

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO
INSTITUTO DE POSGRADOS,
MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

**INTERDEPENDENCIA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE
MERCADERÍAS Y EL CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE. ANÁLISIS A LAS
LIMITACIONES LEGALES DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR Y SU
COHERENCIA EN LA NORMATIVA DEL SEGURO DE TRANSPORTE DE
MERCADERÍAS.**

LAURA MARCELA BUSTOS COLLAZOS
Correo Electrónico: laurabustoscollazos@gmail.com

ASESOR:
DR. JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS
ABOGADO-MAGÍSTER

BOGOTÁ D.C. – COLOMBIA, 2019

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN	2
1. EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE	6
1.1 CARACTERÍSTICAS	13
1.2. CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN O EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADERÍAS, SEGÚN EL ARTÍCULO 1031 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO.	15
2. EL CONTRATO DE SEGURO	20
2.1. CARACTERÍSTICAS	25
2.2 PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO LÍMITE AL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA	36
3. ACCIÓN DE SUBROGACIÓN.	43
4. EL CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE Y SU INTERDEPENDENCIA CON EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADERÍAS	48
4. CONCLUSIONES:	64

Título: INTERDEPENDENCIA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADERIAS Y EL CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE. ANÁLISIS A LAS LIMITACIONES LEGALES DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR Y SU COHERENCIA EN LA NORMATIVA DEL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCADERIAS.

Resumen: Dentro de la actividad comercial es común que contratos que no coincidan en su causa y objeto tengan una relación de interdependencia que requiera que la legislación guarde coherencia con las exoneraciones de responsabilidad regladas de una parte contractual y las facultades otorgadas bajo el principio de la autonomía contractual en la regulación de contratos accesorios, para el caso de análisis, aquellas exoneraciones impartidas en el Código de Comercio vigente para el transportador deben guardar coherencia en todo el estatuto mercantil, incluyendo aquellos contratos que le son accesorios. Es por lo anterior, que con el presente estudio se ahondará en estos dos tipos contractuales y especialmente aquellos artículos que regulan la limitación de responsabilidad del transportador para así identificar si las mismas son coherentes con las demás reglas que regulan el seguro de transporte terrestre de mercaderías, bajo la óptica de principios en el derecho privado como la autonomía de la voluntad y el principio indemnizatorio que rige los seguros de daños.

Palabras Clave: Contrato de Seguro, Contrato de Transporte, Clausulas de Exoneración de Responsabilidad, Autonomía Privada, Principio Indemnizatorio.

Abstract: Within the commercial activity it is common that contracts that do not coincide in their cause and object have an interdependence relationship that requires that the legislation be consistent with the regulated exemptions of liability of a contractual party and the powers granted under the principle of contractual autonomy. In the regulation of accessory contracts, for the case of analysis, those exemptions provided in the current Commercial Code for the transporter must be consistent throughout the commercial statute, including those contracts that are accessories. Through the present study, these two contractual types will be deepened, especially the ones that regulate the limitation of liability of the transporter in order to identify whether they are consistent with the other rules that regulate the insurance of land transport of goods, under the optics of principles in private law, such as the autonomy of the will and the compensatory principle that governs damage insurance.

Key Words: Insurance Contract, Transport Contract, Disclaimer Clauses, Private Autonomy, compensatory principle.

INTRODUCCIÓN

En el devenir de las operaciones mercantiles, donde se evidencia el crecimiento de la actividad comercial, e incluso se ha mencionado la línea delgada entre el derecho civil y éste último, se identifican necesidades negociales que más allá de lo jurídico, florecen por el transcurso del tiempo y los avances económicos que acaparan el mercado global, es por ello que se contrasta esos avances y necesidades mercantiles con lo que el Derecho nos indica, es decir, como entender a través del derecho, sin llegar a la permisividad de la inequidad o injusticia, que se requieren limitaciones a la

responsabilidad de las partes de un contrato para su avance económico, que existen riesgos que las personas comunes conocen y que a pesar de ello se someten a la operación, es decir, la evolución del mercado hace que los reguladores orienten a las partes contractuales reglando las limitaciones de responsabilidad de una o ambas, identificando claramente hasta qué punto es posible que la operación mercantil sea legal a pesar de exoneraciones de responsabilidad.

Es por ello que el legislador actúa como muro de contención de la liberalidad y la autonomía privada manifestando a través de imperativos, los topes para esas permisiones, porque como indico inicialmente, no se puede en pro de la economía rayar con la injusticia, inequidad o ilegalidad.

Ahora bien, ejemplo de ello es el postulado para el contrato de transporte terrestre, actividad masiva que contiene riesgos de tal magnitud que el legislador ha tenido que definir los techos para esas limitaciones de responsabilidad de las partes, cumpliendo evidentemente así con la supletividad de la norma, ello es como se ha manifestado, necesario con el fin que el transportador y el remitente no estipulen limitaciones que sean arbitrarias o basadas en el abuso del derecho; inicialmente es preciso que todas las reglas del contrato de transporte terrestre guarden coherencia entre sí para así analizar de qué forma afectan éstas a un tipo contractual que va de manera accesoria a el seguro de transporte terrestre.

Es en ese análisis cuando se identifica primeramente como el legislador no fue absolutamente claro entre la normativa del transporte terrestre de mercaderías; y, seguido a ello, tampoco es preciso como el asegurador, tercero en el contrato de transporte, pero parte del contrato de seguro, pueda

estar blindado de estos pactos especiales o limitaciones a la responsabilidad del transportador, que se traducen en afectación directa en caso de siniestro.

En virtud de lo expuesto, se considera que la iniciativa del presente escrito va ligada a identificar primeramente, la coherencia entre la normativa que regula el contrato de transporte terrestre de mercaderías, especialmente aquellos artículos que regulan las exoneraciones de responsabilidad del transportador y seguidamente analizar la necesidad actual para que las limitaciones de responsabilidad establecidas por el legislador en la ley comercial tengan coherencia con contratos accesorios a la operación de transporte terrestre de mercaderías como es el contrato de seguro, en el cual se deben respetar los principios que lo fundamentan para que en situaciones donde se limite la responsabilidad del transportador no genere incertidumbre, vacíos o afectaciones al asegurador como tercero de la relación contractual de transporte pero parte fundamental del contrato de seguro de transporte.

Con normalidad se presenta el interrogante en cuanto a la axiología que rodea la contratación de los particulares, desde los momentos históricos más importantes como la revolución francesa, los cuales han generado cambios consuetudinarios vistos en voluntades expresas y declaradas que tienen incidencia en la apertura de mercados. Como por ejemplo las cláusulas limitativas de responsabilidad que traen una ventana oscura al pensar que el deudor se está eximiendo de sus responsabilidades y está pactando condiciones para incumplir de manera dolosa sus cargas como parte contractual. Sin embargo, por ejemplo, para contratos de forma masiva, también surge unas ventajas al realizar una repartición del riesgo y lograr así disminuir costos y permitir acceso al mercado. No es tan exagerado pensar en cuanto a que si el prestador del servicio asuma

responsabilidades ilimitadas puede generar que el servicio prestado tenga un costo mayor a si el riesgo es compartido a través de este tipo de cláusulas.

Para el escrito actual, esta justificación aplica al análisis inicial de las reglas del contrato de transporte terrestre de mercaderías en materia de limitación de responsabilidad del transportador y el hilo conductor como su incidencia en el contrato de seguro de transporte, es decir, ¿Cuál es la coherencia de la normativa del contrato de transporte terrestre de mercaderías en materia de limitaciones de responsabilidad del transportador y a su vez cómo el legislador se ha percatado de su incidencia en el límite indemnizatorio en el contrato de seguro terrestre en caso de siniestro?

Al anterior planteamiento se infiere que aún la ley comercial no brinda la claridad al respecto y no hay esa coherencia que si bien se esforzó el Decreto 410 de 1971 aún persiste, requiriendo del legislador para que estas normas sean más claras teniendo en cuenta la tipicidad de ambos contratos.

Con el fin entonces de dar al lector una visualización de la situación que se ahondará bajo una metodología cualitativa de investigación, con un enfoque socio crítico basado en revisión documental de fuentes especializadas, se iniciará con la descripción y explicación de cada tipo contractual desde sus elementos de la esencia, naturaleza y accidentalidad para posteriormente analizar su coherencia bajo la legislación actual y su relación de interdependencia que en materia

de exoneración de responsabilidad del transportador incide directamente con el monto indemnizatorio que debe cumplir el asegurador.

1. EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE

Ahora bien, en aras del presente análisis, resulta trascendental iniciar con la explicación sobre el contrato de transporte terrestre de mercaderías y sus riesgos inherentes; al igual que determinar la diferencia entre la actividad de transporte y el contrato de transporte; teniendo en cuenta que este tipo contractual es en este caso, el contrato principal y por su parte el contrato de seguro de transporte terrestre quien toma un rol de accesorio para la operación de transporte.

Así pues, a voces del profesor Guzman (2009) (pág. 27), se identifica como “no siempre que exista una actividad de transporte hay un contrato de transporte”, lo anterior en virtud que situaciones como transportarse en su propio vehículo de un punto A a un punto B no genera un contrato de transporte, pues no se configuran sus elementos esenciales.

Ahora, también es importante destacar la diferencia no solo entre el contrato de transporte y la actividad de transporte; pues también es importante considerar la diferencia de dicho negocio jurídico con la relación de transporte, esto es, en el evento que el contrato de transporte sea accesorio a otro tipo contractual como cuando el vendedor pacta entregar la cosa en el domicilio del comprador, es decir, del contrato principal de compraventa surge una relación de transporte para cumplir una de las obligaciones principales de dicho contrato y es entregar la cosa.

A luz del Código de Comercio, específicamente en su artículo 981, se entiende entonces por contrato de transporte “un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar estas al destinatario”¹

Adicional a lo anterior, la norma comercial complementa aduciendo que el perfeccionamiento de este tipo contractual es por el solo acuerdo de las partes.

Menciona la norma entonces en el concepto como este tipo de contrato es oneroso y consensual en su esencia y por ello es que la actividad transportadora en ocasiones no podría llegar a materializar un contrato de transporte. De igual forma se menciona por parte de la ley como la consensualidad de llevar una cosa o persona de un punto a otro puede ser por diferentes medios y si bien no nos vamos a detener en este punto, en virtud que el presente escrito está suscrito al transporte de mercaderías terrestre, se toma a manera ilustrativa como en el contrato de transporte que puede ser terrestre, marítimo o aéreo también puede tener la combinación de éstos tipos de transporte o tener combinación del objeto transportado, es decir, cosas y personas.

Por su parte Arrubla J. (2012) menciona:

“El transporte terrestre de cosas es aquel por el cual una empresa transportadora se obliga, mediante el pago o promesa de pago de un flete o precio, a recibir de una persona denominada remitente los efectos que esta entregue, y a transportarlos a un lugar

¹ Código de Comercio Colombiano. Artículo 981.

determinado, y entregarlos a su vez, a otra persona llamada destinatario o al mismo remitente, asumiendo de forma profesional los riesgos provenientes de esos actos”

A su vez, Aviles G y Pou J (1959) (pág 561) menciona como definición en sentido amplio del contrato “como aquel por el cual una de las partes (porteador) se obliga a trasladar de un lugar a otro personas, mercancías o efectos, mediante una retribución”

Una definición clara en cuanto a la naturaleza de este contrato se circunscribe a las obligaciones de desplazamiento de personas o cosas de un punto a otro a cambio de un pago por dicho servicio.

Ahora, en materia de las partes contractuales se está ante quien asume, según el profesor Bonivento (2000) “la obligación de transportar, esto es el transportador o porteador; el remitente es la parte que solicita el transporte, que también puede ser destinatario o consignatario cuando es la persona a la que se han de entregar las cosas” Importante tener conocimiento y claridad sobre las partes de la estructura del contrato de transporte terrestre para adentrarnos en su momento en las responsabilidades y exoneraciones de responsabilidades que trae como imperativos el Código de Comercio.

Ahora bien, de acuerdo a Arrubla J (2012):

“La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de noviembre de 2004 menciona el transporte mercantil es un contrato por virtud del cual una de las partes llamadas transportador, transportista o porteador, se obliga con la otra, a cambio de un precio

denominado flete o porte, a conducir de un lugar a otro, por el medio determinado y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

Tratándose del transporte de cosas, asumen la calidad de partes, de un lado, el remitente, que es la persona que se obliga, por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas que deben ser acarreadas, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos, y del otro, el transportador, que es quien se compromete a recibir, conducir y entregar los objetos materia de convenio”

Se infiere de lo citado como existen obligaciones claras para las partes contractuales en el sentido de pagar un precio por entregar una cosa de un punto a otro, el cual debe ser informado al transportador en debida forma con el fin de cumplir su obligación de entrega.

Importante tener en cuenta como dentro de este contrato bilateral se encuentra también el rol del destinatario quien puede ser el mismo remitente, quien es a quien se le deben entregar las cosas transportadas; por su parte el remitente puede actuar por cuenta propia o ajena dependiendo del beneficio que le resulte la formalización del analizado contrato de transporte.

En virtud del objeto transportado se tiene el transporte de personas o cosas, en el primero técnicamente no es dado hablar de transporte multimodal así la persona use varios tipos de transporte para llegar de un punto a otro en virtud que, de acuerdo a Guzman J. (2009) (pág 39):

“Generalmente en transporte de personas no se habla de transporte multimodal, aunque de hecho exista combinación de modos de transporte en la conducción de las personas, estableciendo que si bien existe libertad para insertar en el documento de transporte

(tiquete) las condiciones relativas a otros modos de transporte utilizados, en todo caso, la responsabilidad del transportador se registrará por las normas propias del contrato de transporte en cuyo trayecto ocurrió la lesión o muerte del pasajero”

Lo anterior identificado en normativa internacional que entiende que a pesar de tener transporte combinado para el traslado de personas, se le da la libertad de insertar condiciones relativas a otros medios de transporte como se identifica en el Convenio de Varsovia de 1929², ratificado por Colombia mediante Ley 95 de 1965 y en el Convenio de Montreal de 1999³ ratificado por Colombia mediante la Ley 701 de 2001.

En cuanto al transporte de cosas, que es el que nos interesa para el presente documento, se tiene regulado por parte del código de comercio colombiano que en el transporte de cosas el transportador se obliga a “recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las recibe, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario”⁴. Para el derecho internacional en ocasiones se excluyen de este grupo ciertos bienes como en las reglas de La Haya-Visby donde

² Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929. Artículo 31. 1. En el caso de transportes combinados efectuados en parte por el aire y en parte por cualquier otro medio de transporte, las estipulaciones del presente Convenio no se aplicarán más que al transporte aéreo, y si éste responde a las condiciones del artículo 1º.

2. Nada en el presente Convenio impide a las Partes, en el caso de transportes combinados, insertar en el documento de transporte aéreo condiciones referentes a los medios de transporte, a condición de que las estipulaciones del presente Convenio sean respetadas en lo que concierne al transporte por el aire.

³ Convenio para la Unificación de Ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Convenio de Montreal de 1999. Artículo 38. Transporte combinado. 1. En el caso de transporte combinado efectuado en parte por aire y en parte por cualquier otro medio de transporte, las disposiciones del presente Convenio se aplicarán únicamente al transporte aéreo, con sujeción al párrafo 4º del artículo 18, siempre que el transporte aéreo responda a las condiciones del artículo 1º.

2. Ninguna de las disposiciones del presente convenio impedirá a las partes, en el caso de transporte combinado, insertar en el documento de transporte aéreo condiciones relativas a otros medios de transporte, siempre que las disposiciones del presente convenio se respeten en lo que concierne al transporte aéreo.

⁴ Código de Comercio Colombiano. Artículo 982.

en su régimen no se consideran a animales vivos y de carga sobre cubierta⁵ que también se encuentra determinado en el artículo 1614 del Código de Comercio Colombiano.⁶

Ahora bien, la tipología encontrada en la doctrina cuando se tienen cosas y personas a transportar bajo un mismo vehículo catalogado como mixto; cuando se tiene la participación de varios transportadores pero por un mismo modo la categoría de transporte sucesivo donde se rige una responsabilidad solidaria para los transportadores partícipes de la operación⁷; en el evento de combinar dos o más medios de transporte bajo un mismo contrato se entenderá transporte combinado⁸; a diferencia del transporte combinado se encuentra el transporte multimodal donde también son varias operaciones de transporte bajo un mismo contrato pero donde existe un régimen

⁵ Protocolo de Bruselas, de 23 de Febrero de 1968. Reglas de la Haya-Visby.

⁶ Código de Comercio. Art. 1614. Transporte de animales vivos y cosas transportadas sobre cubierta. Lo dispuesto en el artículo 992 no se aplicará a los animales vivos y cosas transportadas sobre cubierta, respecto de los cuales podrá pactarse de modo expreso la exoneración de la responsabilidad del transportador por los daños ocurridos a bordo, no imputables a dolo o culpa grave de aquél o del capitán, o la inversión de la carga de la prueba.

También podrá pactarse, en relación con dichas cosas o animales, la cesión al transportador del seguro contratado por el remitente. La cláusula "embarcado sobre cubierta a riesgo del remitente", equivaldrá a una estipulación expresa de no responsabilidad, en los términos del inciso anterior.

⁷ Código de Comercio. Artículo 986. Pluralidad de transportadores. Reglas para definir la responsabilidad. Modificado. Decreto 01 de 1990. Art. 6o. Cuando varios transportadores intervengan sucesivamente en la ejecución de un único contrato de transporte por uno o varios modos, o se emita billete, carta de porte, conocimiento de embarque o remesa terrestre de carga, únicos o directos, se observarán las siguientes reglas:

1a) Los transportadores que intervengan serán solidariamente responsables del cumplimiento del contrato en su integridad, como si cada uno de ellos lo hubiere ejecutado.

2a) Cada uno de los transportadores intermedios será responsable de los daños ocurridos durante el recorrido a su cuidado, sin perjuicio de lo previsto en la regla anterior.

3a) Cualquiera de los transportadores que indemnice el daño de que sea responsable otro transportador, se subrogará en las acciones que contra éste existan por causa de tal daño, y

4a) Si no pudiere determinarse el trayecto en el cual hayan ocurrido los daños, el transportador que los pague tendrá acción contra cada uno de los transportadores obligados al pago, en proporción al recorrido a cargo de cada cual, repartiéndose entre los responsables y en la misma proporción la cuota correspondiente al transportador insolvente.

Parágrafo. _ Para los efectos de este artículo, cada transportador podrá exigir del siguiente, la constancia de haber cumplido a cabalidad las obligaciones derivadas del contrato. La expedición de dicha constancia sin observación alguna hará presumir tal cumplimiento.

⁸ Código de Comercio. Artículo 985. Formas de transporte combinado. Modificado. Decreto 01 de 1990, Art. 5o. Se considera transporte combinado aquel en que existiendo un único contrato de transporte, la conducción es realizada en forma sucesiva por varias empresas transportadoras, por más de un modo de transporte. Su contratación podrá llevarse a cabo de las siguientes formas:

1a) Contratando el remitente con una de las empresas transportadoras que lo realicen, la cual será transportador efectivo en relación con el transporte que materialmente lleve a cabo por sí misma, y actuará como comisionista de transporte con las demás empresas.

2a) Mediante la actuación de un comisionista de transporte que contrate conjunta o individualmente con las distintas empresas transportadoras.

3a) Contratando el remitente conjuntamente con las distintas empresas transportadoras. En el transporte combinado, a cada modo de transporte se le aplicarán las normas que lo regulen.

especial de responsabilidad para el transportador que en este escenario se denomina operador de transporte multimodal que expresamente se encuentra en la ley mercantil vigente así:

“En el transporte multimodal la conducción de mercancías se efectuará por dos o más modos de transporte desde un lugar en el que el operador de transporte multimodal las toma bajo su custodia o responsabilidad hasta otro lugar designado para su entrega al destinatario, en virtud de un contrato único de transporte. Se entiende por operador de transporte multimodal toda persona que, por sí o por medio de otra que obre en su nombre, celebra un contrato de transporte multimodal y actúa como principal, no como agente o por cuenta del remitente o de los transportadores que participan en las operaciones, y asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato. Cuando dicha conducción de mercancías ocurra entre dos o más países, será transporte multimodal internacional. Para el transporte multimodal se aplicará lo que sobre el particular se disponga en este Código o en los reglamentos y en lo no reglado se estará a la costumbre”⁹

Corresponde, después de la somera identificación de tipos de transporte por objeto a transportar y por modo de transporte, adentrarse en el tipo al que corresponde el presente escrito y es el transporte terrestre de mercaderías. Para ello es necesario tener un bosquejo de las normas que lo regulan en el derecho colombiano y las mismas son los artículos 981 al 999 del Código de Comercio y del artículo 1008 al 1035 de este mismo código.

⁹ Código de Comercio Colombiano, Artículo 987.

1.1 CARACTERÍSTICAS

De las definiciones anotadas de carácter doctrinal¹⁰ y legal es posible inferir las características propias de este tipo de contrato, explicando claro está, aquellas que lo diferencian de otros negocios jurídicos y en caso de modificación ya no se estaría ante un contrato de transporte.

El primero de ellos, es la *Consensualidad*, elemento que describe como las partes contractuales, esto es remitente y transportador, dan origen al contrato únicamente con el acuerdo entre ellos, un acuerdo libre de vicios, es decir, que más allá de la declaratoria del remitente en una carta de porte sobre el contenido y características de las mercaderías y del transportador de cobrar un flete, el mero y sencillo acuerdo entre los extremos contractuales da vida al contrato de transporte. Este punto desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de enero de 2007, MP. Ruth Marina Diaz Rueda, expediente 1100131030262000-24326-01, donde menciona se debate entre otros cargos, la existencia de cláusulas puntuales en el contrato de transporte por estar contenidas en la carta de porte o en la factura cambiaria, el juzgador de última instancia ratifica que la existencia del contrato de transporte no se da por tales documentos que contienen las cláusulas de ejecución del mismo, sino, por el mero consentimiento de las partes, exento de vicios sobre la cosa transportada, el destino y el pago del flete.

El segundo elemento de la esencia de este tipo contractual es la *onerosidad*, como ya se ha mencionado en la definición del contrato, el mismo tiene la característica de generar un flete que debe ser asumido por el remitente, y en el evento de ser gratuito, ya no estaríamos ante un contrato

¹⁰ Frente a las características del contrato de transporte también se puede consultar a Leal (1996) Gheri (1992) Gaviria (1989) Peña (2010).

de transporte, es por ello que este elemento es de la esencia del contrato y le permite guardar su individualidad de otros hechos relacionados con el transporte.

Como tercer elemento se tiene la *bilateralidad*, entendida esta como el beneficio que reciben dos partes contractuales, el remitente de enviar su mercancía de un punto A a un punto C y el transportador de recibir un flete por la prestación del servicio.

Por su parte Escobar G. (1994) indica:

La bilateralidad consiste, pues, en que las respectivas obligaciones son interdependientes desde su fuente común y no que las partes estén recíprocamente obligadas. Así, por ejemplo, la obligación de entregar la cosa vendida que corresponde al vendedor está vinculada estrechamente a la obligación de pagarla en dinero que está a cargo del comprador, dependiendo la una de la otra y ambas surgidas simultáneamente del contrato de compraventa. En cambio, cuando el depositario tiene la obligación de devolver el objeto y el depositante la de indemnizar los perjuicios que recibió el primero por el mal estado de la cosa, hay obligaciones recíprocas entre los mismos sujetos, pero no hay identidad de causa ni simultaneidad, pues el depositario está obligado necesariamente a devolver porque recibió la cosa con base en la fuente del contrato; y el depositante debe pagar una indemnización por un hecho ocasional y ajeno al negocio, que tiene como fuente la responsabilidad surgida del daño causado. Por ello, todos los contratos bilaterales originan obligaciones recíprocas; pero no todos los contratos que contienen obligaciones recíprocas son bilaterales.

En consecuencia, el precepto legal ha debido decir que el contrato es bilateral cuando genera simultáneamente obligaciones interdependientes para ambas partes.”

Lo anterior, claramente evidenciado en el contrato de transporte, pues evidentemente entre los extremos contractuales hay obligaciones interdependientes de prestar un servicio de traslado de cosas, bajo las condiciones dadas por el remitente y de ello surge o se da en conexidad el pago de dicho servicio, el cual dependerá también de las condiciones especiales que el remitente requiera, lo cual también nos lleva al análisis como en la actualidad el contrato de transporte trae consigo otros servicios que no están propiamente relacionados con éste pero que sin embargo son tenidos en cuenta para fijar un precio en el servicio como lo es generar al remitente un embalaje especial para su mercadería transportada u otros servicios.

1.2. CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN O EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADERÍAS, SEGÚN EL ARTÍCULO 1031 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO.

Importante en este capítulo y antes de adentrarnos en las limitaciones de responsabilidad del transportador detalladas en la ley mercantil; resulta fundamental comprender el tipo de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones bilaterales que surgen entre el transportador y el remitente.

Es la responsabilidad civil contractual, la que florece en este escenario teniendo en cuenta el incumplimiento de las obligaciones de las partes contractuales, dice Arrubla J (2012):

“Tradicionalmente se ha dicho que estamos en presencia de la responsabilidad contractual cuando la obligación de indemnizar surge como consecuencia del incumplimiento de un contrato, es decir, que debe haber un vínculo contractual preexistente al hecho imputable al deudor”

En primera medida es vital identificar como las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad quiebran en alguna medida el principio de la reparación integral del daño, es decir, “¿el principio de la reparación integral del daño admite excepciones convencionales sobre responsabilidad? Y de admitirlas ¿en qué medida? Notoriamente las partes para cierto tipo de operaciones pueden legalmente limitar su responsabilidad teniendo en cuenta la masividad y riesgos de los mismos; estas limitaciones en ocasiones incluso se encuentran facultadas en la ley, pero estableciendo ciertos límites.

Ahora, sobre estas limitaciones a la responsabilidad vigentes en el estatuto mercantil Colombiano, el abogado y profesor universitario Gabriel Escobar Sanín, se pronunció para el año 1988 de estos cambios legales determinados por el Decreto 01 de 1990, bajo un contrato suscrito con el entonces Instituto Nacional de Transporte INTRA, donde detalló como dicha reforma se encontraba en el gremio transportador para la época unánimemente de acuerdo ante la legislación anterior que los hacia responsable por el valor total de la cosa transportada perdida sin considerar en ningún momento la culpa del transportador; mientras que para el sector asegurador como para la otra parte del contrato de transporte, esto es el remitente, la encontraban inconveniente pues implicaría un aumento en la prima del seguro para el remitente quien es el ultimas la parte que asume el costo

del flete y que además es la parte que no cuenta con el conocimiento técnico del servicio, es decir, la parte débil del contrato¹¹.

Una de las limitaciones que se tratará en el presente escrito es aquella cuando no se declara el valor de las mercaderías transportadas en el conocimiento de embarque por parte del remitente, dice el artículo 1031 de la ley comercial lo siguiente:

“ARTÍCULO 1031. <VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN>. <Artículo subrogado por el artículo 39 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990. En caso de pérdida total de la cosa transportada, el monto de la indemnización a cargo del transportador igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada.

Si la pérdida fuere parcial, el monto de la indemnización se determinará de acuerdo con la proporción que la mercancía perdida represente frente al total del despacho.

No obstante, y por estipulación expresada en la carta de porte conocimiento o póliza de embarque o remesa terrestre de carga, las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del valor declarado.

En eventos de pérdida total y pérdida parcial por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores.

¹¹ Concepto sobre reformas al contrato de transporte terrestre. Gabriel Escobar Sanín.

Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia.

En el evento de que ***el remitente no suministre el valor de las mercancías*** a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero el artículo 1010, ***el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario.*** En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante.

Las cláusulas contrarias a lo dispuesto en los incisos anteriores no producirán efectos.

Para el evento de retardo en la entrega, las partes podrán, de común acuerdo, fijar un límite de indemnización a cargo del transportador. A falta de estipulación en este sentido, la indemnización por dicho evento será la que se establezca judicialmente”.

Se señala con negrilla los elementos del artículo materia de análisis en el presente texto, puesto que este tipo de limitaciones o exoneraciones de responsabilidad deben necesariamente guardar coherencia con contratos que pueden ser accesorios o que guardan interdependencia a la operación misma como el contrato de seguro de mercaderías.

Se puede percibir como este tipo de cláusulas de orden legal cumplen un fin de permitir el flujo de operaciones que en su esencia tienen riesgos que en caso de no existir estas limitaciones las resultaría más cuantiosas y por con ello mercados inalcanzables para el común; de ello se identifica parte en materia del transporte terrestre de mercaderías, toda vez que la actividad misma tiene riesgos apenas obvios que hacen en el evento de prohibir la limitación de la responsabilidad del transportador una actividad mercantil inviable e insostenible.

La validez de las cláusulas contractuales deben estar acorde a la ley, si bien ésta por sus características propias de ser general, impersonal y abstracta en definitiva no tendrá para cada caso concreto los lineamientos a seguir en caso de pactar las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad, para el caso de estudio, nótese como el artículo 1031 del Código de Comercio establece un único porcentaje cierto como límites de la responsabilidad del transportador en caso de la no declaración del valor de las mercaderías por parte del remitente de las mismas, dice la norma que en el evento de realizarse un siniestro y se ha omitido el valor de las mercaderías por parte del remitente en el título específico para ello el transportador solo estará obligado a pagar el 80% del valor probado al momento que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario.

Nótese como la norma da unos estándares generales o topes que las partes no podrán pactar en contrario; se debe recordar las consecuencias contractuales para cláusulas que violen el orden público.¹²

¹² Código Civil. ARTICULO 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

2. EL CONTRATO DE SEGURO

Para la comprensión de la hipótesis del presente escrito es fundamental tener claridad del concepto y razón de existencia del contrato de seguro, el cual, en nuestra sociedad se ha vuelto necesario para la tranquilidad de actividades tan simples como desplazarnos en nuestros vehículos, o salir de vacaciones y dejar los hogares y sus contenidos “seguros” e incluso tener cobertura en caso nuestras mascotas causen algún daño o requieran atención veterinaria.

Definitivamente, este negocio jurídico forma parte esencial del comercio y el día a día de los seres humanos, logrando con el pasar del tiempo evoluciones importantes al integrar en diferentes soluciones prevenir diferentes riesgos.

Antes de acotar los conceptos legales y doctrinales que rodean el contrato de seguro, se considera relevante dar un repaso histórico del mismo, pues entendiendo el inicio y origen de las figuras jurídicas es posible dimensionar su importancia y continuidad en el tiempo. Para ello, se toman apartes del texto denominado El Contrato de Seguro (seguros terrestres) de Isaac Halperin, quien, en su texto, específicamente en la introducción del texto se detalla los orígenes del mencionado contrato donde se distingue el nacimiento del contrato en las ciudades italianas del medioevo. Por su parte, las líneas o ramas de aseguramiento iniciaron por el tipo de seguro marítimo, en el artículo publicado por Bravo J y Fernández N “”, mencionan como:

“el seguro inicia en Italia hacia el siglo XIII con la modalidad marítima. De allí se extendió a Inglaterra y toda Europa gracias a los mercaderes lombardos. Los dueños de los barcos redactaban, individualmente, un documento en el que se describían aspectos importantes

de la mercancía embarcada; por ejemplo, tipo de barco, mercancía transportada, destino, fechas, etc., y aquellas personas que estuvieran interesadas en participar del negocio firmaban al final del documento (conocidas como underwriters), asumiendo los posibles riesgos a cambio de utilidades que se generarían con el éxito del negocio. Los dueños de los barcos se reunían en locales londinenses con el fin de compartir el contenido de sus documentos o hacerse partícipes como underwriters. López (1982) refiere que en el siglo XIV surgieron los primeros lineamientos de lo que se conoce hoy como contratos de seguros, una práctica habitual entre los mercaderes florentinos, genoveses y venecianos. De Italia se extendió a Francia y España y de allí a toda Europa, con la modalidad del seguro marítimo”.

Por su parte, Rivadeneira D (1974) (pág. 7) menciona:

“El llamado préstamo a la Gruesa, practicado mucho en Italia en los siglos XIII y XIV, era una especie de protección, una especie de seguro Marítimo que consistía en lo siguiente: Un prestamista o Banquero se encargaba de financiar el viaje de bárbaros. Si el barco regresaba, el prestamista o banquero debería reintegrarse de su dinero más unos crecidos intereses los cales constituían el precio del servicio”

A nivel local se tienen como antecedentes El Código de Indias hasta el surgimiento de los Estados Unidos de Colombia (Federación) en 1863. Tal y como se detalla en el artículo “Historia Legal del Seguro en Colombia. Análisis normativo del sector asegurador” realizado por Felipe Isaza en abril de 2011 para la revista de Fasecolda 35 años.

Inicialmente el sector asegurador surgió en nuestro país con ausencias de requisitos o límites legales para los aseguradores y sin entidades estatales que vigilaran la actividad.

Al día de hoy se contempla un contrato típico dentro de una definición legal que realmente solo describe sus elementos esto es, la consensualidad, bilateralidad, onerosidad, aleatoriedad y ejecución sucesiva¹³; cuando dando una definición aproximada de lo que realmente cobija este tipo contractual es por medio del cual una parte se obliga con otra a indemnizar una suma asegurada en caso de siniestro, donde por mandato legal el asegurador podrá cancelar una suma de dinero o reemplazar o reparar el bien afectado.

En consecuencia, de acuerdo a Narvaéz J. (2002) “el seguro es una técnica de transferencia de riesgos, de sucesos futuros e inciertos que no dependen de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, o bien como hechos o circunstancias de naturaleza aleatoria”

Y que ha hecho que este tipo de contrato como lo conocemos hoy tenga aún vigencia y no solo eso, se generen cada vez nuevos ramos en el sector asegurador buscando la protección incluso de seres que no se consideraban trascendentales en las familias como lo son ahora las mascotas, pues a ello el profesor Rivadeneira D (1974) (pág 8) indica expresamente como:

“Debemos preguntar cuál es el factor, ¿cuál la razón de haber surgido el Seguro y permitido su ulterior desarrollo? Ha sido seguramente la “incertidumbre” en todos los órdenes lo que ha originado el advenimiento de esta forma de protección que es el Seguro. El hecho de ignorar lo que pueda acontecer mañana; el no saber si perderemos tarde o temprano la vida;

¹³ Código de Comercio Colombiano. Artículo 1036.

si se perderá o disminuirá tarde o temprano nuestra capacidad de trabajo; si sufriremos o no accidentes que nos invaliden para siempre; si nuestros bienes pueden ser objeto de incendio o de robo; si nuestro automóvil será estrellado, incendiado o robado, etc. Todo esto es incertidumbre que gravita pesadamente sobre nuestra persona y sobre nuestros haberes”

Claramente el tipo contractual del Seguro, tal y como su literalidad indica permite que el desarrollo de las actividades en sociedad, o el acaecimiento de catástrofes naturales, tengan de alguna manera protección, un respaldo que actúe para esos casos donde no se contaba con tales infortunios, el seguro ha tomado protagonismo en cada una de nuestras actividades cotidianas, en cada una de nuestras operaciones más simples de consumo como la compra de un celular o de una bicicleta; evidentemente este tipo de contrato da seguridad y confianza a los individuos; sin que con ello se diga que permita en los asegurados el descuido o negligencia, pues para ello también se ha pensado en los actos inasegurables que el derecho positivo enmarca.

Por su parte, A nivel jurisprudencial, el órgano de cierre de la justicia ordinaria ha detallado algunos conceptos como: “...Aun cuando el Código de Comercio vigente en el país desde 1972 no contiene en el Título V de su Libro Cuarto ninguna definición del contrato de seguro, lo cierto es que con apoyo en varias de las disposiciones que de dicho Título hacen parte, y de modo particular en los Arts. 1037, 1045, 1047, 1054, 1066, 1072, 1077 y 1082, bien puede decirse que, en términos generales, es aquél un negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una empresa autorizada para explotar esta actividad, se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la

ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos estos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro.”¹⁴

La ya citada Corte Suprema de Justicia para el año de 2008 mencionó:

“...debe la Corte poner de presente, inicialmente, que los seguros, en general, sirven para la importante finalidad de trasladar el efecto económico de los riesgos, para cuyo propósito una entidad especializada, profesional en estas materias, en atención al pago de una prima, asume los riesgos que inquietan o preocupan al tomador y le otorga la seguridad de que, en su momento, lo indemnizará o compensará por las consecuencias adversas que para él o para un tercero se hayan producido al acaecer un evento que era incierto en la época en la que se contrató la respectiva cobertura. // Dentro del contexto mencionado, la legislación patria regula el contrato de seguro, destacando su carácter de negocio jurídico “consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución continuada” (Art. 1036 del C. de Co., mod., art. 1º de la Ley 389 de 1997), al paso que consagra sus elementos esenciales, como son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima del seguro, y la obligación condicional del asegurador, con las consecuencias que en esta materia se producen respecto de la eficacia del contrato, de faltar alguno de ellos. // Con el fundamento normativo antes descrito, la Jurisprudencia civil ha señalado que el seguro es un contrato “por virtud del

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholls. Sentencia del 29 de enero de 1998. Expediente 4894

cual una persona –el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’ , dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘daños’ o de ‘indemnización efectiva’, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro”(Cas. Civ. 24 de enero de 1994, S-002-94, exp. 4045, CCXXVIII, 2467, pág. 30; 22 de julio de 1999, S-026-99, exp. 5065; reiterada recientemente en sentencia de casación civil del 27 de agosto de 2008, exp. 14171)... // ...La finalidad del contrato de seguro y a lo que apunta la intención común de los contratantes de este tipo de negocios jurídicos es obtener cobertura frente a determinados riesgos, cuya realización conduce al pago de la respectiva indemnización (art. 1054 del C. de Co.).”¹⁵

2.1. CARACTERÍSTICAS

Una vez contempladas las definiciones de tipo legal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta básico comprender estas características que definen al contrato de seguro, dando una estocada por los que se acreditan como sus características contractuales, iniciemos entonces por *la consensualidad*, característica que desde el origen legislativo del contrato de seguro en Colombia no fue siempre en ese sentido, ya que antes, de acuerdo a Jaramillo, C. (2011) (pág. 239):

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Expediente 11001-3103-012-2000-00075-01.

“hasta el año 1997 en Colombia ciertamente el contrato de seguro fue solemne – en estricto sentido a partir de su entrada en vigencia -, no solo porque así lo registraba, *expressis verbis*, el artículo 1036 del Código de Comercio Originario (decr. Ley 410 de 1971), sino también porque el artículo 1046 de la misma codificación, a tono con este categórico enunciado, disponía que “El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza[...]” En este orden de ideas, el mero cruce o intercambio de voluntades en una misma dirección, esto es el consentimiento negocial, así fuera paladino, amén de inmaculado, era impotente para el advenimiento del contrato, el que en tales condiciones no veía la luz jurídica, puesto que se requería un *plus*: la suscripción de la póliza de parte del asegurador, única forma reconocida, ministerio legis, por el ordenamiento mercantil patrio”

Lo anterior denota como la transformación de esta particularidad del tipo contractual permitió una flexibilidad probatoria y evitar prácticas abusivas del sector en cuanto al perfeccionamiento del contrato.

En esta característica especial, no sobra anotar uno de los deberes emanados por dicha consensualidad y se asocia al deber de información de las partes, pues es en la etapa precontractual de consenso donde ambas partes deben sacar a la luz la información relevante para la estructuración del contrato, sobre el particular Stiglitz R (2010) (pág 77) menciona:

“la materia de que trata el contrato y las circunstancias atinentes a ella deben ser conocidas por ambas partes en etapa de tratativas, para preservar la relación de equivalencia al tiempo del perfeccionamiento del contrato. Lo que presupone que, de no ser así, si el que dispone de la información la oculta o la suministra falsamente, el contrato se ha concluido en situación de desigualdad, de tal relevancia que vicia el consentimiento”

Evidentemente para el elemento del consenso es indispensable que el mismo esté exento de vicios como el error, el cual puede generarse por esa omisión u ocultamiento de información de una de las partes.

Su segunda característica legal, se refiere a la *bilateralidad*, la cual refiere como “por cuanto de él surgen obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. A cargo del asegurado, surge la obligación de pagar la prima correspondiente y a su vez, es de cuenta del asegurador, pagar la indemnización en caso de ocurrencia del evento previsto, esto es, la realización de un riesgo amparado bajo la póliza en cuestión”¹⁶

Como se detalló para el contrato de transporte, esta característica se encuentra ligada a tipos de obligaciones interdependientes, pues para la expedición y vigencia del contrato de seguro se requiere del pago de la prima que dependerá del riesgo asegurado y de la información exenta de vicios dada por el tomador al asegurador.

¹⁶ El contrato de seguro en el sector financiero. Jorge Eduardo Narváez Bonnet. Página 112.

Por su parte la onerosidad del contrato es resultante de la bilateralidad que soporta; además da vida a la acción de subrogación de la cual se explicará más adelante.

En materia de aleatoriedad, se clarifica para el tipo contractual pues existe una incertidumbre para las partes sobre la materialización del riesgo. Sin embargo, a nivel doctrinal esta característica no es tan certera de cara al asegurador, pues su profesionalismo técnico, masificación de riesgos entre otros, le permite saber con certeza la posibilidad de ocurrencia de ciertos riesgos, es de tal magnitud su conocimiento que precisamente cada tipo de seguro cuenta con exclusiones ya estudiadas por el asegurador, en palabras del jurista colombiano Francisco Zuleta Holguín, citado por el profesor Narváez (2002) (pág. 113):

“El carácter aleatorio existe para el asegurado. Este traslada un riesgo probable, cuya ocurrencia depende del azar; por esto para el asegurado, el contrato es sin duda alguna, aleatorio. En cambio, para el asegurador que con base en la ley de los grandes números calcula la posibilidad de ocurrencia de siniestros en cada ramo de los riesgos que ampara, que calcula la prima que cobra teniendo lo anterior como antecedente, y que reasegura, este es, que traslada parte del riesgo amparado a otro u otros aseguradores el contrato deja de ser aleatorio, máxime cuando de cada riesgo amparados se excluyen los hechos anormales”

De igual manera, el quiebre de la aleatoriedad no se da de forma exclusiva por las líneas antecedentes, sino también por la profesionalidad de una de las partes, esto es, el asegurador, según Shiavo C. (2006) (pág 31): “logra insertar el contrato individual en un conjunto de contratos celebrados masivamente con iguales características, de manera que dispersa el riesgo técnico con

una casi total desaparición de la incertidumbre globalmente considerada, o sea, que actuando profesionalmente esta parte lograría una aproximación al grado de certeza”

Se encuentra en la actualidad como el asegurador de manera frecuente construye contratos de adhesión donde sus características no son discutidas y al ser expedidos de forma masiva, la experticia del asegurador le permite conocer hasta que monto podrá responder al asegurado, en el sentido que conoce el valor asegurado y él mismo construye las exclusiones del contrato, siempre y cuando estas no estén en contra de la normativa vigente.

Finalmente, como última característica legal encontramos la ejecución sucesiva o tracto sucesivo, otorgada en virtud que las obligaciones de las partes contratantes se deben realizar a lo largo de la vigencia del contrato

Valga aclarar que las anteriores particularidades desde una perspectiva académica no se consideran las únicas que rigen al contrato de seguro, la pretensión del presente capítulo es identificar aquellas que están regladas en la normativa comercial colombiana, pero, claro está, se contempla entre otros elementos o criterios identificadores del contrato de seguro el de adhesión y el de máxima buena fe, este último también con una mirada crítica, pues para algunos doctrinantes la buena fe exigida para este tipo contractual carece de sentido, teniendo en cuenta que el principio de la buena fe no debe considerarse o clasificarse en sí mismo.

Dando a groso modo la precisión de las características legales otorgadas al contrato de seguro, es imperioso delimitar los requisitos de su existencia, enunciados en la legislación comercial

colombiana, entendiendo estos como aquellos requisitos que son de la esencia del contrato, es decir que permiten que sea ese y no otro, y que son determinados por la ley para que el negocio jurídico nazca a la vida jurídica.

Para el contrato de seguro, el artículo 1045 enuncia bajo esta calidad los siguientes elementos o requisitos de existencia para este tipo contractual:

1. El interés asegurable
2. El riesgo asegurable
3. La prima o precio del seguro
4. La Obligación condicional del asegurador.

Y adicional a lo ya expuesto, en el mismo artículo identifica que en la ausencia de uno de estos elementos el contrato de seguro no produce efecto alguno.

Brevemente realicemos un acercamiento a cada uno sin ser objeto de este escrito, pero que resulta trascendental entenderlos con el fin de adentrarse poco a poco al problema jurídico ya enunciado.

El interés asegurable es comprensible desde el concepto mismo de interés, que a voces de la real academia de la lengua española se define como “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.”¹⁷ Tenemos como entonces el interés asegurable está ligado al ánimo del aseguramiento, ¿qué persona tiene en su sentir el ánimo de asegurar una cosa o una persona?

¹⁷ <http://lema.rae.es/drae/?val=interes>. Visto a las 21:00 horas del 08 de agosto de 2015.

Por su parte el artículo 1083 del código de comercio indica que en materia de seguros de daños “tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”¹⁸ se entiende entonces que en materia de interés asegurable debe coexistir el ánimo de aseguramiento más una relación económica con el bien asegurado; menciona la Corte Suprema de Justicia que “el interés asegurable atañe a una cierta relación económica, no resulta indispensable que coincidan la persona o personas involucradas en ella con quienes son los titulares del derecho de dominio como principal relación jurídica predicable del bien afectado con la realización del riesgo, mucho más, si inclusive el interés puede ser indirecto, como expresamente lo consigna la ley comercial. Así, por ejemplo, dependiendo de las circunstancias, podrían tener interés asegurable el dueño y el poseedor material de la misma cosa, o el dueño y el usufructuario; la sociedad que sufre directamente la pérdida y sus socios que indirectamente pueden verse afectados. En cada una de estas hipótesis todos los sujetos tendrían, en su medida, un interés pecuniario lícito y nada les impediría, entonces, que por medio del contrato de seguro cualquiera de ellos pretendiera cubrirse de las secuelas dañinas de un riesgo que, derechamente o por reflejo, alcance a significarles un menoscabo patrimonial”¹⁹.

Adicional a lo anterior, se reitera en las normas comerciales, como el interés asegurable deberá existir en todo momento y que su desaparición conlleva la cesación o extinción del seguro, clarificando más aún la característica de esencial del mencionado elemento.

¹⁸ Código de Comercio Colombiano. Artículo 1083.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete. Sentencia 031 del 21 de marzo de 2003. Expediente 6642.

En cuanto al riesgo asegurable se atiende la definición legal donde se denomina riesgo a “todo suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”²⁰.

Del riesgo se derivan además una serie de obligaciones específicas como la conservación del mismo y notificación de cambios por parte del asegurado o tomador y su declaración al momento de celebrar el contrato; para este último punto existen sanciones por inexactitud en la declaración del estado del riesgo teniendo en cuenta que puede constituir un error en el consentimiento del asegurador; existen omisiones que de haberse conocido con anterioridad el asegurador no hubiese celebrado el contrato o pactar primas más cuantiosas para asumir el riesgo, estas declaraciones dice la ley comercial son afectadas con la nulidad relativa del contrato de seguro²¹.

Por su parte la prima o precio del seguro es la que materializa la onerosidad del contrato de seguro y es tasada en virtud del riesgo que está asumiendo el asegurador, se tiene que tener en cuenta la calidad de la cosa transportada, la salud de la persona que toma un seguro de vida o de accidentes personales, hasta qué punto es materializable el riesgo en virtud de las características que el tomador o asegurado le está declarando al asegurador. La prima tiene reglas específicas como el pago fraccionado, al igual que su cálculo para renovaciones de aquellos seguros que cuentan con

²⁰ Código de Comercio. Artículo 1054.

²¹ Código de Comercio. Artículo 1058.

sinistros y la regla de terminación automática en caso de no pago posterior a los treinta días de expedido el seguro.

Finalmente la obligación condicional del asegurador, riguroso es adentrarnos en este tipo de obligaciones, a que se refiere la condición, se indica como es dado por los particulares Hinestrosa, F. (2007) “subordinar la eficacia de sus dictados a la realización o a la no verificación de un suceso a la vez que futuro incierto” Se dice que ante estas obligaciones Hinestrosa, F. (2007) “Las partes se hallan a la expectativa, pendientes de si el hecho se realiza o no, que, según se presenten las cosas, concreta y hace definitivo su derecho, o impone borrar toda huella que haya podido dejar en el entretanto la relación establecida”²²

Por su parte, Massimo Bianca traduce la condición como aquella valida por establecer por las partes, la cual puede ser pasada o presente y de esta forma subordinar el contrato al cumplimiento de la misma²³.

Para el contrato de seguro se cumple los lineamientos de una obligación condicional, efectivamente las partes aseguran un riesgo del cual no se conoce si llegará a la entidad de ser siniestro²⁴, se contrata una póliza de seguro para las mercaderías transportadas pero sin conocer si se materialice el riesgo de daño parcial, total, hurto o simplemente la operación sea normal y no siniestre la póliza tomada.

²² Frente a los elementos esenciales del contrato de seguro también se puede consultar a Bustamante (1994) Beza (1967) Meilij (1987) López (2004) Palacios (2016).

²³ Derecho Civil. Tomo 3 El contrato. Massimo Bianca. Página 565.

²⁴ Código de Comercio. Artículo 1072. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

Una vez conocidos los elementos esenciales del contrato de seguro, resulta prudente De acuerdo a la regulación del código civil identificar los requisitos de validez para los contratos en general y verificar su aplicación para el tipo de contrato especial que se analiza en las presentes líneas así:

- Capacidad
- Consentimiento exento de vicios (Error, Fuerza y Dolo)
- Objeto licito y
- Causa licita.

Para la capacidad se identifica de acuerdo al código civil las personas que pueden adquirir obligaciones y en ellas se encuentran los mayores de edad y los menores representados por tutores o curadores con poder para ello. En el contrato de seguro de transporte de mercaderías, se entienden capaces para su suscripción no solo aquellos que cumplen con los requisitos de existencia del contrato de seguro; sino los mencionados por la ley mercantil como “el propietario de la mercancía, sino también todos aquellos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como comisionista o la empresa de transporte, expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de la mercancía”²⁵

En cuanto al consentimiento exento de vicios se refiere a los conceptos clásicos de Error, Fuerza y Dolo donde aterrizados al contrato de seguro de transporte de mercaderías se deben tener en cuenta a considerar que las partes contratantes manifiesten su autonomía privada y la consensualidad exigida para el perfeccionamiento del contrato de seguro de transporte de

²⁵ Opus cit. Artículo 1124.

mercaderías sin caer en el error sobre la mercancía asegurada o supuestos de hecho o de derecho; que se haya ejercido fuerza, la cual se determina según Bianca M. (2007) (pág 678): “existido amenaza que constriñe a la persona a estipular un contrato no querido, o a aceptar un contenido determinado” El Dolo por su parte considerado como “cualquier forma de engaño que altera la voluntad contractual de la víctima”²⁶.

La Causa lícita por su parte, se refiere a “La razón práctica del contrato, es decir, el interés que la operación contractual se dirige a satisfacer”²⁷ este interés debe gozar de además de licitud para que el contrato tenga validez y la misma es fundamento de la autonomía contractual de contratar, toda vez que lo que interesa a las partes a contratar deberá ser, para el contrato de seguro de transporte de mercaderías, la necesidad de trasladar los riesgos de la operación de un tercero para gozar de un respaldo en caso de materialización del riesgo; permite la protección del patrimonio de las partes contratantes en caso de un siniestro; es esa la causa de suscribir este tipo de contratos, la cual goza de la legalidad requerida.

En cuanto al objeto lícito recae sobre que lo pretendido con el contrato, es decir, que la obligación de dar, hacer o no hacer tenga un contenido de licitud.

En el contrato de seguro se identifican como partes del mismo al Asegurador y el Tomador del seguro, la ley comercial que lo regula identifica al asegurador como la persona jurídica que asume

²⁶ Ibídem. Página 684.

²⁷ Ibídem. Página 469.

los riesgos y que está debidamente autorizada para ello. Mientras que el tomador, es quien obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos²⁸.

Nótese como no se enuncia por parte de la ley al asegurado o beneficiario, porque en ocasiones si bien el tomador puede ser el mismo asegurado, en otras el tomador resulta ser diferente al asegurado; como por ejemplo en los seguros de personas, donde el tomador puede ser diferente al asegurado y el beneficiario de igual forma serían designados por los primeros.

2.2 PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO LÍMITE AL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

El profesor J. Efren Ossa G (1956). indica como la teoría de la indemnización es atribuible al “expositor alemán Wagner, quien define el seguro en los siguientes términos: *el seguro es una institución económica que tiene por objeto reparar o atenuar las consecuencias de un acontecimiento eventual e imprevisto*”

Lo cual valga aclarar, ha sido una posición tomada para los seguros de daños y no para los seguros de personas, pues en la segunda clasificación no es una regla de oro que la muerte de una persona genere un perjuicio resarcible para sus congéneres.

Éste elemento fundamental para los seguros de daños, resulta de imperioso análisis pues es el que permite que exista coherencia entre contratos típicos y atípicos con aquel que les puede resultar

²⁸ Código de Comercio. Artículo 1037.

accesorio como es el Seguro de Daños y para el texto en especial es seguro de transporte terrestre de mercaderías.

Dicho en palabras de la entidad que vigila y controla al sector asegurador en Colombia “En este orden, el carácter indemnizatorio del seguro de daños impone que el pago de la prestación asegurada se concrete en el resarcimiento, dentro de los límites pactados en el contrato, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, pero no para conseguir un lucro”²⁹

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la compilación de Jurisprudencia del contrato de seguro realizado por la firma Tobar & Romero Abogados, ha detallado lo siguiente:

“...el contrato de seguro de daños es de naturaleza indemnizatoria, de manera que por norma el equilibrio contractual está dado por el resarcimiento que el asegurado reciba de la pérdida patrimonial sufrida, sin que a cambio pueda ser factible la percepción de utilidad económica alguna por ese mismo concepto, lo que se refleja en que dicha responsabilidad a cargo de la empresa aseguradora comporte como límite máximo de índole contractual la suma asegurada la cual, a su turno, no debe exceder del valor asegurable que a su vez constituye un importante límite legal (G. J., T. CLVIII, pág. 118).”³⁰

“El contrato de seguro de daños, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo,

²⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2002032198-2. Febrero 25 de 2003.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia del 12 de agosto de 1998. Expediente No. 04894.

no pueda 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 le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro. // El artículo 1088 del Código de Comercio estatuye que ‘Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso’. Por tanto, 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.”³¹

“Ahora bien, a propósito de lo anterior es pertinente recordar que los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado "de la indemnización" y recogido por el artículo 1088 del Código de Comercio, en cuanto preceptúa que "respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso"³².

³¹ Corte Suprema de Justicia. M.P. Nicolas Bechara Simancas. Sentencia del 22 de julio de 1999. Expediente No. 05065.

³² Corte Suprema de Justicia. M.P. Manuel Ardila Velasquez. Sentencia del 24 de mayo de 2000. Expediente No. 05439.

“Toda la estructura legal de los SEGUROS DE DAÑOS (y el que es objeto de estudio lo es), está cimentada en la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable, como consecuencia del siniestro, principio consagrado en nuestra legislación positiva en el artículo 1088 del Código de Comercio en cuyo texto se lee: // ‘Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de acuerdo expreso.’”... //... siendo el principio de la indemnización de la naturaleza de los seguros de daños, debe existir siempre una correlatividad o correspondencia entre la prestación a la que está obligado el asegurador y el importe real del perjuicio recibido por el asegurado. Así por ejemplo, en lo que atañe al seguro de responsabilidad, éste tiene como objeto garantizar al asegurado contra las acciones que puedan intentarse contra él por los terceros en razón de los perjuicios que ha podido causarles y de los que resulta comprometida su responsabilidad. De allí que el seguro en referencia esté dirigido a reparar el daño.³³”

“...lo que en realidad quiere significar tan neurálgico postulado, en su real y cristalina esencia, es otra cosa enteramente diferente: evitar que el asegurado se enriquezca a costa del asegurador y, por reflejo, de la comunidad -o masa- asegurada, bien entendida, habida cuenta que el seguro, en desarrollo de potísimas y centenarias reglas áureas, no puede constituirse en fuente de enriquecimiento. Por ello es por lo que aquél no está legitimado para recibir suma superior al monto de los perjuicios sufridos o experimentados, tanto más cuanto que la prima del seguro se calcula, como se sabe, en función del riesgo asumido

³³ Corte Suprema de Justicia. M.P. Nicolas Bechara Simancas. Sentencia del 14 de diciembre de 2000 Expediente No. 05738.

(ecuación prima-riesgo). Sobre este último tópico es categórico el artículo 1.088 del C. de Co, a cuyo tenor: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”³⁴.

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 le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro” (G. J., t. CCLXI, pag.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".³⁵

³⁴ Corte Suprema de Justicia. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 18 de mayo de 2005 Expediente No. 00832.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. M.P. César Julio Valencia Copete. Sentencia del 15 de noviembre de 2005. Expediente No. 07143.

“...es pertinente recordar, como ha sostenido la Corte, “que los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado ‘de la indemnización’ y recogido por el artículo 1088 del Código de Comercio, en cuanto preceptúa que ‘respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso’.....³⁶”

“Tratándose del seguro de daños impera el principio de la indemnización y, dentro de los límites pactados, el asegurado tiene derecho a la reparación del quebranto efectivamente recibido comprendiendo “el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (artículo 1088 del Código de Comercio), “toda vez que el daño indemnizable no se identifica - per se - con la suma asegurada, ni ésta equivale, por regla general, a su estimación anticipada” (cas. civ. 11 de septiembre de 2000, S-158-2000 [6119]) y la prestación esencial resarcitoria “que emerge para el asegurador una vez cumplida la condición, queda en vías de transformarse, por virtud de ese suceso y con la ayuda de procedimientos técnicos revestidos de mayor o menor complejidad según las circunstancias, en una deuda pura y simple, líquida y exigible de pagar la prestación asegurada al legitimado para reclamarla y que demostró su derecho en los precisos términos prescritos por el artículo 1077 del Código de Comercio” (cas. civ. 11 de octubre de 1995, Exp. 4470), en tanto, respecto de los seguros de personas, se proyecta en la suma asegurada

³⁶ Corte Suprema de Justicia. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 12 de diciembre de 2006. Expediente No. 00853.

sin ser menester probanza del quantum, remitida al valor acordado (artículos 1138 y 1042 Código de Comercio).³⁷”

“Y en particular en materia del seguro de daños... en esta modalidad de seguro rige el principio indemnizatorio, pues el asegurado o el beneficiario tienen derecho a que el daño emergente efectivamente sufrido les sea reparado, así como el lucro cesante padecido siempre que haya estipulación particular al respecto (art. 1088 del C. de Co.), sin que las respectivas indemnizaciones puedan ser fuente de enriquecimiento, aspectos para los cuales deberá establecerse la cuantía máxima del resarcimiento, en los términos de los artículos 1089 y siguientes del Código de Comercio.³⁸”

“Ha de memorarse a ese respecto, que “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” (Sent. Cas. Civ. de 15 de noviembre de 2005, Exp. No. 11001-31-03-024-1993-7143-01). // En tales condiciones, la reclamación que hizo la demandante no podía ser atendida en sede judicial, porque ordenar el pago del dinero que se pidió en la demanda, podría afectar el principio indemnizatorio que gobierna en materia de seguros,

³⁷ Corte Suprema de Justicia. M.P. William Namén Vargas. Sentencia del 27 de agosto de 2008. Expediente No. 14171 468.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Expediente No. 00075.

esto es, que podría ir más allá del daño efectivamente padecido, en contravía de lo dispuesto en el artículo 1088 del Código de Comercio. // Precisamente, “en cuanto a la prueba de los perjuicios, es pertinente recordar, como ha sostenido la Corte, «que los seguros de daños tienen como finalidad última la de indemnizar al asegurado o beneficiario cuando su patrimonio es afectado por la realización del riesgo asegurado, principio este denominado ‘de la indemnización’ y recogido por el artículo 1088 del Código de Comercio, en cuanto preceptúa que ‘respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso’...³⁹

De la axiología que permea a este tipo de contrato, es que se logra concluir como contratos principales a este no pueden ir en contravía al principio indemnizatorio que rige al contrato de seguro, por ello es que la legislación vigente debe prever que no es dado que la autonomía privada vaya en detrimento del principio indemnizatorio.

3. ACCIÓN DE SUBROGACIÓN.

La subrogación definida en el código de comercio se identifica como un derecho del asegurador que asume el costo del siniestro según las condiciones generales y particulares del contrato de seguro:

³⁹ Corte Suprema de Justicia. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Expediente No. 00198.

“ARTÍCULO 1096. <SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR QUE PAGA LA INDEMNIZACIÓN>. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

La acción de subrogación permite entonces que el asegurador pueda perseguir al causante o responsable del siniestro en virtud de los principios anteriormente citados como el indemnizatorio, ya que no sería lógico “que el tercero responsable quede libre con el pago que haga el asegurador” (Régimen de seguros, 2014, pág. 464) .

Es imperioso anotar como de acuerdo a Palacios F (2016) (pág. 125):

“La doctrina colombiana indica que, para una correcta aplicación al contrato de seguro, este artículo debe ser interpretado en dos sentidos:

- a) Hay un derecho preferente del asegurado para reclamar del tercero la parte del daño no asumida por el seguro. Este derecho prevalece sobre el derecho del asegurador subrogado.
- b) En el evento de que el asegurador subrogado obtenga recuperación del tercero responsable este valor recuperado será aplicado al valor pagado por el asegurador. El damnificado de todas maneras podrá recurrir a hacer valer los derechos contra el responsable por lo dejado al descubierto”

Dicha acción se ejerce a través de una “demanda de responsabilidad civil, extracontractual que ejerce la aseguradora como acreedora (sujeto activo) sustituta dentro de la relación obligacional surgida por el hecho del daño, la cual relación se ha repetido aquí, no se extingue por el pago efectuado por la aseguradora a su asegurado, sino que se ve modificada en uno de sus extremos o elementos (sujeto activo)”⁴⁰ (Estudios de seguros, 2012, pág. 242)

La Corte Suprema de Justicia también ha generado definiciones y alcances a esta acción en el marco del contrato de seguro:

“Con otras palabras, aunque la acción subrogatoria tiene su manantial en el pago que el asegurador le hace al asegurado-beneficiario en cumplimiento de la obligación que contrajo en virtud del contrato de seguro, el derecho que aquel ejerce al amparo de la referida acción frente a las “...personas responsables del siniestro”, no nace o deriva de la relación aseguraticia –a la que le es completamente ajena-, sino que procede de la conducta antijurídica desplegada por el victimario, autor del daño que afectó al damnificado asegurado, según el caso. Por tanto, el pago de éste tan sólo determina su legitimación en la causa para el ejercicio de la señalada acción, así como la medida del derecho que puede reclamar, pero no la naturaleza del derecho mismo, ni sus propiedades, pues éste no es otro distinto del que tenía la víctima antes de ser indemnizada por el asegurador... // ...Es precisamente ese carácter derivado del derecho del asegurador, el que se erige en la piedra de toque de la problemática que ocupa la atención de la Sala, en la medida en que justifica y recrea la intangibilidad del crédito subrogado a favor suyo, que no sufre ninguna mella o alteración por migrar del asegurado a la entidad aseguradora (principio de identidad). Muy

⁴⁰ Frente al tema de la acción de subrogación también se puede consultar a la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (1981).

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. Es tan claro el carácter derivado del derecho del asegurador –rectamente entendido-, que el artículo 1.669 del Código Civil, como diáfano reflejo de la aludida transferencia –‘transmisión’ o ‘traspaso’ en la terminología empleada por don Andrés Bello-, estatuye que “La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo” (se subraya)”⁴¹.

Ahora bien, de acuerdo al análisis que se pretende hacer en el presente escrito, donde se estudia la coherencia entre imperativos legales de dos contratos típicos que al momento de una operación de transporte tiene una interdependencia, citamos a continuación la redacción de condicionados generales de aseguradores con el fin de evidenciar su coherencia con la normativa vigente:

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 18 de mayo de 2005 Expediente No. 00832.

- ALLIANZ SEGUROS S.A. – TRANSPORTE AUTOMATICA DE MERCANCIAS:

2. SUBROGACIÓN

La Compañía al pagar una indemnización se subrogara, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

- CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. – POLIZA AUTOMATICA DE SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS PARA GENERADOR DE CARGA:

17. SUBROGACIÓN

En virtud del pago de la indemnización y por ministerio de la Ley, la Compañía se subroga hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

De acuerdo a estas redacciones y teniendo en cuenta las reglas del artículo 1031 del código de comercio se entendería que en caso de omisión del remitente en cuanto a declarar el valor de las mercaderías, el asegurador solo asumirá el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario, independiente de lo que las partes en el contrato de seguro de transporte terrestre hayan determinado como valor asegurado, ello también se identifica en la redacción de algunos condicionados de aseguradores legalmente autorizados en Colombia, citamos algunos ejemplos:

- CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. – POLIZA AUTOMATICA DE SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS PARA GENERADOR DE CARGA

9. LIMITE MÁXIMO DE INDEMNIZACIÓN

9.1. La compañía se obliga a indemnizar al asegurado:

9.1.1. El valor de las mercancías declarado al transportador por el remitente, en lo que se refiere al daño emergente, consecuencia de la pérdida o daño de las mismas, el cual, según el inciso tercero del Artículo 1010 del Código de Comercio, está compuesto por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar.

9.1.2. Si no se declara el valor de las mercancías para el transporte interno, ó se declara a éste un mayor valor al indicado en el inciso tercero del Artículo 1010 del Código de Comercio, el límite máximo de indemnización de la Compañía será el ochenta por ciento (80%) del valor de la mercancía en su lugar de destino, caso en el cual no habrá lugar a reconocimiento al Asegurado de Lucro Cesante.

9.1.3. Si en el contrato de transporte interno relativo a las mercancías aseguradas se ha pactado un límite indemnizable a cargo del transportador inferior al total del valor declarado (límite que en ningún caso podrá ser inferior al 75% del valor declarado de las mercancías, según el Artículo 1031 del Código de Comercio), la Compañía indemnizará al Asegurado a consecuencia de un evento cubierto por la Póliza, hasta por el límite inferior pactado y no hasta el valor declarado.

- SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. – SEGURO DE DAÑOS PARA TRANSPORTE DE MERCANCIAS:

F. DECLARACIÓN AL TRANSPORTADOR

EL ASEGURADO DECLARARÁ A LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS TERRESTRES EN COLOMBIA LO INDICADO POR EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO EN SU ARTÍCULO 1010 O EN SU DEFECTO EL VALOR DETERMINADO CONFORME AL INCISO SEXTO DEL ARTÍCULO 1031 DEL MISMO CÓDIGO (LO CUAL INCLUYE LA NO DECLARACIÓN DE VALOR). SEGÚN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1122 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, EN CASO DE UNA DECLARACIÓN AL TRANSPORTADOR POR UN MONTO INFERIOR AL VALOR TRANSPORTADO, SURA INDEMNIZARÁ EL MONTO OBJETO DE DICHA DECLARACIÓN.

- ALLIANZ SEGUROS S.A. – TRANSPORTE AUTOMATICA DE MERCANCIAS:

1. LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN

Tratándose de siniestros ocurridos en el trayecto interior terrestre, si el transporte lo realiza un tercero, la indemnización a cargo de La Compañía tendrá como límite máximo, sin perjuicio de la responsabilidad máxima derivada de la suma asegurada y de la aplicación de la regla proporcional efecto del seguro insuficiente, uno de los siguientes valores:

- 1.1 El valor de las mercancías declarado por el remitente al transportador el cual debe estar compuesto por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar.
- 1.2 Si no se declara el valor de las mercancías al transportador o se declara un mayor valor al indicado en el numeral anterior, el límite máximo de responsabilidad de La Compañía será el ochenta por ciento (80%) del valor de la mercancía en su lugar de destino, caso en el cual no habrá lugar a reconocimiento al asegurado del lucro cesante previsto este condicionado.
- 1.3 Si en el contrato de transporte relativo a las mercancías aseguradas se ha pactado un límite indemnizable a cargo del transportador inferior al total del valor declarado (límite que en ningún caso podrá ser inferior al 75% del valor declarado de las mercancías, según el artículo 1031 del código de comercio), La Compañía indemnizará al asegurado por concepto del daño emergente, consecuencia de la pérdida o daño de la mercancía, hasta por el límite inferior pactado y no hasta por el valor declarado.

Se evidencia en estos casos como el sector asegurador en sus condicionados generales tiene claramente establecidas las reglas de limitación de responsabilidad del transportador, las cuales evidentemente serán consideradas tanto al momento de la indemnización al asegurado como al momento de ejecutarse la acción de subrogación; sin embargo, tal y como se explicará en líneas posteriores, la actualidad del mercado del transporte de carga ha hecho que entre las partes (asegurador – tomador) se pacten límites indemnizables contrarios a los dados en la ley comercial olvidando que existe un imperativo en cuanto a que cualquier pacto en contrario a dichas normas no generará efecto jurídico alguno. A su vez, si se analiza el escenario donde un asegurado pacte con su asegurador que independiente que el asegurado, remitente en el contrato de transporte, declare el valor de la mercadería o lo omita, en todos los casos se le indemnizará por el valor de la

mercancía, para el momento del asegurador ejercer la acción de subrogación contra el responsable del siniestro, esto es el transportador, solo podrá pretender, en el caso que el remitente no declare el valor de la mercancía, a que dicho transportador asuma el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega a el destinatario., generando evidentemente que el asegurador para el asegurado acepte estas condiciones particulares con un aumento en la prima del seguro, la pregunta que surge desde la practica para este tema en particular es entonces si con estas condiciones particulares entre las partes del contrato de seguro de transporte terrestre de mercaderías no se está quebrantando el orden público y a su vez permitiendo que con un pago mayor de prima el remitente omita obligaciones que debe cumplir en el contrato de transporte terrestre de mercaderías, pues esa fijación de un porcentaje único que es inferior al 100% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha prevista para la entrega a el destinatario claramente cumple la función de castigo al incumplimiento de una obligación del remitente, pues recordando las palabras del Dr. Gabriel Sanín, la reforma al contrato de transporte terrestre de mercaderías se dio para que los transportadores no asumieran todo el valor de la pérdida de la mercancía.

4. EL CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE Y SU INTERDEPENDENCIA CON EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADERÍAS

No sobra iniciar apreciando como el contrato de transporte que entraña un uso comercial constante entre las personas, tiene en su operación, riesgos que en ocasiones no son considerados por las partes contratantes y que los mismos fundamentan el flujo de la operación misma. Es por ello que contratos que pueden ser accesorios al transporte de mercaderías asumen los riesgos inherentes de la actividad como la pérdida o deterioro de las mercaderías en el trayecto contratado. Sin embargo,

la regulación de los riesgos posibles en la operación del transporte de mercaderías, establecidas en el código de comercio identifican normas que limitan la responsabilidad del transportador en virtud de la necesidad que éste tipo de operación requiere para su flujo masivo y eficiencia económica, pues a mayores riesgos, mayor es el costo del transporte; es por ello que resulta imperioso considerar hasta qué punto este tipo de limitaciones de responsabilidad afectan el contrato de seguro que respalda los riesgos que puede sufrir la mercadería transportada y en consecuencia hasta qué punto para la acción de subrogación del asegurador genera una afectación las limitaciones de responsabilidad legalmente establecidas. Es por ello que, en este punto, el análisis académico que se debe dar es identificar la coherencia y claridad entre normas coexistentes para contratos de diferente objeto.

Que se entiende entonces por contrato de seguro y contrato de seguro de transporte, este tipo contractual definido en el artículo 1036 del código de comercio por sus características⁴², sin identificar valga anotar la actual adhesión que involucra dichos contratos, rompiendo de manera notoria con la característica de consensualidad dada por la ley.

Por su parte Aviles G y Pou J (1959) (pág 631) define el seguro de transporte terrestre como “otra modalidad del seguro contra daños que tiene por objeto cubrir los riesgos a que las mercancías están expuestas durante su traslación de una parte a otra”

Dicha modalidad de seguro tiene un marco histórico relacionado por Hors P (1944) (pág 102) en un momento específico en el tiempo así:

⁴² Código de Comercio. Artículo 1036. El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

“Así, pues, casi podemos afirmar, sin miedo a incurrir en error, que el Seguro de transportes terrestres no nació a la vida comercial hasta que la primera locomotora de tracción mecánica llamada <Rocket> (el cohete), construida por su inventor Stephenson, circuló en 1829 por la línea férrea de Liverpool a Manchester (Inglaterra)”.

Identificando además que para la época la siniestralidad dada en este tipo de operaciones no tenía mayor cuantificación e impacto por ser medios de transportes de velocidades pequeñas⁴³.

Continuando con el análisis del presente escrito, recordemos como el contrato de seguro está diseñado a cubrir los riesgos de determinadas operaciones; las partes del contrato pactan trasladar unos riesgos determinados a un asegurador, con unas condiciones particulares, con el fin de dar origen al principio indemnizatorio que rige a este tipo contractual, teniendo en cuenta el concepto de riesgo como aquel “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”⁴⁴.

En concordancia con lo anterior Ghersi (2007) (pág253) menciona:

“La regla general consiste en que el transportador responde por todo daño que sufra la carga durante el traslado. Comprende básicamente los siguientes aspectos: 1) pérdida de la carga; 2) averías que sufran los efectos, y 3) retardo en la ejecución de transporte”

⁴³ Frente al momento histórico del contrato de transporte también se puede consultar a Magee (1966).

⁴⁴ Código de Comercio. Artículo 1054.

Por su parte Boquera J (2002) (pág 37) indica de manera resumida que el contrato de seguro de transporte:

“es un contrato que obliga al asegurador a indemnizar los daños materiales sufridos con ocasión o como consecuencia del transporte de las mercancías porteadas”

También para este tipo de contrato la ley identifica que actos no pueden ser asegurables, es decir, que no pueden ser objeto del contrato de seguro a saber el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario; ni tampoco podrá ampararse o amparar al asegurado de las sanciones de carácter penal o policivo, ello con fundamento claramente que el contrato de seguro no está pensado para promover la irresponsabilidad de las partes del mismo, que decir si estuviesen cubiertos comportamientos dolosos, e incluso aquellos siniestros generados por el descuido evidente del tomador o del asegurado. A título de ejemplo encontramos el aseguramiento de objetos por ser hurtados, pero no se encuentra en el comercio actual de este tipo de contratos aseguramiento por ser objeto de una estafa; promover asegurar lo que en ocasiones es descuido mismo del propio tomador o asegurado hace inviable el principio indemnizatorio donde se funda este tipo de negocio jurídico.

También debe dejarse por sentado que existen quienes no apoyan la definición del contrato de seguro como un traslado de riesgos en cabeza del asegurador, Félix Morandi, citado en el libro de Arturo Gomez Duque, El contrato de seguro parte general, tiene el concepto que “De aquí que algunos autores, como Fanelli hayan sostenido que hablar de “transferencia” del riesgo, como efecto jurídico del contrato de seguro, constituye un eficaz pero inexacto modo de expresarse. Cuando decimos que el asegurador “asume” un determinado riesgo, no debe interpretarse que este,

por efecto del contrato de seguro deja de gravitar sobre el sujeto. Lo que el asegurador asume es una obligación aleatoria de indemnizar al asegurado cuando se produzca el evento previsto, lo que desde el punto de vista jurídico se manifiesta como una posibilidad de tener que efectuar una prestación contractual al verificarse el evento determinado” (Régimen de seguros, Tomo I. El contrato de seguro parte general, 2014, pág. 19).

En virtud del trabajo académico que se pretende realizar hasta llegar al desarrollo del problema jurídico y claro está, las conclusiones del mismo, es importante tener de presente que las definiciones que se tienen de contrato de seguro y la más usual como es la de trasladar un riesgo a un tercero llamado asegurador, tiene sus detractores, como se manifestó anteriormente no se hace un real traslado de riesgo desde que el asegurado tenga control sobre el riesgo y por ende lo que se traslada al asegurador es una obligación aleatoria. Se deja a consideración del público del presente escrito las posiciones académicas; lo cierto es que el contrato de seguro genera inevitablemente convertir la incertidumbre en certeza como lo manifiesta el profesor Arturo Gomez Duque en su texto Régimen de Seguros. Tomo I. El contrato de seguro parte general, pues “al celebrar el contrato con el asegurador, este le garantiza que el valor de la situación económica vinculada a la suerte del interés asegurable permanecerá al finalizar el contrato, sea que no ocurra el siniestro, o aun cuando ocurra, pues en este caso, el asegurador reintegrará ese valor”⁴⁵

Para este punto resulta válido aclarar como el fundamento del principio indemnizatorio resulta de los seguros de daños y no de los de personas, teniendo en cuenta que los riesgos en este último tipo de seguros no son determinables y exactos, ya que la vida de una persona o una lesión corporal

⁴⁵ Opus cit. Página 20.

no puede ser tasada fácilmente antes de ocurrir el siniestro. Estos valores asegurados están a merced del acuerdo privado, especialmente por su inviable valoración económica. Caso contrario para los seguros de daños, a los cuales pertenece el seguro de transporte de mercaderías, toda vez que el bien asegurado, la casa, el carro, las mercancías transportadas si tienen la viabilidad de ser valuadas o estimadas en dinero. Para esta particularidad es importante anotar que la entidad que vigila el sector asegurador en Colombia, como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia ha emitido metodologías para llegar a tasar éste tipo de siniestros, los cuales a su vez son complementados por los argumentos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; sin embargo, ello no permite contemplar que sean riesgos equiparables en dinero, pues para quien pierde un ser querido es muy factible que el monto a indemnizar sea muy inferior al dolor de la partida de un ser querido en un accidente, son criterios que cuentan con metodologías para dar definiciones legales pero que se considera a pesar de ello muy poco viable su tasación exacta.

El concepto de éste principio pilar en los seguros de daños significa que “el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que en efecto ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase” (Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato, 2002, pág. 76) resulta entonces claro y guardando coherencia con las líneas anteriores del presente escrito, el contrato de seguro nos brinda una tranquilidad porque tenemos una relación negocial que nos ampara en caso de siniestro; pero ese amparo no puede entenderse ilimitado o como fundamento de multiplicación del patrimonio de cada persona, al contrario, la tranquilidad que brinda un seguro es en el sentido de

permitir recuperar el monto que efectivamente haya disminuido para el asegurado o tomador de la póliza.

El principio entonces se encuentra también fundamentado en la ley comercial cuando indica “Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él”⁴⁶.

Como la misma norma indica, no es camisa de fuerza que en el evento que el siniestro sea más cuantioso de lo pactado se pruebe al asegurador con el fin de dar cumplimiento al principio indemnizatorio.

Ya adentrándonos en el tema de estudio, el principio indemnizatorio también debe guardar coherencia con los límites o exoneraciones de responsabilidad para ciertos contratos con el fin de guardar entre ellos y el contrato de seguro una relación homogénea que no genere contrariedad o enriquecimiento de una de las partes del contrato.

⁴⁶ Código de Comercio. Artículo 1089.

Cuál es entonces el efecto de la cláusula de limitación de responsabilidad consagrada en el artículo 1031 del código de comercio colombiano cuando existe omisión del remitente en declarar el valor de las mercaderías a transportar, versus la acción de subrogación del asegurador y la autonomía que brinda el artículo 1122 frente a la aplicación o no de la norma inicialmente citada. Tenemos entonces una primera relación negocial:

El contrato de transporte terrestre de mercaderías, en el cual si no es declarado su valor en la carta de conocimiento de embarque por el remitente, el transportador podrá responder por el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario y si de manera concomitante se contrata un seguro de transporte terrestre en el cual sí se declara el valor real de las mercaderías y se pacta en contrario como lo faculta el artículo 1122 del estatuto comercial colombiano, en caso de siniestro, ¿al asegurador le aplicaría el pago del 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario, así para el contrato de seguro se hubiese declarado el valor real de las mercaderías y este sea superior al 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario y adicionalmente entre las partes del contrato de seguro se pacta en contrario el postulado del artículo 1031 cuando este mismo menciona que las cláusulas contrarias a ella no producirán efectos?

¿Esta cláusula o limitación de responsabilidad puede afectar el valor de pago del asegurador y en consecuencia el valor al cual puede subrogarse? En principio el artículo 1122 del código de comercio, nos da una luz académica para el tema:

ARTÍCULO 1122. <CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN>. <Artículo subrogado por el artículo 45 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990, En la suma asegurada se entenderá incluido, además del costo de las mercancías aseguradas, en el lugar de destino, el lucro cesante si así se hubiere convenido.

En los seguros relativos al transporte terrestre, si éste lo realiza un tercero, ***salvo pacto en contrario***, la indemnización por concepto de daño emergente a cargo del asegurador tendrá como límite máximo el valor declarado por el remitente según el inciso tercero del artículo 1010, o en su defecto, el valor determinado conforme al inciso sexto del artículo 1031 de este Código.

Sin embargo, se considera como la alternativa legal no es del todo ajustada a la necesidad de negocio y adicionalmente, la redacción del inciso segundo del anterior artículo citado, no da propiamente coherencia con un imperativo legal, pues es claro que en el derecho privado los imperativos legales y reglas son de naturaleza supletiva, es decir, operan *salvo pacto entre las partes*, pues en el derecho privado lo que prima es la autonomía negocial, salvo que la misma ley no permita esa voluntad de los particulares, tal y como sucede para el artículo 1031 del código de comercio, toda vez que en el mismo se dice claramente: “Las cláusulas contrarias a lo dispuesto en los incisos anteriores no producirán efectos” es decir, lo que contraría las reglas de limitación a la responsabilidad de ese mismo artículo se entienden sin efectos en el mundo jurídico, por lo mismo la redacción del inciso segundo del artículo 1122 del código de comercio no debería establecer o dar la posibilidad de un pacto en contrario en el evento de no declaración del valor de las mercaderías por parte del remitente o dando un mayor valor al indicado en el inciso tercero del

artículo 1010 del código de comercio, pues el artículo 1031 no permite pacto en contrario a dichas reglas y la limitación de responsabilidad del transportador en ese escenario, es uno solo y es el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha prevista para la entrega al destinatario sin reconocimiento al lucro cesante.

Consideremos el anterior análisis explicando nuevamente la situación: El artículo 1031 del Código de Comercio claramente detalla como en el evento que el remitente no suministre el valor de las mercancías al momento de la entrega o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero del artículo 1010 del mismo estatuto comercial, el transportador **solo** está obligado a pagar el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha prevista para la entrega al destinatario, es decir, la norma no da margen de asumir por el transportador en este escenario un porcentaje inferior o superior a ese 80%, por ello en ningún caso para ésta regla se podría dar un pacto en contrario de las partes, más aun cuando seguido a este inciso la ley identifica que cualquier clausula contraria no tiene efectos jurídicos, es así que al tenor del mandato para la omisión del remitente de declarar el valor de las mercaderías o dar un mayor valor al indicado en el inciso tercero del artículo 1010, el inciso segundo del artículo 1122 no debe traer a colación la expresión salvo pacto en contrario pues para el transportador si y solo si asumirá el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega a el destinatario y no reconocerá lucro cesante alguno.

De lo anterior se evidencia como no se guarda coherencia entre el tope indemnizatorio, que es uno solo en el evento que el remitente no declare el valor de las mercaderías o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero del artículo 1010, es entonces en este escenario imposible un pacto

en contrario de las partes, pues es la ley misma la que indica que cualquier pacto en contrario a estas reglas jurídicas no tiene efectos, lo cual evidentemente hace afectar la autonomía negocial de las partes, ya que en la práctica de la ejecución del contrato de transporte se tiene que el remitente rara vez declara el valor de las mercaderías o da su valor de acuerdo a las reglas del inciso tercero del artículo 1010 del código de comercio, pues de ello dependerá el “flete” o costo del servicio del transportador, por tanto en caso de siniestro se debería siempre acudir a la regla del artículo 1031 del código de comercio, pero en la actualidad las aseguradoras y el tomador del seguro se cubren bajo condiciones particulares reglas contrarias en ese escenario, para ello copiamos a continuación la redacción de un condicionado particular expedido por una compañía aseguradora donde para efectos de confidencialidad de las partes se omitirán sus números de identificación tributaria y razones sociales en los siguientes términos:

POLIZA AUTOMÁTICA DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS CONDICIONES PARTICULARES

PÓLIZA RSA No. 20314 – POLIZA No. 140549 PROFORMA CONDICIONADO GENERAL

1. **TOMADOR/ASEGURADO/BENEFICIARIO:**

[Redacted Name and Identification]

2. **VIGENCIA:** Desde las 00:00 horas de 01/01/2018 hasta las 00:00 horas de 01/01/2019

En dicha redacción de condicionado particular, donde lo que brilla son acuerdos entre las partes del contrato de seguros de transporte terrestre de mercaderías pactar, bajo el principio de autonomía de la voluntad, coberturas que normalmente no aplican o se pactan con limitaciones diferentes a la conveniencia de las partes. Lo importante, es que para el ejemplo puntual se tiene pactada la siguiente condición particular así:

- Anexo de Pago a Valor Real: Por medio del presente anexo y no obstante lo establecido en las condiciones generales de la póliza, se deja constancia que tratándose de siniestros ocurridos en el trayecto interior terrestre, si el transporte es realizado por un tercero, la indemnización en todos los casos no se limitará a la cuantías previstas por la ley, sino será la que corresponda al valor real del despacho sin exceder la suma asegurada.

Este tipo de condiciones particulares también afectan la eficiencia económica del contrato, pues claro está el asegurador acepta tener un contrato con coberturas especiales o de mayor alcance pero esto afectará de manera directamente proporcional el costo de la prima, pues a mayores garantías, mayor será el costo del seguro, sumado a ello se identifica como en la actualidad y en la interdependencia de estos contratos poco o nada se está haciendo cumplir el mandato del inciso sexto del artículo 1031 de código de comercio vigente, emitiéndose así cláusulas que no tienen efectos, y de ello se genera para los receptores de estas líneas si realmente el orden público en este caso debe primar sobre la autonomía privada.

A renglón seguido, se considera que el tenor del artículo 1122 del código de comercio citado en anteriores líneas también trae otra distinción que no amerita su inclusión y es que condiciona a las reglas del artículo 1031 que la operación sea realizada por un tercero, es decir, se tiene el siguiente escenario: en el contrato de seguro de transporte terrestre se aseguran por su valor real, pero en el contrato de transporte terrestre de mercaderías el remitente no declara el valor de las mismas, en caso de siniestro donde en la operación de transporte no se haya declarado el valor de las mercaderías ¿el asegurador debe asumir o pagar el valor asegurado? ¿En caso positivo se debe subrogar por el valor pagado? La respuesta que da el artículo 1122, norma especial del seguro de transporte es que, si la operación de transporte terrestre lo hace un tercero, la indemnización del asegurador tendrá como límite el valor del inciso sexto del artículo 1031 que ello traduce en el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el

destinatario. Ahora bien, se entiende del artículo 1122 que solo en el evento que la operación del transporte terrestre la realice un tercero el asegurador asumirá el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario; será coherente que la norma lo limite a que el asegurador asuma este monto cuando la operación sea realizada por un tercero, acaso esta exoneración no afecta el principio indemnizatorio que ya se ha tocado, lo anterior en virtud que para el presente escrito se considera que la norma especial no debería contener diferenciación entre quien opera o quien ejecuta el contrato de transporte terrestre, la conexión legal entre la norma especial relacionada con la exoneración de responsabilidad en el contrato de transporte y aquella relacionada con el contenido de la indemnización en el seguro de transporte de mercaderías debe tener un mismo objetivo, coherente entre ambas disposiciones y no otorgando escenarios condicionados para que opere la indemnización del asegurador en línea a la exoneración de responsabilidad del transportador en el evento de una no declaración del valor de las mercaderías por el remitente.

Se identifica entonces como la norma especial en materia del contrato de seguro de transporte terrestre no debería la norma tener estas anotaciones, debería entenderse claramente que si no hay declaración del valor de las mercaderías el valor obligado a pagar por el transportador será únicamente el 80% del del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario y para el asegurador siempre, independiente de quien haga la operación, y sin pactos permitidos entre las partes del contrato de seguro terrestre, asumirá el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario, sin ninguna posibilidad de pacto en contrario.

Ahora bien, en virtud de la autonomía contractual, si en el condicionado del producto de transporte de mercaderías, el asegurador manifestara de antemano que pacta en contrario el contenido del artículo 1122 del código de comercio, ¿puede considerarse una cláusula contraria al orden público? Claramente llegaría a esa conclusión pues recordemos que todo pacto en contrario a los imperativos del artículo 1031 del código de comercio no producen efectos, entendiendo con lo anterior la ausencia de coherencia de dos contratos que deben hablar el mismo lenguaje, especialmente aquel lenguaje emanado por la ley. Adicional a ello, porque si bien en caso de pacto en contrario entre asegurador y asegurado bajo unas condiciones particulares permitirá que al remitente se le indemnice el valor total de la mercadería por evidentemente un costo mayor de la prima del seguro, esto genera que por un pago mayor el remitente, asegurado en el contrato de seguro, sea indemnizado por el 100% del valor de la mercadería cuando omitió cumplir sus obligaciones en el contrato de transporte terrestre, donde el transportador recibe un flete que no corresponde a la realidad mientras el asegurador por dichas condiciones particulares si percibe un costo mayor de la póliza.

No se desconoce que la reforma realizada al artículo 1122 del código de comercio por el artículo 45 del Decreto 01 de 1990 trató de lograr esa coherencia pero a nuestro humilde estudio se quedó corta, anotando y permitiendo autonomía contractual cuando no la debe haber, pues debe determinarse de manera objetiva el contenido de la indemnización cuando el remitente omite una de sus obligaciones principales como lo es declarar el valor de las mercaderías a transportar y si incurre en dicha omisión, el contrato de seguro de transporte terrestre de mercaderías no puede ser un salvavidas para obtener el 100% del valor asegurado cuando se incumplieron obligaciones principales del contrato de transporte, ello rompería claramente el principio indemnizatorio que

rige los seguros de daños pues podría el asegurado recibir una suma por encima a la que el transportador en el contrato de transporte terrestre debe reconocer por mandato legal, pues las partes no tienen nada que pactar en contrario, teniendo en cuenta la claridad de las reglas del artículo 1031 del código de comercio que se esmeró por contemplar los supuestos de la operación de transporte terrestre cuando la ley por esencia es impersonal y abstracta.

4. CONCLUSIONES:

Principalmente se realiza un análisis de dos contratos típicos donde uno, el contrato de seguro de transporte terrestre de mercaderías se convierte en accesorio del contrato de transporte terrestre de mercaderías, conllevando a que las normas especiales que los rigen guarden coherencia de acuerdo a la realidad de la operación, por ello se identifica como la ley y los estatutos regulatorios colombianos deben gozar de estipulaciones congruentes que no generen choques al momento de su aplicación, donde no se permite que la autonomía privada vaya en contra de normas imperativas que además traen consecuencias jurídicas claras, pues, valga mencionar, existen operaciones complejas en el comercio que reúnen simultáneamente figuras contractuales que no deben interponerse una sobre otra, contrario a ello, deben tener tal convergencia que no genere el mínimo tropiezo de interpretación pues “ha de predicarse que la libertad contractual, no significa, en términos absolutos, que las partes pueden convenir sin ningún obstáculo ni límite, pues en ordinario sus pareceres pueden restringirse por normas y principios de diverso temperamento, e inclusive, puede acontecer que el contrato sea permeado por otros actos o negocios jurídicos.”⁴⁷

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 09 de agosto de 2007. Expediente 200 00254 01.

Se identifica como en la actualidad bajo el esquema normativo del artículo 1122 del Código de Comercio, se deja una brecha e incongruencia de cara al pacto en contrario que se le permite a las partes contratantes del seguro cuando a luces del artículo 1031 de ese mismo estatuto no cabe ir en contra de esas reglas; además porque ello deja en el ambiente la facilidad del remitente de incumplir una de sus obligaciones en el contrato de transporte terrestre pues generando un pago de una prima mas alta a su asegurador puede lograr que se le reconozca el pago del valor real de la mercadería.

Por lo expuesto se consideran como opciones para superar los obstáculos ya planteados inicialmente en una reforma al artículo 1122 del código de comercio colombiano donde se indique que en todos los casos donde en el contrato de transporte de mercaderías se omita la declaración del valor de las mismas, es decir, esté incurso la descripción del inciso sexto del artículo 1031 del código de comercio el asegurador pagará, independientemente de quien ejerza la operación y sin permitir pactos en contrario, únicamente el 80% del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario y se subrogará ante el responsable del siniestro por ese mismo valor, pues el orden público como ya se expuso claramente indica que cualquier pacto en contrario no produce efectos jurídicos, con la finalidad de no permitir interpretaciones sobre unas reglas claras y objetivas que el contrato de transporte terrestre trae consigo en el estatuto comercial; empero, en este trabajo y con el fin de no patrocinar el exceso normativo que ya rige a nuestro ordenamiento jurídico, los órganos que permiten dar dirección a la impersonalidad de la ley, esto es los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, pueden de manera supletiva llevar una línea jurisprudencial donde no exista posibilidad de dar al interprete y a quien aplica la normativa focos diferentes al de llegar a una objetividad que permita la

conectividad entre las normas especiales del contrato de transporte terrestre de mercaderías y el seguro de transporte terrestre de mercaderías en el especial punto o situación donde el remitente omite en el contrato principal dar a conocer el valor de las mercaderías a transportar.

BIBLIOGRAFÍA:

Alarcón F. (2011), *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arrubla J. (2012). *Contratos Mercantiles, contratos típicos*. Bogotá: Editorial Legis.

Arrubla J (2012). *Contratos Mercantiles, teoría general del negocio mercantil*. Bogotá: Editorial Legis.

Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (1981). *El derecho de subrogación en el contrato de seguros*, Cali, VII Encuentro Nacional.

Aviles G y Pou J (1959), *Derecho Mercantil*, Barcelona: J. Ma Bosch.

Baeza S. (1967). *El Seguro*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Bianca M. (2007). *Derecho Civil Tomo 3 El Contrato*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

Boquera J. (2002), *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, Valencia, España: Universidad de Valencia.

Blanco H. (2013). *Comentarios al contrato de Seguro*. Bogotá: Dupre Editores.

Bustamante J. (1994). *Principios Jurídicos del Seguro*, Bogotá D.C: Colombia Editores.

Bravo J y Fernández N, *Una Mirada Histórica sobre los Seguros y sus inicios en Colombia*

Colombia. Congreso de la República. (31 de mayo de 1873) Ley 84 de 1873. Por el cual se expide el Código Civil.

Colombia. Congreso de la República. (16 de junio de 1971) Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (29 de enero de 1998). Referencia 4894. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (12 de agosto de 1998). Expediente No. 04894. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (22 de julio de 1999). Expediente No. 05065. M.P. Nicolas Bechara Simancas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (24 de mayo de 2000). Expediente No. 05439. M.P. Manuel Ardila Velasquez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (14 de diciembre de 2000) – Expediente No. 05738. M.P. Nicolas Bechara Simancas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (18 de mayo de 2005). Expediente No. 00832. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (15 de noviembre de 2005). Expediente No. 07143. M.P. César Julio Valencia Copete.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (16 de diciembre de 2005). Referencia: 05001-3103-016-1999-000206-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (12 de diciembre de 2006) – Expediente No. 00853. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (09 de agosto de 2007). Referencia. 8001-31-03-004-2000 00254 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (30 de enero de 2007). Referencia: 1100131030262000-24326-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (27 de agosto de 2008). Expediente No. 14171 468. M.P. William Namén Vargas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (19 de diciembre de 2008). Referencia: 11001-3103-012-2000-00075-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (23 de noviembre de 2010). Expediente No. 00198. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (08 de septiembre de 2011). Referencia 11001-3103-026-2000-04366-01. M.P. William Namén Vargas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (20 de septiembre de 2013). Referencia: 11001-31-03-027-2007-00493-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Colombia. Superintendencia Financiera. (05 de agosto de 1999). Concepto No. 1999031823-1

Concha A, Umaña L & Vargas M. (2011). *El Seguro de Transporte de Carga Fasecolda 35 años*, 306 – 324.

Escobar S. (1994). *Negocios Civiles y Comerciales II Teoría General de los Contratos*. Medellín: Biblioteca Juridica Diké.

Gaviria E (1989). *Lecciones de derecho comercial*, Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Gherzi C. (1992), *Contratos civiles y comerciales, parte general y especial figuras contractuales modernas*, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gherzi C. (2007), *Contrato de seguro*, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gomez A. (2014) *Régimen de Seguros Tomo I El contrato de seguro parte general*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké,

- Gual, J. (2012). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez,
- Guzman J. (2009). *Contrato de Transporte*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Halperin, I. (1946). *El Contrato de Seguro (seguros terrestres)*, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hors P (1944). *Tratado de los seguros de transporte*. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A.
- Isaza F. (2011). *Historia Legal del Seguro en Colombia. Análisis normativo del sector asegurado, Fasecolda 35 años*, 56-108.
- Jaramillo, C. (2011). *Derecho de Seguros Tomo II*, Bogotá: Editorial Temis.
- Leal H. (1996). *El Contrato de Transporte*, Bogotá D.C: Grupo Editorial Leyer.
- López H (2004). *Comentarios al contrato de seguro*. Bogotá D.C. Dupre Editores.
- Magee J (1966). *Seguros Generales*. México D.F: Talleres Litográficos Galatea.
- Meilij G (1987). *Manual de Seguros*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Narvaéz J. (2002). *El contrato de Seguro en el Sector Financiero*. Bogotá: Ediciones Librería El Profesional.
- Ordoñez A. (2002) *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez A. (2012). *Estudios de Seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ossa E. (1956). *Tratado elemental de seguros*. Medellín: Editorial Bedeout.
- Palacios F (2016). *Seguros temas esenciales*, Bogotá D.C: Universidad de La Sabana.
- Peña L (2010). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.

Pianetta P. (2005). Manual de contratos, panorama de la negociación y contratación contemporánea Tomo II. Bogotá: Librería Ediciones el Profesional Ltda.

Pulido J. (2001). *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil del Porteador Terrestre*, Barcelona, España: Librería Bosh.

Rivadeneira D. (1974), *Curso práctico de seguros*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

Salgado P. (2013) *La subrogación en seguros*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez Salvat.

Sanin G. (1988) *Concepto sobre reformas al contrato de transporte terrestre*.

Shiavo C. (2006). *Contrato de Seguro, reticencia y agravación del riesgo*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Sorlí V. & Cuadrado J. (1996) *Los siniestros y las averías en el seguro de transporte*, Barcelona, España: Jose Maria Bosh Editor.

Stiglitz R (2010). *Temas de derecho de seguros*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.

Umaña L. (2013) Los límites de indemnización del transportador y su impacto en el esquema de aseguramiento del transporte de carga en Colombia, *Fasecolda*, 483 – 505.