a como se utiliza la póliza de seriedad de oferta en el marco de la contratación de seguros estatales, donde no existen dudas respecto al hecho de que la entidad pública contratante puede reclamar íntegro el valor asegurado en caso de que el adjudicatario de un contrato estatal no lo suscriba en el tiempo fijado, sin que haya lugar a demostración de la causación de un perjuicio por ese

hecho, en el campo de la contratación particular, se suele utilizar este tipo de pólizas y los asegurados dentro de ellas, no pocas veces, y como pasó en el caso que dio lugar a la sentencia que se comenta, consideran estar legitimados para cobrar automáticamente la totalidad del valor asegurado en las mismas condiciones.

No obstante, se olvida que los efectos de la póliza de seriedad de la oferta dentro del ámbito de la contratación estatal tienen una regulación expresa en el numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1.993 que dice: "Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.". Lo anterior constituye el marco legal que, para los solos efectos de la contratación estatal, permite la operancia de un seguro de daños en el que claramente puede verse contrariado el carácter indemnizatorio de este tipo de seguros y donde el mismo opera sobre la base de un a suma predeterminada de dinero, lo cual es privativo normalmente de los seguros de personas que, como se sabe, suelen llamarse también "seguros de sumas". Pero en el campo de contratación particular, no existe una norma semejante y se impone el respeto a lo dispuesto en los artículos 1.088 y 1.089 del Código de Comercio, tal como la Corte lo ha señalado en la providencia que se comenta, aunque sin establecer esa diferencia digna de mención entre la contratación estatal y la privada.

Vale la pena mencionar que, con los mismos criterios, puede afirmarse que ni en el campo de la contratación estatal ni en el campo de la contratación privada, existe un marco legal que permita la operancia de seguros de cumplimiento que cubran las multas y la cláusula penal de carácter exclusivamente sancionatorio, en la medida de que también en este caso se trataría de seguros de daños en los que se contradice su carácter indemnizatorio. Lo cierto es que el estatuto de contratación estatal anterior, incluía una norma, el artículo 73 del decreto 222 de 1.983, que legalizaba para los efectos del seguro de cumplimiento de contratos estatales una cobertura semejante, pero esta norma no se reprodujo en la ley 80 de 1.993 que, como se sabe eliminó las cláusulas penal pecuniaria y de multas del ámbito de las cláusulas exorbitantes de carácter obligatorio en la contratación pública. Así las cosas, a pesar de que hoy las aseguradoras siguen cubriendo eventualmente en sus pólizas de seguro de cumplimiento de contratos estatales las multas y la cláusula penal, no parece existir un marco legal que lo permita; lo mismo sucede en el campo de la contratación particular, pero en este caso las aseguradoras han sido tradicionalmente más reacias a expedir esta cobertura".

IV. LA LEGITIMACIÓN DEL ASEGURADO PARA RECLAMAR AL ASEGURADOR. UN CASO DE LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA, SENTENCIA COMENTADA DR. JULIO VIDAL AMODEO*

“I. Los hechos

La asegurada (empresa frigorífica) reclamó al asegurador los daños emergentes de la explosión de un digestor de su planta industrial, invocando el contrato de seguro de incendio y explosión celebrado entre ellos.

Los técnicos y peritos de la compañía de seguros rechazaron expresamente el reclamo, aduciendo que no se trataba técnicamente de una “explosión”, sino una rotura por desgaste de los materiales.

Y se sostuvo, en vía judicial que el concepto técnico de explosión —no en el sentido vulgar o figurado— no deja dudas al intérprete.

Así en la edición 21ª del *Diccionario de la Real Academia Española* se enseña que el fenómeno de la explosión va acompañado de estruendo y rotura del recipiente que lo contiene, y luego recordando la definición del diccionario MAPFRE ratifica que la expansión explosiva destruye los materiales o estructuras próximos o que lo confinan.

Existen otras definiciones similares o idénticas.

El *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española - Madrid - 1970) establece textualmente: «Acción de REVENTAR, CON ESTRUENDO UN CUERPO CONTINENTE por rebasar los límites de la resistencia de sus paredes el esfuerzo producido por la dilatación progresiva, unas veces y otras, por la súbita transformación en gases del cuerpo contenido».

El mismo *Diccionario de la Real Academia* (en su edición de 1984) la define como: «Liberación brusca de una gran cantidad de energía encerrada en un volumen relativamente pequeño, que produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases. Se acompaña de estruendo y ROTURA VIOLENTA DEL RECIPIENTE en que está contenido. El origen de la energía puede ser térmico, químico o nuclear».

Es muy claro y surge de todas las definiciones que el fenómeno requiere o se configura con la rotura o estallido del recipiente o continente de que se trate.

* Doctor en derecho y ciencias sociales. Fundador, miembro y expresidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo. Especialista en temas de seguro y transporte marítimo, aéreo y terrestre, ejerce la profesión libre en esa materia. Asesor de la comisión de transporte de la Asociación de Empresas Aseguradoras.

Se trata —este punto— de una *conditio sine qua non* para estar en presencia de una explosión.

Hay fenómenos parecidos, pero una explosión, supone siempre la rotura violenta del recipiente o cuerpo continente.

Este extremo —rotura del recipiente— no se acreditó en el caso ocurrente.

II. La posición de la aseguradora

Ante este rechazo por parte del asegurador, el asegurado promovió demanda por daños y perjuicios, reclamando no sólo el daño emergente sino el lucro cesante, derivado de la ausencia prolongada del digestor dañado en su producción industrial.

Desde la primera oportunidad procesal, la aseguradora afirmó que el interesante problema técnico de si se había producido o no una explosión, no iba a ser objeto de pronunciamiento, ya que la actora carecía de legitimación para reclamar.

Este aspecto era excluyente: era de previo y especial pronunciamiento.

Este punto era de previo y especial pronunciamiento, ya que de no existir legitimación activa no podía prosperar la demanda, siendo irrelevante el análisis y consideración de los otros extremos controvertidos.

En la contestación de la demanda, se dedujo como excepción previa la falta MANIFIESTA DE LEGITIMACIÓN DE LA PARTE ACTORA, que surgía de los propios términos de la demanda y del documento esencial en que se basaba el accionamiento, la póliza de seguros, cuyo original no fue agregado con la demanda.

La sede prefirió decidir el punto en la sentencia definitiva y postergó tal pronunciamiento.

En autos, se demandó en base a una póliza de seguros, en la cual, en el texto de la misma, se estipula entre cedente (GRINSOL S.A.) y los cesionarios (COFAC y Banco de Montevideo) una CESIÓN DE DERECHOS por la totalidad del valor asegurado, la que es aceptada expresamente por GUARDIAN INSURANCE (deudor) al haber emitido con su firma la aludida póliza.

Antes de promoverse el juicio, en el trámite del siniestro (ver *sic*) informe del Ing. PAULLIER) y en toda la secuela del proceso, se hizo notar que existía una cesión de derechos, que había solicitado la asegurada y que había aceptado el asegurador.

Era un extremo conocido por todas las partes, y que no podía sorprender a nadie.

En efecto, la póliza contratada dice a texto expreso:

“CESIÓN DE DERECHOS. Los derechos que correspondan por el art. 4° hasta la suma de us\$25.000 – (veinticinco mil dólares USA *sic*), se transfieren a favor de COFAC.

“Los derechos que correspondan por el presente seguro hasta la suma de us\$2.515.975 (dos millones quinientos quince mil novecientos setenta y cinco dólares USA (sic) se transfieren a favor del BANCO MONTEVIDEO”.

A su vez, en las condiciones generales del seguro se establece a texto expreso que «La cesión de derechos a la indemnización solicitada antes de ocurrir el siniestro y aceptada por la compañía, CONFERIRÁ AL CESIONARIO LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES, cuando dicho cesionario haya pagado o asumido responsabilidad por el pago del premio de la póliza».

Esta es justamente la hipótesis de autos, en que se solicitó por la actora la cesión, esta parte la aceptó y emitió con su firma la póliza y el premio está pago (nadie dijo lo contrario).

Ninguno de los cesionarios o beneficiarios del seguro (COFAC y Banco de Montevideo) han accionado o reclamado pago alguno, y ellos son los titulares del derecho y los tenedores legítimos de la póliza original, que por eso NO FUE AGREGADA EN ESTE LITIGIO.

Los mismos ocupan el lugar del asegurado a todos los efectos legales (arts. 563 C. de Com., 1757, 1758, 1473, 1543 Cód. Civil).

Y ellos (los bancos, beneficiarios de la póliza a solicitud del asegurado GRINSOL S.A.) son los que tienen «INTERÉS ASEGURABLE» (art. 637 C. Com.) porque deben ser acreedores prendarios por el saldo de precio de digestores y bienes muebles adquiridos —con garantía prendaria bancaria— por la empresa actora.

La CESIÓN DE DERECHOS incluida en la póliza de seguros implica fundamentalmente *la transferencia del DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN EMERGENTE DEL CONTRATO DE SEGUROS a dos cesionarios: los bancos indicados en la misma.*

¿Cuál es el derecho del asegurado?

Requerir extrajudicial o judicialmente el derecho a ser indemnizado cuando tiene lugar el riesgo previsto en la cobertura del seguro.

Es, entonces, muy claro que la cesión de derechos (el cedente es el asegurado) supone la transferencia a los cesionarios (en este caso dos bancos) del derecho a ser indemnizado.

Y quien puede reclamar o accionar es el titular de esos derechos: el cesionario.

El tercero (deudor) que debe aceptar o ser notificado de la cesión es la compañía de seguros, que es la obligada a cumplir con la prestación emergente del contrato.

Es obvio, que *el deudor (la aseguradora) ha consentido y aceptado la cesión*, pues emitió la póliza con la transferencia de derechos a los terceros incluida en su texto.

Además, los derechos de los bancos cesionarios, han prescrito (art. 1021 C.Com.) ya que dichos beneficiarios no realizaron intimación alguna para interrumpirla ni dedujeron acción de cobro de la indemnización.

Y es por esa razón (por haber cedido sus derechos) que la actora no ha podido agregar la póliza original en autos (arts. 644, 645, 648 inc. 2º y 1328 C.Com.) porque no es la tenedora legítima de la misma.

La accionante *carece, por consiguiente, de legitimación en el presente litigio.*

No hay ni puede haber ninguna duda de que la CESIÓN DE DERECHOS dejó sin legitimación a la actora para accionar por incumplimiento del contrato de seguros.

Adviértase lo que dicen los textos de la especialidad.

MEILLJ en su *Manual de seguros* expresa (págs. 35 y 36): «... El beneficiario es la persona que recibe la indemnización en el caso de la ocurrencia del siniestro previsto al contratar. Es usual que el asegurado (titular del interés) sea quien resulte beneficiario y perciba la indemnización pactada... El beneficiario no es parte del contrato, ya que no participa de su celebración, pero *tiene derecho sobre las prestaciones a cargo del asegurador, pudiendo acceder a ellas en forma directa*» (subrayado nuestro).

En el *Diccionario de seguros* de VÍCTOR HOZ DE VILA se define la CESIÓN DE DERECHOS en los siguientes términos:

«Constituye la transferencia que un asegurado efectúa en favor de una tercera persona, de los derechos que pudieran corresponderle como emergencia de una póliza de seguro. Esta cesión debe quedar expresamente consignada en la póliza, ya que en puridad de derecho, se requiere la aceptación del asegurador. La cesión de derechos es frecuente en el caso de bienes asegurados adquiridos a crédito o en el caso de préstamos otorgados con la garantía de un inmueble o bien asegurado...».

El mismo autor y en la misma obra (pág. 38) define al BENEFICIARIO como «Persona, que puede ser natural o jurídica, en cuyo beneficio se contrata el seguro. Beneficiario puede ser el mismo asegurado o una tercera persona designada explícitamente en la póliza por voluntad del asegurado...».

Ídem: MEZZERA ÁLVAREZ («Curso de derecho comercial» *Contratos comerciales*, Ed. Peri, Montevideo, 1962, págs. 107/108).

En el mismo sentido, el especialista argentino Dr. JORGE M. RADOVICH en su *Curso de seguros en el comercio exterior* (Ed. Ad-Hoc, 1999, págs. 82, 83, 87, 100) expresa:

«El asegurado sólo puede aspirar a resarcir el perjuicio efectivamente sufrido, sin poder pretender un lucro, y aunque la suma asegurada sea mayor. La suma asegurada se utiliza para la determinación de la prima, pero no importa siquiera una presunción de valor asegurable, salvo en supuestos específicos que analizaremos *infra*...».

«... Coincidiendo suma asegurada y valor asegurable, el perjuicio indemnizable es el daño neto efectivamente sufrido por el asegurado, con deducción del valor de los bienes salvados, si los hubiere, y de lo obtenido en la venta del rezago...».

«El legitimado para recibir el abono indemnizatorio es el titular del interés asegurable, sus apoderados, cesionarios o sucesores. Si se trata de una póliza al portador, el mero tenedor se hallará legitimado. Si es a la orden, el último beneficiario de una cadena regular de endosos. Si la póliza es nominativa, *percibirá el asegurado salvo cesión de derechos*, o percepción por mandatario que en definitiva es un acto realizado por cuenta y en nombre del asegurado».

«Recuérdese que el interés asegurable debe subsistir a la fecha del siniestro para que nazca el derecho indemnizatorio. Por ello, si la cosa fue enajenada antes del siniestro, carece de derecho a ser indemnizado el vendedor, aun si la venta estuviera sujeta a pacto de retroventa, en la medida en que la transferencia de dominio estuviera vigente a la fecha del siniestro...» (subrayados nuestros).

No existen muchos antecedentes en la jurisprudencia compatriota, desde que, se trata de un punto fuera de la habitual controversia.

La SALA DE 6^º. TURNO en sentencia redactada por el Dr. VÍCTOR H. BERMÚDEZ (caso 12.198 de L.J.U., t. CIV) ha expresado:

«La prima es el precio del seguro, la contraprestación del asegurado por las obligaciones que asume el asegurador, y según HALPERIN se encuentra en rigurosa correlación con el riesgo. Es elemento esencial del contrato y principal obligación del asegurado, obligado a su pago es el tomador del seguro o el tercero que se obligó a pagarla. A su vez, el pago de la indemnización debe efectuarse al titular del interés, que tenga capacidad para recibirla, o bien a sus herederos o al CESIONARIO (cf. RIVERA, ALBERTO, *Derecho comercial, transporte, sociedades, seguros, prescripción*, Ed. Buenos Aires 1958, págs. 327, 328, 329, 338, 365. etc.)».

Agrega, luego, que la cesión de derechos es un claro supuesto de cesión de crédito, que no es más que cesión de la futura y posible indemnización que debe pagar el asegurador en caso de concretarse el riesgo previsto, y que «no es suficiente que el actor tenga la calidad de cesionario de los derechos emergentes de la póliza... (sino) que la prima de la póliza estaba satisfecha al producirse el siniestro».

Más claro imposible.

Otro prestigioso especialista en esta materia el Dr. ISAAC HALPERIN que fue el autor de la Ley de Seguros de la República Argentina, en su obra *Seguros* (cap. IX, pág. 893 y sigs.) expresa respecto a la cesión:

«Antes del siniestro, en el seguro de daños está sujeta a varias condiciones:

a) el cesionario debe tener idéntico interés asegurable; de lo contrario se transformara en una apuesta,

- b) se requiere el acuerdo del asegurador;
- c) deberá tratarse de bienes enajenables.

Después del siniestro es perfectamente libre la transferencia de crédito contra el asegurador...».

«... Sus efectos son independientes del acto o motivo que le da origen, respecto del asegurador, el cesionario ocupa el lugar del asegurado cedente, con los derechos y obligaciones que incumbían a éste, con todos sus accesorios y vicios, porque la situación del asegurador no puede ser empeorada...».

Y concluye HALPERIN (pág. 896):

«el cesionario, una vez notificado el asegurador, es el dueño del derecho, con el debe entenderse el asegurador para la ejecución de todas sus obligaciones, para estar en justicia, etc.».

Todo muy claro y contundente.

EN SUMA: la accionante si bien revestía la calidad de asegurada, no era ni es titular de la póliza de seguros en que se fundó la demanda (por ello, no ha agregado su ejemplar original), pues cedió los derechos de la misma. Los beneficiarios o cesionarios de la misma ni han accionado ni reclamado nada, y su eventual pretensión está prescripta (art. 1021 C. Com.).

III. La opinión del prof. Dr. Siegbert Rippe (*)

III. 1) Antecedentes

Se le plantea para su consideración técnica lo siguiente:

1. Según documentación que se ha tenido a la vista, en contratos de seguros celebrados con una empresa de seguros (Guardian Insurance S.A.) se incluye una disposición en la que consta una cesión de derechos por hasta sumas determinadas a favor de dos entidades locales de intermediación financiera.

2. En relación a (*sic*) dicha cesión de derechos se solicita la opinión del suscrito sobre, por una parte, la validez y eficacia de esa cesión y, por otra parte, sobre el objeto y alcance de la misma.

III. 2) desarrollo de la consulta

1. Corresponde señalar en primera instancia que si bien no se advierten soluciones normativas que regulen en particular el régimen de la cesión de las pólizas de seguros, la propia posibilidad legal de la cesión resulta, por un lado, de las propias disposiciones

legales en materia de contrato de seguro y, por otro lado, de los principios generales en sede de cesión de derechos o créditos.

2. En relación a disposiciones legales expresas que tratan de manera principal o tangencial el tema de la cesión de pólizas de seguro, pueden citarse los arts. 648 y 683 del Código de Comercio, el primero, para el caso de enajenación de mercancías, el segundo, en materia de seguro de incendio.

3. No obstante el limitado alcance normativo arriba señalado, importa destacar que el art. 648 cit. admite explícitamente la aplicación del instituto de la cesión en sede de pólizas de seguros en general en cuanto, sin perjuicio del acotamiento de aquella solución legal —en cuanto a su objeto y alcance específicos— se expresa: “aún sin mediar cesión o entrega de la póliza”, expresión que habilita a sostener que la póliza de seguro es un documento general y esencialmente creíble.

4. En relación a principios generales en sede de cesión corresponde indicar que las soluciones legales en la materia pueden encontrarse especialmente en la normativa que regula la cesión de créditos no endosables, determinada en los arts. 1757 y 563 del Código Civil y del Código de Comercio, respectivamente, los que presuponen la notificación y aceptación del cedido, presupuestos que no hacen tanto a la validez de la cesión entre las partes como a la eficacia de ésta respecto de terceros.

5. Las soluciones y principios arriba referidos permiten afirmar que el contrato de seguro y/o su instrumentación a través de la emisión de la póliza de seguro, son documentos que pueden ser cedidos por el asegurado a un tercero, admitiéndose que la cesión puede realizarse por cualquiera de los medios legales autorizados por el derecho o por el propio contrato o póliza de seguro del caso.

6. En la hipótesis planteada para la presente consulta se observa que de acuerdo al propio texto incluido en la documentación que se tuvo a la vista, la empresa de seguros declara bajo el rubro “cesión de derechos” que acepta la cesión efectuada a favor de determinadas entidades de intermediación financiera, por los montos máximos que allí mismo se indican para cada una de ellas.

7. Dicha declaración de aceptación, por su parte, es asumida directa e institucionalmente por la propia empresa de seguros, en cuanto consta en una documentación en la que luce su nombre comercial, logo o marca, por lo que es incuestionable que fue expedida por ella misma.

8. Si bien de la mencionada documentación no resulta específicamente la notificación realizada a la referida empresa, se destaca en cambio la expresa aceptación de la misma a la cesión de derechos, una redacción que permite inferir sin esfuerzo alguno que aquélla tuvo conocimiento de la cesión, que ésta le fue requerida, comunicada, notificada o hecha saber en forma fehaciente, con anterioridad o en oportunidad de su misma elaboración y emisión, y que dicha empresa tomó debida nota de esa cesión, incorporándola a la póliza como una estipulación contractual convenida entre el asegurado y el asegurador.

9. Lo anterior resulta así, por cuanto no se advierte otra forma o modo en que la empresa de seguros expresara su explícita aceptación, que no tuviera como necesario, inmediato antecedente, —incluso de origen, al tiempo de la emisión— alguna de esas modalidades de previo o simultáneo conocimiento e información.

10. Por otra parte. El aspecto nuclear de la cesión de derechos o créditos es el consentimiento o aceptación expresa del asegurador, ya que aún en el supuesto de la sola notificación de la cesión el “deudor que no quiere reconocer al cesionario como acreedor (...) debe hacer constar su negativa de aceptación”, y caso de que no exprese su negativa dentro del plazo legal “se supone que consiente la cesión (Código Civil, art. 1759, Código de Comercio, art. 564); ello atendiendo a la circunstancia de que la explícita negativa del asegurador (en cuanto deudor del derecho o crédito) determina una significativa consecuencia: la facultad de “oponer al cesionario todas las excepciones que podría haber podido oponer al cedente, aún las meramente personales” (Código Civil, art. 1760, Código de Comercio, art. 565).

11. Pero en el asunto que motiva esta consulta dicha negativa no sólo no se produjo sino que, por el contrario, se asentó la expresa aceptación, por lo que la cesión de derechos del caso no sólo es válida entre las partes contratantes (asegurado y asegurador) sino que es plenamente eficaz respecto del deudor cedido, esto es, de la empresa aseguradora, no advirtiéndose posibilidad alguna de ésta de negar esa aceptación, que ha presupuesto su conocimiento, notificación o comunicación, con todas sus consecuencias legales y contractuales.

12. Es consecuencia directa de una cesión aceptada que el cesionario —en el caso la entidad o entidades de intermediación financiera indicadas en la propia documentación— ocupa el lugar del asegurado cedente, en principio con sus mismos derechos y obligaciones, por lo que corresponde al cesionario la titularidad y ejercicio de los derechos que el contrato de seguro —y la póliza en su caso— atribuyen al asegurado mismo, y cuyo lugar, grado y prelación ocupan actualmente el cesionario o cesionarios en la especie.

13. Ahora bien. Interesa señalar, no obstante, que en el caso concreto en examen no se produjo la cesión del contrato de seguro o de la póliza con el alcance general de la cesión, esto es, la sustitución del asegurado por la entidad o entidades de intermediación financiera, beneficiarias de la cesión específica.

14. En efecto. En el caso sólo se produjo la cesión de los derechos de contenido económico, pecuniario o patrimonial inherentes a una cesión de derechos o créditos: el derecho al cobro de la indemnización en sus circunstancias para ante el asegurador. Ello, en tanto que el asegurado, lo único que ha cedido en la especie, y ello así ha sido aceptado por el asegurador, son las cantidades que tendría que recibir de éste, esto es, su derecho al cobro de su eventual crédito, cuando correspondiere.

15. En ese marco referencial el asegurado no ha cedido en cambio su condición de tal, lo que implica que es éste el que debe cumplir con las obligaciones propias del contrato de seguro, no, el cesionario, respecto del cual el asegurador podría oponer

las excepciones que tendría contra el asegurado en el contexto del contrato de seguro celebrado entre el asegurador y el asegurado.

16. La sustitución del cedente por el cesionario en los términos señalados, determina por su parte que aquel ha dejado de tener aquella titularidad y ejercicio de derechos respecto de la empresa de seguros y por ende, no resulta habilitado para efectuar reclamación alguna al asegurador, ni éste podría así exigirlo; por el contrario, sólo el cesionario está facultado para reclamar contra el asegurador, reclamación que ejerce en función de un derecho que le es propio, y éste (el asegurador) sólo está obligado a satisfacer su prestación obligacional respecto de ese mismo cesionario.

17. En este sentido no se advierte la viabilidad del asegurado de reclamar con base en una póliza que ha sido cedida y de la que ya no es titular del derecho cedido, ni la del asegurador a oponerse a la reclamación efectuada por el cesionario, cuando esa relación se funda en un contrato o en una póliza cuyos derechos han sido expresamente cedidos a favor de un cesionario, con el consentimiento expreso del asegurado, esto es, del cedente, y con la aceptación igualmente explícita del asegurador, esto es, del propio cedido.

18. Corresponde señalar, por último, que, hasta donde le consta al suscrito, es usual que en la plaza financiera local las entidades de intermediación financiera requieran, hasta como forma de garantía y eventual modalidad de cobro y pago de una obligación dineraria derivada de un crédito o préstamo otorgado a un cliente de aquéllas — obligación generalmente respaldada con una garantía prendaria o hipotecaria— tanto la contratación de un seguro de daños por parte del cliente sobre bienes propios de éste, normalmente dados en garantía, como la cesión de derechos sobre el mismo a favor de la entidad acreedora, circunstancia por la cual la operativa que se comenta —y que tiene por objetivo preservar la solvencia del deudor respecto del acreedor— se inscribe dentro de los usos y prácticas bancarias, incluso bursátiles.

19. Dicha operativa de cesión así funciona, como modo de asegurar al acreedor bancario o bursátil el cobro de su crédito en caso de un siniestro sobre bienes de su deudor, amparados por un seguro; seguridad que supone la efectiva, directa posibilidad del cesionario de reclamar contra el asegurador en tanto ese derecho resulta de la propia cesión, en los términos y condiciones previstas en el contrato o póliza de seguro y en el marco de las soluciones legales propias de la cesión de derechos o créditos.

III. 3) A modo de conclusión

Se considera, en definitiva, que el cesionario de los derechos o créditos derivados de un contrato o póliza de seguro, conocido y aceptado por el asegurado y por el asegurador, es el único legitimado para reclamar al asegurador el pago de la indemnización emergente del contrato o de la póliza de seguro cedida; en el caso, la entidad o entidades de intermediación financiera designadas en la documentación correspondiente.

Dr. SIEGBERT RIPPE

Catedrático de Derecho Comercial, Montevideo, 31 de marzo de 2003.

(*) *consulta agregada por la aseguradora en el juicio que se comenta.*

IV. Los fallos de la justicia uruguaya

En primera instancia, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil acogió la demanda, entendiendo que la asegurada tenía legitimación activa en la causa, ya que la cesión de derechos no estaba notificada al cedido.

Por su importancia y sólidos conceptos, vamos a transcribir la sentencia del Tribunal de alzada el *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno* en sentencia n°28 de 4 de marzo de 2004 (ministra redactora: Dra. BERNADETTE MINVIELLE), fallo que fuera ratificado posteriormente, y por unanimidad, por la Suprema Corte de Justicia (Ssentencia 7 de 16 de febrero de 2005).

“VISTOS

“Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “Grinsol S.A. c/ Guardian Insurance S.A. Cumplimiento de contrato” IUE 7-146/2003 (ficha 146/2003), venidos a conocimiento de este tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva dictada por la Sra. juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19º turno.

“RESULTANDO

“I. Por sentencia definitiva de primera instancia, se amparó la demanda y, en su mérito, se condenó a la demandada a abonar de acuerdo a la póliza y adicional de explosión y por concepto de lucro cesante, el total de us\$ 280.054, más intereses legales y corrientes.

II. Contra dicha sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación la parte demandada, y expresó agravios en los siguientes sucintos términos:

La parte actora carece de legitimación activa. En autos se demanda en base a una póliza de seguros por la cual se estipula entre cedente (Grinsol S.A.) y cesionarios (COFAC y Bco. de Montevideo) una cesión de derechos por el total del valor asegurado, la que fue aceptada expresamente por su parte al haber emitido con su firma la aludida póliza. Por su parte, en las condiciones generales se establece a texto expreso que “La cesión de derechos a la indemnización solicitada antes de ocurrir el siniestro y aceptada por la compañía, conferirá al cesionario los derechos correspondientes, cuando dicho cesionario haya pagado o asumido responsabilidad por el pago del premio de la póliza”.

En el caso, ninguno de los cesionarios o beneficiarios del seguro (COFAC y Bco. de Montevideo) han accionado o reclamado pago alguno, y ellos son los titulares del

derecho y los tenedores legítimos de la póliza original, que por eso no fue agregada a los autos.

Los beneficiarios de la póliza son los que tienen el interés asegurable porque deben ser acreedores prendarios por el saldo de precio de digestores y bienes muebles adquiridos.

Era carga de la parte actora acreditar que el acontecimiento acaecido estaba cubierto por la póliza, esto es, que se trató concretamente de una explosión y no de una rotura de materiales por fatiga o golpes; todo lo cual que fue controvertido específicamente por su parte, aportando prueba en tal sentido; significando que la parte actora no cumplió con la carga que la incumbía.

No existe en autos prueba del nexo causal o sea de que las cifras reclamadas sean consecuencia inmediata y directa del siniestro del digestor.

Por demás, conforme a la póliza el único daño indemnizable es el expresamente establecido (valor real de los objetos siniestrados), sin cubrir daños comerciales o lucros cesantes.

Por último se agravia de la superposición de los intereses legales y los intereses corrientes, señalando que no existe norma alguna que autorice tal proceder.

Solicita la revocatoria de la apelada, con las costas y costos.

III. Conferido el respectivo traslado, fue evacuado a fs. 387-403, abonándose por la confirmatoria de la recurrida.

IV. Franqueado el recurso de apelación, los autos fueron elevados para ante este tribunal.

Previos los trámites de estilo se acordó sentencia, decidiéndose su dictado en forma anticipada de conformidad con lo establecido en el nral. 1º del art. 200 del CGP.

“CONSIDERANDO

I. El tribunal, con la voluntad coincidente de sus miembros naturales (inciso primero, art. 61, ley 15.750), procederá a la revocatoria de la sentencia impugnada, amparando la defensa de ausencia de legitimación activa, por los fundamentos que se expresan a continuación.

II. La Sala advierte que la Sra. juez *a quo* ha incurrido en una cierta confusión en hora de deslindar los sujetos que celebran una cesión de crédito de aquéllos a quien la misma le es oponible (v.gr. otorgamiento-eficacia); ausencia de debido distingo que, seguramente ha sido la determinante de que en primera instancia se desestimara la defensa de ausencia de legitimación activa interpuesta por la accionada.

III. Conforme surge de autos, la parte actora, estos es, Grinsol S.A., quien reviste la calidad de sujeto asegurado (fs. 5), realizó *cesión de derechos* en los siguientes términos (fs. 6):

- Los derechos que correspondan por el art. 4 hasta la suma de us\$ 25.000 (...) se transfieren a favor de COFAC.

- Los derechos que correspondan por el presente seguro hasta la suma de us\$ 2.515.975 (...) se transfieren a favor del Banco de Montevideo”.

Tal manifestación evoca la existencia de un contrato de cesión de créditos entre Grinsol S.A. (en calidad de cedente) y COFAC y el Banco de Montevideo (en calidad de cesionarios), que se perfeccionó por el mero acuerdo de voluntades entre ambos, produciéndose recién la transferencia del crédito con la notificación de la cesión o la aceptación por parte del deudor (en el caso; entidad aseguradora y demandada en autos, que viene a ocupar la posición de cedido). (Cf. GAMARRA, *Tratado*, t. IV, 4ª edición, FCU Montevideo, pág. 365).

Como sostiene el citado autor, “...el contrato de cesión está(ba) perfecto en el momento en que se produce el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario, porque éstas son las únicas partes en el negocio. Vale decir, que el contrato de cesión se forma o concluye independientemente de (sin que intervenga) la voluntad del deudor (cedido)... La notificación a éste prevista por los arts. 1757 y 1758 C.C. sirve para informar - hacer conocer- al deudor: la cesión” (ob. cit. p. 366).

La notificación al deudor (cedido) es un requisito de eficacia, constitutivo de la transferencia del crédito, es decir, indicativo o informativa de que el crédito ha pasado del patrimonio del cedente al cesionario.

Producida la notificación o aceptación referida, la misma habrá de operar como equivalente a tradición; desde ese momento el acreedor del cedido lo será el cesionario, y si paga al cedente, la *solutio* practicada no tendrá efecto extintivo de la obligación (art. 1453, Cód. Civil).

Infolios la notificación o aceptación requerida no era ni de COFAC ni del Banco de Montevideo (sujetos cesionarios, se reitera), como así lo indica la Sra. juez de primer grado, sino, antes bien, de la entidad aseguradora (cedida).

Y puede afirmarse sin atisbo de duda, que la firma de la póliza de seguro por parte de la entidad accionada ha operada como *aceptación anticipada de la cesión de crédito declarada* por el asegurado, resultando equivalente en cuanto a su efecto principal o típico (v.gr. transferencia del crédito) a la notificación del art. 1758 del Cód. Civil. (Cf. GAMARRA, ob. cit., p.367 y sigs.).

Por demás, el inciso segundo del art. 24 de las “Condiciones Generales de la Póliza” (fs. 11 vta.) preceptúa que “La cesión de derechos a la indemnización solicitada, antes de ocurrir un siniestro y aceptada por la compañía, conferirá al cesionario los derechos correspondientes cuando dicho cesionario haya pagado o asumido responsabilidad

por el pago del premio de la póliza”, lo que en buen romance viene a significar que la indemnización podrá ser reclamada por el cesionario si se mantuviera al día el pago de las correspondientes primas o precio del seguro, y que nada incide en lo concreto dadas las alegaciones de las partes.

IV. A criterio de la Sala no corresponde convocar en el *subiudice* la teoría de los actos propios.

En efecto, se estima que las misivas dirigidas por la demandada a Grinsol S.A. (v. fs. 16 y 17), no pueden ser entendidas como un comportamiento concluyente de parte de la aseguradora y en el sentido de reconocimiento al asegurado de legitimación activa para el cobro del seguro.

Por intermedio de las mismas, la parte accionada no generó ni dio lugar a la formación de una “apariencia” en relación a un determinado estado de cosas (v.gr. sujeto legitimado para el cobro del seguro), habilitante de afirmar a esta altura que la defensa judicial interpuesta contraría los principios de buena fe y lealtad en tanto se confronta manifiestamente con el aspecto exterior creado por la propia accionada (legítima expectativa).

Y es que no puede pasarse por alto que la aseguradora dirigió sus escritos al sujeto que le efectuaba la reclamación en vía extrajudicial (v. fs. 13-15 y 33); destacándose que las medidas adoptadas entonces por el sujeto asegurado y a fin de viabilizar el cobro de la indemnización, podían muy bien encartar en la tutela que genéricamente debe adoptar el cedente y a los efectos de la satisfacción debida del cesionario. Esto es, el cedente debe adoptar todas las medidas necesarias, imposibilitando que por su propia conducta posterior a la cesión se produzcan hechos o circunstancias que, eventualmente, pudieran servir de base o fundamento al cedido para excepcionar el cumplimiento de la obligación que pesa sobre sí.

V. Finalmente, la ausencia de legitimación se patentiza desde el propio escrito de demanda.

No puede ocultarse que —eventualmente— otro pudo ser el contenido de la decisión del presente si Grinsol S.A. hubiera limitado su accionamiento a una sentencia mero declarativa, esto es, en el sentido de constatar judicialmente que concurrían todos los supuestos de hecho y de derecho para que las instituciones financieras cesionarias cobraran la respectiva indemnización, en tanto no cabe negar el interés de la actora en la satisfacción de tales sujetos, pues, como bien indica la demandada, seguramente tales instituciones deben ser acreedoras de Grinsol S.A., y al pago de dichas deudas se destinó la cesión que nos ocupa.

Sin embargo, la demanda tal como fue planteada, con una petición de expresa condena a favor de la parte actora (v. petitorio IV a fs. 64), no puede prosperar por las razones expuestas, sellándose desde un inicio si propia suerte.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal

FALLA

“Revócase la sentencia impugnada y, en su mérito, desestímase la demanda incoada por ausencia de legitimación activa.

Sin especiales condenaciones en la instancia.

Oportunamente, devuélvase”.

Dra. BERNADETTE MINVIELLE

Dr. JULIO CÉSAR CHALAR

Dra. SELVA KLETT

Ministros