

INEXACTITUD Y RETICENCIA EN LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO A TRAVÉS DE DOS SENTENCIAS DE LA CORTES SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

Andrés E. Ordóñez Ordóñez*

A continuación se hace la reseña y el comentario de dos sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que versan sobre los siguientes temas:

1.- La inexactitud o reticencia en la declaración del estado del riesgo, para hacer precisiones en torno: a) a la vigencia de la carga del tomador respecto a la declaración veraz y certera de las circunstancias que rodean el estado del riesgo, dentro del periodo que transcurre entre el diligenciamiento del cuestionario previo a la contratación del seguro y el momento de la asunción efectiva del riesgo por parte del asegurador, y b) a la manera como debe entenderse la posibilidad de que la nulidad del contrato quede subsanada, en aquellos casos en que, conforme a la ley colombiana y según una fórmula difundida en muchas legislaciones del mundo, el asegurador “conoció o ha debido conocer” las circunstancias reales del riesgo que fueron omitidas o mal informadas por el tomador.

2.- La manera como debe interpretarse un contrato de seguro de transporte de mercancías, tomado por el transportador, sin que se haya advertido previamente que el transportador actuaba por cuenta del dueño de las mercancías, una situación que es frecuente en el mercado colombiano, y que genera conflictos permanentes, dada la circunstancia de que, a primera vista es evidente que el transportador carece de interés asegurable sobre las mercancías propiamente dichas, lo que determinaría la inexistencia del contrato por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

En el ámbito Iberoamericano, creemos que no son ajenos nuestros diferentes países a una problemática tan trascendental como la planteada, por lo cual, como es ya tradicional, invitamos a nuestros lectores a dar sus opiniones sobre ella o a informar sobre las orientaciones jurisprudenciales que existen al respecto en sus países de origen.

SENTENCIA No. 1:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL
Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil uno (2001)
Ref: Expediente No. 6146

HECHOS:

1.- Por petición del señor Jaime Forero Malo, elevada el 23 de junio de 1993, la aseguradora demandada, el 25 de agosto siguiente, expidió una póliza de seguro de vida

* Profesor investigador Universidad Externado de Colombia.

en la cual figuraron como beneficiarias Dolly Mejía Montes, en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad, Natalia y Juliana Forero Mejía

2.- Se demostró dentro del proceso que para el 31 de julio de 1993, fecha posterior al diligenciamiento del formulario de asegurabilidad, pero antes de la expedición de la póliza, el asegurado Jaime Forero Malo conoció el diagnóstico definitivo sobre el cáncer de vejiga que realmente lo aquejaba, y no informó de ello al asegurador quien expidió la póliza en el mes de Agosto siguiente.

3.- En la época en que estos hechos sucedieron, el contrato de seguro era en Colombia un contrato solemne, cuya existencia estaba condicionada a la expedición de la póliza de seguro por parte del asegurador.

4.- En el momento de presentar el examen médico ante un profesional al servicio de la aseguradora, el 24 de junio de 1993, éste conceptuó que existían anormalidades en el abdomen y expresó "P. de Orina: hematuria y albuminuria", sugiriendo la práctica de un examen adicional, cual fue una urografía excretora, por todo lo cual consideró el riesgo como. "No aceptable".

5.- Con esta información, la aseguradora, luego del análisis de la solicitud de seguro que le fue formulada por el señor Forero, aceptó otorgar la cobertura solicitada, en los siguientes términos: "La presente tiene por objeto informarle que nuestro departamento médico y de Actuaría estudió detenidamente su solicitud y habiendo considerado este riesgo como especial, le ha fijado una extraprima en el básico del 4.2%; por lo cual se hace necesario el pago de una prima adicional de \$126.000, quedando la prima total anual en \$1.470.000".

6.-. El señor Forero falleció en Bogotá el 3 de diciembre de 1993, por "síndrome de insuficiencia respiratoria y falla multisistémica", certificada por el médico, por lo que, días más tarde, el 29 de diciembre de ese mismo año, los beneficiarios presentaron ante la aseguradora demandada la correspondiente reclamación, acompañada de los documentos que acreditaban la ocurrencia del siniestro.

7.- La compañía de seguros demandada, mediante carta de fecha 27 de enero de 1994, se negó al pago del seguro, argumentando como motivo para no pagar la indemnización, la presunta ausencia de buena fe por parte del señor Forero Malo en la etapa precontractual, basándose en el hecho de que no informó del cáncer que padecía al momento de tomar el seguro de vida.

8.- Por intermedio de apoderado judicial, las beneficiarias del seguro demandaron a la aseguradora por el pago de la suma asegurada en la póliza, más sus intereses moratorios, habiendo la aseguradora propuesto, entre otras, la excepción de nulidad relativa del contrato por reticencia en la declaración del estado del riesgo, único punto que se debate en casación.

PROBLEMAS JURIDICOS:

1.- Incurrir en reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo el tomador que no informa a la aseguradora sobre hechos que, conocidos por ésta le hubieran llevado a no otorgar el amparo o a hacerlo en condiciones más onerosas, si esos hechos

llegan a su conocimiento posteriormente al diligenciamiento del formulario de asegurabilidad pero antes de la formalización del contrato de seguro ?.

2.- Puede ser excusada la inexactitud o reticencia del tomador en la declaración del estado del riesgo, aún intencional o dolosa, cuando el asegurador por culpa deja de conocer los hechos o circunstancias relativos al estado del riesgo que han sido omitidos por el tomador?

DECISIONES DE INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira le puso fin a la primera instancia en sentencia de 21 de septiembre de 1995, en la que decidió acceder a las pretensiones de la parte actora y declaró imprósperas las excepciones propuestas. El anterior fallo dio lugar a que la parte demandada interpusiera el recurso de apelación que fue decidido con sentencia del 26 de marzo de 1996, confirmatoria de la de primer grado.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal encontró probada la existencia del contrato de seguro, el pago cumplido de la prima y de la extraprima por parte del tomador, así como la ocurrencia del siniestro. En cuanto a la excepción de nulidad propuesta por la demandada, luego de afirmar el principio de la buena fé que preside especialmente el contrato de seguro, el Tribunal considero: "frente a este principio se puede deducir que al momento de hacer la solicitud y de contestar el cuestionario el señor Jaime Forero Malo estaba obrando de buena fe, declaró sinceramente el estado del riesgo y la compañía, conociendo este estado optó por extraprimar a pesar de que el médico autorizado por ella misma para hacer un diagnostico relacionado con éste tópic, le conceptuara que no era aceptable. En ese momento surgió para la Aseguradora la obligación de conocer ampliamente en qué condiciones estaba negociando, tomó para sí la responsabilidad de verificar la extensión del riesgo, si no lo hizo es de su exclusiva culpa, culpa leve, al celebrar dicho contrato. Es más, asumió el riesgo aún a sabiendas de que no era aconsejable y por eso extraprimó y aceptó el pago del seguro", conducta ésta que "sanciona la Ley porque el contrato de seguro no es nulo relativamente ni puede ser rebajado en las circunstancias que ella señala si el asegurador antes de celebrarse el contrato ha conocido o ha debido conocer los hechos o circunstancias que vician la declaración (Art. 1058 inc. último C.Co.).

Agregó el fallador que la aseguradora "tuvo los medios y fue advertida antes de celebrar el contrato que el riesgo a asumir no era aceptable y sin embargo no realizó diligencia alguna para descartar la posibilidad de un cambio en el riesgo que indujera su voluntad como en el momento de ahora lo pregona".

RECURSO DE CASACIÓN

Cargo Primero:

Se acusó la sentencia de violar de modo indirecto la ley sustancial, como consecuencia de la materialización de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas, que condujeron al Tribunal a quebrantar, por falta de aplicación y por aplicación indebida varias normas del Código de Comercio, al no dar por probado estándolo que el tomador del seguro había incurrido en inexactitud y reticencia en la declaración del estado del

riesgo., En el desarrollo del cargo, el censor manifestó que, dadas las especiales características del contrato de seguro, éste se soporta, más que convención alguna, en la buena fe del tomador, en su sincera declaración, a tal punto que en este acuerdo negocial no resulta viable el dolo bueno o incidental. Esta exigencia es de tal entidad, que las simples reticencias del tomador pueden generar la nulidad relativa del seguro, en las situaciones previstas en los dos primeros incisos del artículo 1058 del Código de Comercio, pues el consentimiento del asegurador depende de la sinceridad de la declaración que haga aquel sobre el estado del riesgo, de modo que cuando el tomador oculta circunstancias que, por sí mismas, serían suficientes para que la compañía aseguradora no concediera el amparo o para que, en caso de que accediera a brindarlo, lo hiciera pero en condiciones más onerosas, resulta claro que el consentimiento del asegurador se encuentra viciado, porque de haberse conocido los datos encubiertos por el tomador, fácilmente el asegurador no hubiera accedido a brindar la cobertura.

A continuación, el casacionista expresó que el Tribunal acertó al encontrar que el señor Jaime Forero Malo, en junio y julio de 1993, obró de buena fe al informar la presencia de sangre en la orina y la expulsión de cálculos, "pues no se conocían otros hechos o circunstancias", pero incurrió en "error fáctico manifiesto, cuando a pesar de estar probado con las declaraciones de los médicos, con las historias clínicas y el certificado correspondiente, que ya el 31 de julio de 1993, Jaime Forero Malo conoció el diagnóstico definitivo sobre el cáncer de vejiga que realmente lo aquejaba, no concluyó que éste, desde entonces, por haber ocultado este grave hecho a la compañía aseguradora cesó en su buena fe,., pues el deber de lealtad y sinceridad para declarar las circunstancias y hechos que permitan delimitar el estado del riesgo, no termina o se extingue al suscribirse la solicitud de seguro o al contestarse el cuestionario o al practicarse el examen médico".

El recurrente también cuestionó la conclusión del sentenciador según la cual la aseguradora "tomó para sí la responsabilidad de verificar la extensión del riesgo, (y) si no lo hizo es de su exclusiva culpa", señalando que, a este respecto, el juzgador se equivocó e incurrió en error fáctico evidente, porque del hecho de haberse declarado por el tomador que padecía de una hematuria y que había expulsado cálculos renales, no se podía deducir que era la aseguradora la que, antes de expedir la póliza, estaba en el deber de investigar si el paciente padecía del cáncer escamocelular [sic] de vejiga.

Sobre este particular, agregó la censura que no podía exigirse tal comportamiento de la aseguradora, porque "los tratamientos médicos son privados y están también protegidos con sigilo las historias clínicas", motivo por el cual, "mientras existiera la reticencia del tomador -aquella- no tenía modo de enterarse de hechos ocurridos con posterioridad al examen médico y al diligenciamiento del cuestionario que le sometió la aseguradora. Por tanto, sin existir prueba al respecto, el Tribunal cometiendo otro yerro fáctico palmario, concluyó erradamente que la aseguradora, antes de celebrar el contrato de seguro, ha debido conocer los graves hechos que ladinamente ocultó el tomador sobre el estado real de su salud" .

Por todo lo expuesto, concluyó el impugnante que estos yerros condujeron al Tribunal a dejar de aplicar el artículo 1058 del Código de Comercio, cuando en realidad de verdad aparecía probada la excepción de nulidad relativa del contrato.

CARGO SEGUNDO

Con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del C. de P.C., el recurrente acusó la sentencia del Tribunal por ser directamente violatoria de varios artículos de Código de Comercio, afirmando que si el Tribunal dio por acreditado que Jaime Forero Malo, desde el 31 de julio de 1993, tuvo conocimiento del carcinoma escanocelular de vejiga que padecía, de lo cual no sólo guardó silencio hasta el 25 de agosto siguiente, fecha en que se firmó la póliza, sino que lo ocultó hasta su muerte, entonces, frente a la reticencia admitida, el ad quem, obrando de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1058 del Código de Comercio, ha debido declarar probada la excepción de nulidad relativa del contrato propuesta en el escrito de respuesta a la demanda y, al no hacerlo así, quebrantó, de modo directo y por falta de aplicación, los textos legales señalados en su censura.

CONSIDERACIONES:

La Corte comienza por reiterar la importancia de la declaración que el tomador debe hacer del estado del riesgo previamente a la celebración del contrato y la relevancia que esta carga asume frente a la ley, como expresión especial del principio de la buena fe que rige el contrato de seguro.

Caracteriza posteriormente el doble carácter de subjetivo y objetivo que tiene la buena fe con la que es forzoso actuar tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual, por parte no de una sola de las partes, sino de las dos:

“La subjetiva, in genere, propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo ('actitud de conciencia' o 'estado psicológico'), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla -o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.).

Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de unicum, respecto de una sola de ellas, v.gr: el tomador del seguro, ya que el asegurador predisponente, entre otras conductas a su cargo (positivas y negativas), debe abstenerse de introducir en el clausulado -que someterá a consideración de su cocontratante- cláusulas abusivas (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670) y, en general, llegado el momento respectivo, honrar la palabra empeñada, cumpliendo para dicho fin la prestación asegurada, lo que supone estricto apego al postulado en referencia, en su vertiente objetiva (Vid: cas. civ. de 19 de abril de 1999; exp: 4929, en la cual la Sala preconizó que la buena fe es "un postulado de doble vía. que se expresa -entre otros supuestos- en una información recíproca").”

A continuación releva la circunstancia de que la buena fe debe presidir la conducta de los contratantes no solamente de manera inicial, sino a todo lo largo del desarrollo del contrato, en su etapa previa y aún posteriormente a su ejecución:

“De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual..."; "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe....", y "Los contratos deben ejecutarse de buena fe...." (El subrayado es ajeno a los textos originales).

Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual -o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el "...período precontractual", sin distingo de ninguna especie.”

De lo anterior colige, con directa aplicación al caso en estudio, que la buena fe a la que se encuentra obligado el tomador del seguro no se agota en el momento de responder al cuestionario que se le somete por parte del asegurador para establecer el estado del riesgo, sino que su carga de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que rodean el estado del riesgo concluyendo:

“En este orden de cosas, si el futuro tomador al momento de responder el "...cuestionario propuesto por el asegurador" (hipótesis contemplada en el supraindicado inciso primero del art. 1.058 del C. de Co.), lo hace "sinceramente", pero luego se entera de que sus respuestas no están en consonancia -técnica o médica, ad exemplum- con la diversa realidad que él ha conocido después, y en todo caso la calla u oculta, estando en condición de revelarla antes de que el asegurador 'asuma el riesgo', no podrá decirse que su comportamiento fue impoluto, amén que pulquísimo, solidario y estrictamente respetuoso del principio informador de la buena fe -en su dimensión objetiva-, el que reclama corrección, probidad, lealtad, honorabilidad, honestidad, transparencia y 'máximum de celo' - como lo refirió la exposición de motivos del año 1958-, puesto que quien así

procede, ex post, lo lacera y pretermite, no siendo entonces suficiente acatarlo en un momento prefijado: la respuesta del cuestionario, de manera privativa, sino hasta que el asegurador, diligente y oportunamente, exprese su asentimiento, ratio basilar de la protección a él brindada por la norma en estudio. Por consiguiente, los hechos o circunstancias -relevantes- sobrevinientes a la declaración del estado del riesgo, como lo corrobora la doctrina especializada, deben ser comunicados sin demora o dilación.”

A continuación la Corte señala que, a pesar de lo anterior, es claro igualmente que conforme a la reglamentación legal no toda inexactitud en que se incurra al declarar los hechos y circunstancias que rodean el estado del riesgo, está llamada a determinar la nulidad, siendo de destacar entre ellas las inexactitudes o reticencias que hayan sido conocidas o que el asegurador haya debido conocer previamente a la celebración del contrato **“...bien por intermedio del tomador in potentia, bien a través de las indagaciones, investigaciones o pesquisas adelantadas por el empresario del riesgo, en forma voluntaria (ex voluntate) o facultativa, apoyado en expertos.”**

Y pasa a referirse in extenso a este evento, así:

“En cualquiera de los citados supuestos, el asegurador, con anterioridad, tuvo ocasión de ponderar y sopesar el haz informativo reinante, de suerte que si en su condición indiscutida de profesional -con todo lo que ello implica- asintió en forma libre, amén de reflexiva y, por contera, aceptó celebrar el negocio jurídico asegurativo, es porque entendió que no existía un obstáculo insalvable o ninguna dificultad mayúscula llamada a opacar su voluntad o, que de haberla, sólo en gracia de discusión, asumía conscientemente las consecuencias dimanantes de su decisión, lo que no riñe con un eventual establecimiento de puntuales medidas y cautelas por parte suya.

Y si ello es así, cómo acudir entonces al instituto de la nulidad del seguro pretextando el advenimiento de una anomalía negocial, cuando fue el propio asegurador, quien a posteriori de conocer (real o presuntivamente) el vicio -en sentido lato-, concurrió espontáneamente a emitir su declaración de voluntad, por lo demás favorable al otorgamiento del amparo o cobertura respectiva.

Expresado de otra manera, la compañía aseguradora, bien por acción, bien por omisión, estaría removiendo cualquier vicisitud con potencialidad de nublar su asentimiento, de tal suerte que la protección brindada por la ley mercantil mediante la entronización y disciplina -especialísima y sui generis- de los vicios de la voluntad, ab initio, perdería su razón de ser, por lo menos en las descritas circunstancias, habida cuenta que, en estrictez, no podría enrostrarse la consolidación de un engaño, o la alteración de la realidad factual. Como bien argumentó la Sala en su momento, "...si la aseguradora ha conocido la realidad y acepta asumir el riesgo, no ha sufrido engaño" (Sentencia del 18 de octubre de 1.995).

Así las cosas, si en función de la peculiar mecánica inherente a la formación del consentimiento en el contrato de seguro, connatural a determinados negocios de confianza, el legislador lo que persigue es evitar que la aseguradora sea sorprendida, engañada o timada por su cocontratante, o que aún siéndolo, según

sea el caso, éste obtenga un beneficio ilícito de ello, es más que consecuente entender que el conocimiento previo radicado en cabeza del virtual afectado, purifica la relación negocial y purga, in radice, la sanción legal en cuestión, consistente en la nulidad relativa derivada de la reticencia o inexactitud en la que materialmente incurrió el candidato a tomador, dado que tuvo a su alcance la información adecuada e indicativa para escrutar su querer, por manera que si contrató, debe suponerse que lo hizo en condiciones de razonable equilibrio informático. Situación diferente, aun cuando no en sus efectos -que son simétricos-, es que no lo haya hecho, pudiéndolo efectivamente hacerlo, como de inmediato se acotará.”

Una vez precisado lo anterior, entra la Corte ha señalar la parte quizás más relevante de su doctrina en este caso, consistente en que el conocimiento que le asegurador puede llegar a tener de los hechos sobre los que versa la inexactitud o la reticencia en la declaración del tomador, puede no ser sólo el directo y consciente, sino que puede presumirse ante una conducta culpable de su parte al no inquirir adecuadamente, pudiendo haberlo hecho, sobre tales hechos. Dice la Corte a este respecto:

“Por su relevancia funcional, a la vez que por su íntima conexidad con el sub lite, cumple relieves que el conocimiento del asegurador al que se ha aludido no sólo es el real -o efectivo-, esto es el directo y consciente, como a primera vista pudiera parecer, sino también el presunto, vale decir el que emerge, ministerio legis, como corolario de la falta de diligencia radicada en cabeza de un profesional en el riesgo, predicable de ciertos y determinados hechos que, por su connotación, podían haber servido para elucidar las circunstancias fidedignas que signaban al riesgo, en su estado primigenio, según se pinceló. Por ello es por lo que el prealudido inciso, en lo pertinente, dispone que la nulidad no tendrá lugar "...si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración....", tal y como acontece, lato sensu, en tratándose de otras figuras prototípicas del seguro, por vía de ejemplo con la agravación del estado del riesgo (art. 1.060 del C. de Co.), o con la "prescripción de las acciones que derivan del contrato" objeto de examen (art. 1.081 C. de Co.), en las que tampoco se torna extraño el apellidado conocimiento presunto, en prueba fehaciente de su cabida y aceptación explícita en la legislación nacional.

Y es que resulta razonable que si la entidad aseguradora, como un indiscutido profesional que es, en tal virtud "debidamente autorizada" por la ley para asumir riesgos (art. 1.037. C. de Co), soslaya información a su alcance racional, de suyo conducente a revelar pormenores alusivos al estado del riesgo; o renuncia a efectuar valoraciones que, intrínsecamente, sin traducirse en pesado -u oneroso- lastre, lucen aconsejables para los efectos de ponderar el riesgo que se pretende asegurar, una vez es enterado de posibles anomalías, o en fin deja de auscultar, pudiendo hacerlo, dicientes efectos que reflejan un específico cuadro o estado del arte (existencia de ilustrativas señales), no puede clamar, ex post, que se decrete la nulidad, como si su actitud fuera la de un asegurador acucioso y diligente, presto a ser informado, es cierto, pero igualmente a informarse, dimensión ésta también cobijada por la diligencia profesional, rectamente entendida, sin duda de mayor espectro, tanto más si "El tomador no es un especialista en la técnica del seguro" y, por tanto, "Su obligación no puede llegar hasta la extrema sutileza que apenas si podrá ser captada por el agudo criterio del asegurador", como se resaltó en la

Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio, criterio éste materia de aval por parte de la doctrina comparada, la que confirma que "El asegurador renuncia o pierde el derecho de alegar la reticencia o falsa declaración.. "...d) cuando debía conocer el verdadero estado del riesgo (en razón de su profesión, o por la naturaleza del bien sobre el que recae el interés asegurable, etc." (▣).

Como se tiene claramente establecido, no es suficiente que se aduzca la mera gestación de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables ('carga de diligencia'). "La buena fe -bien se ha afirmado- debe ser ignorancia, pero, también, ignorancia legítima, es decir, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal" (▣), la que, en últimas, sirve para justificar la solicitud del asegurador relativa al decretum de tan severa sanción, puesto que "...la buena fe excluye la posibilidad de un actuar culposo", contrario a "...un actuar prudente, cuidadoso, diligente y previsor" (▣).

Quiere decir lo anterior que si bien el asegurador es sujeto pasible de intensa y plausible protección de cara al fraude, a la deformación consciente de la realidad, o a la mera inexactitud patrocinados por determinados e inescrupulosos candidatos a tomadores que socavan el acrisolado postulado de la buena fe, aquel no puede asumir invariable e irrestrictamente, una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de partícipes en una relación comercial, así sea en potencia, a fortiori cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de un acuerdo volitivo, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario -bien entendido-, se orienta a la satisfacción del interés de su cocontratante, lo que específicamente supone, según reconocida doctrina jusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vívida explicitación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva, continente de los -llamados- deberes instrumentales o secundarios alusivos al comportamiento interpartes, incluido el precontractual.

En torno a este puntual aspecto, es aconsejable memorar que la Sala, en pretérita ocasión, indicó que la expresión "Ha debido conocer, que es término utilizado por el art. 1058, hace referencia a que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquiera prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación. En vía de principio general lo que la norma reclama es lealtad y buena fe, pues este es un postulado de doble vía en esta materia que se expresa en una información recíproca...." (Sentencia del 19 de abril de 1.999, exp. 4923) (El subrayado no pertenece al texto).

Otro tanto hizo en anterior oportunidad esta Corporación, al reseñar que, "...si por la naturaleza del riesgo solicitado para que sea asegurado y por la información conocida y dada por el tomador, la compañía aseguradora, de acuerdo con su experiencia e iniciativa diligente, pudo y debió conocer la situación real de los

riesgos y vicios de la declaración, mas sin embargo no alcanza a conocerla por su culpa, lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia para salir de la ignorancia o del error inicialmente padecido "(Sentencia del 18 de octubre de 1.995) (Idem)."

En este punto, la Corte, matiza un tanto esta parte de sus consideraciones manifestando:

"Con todo, a fin de no desnaturalizar el justiciero remedio de la nulidad relativa emanada de la floración de reticencias e inexactitudes, la Corte estima conveniente afirmar, ex abundante cautela, que el aducido deber -o carga, preferiblemente- de información que cobija al asegurador, no borra -o diluye- la obligación precontractual de declarar el 'verdadero' estado del riesgo que, por excelencia, le incumbe al candidato a tomador, por manera que, a pretexto del mismo, no es lícito reducir su radio de acción y menos su vigencia general, puesto que la diligencia del empresario, exigible por tratarse de un profesional familiarizado con el manejo del riesgo, como se anotó, no puede llevarse hasta el extremo de hacer nugatorio, en sí, el mecanismo correctivo en cita."

Es así, por vía de ejemplificación, como resultaría inconsulto pretender descalificar la sanción en referencia, sólo por el escueto hecho de que el asegurador practicó uno o varios exámenes médicos de rutina al asegurando, los que en su momento no arrojaron -directa o indirectamente- las más leve evidencia de patología o sintomatología algunas, situación que no puede ser tomada como indicativa de validación -irrefutable- de su aparente buen estado de salud, al punto que si asintió en la celebración del contrato, no pueda luego, si comprueba la presencia de una determinante reticencia o inexactitud en la declaración de asegurabilidad (art. 1.058, C. de Co, inciso primero), solicitar válidamente su anulación. En este sentido, como bien lo reseña reputada doctrina, "El examen médico no exonera al tomador del seguro de su deber de informar, ni de las consecuencias que se derivan de la violación del mismo...la visita médica constituye un control precaucional que no exime al asegurado de la obligación de hacer conocer la verdad sobre las condiciones de salud" (ᳵ), entre otras razones porque es realizado "... en exclusivo interés del asegurador", lo que confirma que, en sí, "...no exonera al asegurando del deber de ser exacto y sincero en la declaración del riesgo" (ᳶ)."

Pero luego insiste, aludiendo al caso concreto que se juzga:

Eso sí, si ad libitum los practica, obviamente debe atender y meritar su resultado, en forma tal que si por alguna razón son aptos para revelar o sugerir una cualquiera patología objetiva, será de su cuenta y riesgo profundizar en la misma (etiología, posibles efectos, eventual tratamiento, etc.), toda vez que el no hacerlo, estándole ello a su alcance, de hecho lo vincula (conocimiento presunto), dado que se pondría en entredicho su diligencia y prudencia, in concreto, su profesionalismo, activándose de inmediato la excepción contemplada en el tantas veces aludido inciso cuarto del artículo 1.058 del cuerpo comercial, consistente en la imposibilidad de aplicar la sanción de la nulidad relativa del seguro, justamente porque "...ha...debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración".

Lo mismo acontecerá cuando el empresario, en forma inopinada, contrariando una experticia médica -tal y como tuvo lugar en el presente asunto litigioso-, desatiende la recomendación de uno de sus galenos, en el sentido de investigar un poco más al auscultado, en atención a la presencia de algunas señales reveladoras e inquietantes detectadas en desarrollo de exámenes clínicos o de laboratorio rutinarios, precisamente practicados para dichos menesteres.

En consecuencia para la Corte es claro que:

“...si bien es cierto el fallador erró al considerar que el señor Forero no había sido reticente, pese a tener conocimiento -el 31 de julio de 1993- de la enfermedad que padecía, pues, a su juicio, la buena fe debía analizarse "al momento de hacer la solicitud y de contestar el cuestionario" alusivo a la declaración del estado del riesgo, lo que ciertamente es errado, como se expuso con anterioridad, toda vez que ese postulado irradia las distintas etapas o fases del negocio jurídico, esta falencia es intrascendente en la medida en que no repercute en la decisión, como quiera que, pese a ella, la conclusión sería la misma a la que arribó el Tribunal, esto es, que la sanción de nulidad no era aplicable porque la aseguradora estaba en posibilidad de conocer ese hecho.

En efecto, al amparo de las precedentes reflexiones efectuadas en torno al fenómeno de la reticencia en el contrato de seguro y, específicamente, en lo tocante con la carga de información que, con carácter bipolar, tienen tomador y asegurador, debe colegirse que, atendidas las pruebas recaudadas, aunque es cierto que la mencionada carga para el "asegurando" no cesó en el momento en que absolvió el cuestionario de preguntas que le formuló la aseguradora en orden a determinar el estado del riesgo (julio 19 de 1993, fls. 56 y 57, cdno. 1), habida cuenta que dicha carga se extiende a todo el período precontractual, como quedó ampliamente explicado, no lo es menos que, a pesar de que aquel se enteró -el 31 de julio- de la enfermedad que padecía, antes de que la demandada aceptara su solicitud de seguro (agosto 18, fl. 63, ib.), lo mismo que de la fecha de suscripción de la póliza (agosto 25, fl. 64), la compañía, pese a esa omisión del tomador y por los datos que su propio 'agente' le había suministrado con anterioridad, bien pudo obtener esa información por otros medios, se insiste, en cumplimiento del deber de procurarse, según las circunstancias, la información necesaria para otorgar su asentimiento, motivo por el cual ella, con su actitud pasiva, dio lugar a que se materializara un conocimiento presunto que, al tenor del último inciso del artículo 1058 del Código de Comercio, ya examinado, purgó o enervó la sanción de nulidad relativa (culpa est, quod, quum a diligente provideri poterit, non est provisum), en la medida en que alertada por uno de sus médicos, quien consideró el riesgo como "No aceptable", por "obesidad y hematuria; antecedente de I.C.T.", sugiriendo la práctica de una "urografía excretora" como se indicó (fl. 58, cdno. 1), debió -en sana lógica- realizar las correspondientes indagaciones para determinar la verdadera naturaleza y estado del riesgo, pues así lo imponía el deber informativo que también recae en cabeza de la aseguradora, según se corroboró precedentemente, a fortiori, si se tiene en cuenta su insoslayable calidad de profesional, como ya se refirió, igualmente.

“Otra cosa es que esa reticencia del señor Forero no genere, en este caso en particular, la sanción de nulidad relativa, sobre la base de haber operado la

excepción contenida en el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, consistente en que el asegurador "ha debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios.", excepción ésta que, según fue examinado, presupone la transgresión del deber de conocer, según el caso, el estado del riesgo, o -mejor aún- de procurarse información sobre el mismo, concretamente en aquellos eventos en que tiene en su haber datos suficientes e indicativos que le permitirían, con mediana diligencia, llegar a la precisión de los hechos que el 'asegurando' deformó, o al conocimiento que se reservó, tal y como en el sub lite aconteció, conforme lo acreditan las pruebas obrantes en el plenario."

Y finaliza diciendo:

"En consecuencia, bien podía colegir el Tribunal que si la compañía de seguros, enterada con antelación de la existencia de relevante información, hubiere hecho u ordenado que se efectuaran mayores indagaciones sobre el estado de salud del 'asegurando', dadas las circunstancias particulares que conoció por razón de los dicentes e indicativos exámenes médicos y de laboratorio efectuados (sangrado en la orina), así como en desarrollo de la explícita sugerencia planteada por el galeno al servicio de la propia entidad, o de otras que la disciplina médica aconsejara, muy probablemente habría podido detectarse la dolencia del carcinoma en las vías urinarias (fl. 12 vlto., cdno. 3), toda vez que, como lo señaló el propio médico que atendió inicialmente al señor Forero, Dr. Julio Ernesto Plazas Jaramillo, ese tipo de patologías se evidencia mediante un tratamiento endoscópico (fl. 8 vlto., cdno. 4), como en efecto ocurrió, según lo atestiguó el Dr. Alfonso Latiff Conde, para quien la "presencia de sangre en la orina, (es) síntoma que ordinariamente corresponde a una lesión maligna en el tracto-urinario", por lo que a aquel "se le practicó -en nov/93- un estudio endoscópico de la vejiga..y se encontró -como ya había ocurrido en julio 31- evidencia de un tumor vesical de tipo infiltrante" (se subraya; fl. 51 vlto. ib.).

Es, pues, la propia conducta omisiva que observó la aseguradora demandada durante la gestación del negocio aseguraticio, contraria a la prudente diligencia que le era demandable, la que sirve de báculo para impedir el éxito de la censura, pues aunque es cierto que la ley le brinda especial y paladina protección frente a la conducta reticente o inexacta del aspirante a tomador, en este caso del señor Forero, no lo es menos que por gracia de la misma no podía asumir, al amparo de una mal entendida buena fe negocial, cuyo verdadero significado quedó precisado en los prolegómenos de esta providencia, una pasiva actitud que luce como rebelde o, por lo menos, unilateral e incausada, en frente de la diáfana directriz profesional y, de suyo técnica, planteada por el galeno a su servicio -que, por objetiva y fundada en evidencias clínicas, merecía más consideración y ponderación-, conducta aquella que se contrapone al indiscutido profesionalismo que, al propio tiempo, le es característico, el que se erige en fundamento mediato del deber de procurarse, recta vía, la información necesaria para contratar (deber secundario de autoinformarse), con lo cual quedó configurado, a términos del inciso 4º del artículo 1058 del Código de Comercio, el conocimiento presunto del estado del riesgo en cabeza del asegurador. Al fin y al cabo, como lo ha corroborada autorizada doctrina, "...si con ocasión de la inspección -del riesgo- o del examen médico, o no obstante una u otro, el asegurador o sus agentes, esto es, las personas cuyos actos u omisiones lo obligan civilmente, han dejado escapar hechos o circunstancias

aparentes o notorios, inocente o culpablemente encubiertos por el tomador, tampoco podrá aquel aducirlos como soportes fácticos de las sanciones que nos ocupan. Es el conocimiento presuntivo. Son hechos o circunstancias que 'ha debido conocer' con mediana diligencia" (se subraya) (¶).

Por lo anterior la Corte no casa la sentencia y respalda la conclusión del fallo de instancia en el sentido de que no se configuró en este caso la nulidad del contrato de seguro.

COMENTARIO:

Debe tenerse en cuenta que el examen de la Corte en este caso se da dentro de hechos ocurridos en una época en que el contrato de seguro estaba definido como solemne en la legislación colombiana, la cual consecuentemente condicionaba su existencia al otorgamiento de una formalidad específica, a saber: la expedición de un documento privado que fuera debidamente suscrito por el asegurador y que se denominaba “póliza de seguro”. Esta situación, como se sabe, cambió con la expedición de la ley 389 de 1.997, que estableció la consensualidad del contrato. Lo anterior, no debe dejar de tenerse en cuenta, dentro del contexto de la solución que da la Corte, de manera acertada por lo demás, al primer problema jurídico que se plantea en este caso.

En efecto, la carga del tomador de declarar sincera y verazmente el verdadero estado del riesgo, es una carga que está presente en todo el proceso previo a la formalización del contrato, a su perfeccionamiento, Acierta entonces la Corte y hace un valioso aporte al análisis del artículo 1.058 del Código de Comercio de Colombia, cuando señala que en este caso, siendo el contrato solemne, mientras la póliza no fuera expedida, esto es, mientras el contrato no hubiere nacido a la vida jurídica, la carga del tomador existía y, en consecuencia, independientemente de que se hubiera diligenciado ya el formulario de asegurabilidad, seguía vigente su deber de comunicar al asegurador las circunstancias que afectarían ese estado del riesgo si ellas llegaban a su conocimiento posteriormente, so pena de incurrir en reticencia culpable.

No obstante, esta conclusión debe ser matizada dentro del contexto del contrato ahora consensual, toda vez que en este caso el consentimiento bien puede intercambiarse antes de la expedición de la póliza y por ello, la doctrina sentada por la Corte a este respecto, debe entenderse en ese sentido. La carga del tomador subsiste mientras se perfecciona el contrato, una vez que el contrato se perfecciona, cambia sustancialmente el efecto del hecho de que lleguen a conocimiento del tomador circunstancias que antes desconocía relativas al estado del riesgo.¹ Pero es claro que no siendo el contrato solemne, el perfeccionamiento del contrato puede darse, y normalmente se da, mucho antes de expedirse la póliza de seguro, y es ese momento el que debe tomarse en cuenta para medir los efectos del conocimiento sobreviniente de hechos que afectan el estado del riesgo.

¹ El tratamiento más adecuado para esta circunstancia, sería el que corresponde a una “agravación del estado del riesgo” y a la carga de información al asegurador que la misma impone, conforme al tratamiento que a esta figura da el artículo 1.060 del Código de Comercio Colombiano. Ya formalizado el contrato, el conocimiento que el asegurado tenga de una agravación del estado del riesgo, implica un deber de información al asegurador que, en caso de no ser cumplido dentro de los plazos que señala la ley para el efecto, vienen a significar la terminación automática del contrato de seguro.

Esto resulta importante porque en muchos casos la aceptación del asegurador, su consentimiento, se da en forma inmediata respecto del diligenciamiento del formulario, cuando del mismo no se desprenden en principio elementos técnicos que pongan en duda el otorgamiento del amparo.

Respecto del segundo problema jurídico planteado, las transcripciones extensas que se hacen de las consideraciones de la Corte se hacen necesarias para llevar al lector de la manera más integral posible la idea que se encuentra en el fondo de la doctrina jurisprudencial. Pero, desde luego en forma muy respetuosa, debe llamarse la atención sobre el elemento de crítica evidente que surge de esa doctrina frente al caso que se juzga.

En un plano puramente teórico, las extensas observaciones que la Corte hace sobre el principio de la buena fe que de manera especial rige en el contrato de seguro, sobre la manera como esa buena fe debe gobernar la conducta de las dos partes y no solo la del tomador, resultan importantes y valiosas. No obstante, no debe olvidarse que en el caso que se juzgó se demostró una reticencia consciente del tomador, intencional y consecuencialmente dolosa, sobre un hecho que resultaba, dada la naturaleza del seguro de vida, no solo relevante respecto del estado del riesgo sino que determinaba necesariamente la ocurrencia del siniestro apenas celebrado el contrato; en esas condiciones, podría explicarse que se excuse ese dolo evidente del tomador con la culpa del asegurador, incluso aceptando que ella exista.?

Es cierto que existen circunstancias que rodean el estado del riesgo que “deben ser conocidas por el asegurador” si el mismo actúa con la diligencia profesional que le corresponde. Pero debe por ello presumir siempre que el tomador actúa de mala fé, y su diligencia profesional debe llevarlo a desconfiar de todo lo que diga el tomador para constituirse en investigador profesional de todas las artes con miras a descubrir sus falsas declaraciones.?. Y aún si llegara a establecerse una culpa del asegurador como parecía existir en este caso, es jurídicamente aceptable, como se ha dicho, que esa culpa tenga la virtualidad suficiente de excusar el dolo de la otra parte.

En situación igual de desconocimiento por parte del tomador y por parte del asegurador de la circunstancia que afecta el estado del riesgo y que ha sido omitida en la declaración de asegurabilidad, es lógico pensar que si el asegurador ha podido conocerla llevando a cabo determinadas pesquisas, aconsejables dentro de un criterio de mediana diligencia para un profesional en el negocio de seguros, por hechos indiciarios o indicativos que si han sido puestos en su conocimiento, no puede posteriormente alegar ese desconocimiento para eludir su responsabilidad. Pero ante la conducta intencional del tomador en el sentido de ocultar esa circunstancia, la situación parece bien diferente y, por lo menos, debe ser analizada con mucha rigurosidad esa especial expresión utilizada por la ley colombiana: “debido conocer” para calificar la posición eventual del asegurador frente a una reticencia o inexactitud del tomador del seguro. Esa expresión, como lo reconoce la misma Corte tiene connotaciones de mucha subjetividad y cada caso exige un análisis especial a este respecto.

No debe olvidarse que la inexactitud en la declaración del estado del riesgo puede existir aún tratándose de un tomador que actúa de buena fé y sin perjuicio de que éste ignore sin culpa las verdaderas circunstancias del riesgo. Y que la inexactitud en este caso, si

resulta trascendente para la formación del consentimiento del asegurador, genera efectos respecto de la eficacia del contrato, mermándola de una o de otra manera.²

Si esto es así, es claro que lo que establece la ley es que aún cuando el tomador actúe de buena fé, los efectos del contrato no pueden darse plenamente si el asegurador por el error derivado de la inexactitud presente en el contrato ha dado un consentimiento viciado y el riesgo asumido es sustancialmente mayor que el que entendió asumir. Su obligación entonces, o no surge o surge radicalmente disminuida, porque de lo contrario se rompería la proporcionalidad que informa la relación prima-riesgo y el contrato se convertiría en un verdadero juego de azar.

Si aún para un tomador de buena fe no es lícito lucrarse así de un contrato de seguro, podemos entender que uno de mala fe si puede hacerlo, si tiene éxito en su engaño, si su dolo sale airoso por un descuido más o menos notorio de la aseguradora.? En mi opinión este extremo no debe ser considerado aceptable y frente al dolo probado del tomador, entender que eventualmente el asegurador “ha debido conocer” la circunstancia sobre la que versa ese dolo, solo puede admitirse en casos verdaderamente extremos, cuando realmente puede deducirse que el asegurador quiso continuar con el contrato admitiendo la posibilidad de existencia de la circunstancia agravante o ignorándola, y no con base en consideraciones muy abstractas sobre complejíssimas calificaciones de la culpa contractual eventual del asegurador. Y tal vez lo más importante, no debe olvidarse que que ese “...ha debido conocer...” se refiere a circunstancias que rodean el estado del riesgo, y nó propiamente, como sucedió en el caso juzgado, al hecho mismo de la ocurrencia inminente e ineludible del siniestro, dada la naturaleza específica del seguro que se iba a contratar.

Creo que en el caso que se juzgó es bien evidente que ningún asegurador hubiera consentido con un contrato de seguro de vida en las condiciones en que realmente se encontraba el riesgo y que aún de aceptarse una eventual desatención del asegurador en su consideración del examen médico practicado, los beneficiarios del seguro se lucraron en forma por demás indebida, habiéndose dado todos los efectos a un contrato que era en realidad un juego en el que una de las partes conocía claramente el resultado.

Esta doctrina jurisprudencial puede convertirse en un mensaje equívoco, en el sentido de prohiar conductas engañosas y fraudulentas de los tomadores bajo el entendido de que

² A este respecto Rodrigo Uría González, citado en la obra del doctor JORGE EDUARDO NARVAEZ BONNET “El Contrato de seguro en el sector financiero” Librería El Profesional. Primera Edición. Bogotá, 2.002, páginas 89 y ss, comentando la legislación española, expresa: “Para que haya una declaración inexacta basta que lo manifestado no esté de acuerdo con la realidad. No importa que el asegurado haya obrado de buena fe. El Código lo declara expresamente, y la tesis está perfectamente fundada, pues la buena fe no evita que el asegurador pueda apreciar equivocadamente el riesgo. Se han invocado razones para justificar una excepción a favor de aquel asegurado que efectúa una declaración inexacta sin la más ligera negligencia, a causa de su ignorancia completa y excusable de la verdad. Pero estimamos más conforme con el precepto legal la solución que también en este caso ve en la inexactitud motivo suficiente para la anulación del seguro, haciendo responsable al asegurado de su declaración inexacta aunque su buena fé sea absoluta.”. La ley colombiana ante una inexactitud derivada de “error inculpable” si bien no decreta la nulidad del contrato, establece una radical disminución de la prestación a cargo del asegurador en caso de siniestro.

las mismas rendirán frutos si los aseguradores caen en el engaño o no están adecuadamente atentos al mismo.

Los dos antecedentes jurisprudenciales que se citan en este caso, como respaldo de la decisión que se asume, no son a mi manera de ver pertinentes: La sentencia de 18 de Octubre de 1.995, puede mostrarse como doctrina contraria a la sentada en la sentencia que se comenta. En efecto: en el caso que se juzgo entonces, la Corte respaldó la nulidad declarada de una póliza de seguro de vida, ante el evento de una declaración inexacta del tomador en el sentido de que no había sufrido de diabetes antes del diligenciamiento del formulario, habiendo fallecido pocos meses después de otorgado el amparo por esa enfermedad. En este caso se practicaron por parte del asegurador exámenes médicos que sugerían la posibilidad de existencia de diabetes, pero la Corte consideró que como de los mismos no podía colegirse inequívocamente la existencia de la enfermedad, el incumplimiento de la carga del tomador debía entenderse probada.. En cuanto a la sentencia de 19 de Mayo de 1.999 (Expediente 4923) difícilmente podría entenderse como doctrina en el mismo sentido, en la medida de que en ese caso se trató de un seguro de crédito a la exportación en el cual se encontró demostrada igualmente una reticencia del tomador que condujo a la declaratoria de nulidad del contrato.

Es indudable pues, que por estos aspectos, la decisión de la Corte en este caso, no obstante los aportes indudables que hace al análisis de la carga de la declaración del estado del riesgo, suscita como se ya se dijo, algunos reparos que deben ser considerados.

SENTENCIA No. 2

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.
Sentencia de 30 de Septiembre de 2.002
Magistrado ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo.

HECHOS:

- 1.- El remitente destinatario de un despacho mercancías, contrató con una sociedad transportadora su conducción por vía terrestre entre dos localidades del país.
- 2.- El trasportador había contratado una póliza automática de seguro de transporte con una compañía de seguros, en la cual figuraba como tomador y asegurado, y mediante el certificado correspondiente, el despacho en cuestión fue cubierto por la póliza.
- 3.- La mercancía se destruyó completamente en desarrollo de un accidente en el curso del trayecto de transporte.
- 4.- Tanto el remitente destinatario de las mercancías como la trasportadora adelantaron una reclamación directa frente al asegurador con miras al pago del seguro, pero éste objetó los reclamos alegando mala fe del asegurado en la reclamación del siniestro.
- 5.- El remitente destinatario ante la actitud asumida por el asegurador, adelantó una acción ordinaria dirigida tanto contra el trasportador como contra el asegurador, solicitando que se declarara la responsabilidad del primero en la pérdida de las mercancías y el incumplimiento consecuencial del contrato de transporte y se condenara al

asegurador, en desarrollo de la acción directa que como víctima le correspondía al actor, a pagar dentro del límite del valor asegurado en la póliza, los perjuicios correspondientes.

6.- La compañía de seguros propuso excepciones relativas fundamentalmente: a) a la mala fe del asegurado en la formulación del reclamo, con base en las mismas razones que fundamentaron la objeción al reclamo directo. b) La carencia de acción directa en el caso para demandante en razón de no estar la misma contemplada para el seguro de transporte, y c) la terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la garantía a cargo del tomador, consistente en su deber de comunicar al asegurador acerca de todos los despachos de mercancía en los que llegare a tener interés asegurable dentro del periodo de vigencia de la póliza.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

1.- Está legitimado en causa para demandar al asegurador dentro de una póliza de seguro de transporte, por la pérdida de las mercancías transportadas, el dueño de las mismas, cuando el contrato de seguro ha sido tomado por el transportador y éste figura dentro del mismo como asegurado, sin que se haya expresado que el seguro es por cuenta del propietario.? Puede considerarse que el dueño en este caso tiene acción directa contra el asegurador?

2.- El incumplimiento de la garantía contenida en la póliza automática del seguro de transporte, consistente en que el tomador debe notificar al asegurador acerca de todos los despachos de mercancía en los tenga interés asegurable que se produzcan bajo la vigencia de la póliza, tiene la virtualidad de poner fin al contrato de seguro en forma automática?

FALLOS DE INSTANCIA:

El fallo de primera instancia acogió las pretensiones de la demanda, condenó a las demandadas a pagar, a la aseguradora el valor de las mercancías transportadas y a la transportadora el valor de los perjuicios por lucro cesante y el deducible pactado en la póliza de seguro, con intereses moratorios liquidados a partir de la fecha de la sentencia.

El Tribunal de segunda instancia, confirmó el fallo anterior, excepto en la medida en que revocó la condena proferida contra la transportadora, por considerar que por la naturaleza de las mercancías transportadas no cabía condena a lucro cesante.

CONSIDERACIONES DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Luego de precisar que el contrato de seguro de daños puede ser contratado por cualquier persona que tenga interés en que el siniestro no se produzca, por tener alguna relación con la cosa asegurada, establece que con base en lo dispuesto por el artículo 1.124 del Código de Comercio, si quien figura como asegurado en un seguro de transporte de mercancías es el transportador, no dueño de las mercancías, su interés asegurable no puede ser otro que su responsabilidad eventual dentro del marco del contrato de transporte.

Se trata en este caso a juicio del Tribunal nó de un seguro de transporte aunque así se haya dicho en la póliza sino de un seguro de responsabilidad civil del transportador y que

dentro de ese contexto el asegurador debe responder frente a la acción del dueño de las mercancías, debiendo entenderse que en este caso el mismo obró en ejercicio de la acción directa que es propia del seguro de responsabilidad civil, y que, como se sabe, autoriza a la víctima a reclamar judicial o extrajudicialmente al asegurador, así haya sido ajena a la celebración del contrato de seguro.

RECURSO DE CASACIÓN

Para el impugnante, en cambio, el ad quem interpretó erróneamente el artículo 1124 del Código de Comercio, precepto encargado de regular lo atinente al interés asegurable en el seguro de transporte, como quiera que de él dedujo la aplicación de la llamada acción directa, bajo la "...suposición de que el transportador en la celebración del contrato de seguro sobre las mercancías recibidas para su transporte lo que traslada es su responsabilidad", palmario error jurídico que igualmente se predica, en su entender, de los artículos 1040, 1127, 1133, 1080 y 822 del Código de Comercio, y 1602 del Código Civil.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Corte comienza por señalar la naturaleza inequívoca del seguro de transporte como seguro de daños de naturaleza real o de cosas, conforme a la clasificación admitida por el Código Colombiano en su artículo 1.082, circunstancia que lo diferencia nítidamente de los seguros patrimoniales y concretamente del de responsabilidad civil. Luego de señalar que este es el común entendimiento que se tiene históricamente y con la perspectiva del derecho comparado acerca del seguro de transporte, no obstante advierte la Corte:

"Sin embargo, no puede desconocerse que si bien el referido carácter real ha estado presente a lo largo de la historia del seguro de transporte, tampoco es menos cierto que en los últimos lustros, en algunas latitudes, se ha ensanchado -puntualmente- el norte del seguro en cita, conforme lo revela un sector de la dogmática especializada, a la que no ha sido extraña, por lo demás, una que otra legislación -en particular-, ad exemplum, Colombia, como a espacio se resaltará más adelante, en clara muestra del viraje materializado en punto tocante a este seguro, en los albores de la década precedente. "

A continuación, pasa la Corte a referirse al tema del interés asegurable en el contrato de transporte, advirtiendo preliminarmente que este tema fue objeto de modificación legislativa al ser expedido el decreto 01 de 1.990. En este orden de ideas, partiendo de la base del principio establecido en el artículo 1083 del C. de Co conforme al cual: "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", debe quedar claro que el interés asegurable sobre cosas no es privativo de su propietario, sino que simples "tenedores" de las mismas igualmente pueden tenerlo.

Con base en lo anterior continúa la Corte:

"Ello explica que el artículo 1124 del Código de Comercio, reafirmando el señalado aserto, disponga que, "Podrán contratar el seguro de transporte no solo el propietario de la mercancía, sino también todos aquellos que tengan

responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte" (el subrayado es ajeno al texto original).

En consonancia con el contenido de la primera parte de la norma supraindicada, indicativa de que el transportador también puede validamente tomar un seguro de transportes, así no sea el propietario de la mercancía objeto del negocio jurídico respectivo, su apartado final afianza la misma idea, al prescribir que tal contratación podrá darse, en el entendido de que se exprese "... en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de la mercancía".

Si tiene lugar lo primero, esto es que de alguna manera se explicita -o se haga inteligible- que el interés asegurable recae sobre la mercancía, es dable partir de que el seguro tomado por el transportador, por regla, gracias al régimen especial colombiano, tiene un doble cometido: proteger un interés propio y, al mismo tiempo, en forma preferente, a la par que convergente, uno ajeno (seguro por cuenta ajena, art 1042 del C. de Co.), tal y como luego se aludirá, a espacio, dado que en Colombia esta modalidad de contratación, que se opone a la que se realiza por cuenta propia (arts 1037 y 1040 C. de Co.), tiene un radio de acción mayor, al punto que si no se estipula lo contrario, "...el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, con la misma limitación, como estipulación en provecho de tercero" (art 1042, C. de Co).

Si acaece lo segundo, vale decir que se expresó -o convino- que "...el interés asegurado.... es la responsabilidad por el transporte de la mercancía", inicialmente puede entenderse que el seguro de transportes, sin mudar de arquitectura negocial, sirve de vehículo -o si se desea de continente- para incardinar una cobertura de responsabilidad civil originaria.

Así las cosas, no resulta de recibo en el derecho colombiano, por lo menos en la hora de ahora, afirmar que el seguro de transporte posee una estructura unívoca y, por tanto excluyente, que riñe con la asignada al seguro de responsabilidad civil, a pretexto de la naturaleza diversa que, en el pasado, o sea con anterioridad a la reforma del año mil novecientos noventa, ambos tipos asegurativos ostentaban: real y patrimonial, respectivamente.

Lo anterior, en la medida en que, ministerio legis, hoy es viable que en la envoltura de un seguro de transporte, según el caso, se entronicen, separada o conjuntamente, dos seguros de daños: uno que cobije la cosa transportada (seguro de facultad o de la cosa material transportada), como tal de carácter real, y otro que concierna, únicamente, a la responsabilidad del transportador, a su turno, de índole patrimonial -por lo menos en forma meramente abstracta- (art. 1082, C. de Co), pues no es la cosa, en sí misma considerada, la que -recta vía- está expuesta, sino el patrimonio del contratante, o sea del transportador, obligado, según se delineó, a "...conducir de un lugar a otro, por determinado medio....cosas y a entregar estas el destinatario"(art. 981, C. de Co.), hecho que explica que el artículo 982, en lo referente al plexo obligacional, le imponga al transportador de cosas la obligación de "... recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las recibe....". Es el tipo aseguraticio que un sector de la doctrina patria, apellida 'seguro de transporte patrimonial' ().

Expresado en forma más sucinta, se advierte que de cara a la nueva preceptiva imperante, el transportador puede trasladar -figuradamente- riesgos ajenos, con miras a proteger intereses de otro u otros (seguro por cuenta ajena), o también riesgos propios, exclusivamente, emergentes del negocio jurídico celebrado entre las partes contratantes ().

En efecto: el legislador patrio, con arreglo a los dictados de la Ley de Contrato de Seguro española del año 1980, específicamente con el artículo 56, en lo capital, concibió el nuevo texto del artículo 1124 del Código de Comercio, por entero divergente del originario, engastado, 'ab origine', en el ordenamiento mercantil de 1971 (Decreto 410), llamado a gobernar las diferentes formas de extender el certificado de seguro de transporte: nominativa; a la orden, o al portador, así como lo atinente a la cesión de los certificados nominativos. Y lo hizo, empero, agregando algunos vocablos y frases, como ulteriormente se apreciará, sobre todo referidos a la responsabilidad derivada del transporte de la mercancía que, ex profeso, en su momento habían sido eliminadas por el aludido artículo 56, en punto al derogado artículo 434 del Código de Comercio Español.

De consiguiente, el contenido del actual artículo 1124 del C. de Co., es novísimo, como quiera que no existía en la legislación primigenia. Fue entonces el Decreto 01 de 1.990, llamado a introducir "...algunas modificaciones al Código de Comercio, en lo referente al contrato de transporte y al seguro de transporte", el encargado de su factura -ex novo-, para lo cual se cimentó en el prenotado artículo 56 de la normatividad ibérica, a cuyo tenor: "Podrán contratar este seguro no sólo el propietario del vehículo o de las mercancías transportadas, sino también el comisionista de transporte y las agencias de transporte, así como todos los que tengan interés en la conservación de las mercancías, expresando en la póliza el concepto en que se contrata el seguro" (). “

Y concluye a este respecto:

“En síntesis, a raíz de la reforma legislativa patrocinada por el Decreto 01 de 1990, art 46 (art 1124 C. de Co.), en Colombia, hoy es enteramente posible, a la vez que lícito, asegurar a través de una póliza de seguro de transporte (arts 1117, y ss C. de Co.), ora la mercancía - propiamente dicha- (1), ora la responsabilidad del transportador derivada del transporte de aquella (2), en la inteligencia, claro está, de que así se estipule; establezca; fije o determine - de alguna forma fidedigna- por los extremos de la relación asegurativa, vale decir por el tomador y por el asegurador, en un todo de acuerdo, desde luego, con los términos de las condiciones generales y particulares (entramado negocial), objeto de forzoso escrutinio, in extenso.”

Entrando a analizar más en detalle la naturaleza del seguro de transporte cuando este es contratado por el transportador en calidad de tomador -que fue en la que indiscutidamente actuó Intermoving Ltda como transportador en el caso que es objeto de estudio-, la Corte precisa que pueden darse tres hipótesis dentro de las cuáles el transportador puede actuar en esa calidad de tomador: para proteger su interés propio o directo, para proteger el interés de otro, o para proteger el interés propio y el de otro, todo ello conforme a los términos del contrato, advirtiendo a este respecto, no obstante que “...no es aconsejable guiarse única y exclusivamente por lo indicado en la carátula de la póliza, vale decir

si se obra como asegurado y beneficiario, pues en ocasiones el clausulado que la integra, in radice, termina por desmentir dicha categorización -mejor triangulación: tomador, asegurado y beneficiario-, no en pocas oportunidades, es cierto, pasible de yerros o distorsión en la expedición documental.”

Luego de advertir que en los dos últimos casos el contrato de seguro, por lo menos en parte asume el carácter de “seguro por cuenta ajena”, pasa la Corte a señalar algunas características de esta modalidad de seguro, indicando primeramente que se discute conforme a dos tendencias doctrinarias contrarias, si el seguro por cuenta ajena puede coexistir con un seguro por cuenta propia, señalando lo siguiente:

“De acuerdo con la primera de las anunciadas posturas, mediante el seguro por cuenta ajena, está proscrita toda posibilidad de que el tomador, en forma concurrente con el tercero, invista la calidad de asegurado, toda vez que la filosofía que inveteradamente le asiste a esta forma de contratación, precisamente, estriba en la protección o salvaguarda de intereses ajenos, por manera que proteger los propios, por plausible que resulte, no es tarea encomendada al seguro por cuenta, por lo menos en la dimensión o faz contemplada (ajena). Para ello, se afirma, existe el seguro tomado en nombre y por cuenta propia.

Quienes así razonan, claramente rechazan la ampliación del espectro del 'seguro por cuenta', en consideración a que "...si el contratante asegurara su propio interés, no puede hablarse de un seguro por cuenta de otro", de lo que coligen que, "...la validez del seguro por cuenta de otro presupone la carencia de un interés propio del contratante" (tomador) (). No en balde "El seguro por cuenta ajena -se anuncia- es el reverso del seguro por cuenta propia" ().

De conformidad con la segunda postura -que permeó el derecho nacional-, por el contrario, es enteramente posible -amén que lícito- que, con estribo en un seguro por cuenta ajena, se protejan, simultáneamente, el interés del tomador en el contrato, y el del tercero, sin que para ello exista incompatibilidad -insalvable- alguna. Por consiguiente, si el contratante tiene un interés lícito, el recipiente reservado al seguro por cuenta ajena, le servirá para tutelararlo, sin perjuicio de la protección negocial (ex contractu) dispensada al tercero. En este caso, con diferente abolengo, tomador y tercero, serán asegurados, pues si bien es cierto la ratio de esta forma de contratación finca en la salvaguarda de intereses ajenos, ello no se opone, según el caso, a que los del tomador corran idéntica suerte, aun cuando respetando la principalidad del tercero.

Los que así discurren, a su turno, concluyen aseverando que, "...todas las veces que el contratante tenga un interés asegurable, se debe presumir que el seguro por cuenta engloba este interés" (). Por eso es por lo que en el terreno del seguro de transporte, concretamente en la esfera del seguro por cuenta, se estima que éste "...contiene dos seguros: un seguro de cosas para su propietario y un seguro de responsabilidad para su suscriptor" ().”

A pesar de la referida discusión, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1.042 del Código de Comercio Colombiano, la Corte deduce que en Colombia se opta, como ya se dijo, por la segunda tesis, esto es, la que considera posible la coexistencia dentro de la misma póliza de un seguro por cuenta ajena y de un seguro por cuenta propia.

Posteriormente y como otra precisión importante en torno al seguro por cuenta ajena, la Corte señala el hecho de que en este caso el contrato debe expresar con claridad que se trata de un seguro de este tipo, pues, de lo contrario debe considerarse que se trata de un seguro por cuenta propia. Dice la Corte a este respecto:

“Finalmente, en lo que toca con la metodología empleada para la adopción de la figura del llamado seguro por cuenta ajena, resulta oportuno expresar que la Ley Colombiana, ex abundante cautela, subordinó su eficacia a la materialización de un acuerdo interpartes, en forma tal que, in limine, desestimó cualquier presunción -globalizante- al respecto, vale decir que se considere que todo aseguramiento, en sí, es realizado en función o "...por cuenta de un tercero". Es por ello por lo que en el artículo 1040 del C. de Co., enfáticamente, advirtió que, "El seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero", por manera que si no media esta concreta volición, el negocio jurídico, ab origine, se entenderá celebrado al amparo del seguro por cuenta del tomador, volición que no es necesario que aparezca a través de la factura de fórmulas preestablecidas (ritualismo documental), o mediante el diligenciamiento de espacios -o casillas especiales-, dado que lo relevante es que, luego de un reflexivo y cuidadoso proceso hermenéutico, aflore que las partes, in concreto, quisieron separarse del esquema trazado por el referido artículo 1040 del C. de Co, con independencia de la fraseología empleada -o de la no utilizada-, como único criterio interpretativo.

Así deben entenderse las locuciones "...que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero" (el subrayado no pertenece al texto transcrito), como quiera que la aludida expresión - o explicitación- bien puede deducirse del clausulado, in globo. Eso es lo neurálgico. Por ello "No es indispensable que en la póliza se haga uso expreso de la cláusula 'por cuenta de...', ni que se efectúe una declaración categórica del carácter ajeno que reviste el interés para el tomador, porque puede resultar de una interpretación de las circunstancias que rodean el caso y del contenido de las cláusulas del contrato en su conjunto ().”

En tal caso, el transportador fungirá como tomador, de suerte que las obligaciones emanadas del negocio jurídico asegurativo -por regla-, serán de su cargo (v.gr: el pago de la prima), pero los derechos que él dimanar -o puedan dimanar-, tendrán como titular al tercero asegurado, por vía de ejemplo, la prestación asegurada, derivada de la pérdida de la cosa transportada, o de cualquier otro suceso que encuentre asidero en la cobertura otorgada, caracterizada por su amplio espectro (axioma de la universalidad de los riesgos).

Ahora bien, en lo que dice relación con el discutido tópico del interés asegurado en el seguro de transporte, es claro que en el derecho colombiano, como ya se explicitó, el artículo 1042 del Código de Comercio, de indiscutido origen galo, propende por el aseguramiento -o cubrimiento- de dos intereses: el del tomador, propiamente dicho, y el del tercero asegurado, salvo que milite estipulación en contrario emanada de las partes contratantes -la que puede emerger del clausulado mismo-. De allí que, a manera de regla general, en el seguro por cuenta ajena se entiendan tutelados tanto el interés del transportador, como el del tercero, lo que equivale aseverar, en buen romance, que ambos sujetos primigeniamente

adquieren la calidad de asegurados -así éste sea el 'principal'-, con total independencia de que uno de ellos, el primero, funja como tomador, y el otro no.

De no aceptarse el supraindicado aseguramiento por cuenta ajena - a modo de simple posibilidad-, no podría explicarse la intervención del transportador en calidad de tomador, en el evento de no se pretenda salvaguardar un interés propio - o concurrente-. O peor aún, habría que concluir, en contra de acrisolados postulados, que el seguro de transporte, así celebrado, sería ineficaz, justamente por ausencia de interés asegurable del transportador (art. 1045, C. de Co.), so capa de que él no es el dueño de la mercancía que transporta, lo que conspira, además, con el acerado principio de conservación de los negocios jurídicos y, de paso, en el campo hermenéutico, con el contenido del artículo 1620 del Código Civil, el que propende por la interpretación -de una estipulación- que se oriente a producir algún efecto.

Refiriéndose concretamente a la interpretación que debe darse al artículo 1.124 del Código de Comercio, la Corte concluye:

“En Colombia, merced a las voces del nuevo texto del artículo en comentario, el tomador- transportador bien puede actuar por cuenta propia, o por cuenta ajena.

Si obra por cuenta propia, en orden a salvaguardar un interés suyo (naciente de la relación contractual formada -o en formación- con el remitente), se considerará que es un seguro de responsabilidad civil, dado que, ex lege, ello es viable a raíz de la prenotada reforma, así el continente aseguratorio respectivo -independientemente de su real pertinencia- tenga un apellido disímil: de transporte, en alguna medida explicable en función del indiscutido interés jurídico que tiene el transportador en la ejecución del contrato atinente a la mercadería, ni tampoco convertido o mutado (conversión negocial), como quiera que, ab initio, es del linaje en referencia, según se explicó. En este supuesto, el transportador fungirá como tomador, y como asegurado, pero no como beneficiario, pues quien lo será es el damnificado -o la víctima- (art. 1127, C. de Co.).

Si obra por cuenta ajena, en sentido lato -lo cual debe ser acreditado de alguna forma-, pueden darse dos hipótesis, de suyo divergentes. La primera, que el tomador-transportador, en desarrollo de lo plasmado por el artículo 1042 del Código de Comercio, proceda a 'trasladar' -art 1037, C. de Co.- dos riesgos: uno propio (el atinente a su responsabilidad) y otro ajeno (referente a un tercero: dueño de la mercancía, remitente, destinatario, etc), todo como corolario del sistema -amplio- prohijado en Colombia en esta materia, conforme se analizó, diferente al adoptado en otras latitudes -esquema restricto-. Y la segunda, que sólo 'traslade' un riesgo: el ajeno, caso en el cual el seguro por cuenta adquirirá todo su esplendor, en razón de que se entenderá protegido exclusivamente el interés del tercero, el que por ello será el único sujeto asegurado.

A manera de dictum conclusivo, para la Sala es pues meridiano que el transportador que actúa inequívocamente como tomador -y que invista además la auténtica y no nominal calidad de asegurado-, con base en los cánones que disciplinan la materia en el ámbito patrio, puede estar suficiente y cabalmente legitimado para demandar, en el marco de un seguro rotulado - lato sensu- como de

'transporte', al asegurador, con fundamento en la cobertura de responsabilidad civil, expresamente prevista en el colofón del artículo 1124 del Código de Comercio -en su versión ulterior-, independientemente que su pretensión prospere o no, pues para ello, será indispensable evaluar, en su oportunidad, el basamento del derecho sustancial que reclama."

Corresponderá entonces al Juez, conforme a la visión de la Corte, una vez averiguada la voluntad de las partes y aplicando las reglas propias de la interpretación de los contratos, establecer en cada caso si se trata de un seguro de responsabilidad civil del transportador , expedido bajo la forma de una póliza de seguro de transporte, caso en el cual es la víctima del daño como beneficiario el legitimado para reclamar la indemnización al asegurador en desarrollo de la acción directa consagrada en el artículo 1.133 del Código de Comercio, o de un seguro por cuenta ajena en el que se haya asegurado de manera exclusiva o concurrente con el del transportador, el interés asegurado del dueño de las mercancías, caso en el cual es éste en calidad de asegurado esta vez, quien igualmente se encuentra legitimado para formular el reclamo al asegurador.

Descendiendo al caso que se juzga y con las premisas anteriores, la Corte concluye que la sentencia de segunda instancia que es objeto del recurso efectivamente estuvo desacertada, al concluir que el contrato que había servido de base a la demanda incorporaba un seguro de responsabilidad civil del transportador, por cuanto para la Corte la adecuada interpretación del clausulado del contrato conduce inequívocamente a entender que la intención de las partes fue en todo momento formalizar un contrato típico de transporte de mercancías de contenido real, con el objeto de cubrir exclusivamente el interés del dueño de las mismas y no el del transportador en forma exclusiva o concurrente. La Corte destaca los siguientes apartes de la póliza como indicativos de esa clara intención:

"En efecto: Si en puridad se tratara de un arquetípico y paladino seguro de responsabilidad civil, enderezado a "...indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley" (art. 1127, C. de Co), no podría entenderse cómo diversas situaciones, in casu, constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor, susceptibles de liberar in toto al transportador de responsabilidad -por el quiebre del elemento: relación de causalidad-, son justamente objeto de explícita cobertura.

Es lo que sucede, in concreto, con el rayo, con la explosión, con el hurto y hurto calificado, etc, riesgos que, al tenor de la condición tercera de la póliza en cita, en armonía con el principio de la universalidad, ya esbozado (art. 1120, C. de Co.), se entienden cubiertos (letras a y c.) y, por contera, parte integrante del amparo conferido. De allí que invistan la condición de 'riesgos excluibles', rótulo asignado a la condición en examen.

Si ciertamente se entendiera como de responsabilidad civil, es claro que todo hecho que libere al transportador, debería, correlativamente, liberar al asegurador, quien debe la prestación asegurada, única y exclusivamente, en función de la responsabilidad -real- de su asegurado, de suerte que si este responde, aquel responderá, en línea de principio, pero si éste no debe, por el contrario, éste tampoco deberá. No en vano, el débito de la entidad aseguradora, indefectiblemente, está subordinado -o si se prefiere coligado- a la existencia de

responsabilidad de su asegurado, sin la cual no se obliga la suya (dependencia jurídica 'unilateral'), en razón de la existencia de una evidente "...conexión jurídico-económica" ().

Por consiguiente, si el caso fortuito -rectamente entendido-, por vía de referencia, impide que aflore responsabilidad efectiva en cabeza del deudor (art. 1604 C.C.), y específicamente en el transportador (art. 992 C. de Co), dicha circunstancia, por igual, se traduciría en un factor inequívoco que excluiría la del asegurador (efecto reflejo o dominó). Y sabido es, en cambio, que hipótesis constitutivas -ordinariamente- de casos fortuitos, integran el amparo en el seguro de transportes de mercancías tradicional, de amplio espectro, como se acotó, y en particular del seguro contratado, merced a lo dispuesto por las condiciones segunda y tercera, alusivas, en su orden, a los 'riesgos asegurados' y a los 'riesgos excluibles' -que no excluidos, categoría por entero divergente, consignada en la condición cuarta- (), lo que pone de presente que el seguro de transporte -puro- que tiene como cometido brindar cobertura al tercero, titular de la mercancía, se caracteriza por ser más tuitivo que el seguro de responsabilidad civil, que tiene un cometido más concreto, amén de delimitado. He ahí pincelada una de sus puntuales diferencias ().

En este orden de ideas, es claro que la intención de las partes contratantes, de cara a las cláusulas analizadas, trascendió el deseo de asegurar, privativamente, la responsabilidad civil del transportador, lo que explica que amplificaron -o ensancharon- el marco del seguro, permitiendo que supuestos que, por definición legal, exoneran de responsabilidad al deudor- transportador, conformaran el haz de amparos (riesgos asegurados), circunstancia indicativa de que la cobertura contratada, ab origine, recayó en la mercancía -en sí misma considerada-, a manera de unicum negocial, precisamente una de las dos posibilidades enunciadas por el texto del nuevo artículo, 1124 del C. de Co, de lo que es dable inferir, en el campo de la interpretación convencional, que el seguro se instituyó para proteger un interés asegurable distinto al del transportador-tomador: el de un tercero (seguro por cuenta ajena, 'lato sensu'), en el asunto que detiene la atención de la Corte, el del remitente y destinatario, Señor Noe Gucovschi.

Refuerza el prenotado aserto corporativo, un apreciable número de estipulaciones de la póliza en comentario (condiciones generales) que, con las particulares, conforman el entramado contractual, materia de examen por la Corte, el que no puede ser soslayado, sino valorado en conjunto o en forma articulada, tal y como varias veces se ha enfatizado.

Es lo que tiene lugar, ad exemplum, con lo reseñado por la carátula de la póliza No 1124, a cuyo tenor "La presente Póliza asegura contra los riesgos de pérdida o daño material de los bienes, que se produzcan con ocasión del transporte....", estipulación que, derechamente, liga al seguro más con el bien expuesto: la mercancía (efecto directo), que con el patrimonio del transportador (efecto indirecto).

Manifestado de otra manera, en forma diáfana aparece que la voluntad negocial, en forma originaria, se circunscribió a la mercancía, directamente -como era lo propio en el seguro de transporte tradicional, con mayor razón tratándose de un seguro de carácter automático, con todo lo que ello supone en el ámbito jurídico-técnico-, más

que a darle pábulo al aseguramiento de una responsabilidad civil, basada en diferentes factores de atribución.

Otro tanto acontece con diferentes condiciones de la póliza, en las cuales se confirma expresamente la precitada vinculación (condiciones novena, once, dieciséis, dieciocho, entre varias más), elocuentes para entender que lo asegurado, recta vía, fueron cosas o bienes (MERCANCÍAS ENTREGADAS..TALES COMO MENAJES DOMESTICOS.ETC.), los que en rigor, desde un ángulo finalístico, no se protegen en desarrollo de un seguro de responsabilidad, llamado, delantadamente, a resarcir las pérdidas que, en el plano patrimonial, cause el asegurado (art. 1127, C. de Co.). Como bien lo realiza el Profesor italiano Camilo Viterbo, "En el seguro de responsabilidad civil falta, efectivamente, una cosa asegurada". No en balde, por el contrario, esta modalidad aseguraticia "...contempla los riesgos de una actividad, de una situación jurídica, en cuanto puede surgir una responsabilidad del asegurado y, vale decir, pretensiones de terceros con respecto a él " ().

De igual modo, militan estipulaciones que, en adición a lo ya señalado, son demostrativas de la contratación de un seguro de mercaderías por cuenta ajena, tales como la dieciséis (obligaciones del asegurado en caso de siniestro), no sólo por hacer énfasis en la indicada relación directa, consustancial a los seguros reales, sino también por cuanto corrobora que su teleología y arquitectura dista de la asignada al seguro de responsabilidad. No de otra manera podría explicarse como la letra d), impere que, "En caso de siniestro, el asegurado tiene las siguientes obligaciones:.... d) Presentar contra los responsables del siniestro, reclamación escrita por las pérdidas o daños causados a los bienes asegurados, dentro del término prescrito en el contrato de transporte o en la ley". De tal suerte que si fuera un seguro de la aludida tipología, habría que suponer, para que se obligue la responsabilidad de la entidad aseguradora, que el responsable de la floración de los daños ocasionados es el asegurado, lo que impediría, en sana lógica, que se reclamara a sí mismo, supuesto por entero divergente del contemplado en el texto, que presupone una reclamación dirigida a un sujeto disímil (declaración recepticia o dirigida).

Lo mismo podría decirse de la condición dieciocho, atinente al 'pago del siniestro', como quiera que éste se sujetó, entre varios presupuestos, a la entrega de sendos documentos, uno de ellos concerniente al "Cumplido del transportador terrestre con sus respectivas observaciones" (letra f.), lo que reafirma la idea de que el transportador, en particular, no es el sujeto llamado a integrar la calidad de asegurado en esta póliza y, por ende, a tornarse titular del interés que se asegura. ¿Cómo entender, coherentemente, que deba el asegurado en un seguro de responsabilidad civil - que sería en este preciso evento el transportador- solicitarse a sí y ante sí el aducido 'cumplido' ?. (Idéntico comentario se hace extensivo de cara a la letra h) de esta condición). Análoga conclusión se impone, sí se tiene en cuenta que en la condición veintidós de la póliza en cuestión, se consagró la subrogación del asegurador hasta concurrencia del importe pagado, ". en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro", toda vez que dicha figura jurídica, por elementales razones, no tiene cabida en la órbita de un seguro de la responsabilidad civil, el que se cimenta, como su nombre lo revela, en la responsabilidad del asegurado, de suerte que permitir la acción subrogatoria de cara a éste, sería tanto como desdibujar la teleología indemnizatoria que le

asiste al mencionado seguro, plasmada expresamente en el artículo 1127 del Código de Comercio, ya referido

Y por último, también existen algunas cláusulas que, dependiendo de la óptica desde la que se les analice, podrían refrendar la idea de que ellas son propias de un seguro real, y no de un seguro patrimonial, en concreto, uno de responsabilidad, tópico que, en la doctrina, importa memorarlo, ha suscitado -cierta- polémica. La Corte se refiere, especialmente, a las figuras del pago de la indemnización "...en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados o cualquier parte de ellos, a su elección" (condición dieciocho, última parte) y del 'salvamento', en la que se incluyó, *expressis verbis*, el instituto del 'infraseguro'. "El asegurado", reza la estipulación número veintiuno, "participará proporcionalmente en la venta del salvamento neto, teniendo en cuenta el deducible y el infraseguro, cuando hubiera lugar a este último."

No obstante el yerro de la sentencia al haber considerado como de responsabilidad civil del transportador un seguro que a todas luces era seguro de mercancías, dicho yerro no es trascendente para la Corte dado que, como seguro de mercancías, se trata en este caso de un seguro tomado por cuenta del remitente destinatario demandante, así la póliza no lo haya expresado así por lo que la Corte considera un simple error de expedición:

“Con todo, es de observar que como el seguro instrumentado en virtud de la póliza No 1124, fue tomado por el transportador Intermoving en la modalidad por cuenta ajena -en sentido lato-, en orden a proteger los intereses del remitente de la mercancía -y también destinatario-, el Señor Noe Gucovschi-, éste fue el verdadero asegurado, con total independencia de que en la carátula, por un yerro o dislate de expedición, se haya consignado como tal a Intermoving, calidad que no ostentó, dado que como quedó acreditado en líneas anteriores, el único interés que se protegió fue el alusivo a la mercancía, y no el relativo a la responsabilidad, por manera que, a términos del artículo 1042 del Código de Comercio, el 'seguro por cuenta' se encaminó a incardinar una "...estipulación en beneficio de un tercero" frente al asegurador, en este caso, el mencionado Don Noe.

En este orden de ideas, en la esfera procesal, es de tener en cuenta que si bien el demandante no estaba legitimado para demandar en función de un seguro de responsabilidad civil, más específicamente en ejercicio de la acción directa emanada del artículo 1133 del C. de Co. -por las razones ya anotada-, tampoco es menos cierto que, por el sendero del seguro por cuenta ajena, esto es pretextando su condición de asegurado-beneficiario y, por tanto, titular del interés materia del contrato, sí estaría legitimado para vincular a la entidad aseguradora, puesto que quedó establecido que el negocio jurídico aseguraticio se celebró en su interés.

Claro entonces que el recurrente si tenía legitimidad para demandar a Seguros La Andina S.A., aun cuando no enarbolando la calidad de damnificado, para servirse de la acción directa en el marco de un seguro de responsabilidad civil, sino la de tercero-asegurado, por gracia de un seguro contratado por el transportador-Intermoving en función de aquel (seguro por cuenta ajena), el cargo no puede prosperar, habida cuenta de que no se infringió, derechamente, el artículo 1124 del Código de Comercio, según fue denunciado, cuyo recto entendimiento e inteligencia fue precisado con antelación.

En síntesis, en la esfera puramente jurídica -o sea prescindiendo del yerro de valoración anotado-, el Tribunal no erró en la interpretación del artículo 1.124, en atención a que el seguro de responsabilidad civil puede habitar en el interior de un seguro de transporte, según se ha precisado a lo largo de la presente providencia, lo cual, más allá de cualquier juicio de valor -o de reproche a la tarea legislativa-, es lo que se impone desde el año 1990, anualidad en la que se entronizó el contenido del nuevo artículo 1124 del C. de Co. “

De consiguiente, no prospera el cargo.

CARGO PRIMERO.

Este cargo se funda en que a juicio del recurrente el Tribunal habría interpretado erróneamente el artículo 1.061 del Código de Comercio que define el concepto de “garantía” dentro del contrato de seguro, dado que no obstante haberse probado dentro del proceso el incumplimiento de la garantía que obligaba al tomador a notificar al asegurador sobre la totalidad de los despachos de mercancías que se realizaran durante la vigencia del contrato, consideró que dicha garantía no era aplicable al contrato porque, a su juicio la eficiencia de una garantía se circunscribe “...al hecho de tener necesariamente que estar vinculada al elemento riesgo, implicando o una mayor probabilidad de su realización o una mayor peligrosidad”, pues ello sería “cercenar el alcance de la normatividad legal y desconocer la diversidad de elementos que confluyen a la conformación de un contrato de seguro”.

Para el recurrente dicho artículo al establecer que, “La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo,...”, precisamente lo que está estableciendo es que la obligación expresa que se impone al asegurado bien puede referirse o no al elemento riesgo, denotando la integridad del contrato y la diversidad de los elementos que le conforman.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Para decidir sobre este cargo la Corte refiere en primer término algunos antecedentes históricos:

“Los orígenes de la garantía, tal y como en términos generales la concibe el ordenamiento mercantil patrio, se remontan al siglo XVIII en Inglaterra(), particularmente en el campo propio del seguro marítimo. Los bienes asegurados, in illo tempore (carabelas, barcos, mercancías, etc), se encontraban frecuentemente en lugares distantes e inaccesibles y no era posible, por lo tanto, que fueran inspeccionados -de ordinario- por el asegurador. Este, no obstante tal dificultad, expedía la correspondiente póliza, pero quedaba sujeto por entero a la información dada por el asegurado en relación con los elementos y características que servían para determinar, en forma más o menos precisa, el bien o bienes asegurados. Además de tales declaraciones contenidas en la póliza, el asegurado se comprometía a realizar o cumplir con determinada conducta, lato sensu (facere o non facere), que era primordial para el asegurador, v.gr. dotar las naves con determinado número de marineros, o de armas durante las travesías marítimas, etc.

En numerosas ocasiones, las declaraciones dadas al asegurador no eran ciertas o este no cumplía, en forma total o parcial, con la conducta que había prometido realizar a favor de su cocontratante, hecho que llevó a algunos empresarios, desventuradamente, a convertir las pólizas en verdaderas marañas de garantías, en las que, cualquier infracción del asegurado, por leve o intrascendente que fuera, era suficiente para denegar el pago de las indemnizaciones reclamadas por causa o con ocasión de los siniestros, otrora materializados.

Tales circunstancias originaron, entre las partes contratantes, sonados procesos judiciales en los que se determinó jurisprudencialmente el alcance y naturaleza de las afirmaciones efectuadas -ex ante- y, sobre todo, de las promesas concernientes a las conductas futuras a cargo del asegurado y su influencia en torno a la responsabilidad contractual del asegurador. Por cerca de una centuria, así concebidas, las garantías fueron censuradas tanto por Tribunales, doctrinantes e, incluso, por buena parte de los mismos aseguradores, conscientes de la distorsión generada. Con todo, una vez sometidas -mutatis mutandis- a un proceso de catarsis, fueron de nuevo admitidas y utilizadas con frecuencia en el marco del contrato de seguro, tal cual acontece en la actualidad, sin que por ello, ex abundante cautela, no ameriten ser auscultadas, in concreto, conforme a las circunstancias, dado que, in casu, eventualmente pueden traducirse en detonantes de abusos, al punto que, de cara a precisos supuestos, pueden tornarse abusivas las cláusulas que las contengan, con las secuelas que de ello se derivan en la órbita negocial.

A lo anterior hay que agregar que en el desarrollo y evolución del negocio jurídico aseguraticio, un apreciable número de las primeras pólizas pertenecientes a los seguros terrestres, v.gr. las de incendio, fueron suscritas con arreglo a condiciones similares a las que se exigieron en el seguro marítimo.

El Código de Comercio de 1971, como es bien sabido, reguló este instituto en el campo del supraindicado seguro marítimo, en donde ha tenido su aplicación y desarrollo histórico más fecundo (artículos 1715 a 1721), pero de manera singular, a fuer que novísima, la consagró también dentro del título V del libro IV destinado al contrato de seguro terrestre, en los artículos 1061 a 1064.

Luego, pasando al análisis de sus características esenciales, la Corte aborda el tema de su relación con el riesgo, de la siguiente manera:

“4. Puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado, dependiendo de los términos en que haya sido acordada por las partes. En desarrollo del principio de interpretación consagrado en el artículo 28 del C.C., las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, luego, el adjetivo "sustancial", utilizado por el legislador en el artículo 1061 del Código, significa "que constituye lo esencial o más importante de algo" ().

Así, la garantía será sustancial al riesgo si se exige como presupuesto determinante -o basilar- de la asunción de éste por parte del asegurador e, insustancial en caso contrario, en el que podría exigirse, entre otros cometidos, con la confesada y precisa misión de preservar el equilibrio técnico que, respecto de la relación aseguraticia, en línea de principio rector, debe existir entre el riesgo y la prima, sin

que por ello esta exigencia se torne anodina o estéril, como quiera que la ausencia de sustancialidad, de plano, no quiere denotar trivialidad o nimiedad, expresiones de suyo divergentes.

En todo caso, sea o no sustancial, stricto sensu, el asegurador al redactar o concebir los términos de la estipulación de garantía a la que posteriormente adhiere el tomador, debe obrar con sumo cuidado y prudencia, con el fin de que su alcance y contenido, en manera alguna, lesione el acerado postulado de la lealtad contractual (*correttezza*) o genere un desarreglo significativo en torno a los derechos y obligaciones que surgen para las partes en virtud de la celebración del contrato, porque en tales eventos, como se anticipó, la cláusula contentiva de dicha promesa podría tornarse abusiva, en contravía del postulado de la buena fe -objetiva- y, claro está, del ordenamiento jurídico, y de la jurisprudencia que, con ahínco, propenden por su destierro, por entenderla contraria a la "justicia contractual" -en su genuino sentido- y, de paso, transgresora de caros derechos, dignos de tutela, en sede judicial.

Sobre este preciso tópico, ya tuvo oportunidad la Sala de puntualizar que ". en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de "las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas", ejemplo prototípico de las cuales "lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación" (CCXXXI, pág., 746) y que "Lo abusivo -o despótico- en este tipo de cláusulas -que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio -por regla general- para su negociación individual". (Cas. Civ. 2 de Febrero de 2001, Exp. 5670; Vid, igualmente Cas. Civ. 21 de Mayo de 2002, Exp. 7288)

5. Sea o no sustancial, en los términos ya reseñados, debe tener o guardar -alguna- relación con el riesgo(), esto es, con el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario (art. 1054 C. de Co), que es asumido por el asegurador, a voces del artículo 1.037 del estatuto mercantil, puesto que de lo contrario, ello se prestaría para la incubación de abusos y conflictos que, al unísono, eclipsarían la teleología bienhechora de la institución del seguro. Sobre el particular, está de acuerdo la *communis opinio patria*(). Tanto es así que el artículo en comentario, al proclamar la sustancialidad o insustancialidad, lo hace de cara al riesgo, como quiera que éste es el punto de referencia empleado por el legislador vernáculo -en lo pertinente-, lo que denota,

entonces, que en cualquiera de los prenotados supuestos, incluso el de la insustancialidad, el riesgo debe hacer presencia, así sea moderada o sutilmente.

Y es que ciertamente no puede concebirse en el contrato de seguro, in toto, una desconexión plena o absoluta entre la garantía y el riesgo, pues aquella puede ser o determinante en la asunción de aquel por parte del asegurador o bien servir para el mantenimiento cabal del equilibrio técnico, a la par que de la ecuación : riesgo-prima Si ello no fuere así, cumple memorarlo, algunas de las pólizas de seguros podrían ser, como lo fueron en el pasado en el viejo continente, verdaderas "selvas de garantías" -para emplear un descriptivo término utilizado en la doctrina()-, en las que cualquier infracción trivial, intrascendente o irrelevante de parte del tomador, serviría de pretexto al asegurador para no honrar la palabra primigeniamente empeñada, con las letales consecuencias que ello generaría en la vida de la relación comercial y, consiguientemente, en quiebre frontal del arraigado principio de la conservación del negocio jurídico (pervivencia in negotio).

6. Por último, ella debe cumplirse estrictamente. En la Exposición de Motivos del proyecto de 1958, la Comisión redactora claramente expresó que "La garantía sea o no sustancial al riesgo, ha de ser objeto de cumplimiento estricto. La declaración debe ser substancialmente exacta. No siéndolo se afecta la validez misma del contrato. Esto que se predica de la celebración del contrato vale también respecto de su ejecución. El no cumplimiento de la garantía, aunque no sea sustancial al riesgo, significa terminación del contrato, por constituir infracción de las obligaciones o cargas que él origina". (se subraya; op. cit, pag. 562)."

Con las anteriores premisas la Corte pasa a examinar la decisión de instancia, para concluir que si bien el Tribunal no interpretó erróneamente la norma al establecer que la garantía debe tener alguna relación con el riesgo asegurado cualquiera que fuera la naturaleza específica de la garantía, si lo hizo cuando consideró que el incumplimiento de la misma ". debe significar un incremento de probabilidad de ocurrencia del siniestro o del daño que de él dimana. Así lo ha entendido la doctrina y es la interpretación que se acomoda al precepto transcrito y a la esencia teórica de las garantías": "**por cuanto la norma no condiciona la configuración del incumplimiento de la garantía -ni in integrum, ni in partis-, al incremento en la probabilidad de ocurrencia del siniestro como lo entendió el Tribunal, hermenéutica que, por plausible que pudiera resultar, le agrega -o insufla- un condicionante inexistente, no sólo en su contenido actual -de lege data-, sino también respecto de la historia fidedigna de la norma interpretada, aludida precedentemente, en prueba inequívoca de su etiología legislativa.**"

Refiriéndose concretamente a la garantía pactada en el caso en estudio que rezaba: "Esta póliza se expide bajo la garantía de que el asegurado cumplirá con las siguientes obligaciones: a) Aplicar a esta póliza todos sus despachos e informar verazmente acerca de cada uno de ellos"; y que "El incumplimiento de cualquiera de estas garantías dará lugar a la sanciones contempladas en la ley", la Corte expresa:

"A juicio de la Sala, la condición de la póliza sub examine no resulta contraria al postulado de la buena fe, ni al justo equilibrio comercial -criterios tomados en consideración para determinar si una cláusula es o no abusiva, tal y como lo ha precisado en varias ocasiones la Corte-, de suerte que siendo como es una cláusula

válida y, por ende, eficaz, se torna vinculante para los efectos de la terminación de la relación negocial que, con fundamento en el artículo 1061 del C. de Co., invocó oportunamente la compañía aseguradora, a manera de excepción perentoria.

Es más, la información que sobre los despachos de mercancía debe dar el asegurado, conocida universalmente como declaración de alimento o de abono(), armoniza con la arquitectura y con la teleología del seguro contratado, a la par que cumple, entre otros, dos cometidos fundamentales:

a) nutre -o tonifica- el contrato, en lo particular, así como lo hace operante -o dinámico-, y b) permite el establecimiento de la prima que, ministerio legis, debe pagar el tomador.

No sobra recordar, que la "automaticidad" del seguro de transporte() surgió de la vívida necesidad de simplificar -operativamente- la contratación, con miras a celebrar un contrato ". que cubriese anticipada y preventivamente hasta el límite de una suma fijada, los riesgos que corran todas las mercancías que el asegurado reciba o expida."() de suerte que en virtud del aludido negocio jurídico -el que unitariamente existe desde el mismo momento de su celebración-, el asegurador amparará, hasta el límite -máximo- de una suma previamente acordada en el contrato, in futurum, los riesgos de pérdida o daño material de las mercancías transportadas (que le sean reportadas en desarrollo de la declaración de alimento), obligándose el asegurado a declarar, periódicamente -ex post-, los despachos que realice, o aspire realizar.

Incluso, es de tal importancia el "alimento" de las pólizas en referencia, -tanta que en algunos círculos autorales se le apellida como acto necesitado y en otros como acto debido-, que éstas, por regla general, suelen incluir una cláusula -que también figura en la expedida por Seguros la Andina, en la condición 23 -, en la que se contempla la terminación del contrato si no se realizan envíos durante un periodo específico de tiempo, de ordinario seis meses (fatalidad temporal), estipulación que evidencia, en grado superlativo, la misión instrumental que ella reviste en punto tocante con el desenvolvimiento del negocio asegurativo.

La declaración de alimento, además, constituye el fundamento con base en el cual el asegurador expide el "certificado de seguro", cuyo objeto es ".especificar y valorar las mercancías genéricamente señaladas en la póliza" (se subraya), dado que éste, a priori, desconoce específica y pormenorizadamente las características y condiciones de los bienes objeto del transporte unitario o individual, información que puede suministrarse, inclusive, ".después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro"(), a términos de la última parte del nuevo párrafo del artículo 1117 del Código de Comercio, también materia de modificación en el año de 1990 (Decreto Ley 01).

Por último, las prenotadas declaraciones del asegurado (débito informativo o acto debido de carácter recepticio), como se anticipó, sirven además para calcular la prima (comercial), elemento esencial del contrato de seguro (art. 1045 del C. de Co), la que se integra, como es conocido, en atención a sendos componentes básicos: la prima pura, calculada de acuerdo con la naturaleza del seguro, su grado de peligrosidad, etc., llamada por ello: "prima pura de riesgo" y otros adicionales,

huérfanos de relación con el riesgo asegurado, propiamente dicho, que buscan compensar los gastos de administración y de adquisición en que incurre el asegurador, más un margen estimado de utilidad, básicamente.

Con otras palabras, en esta clase de seguros ".la prima queda sometida a un régimen especial. Dada la estructura de esta forma asegurativa, no puede darse una fijación precisa de tal importe en el acto de la conclusión del contrato, sino únicamente una referencia a los valores unitarios de la tarifa general. Esta resulta aplicada cada vez que el asegurador comunica a la compañía cada cargazón en relación al total de veces denunciadas" () (se subraya).

Por consiguiente, si es cierto -como lo es- que la prima del seguro es un elemento íntimamente vinculado con el riesgo, al punto que en función suya, en esencia, ella se calcula, y por ende, se establece, no puede soslayarse que en el caso de autos la garantía otorgada tiene una relación indisoluble con dicho elemento. No en vano, tal y como se indicó anteriormente, el componente de mayor prosapia de la prima es el alusivo a la rotulada 'prima pura del riesgo', lo que devela el anunciado ligamen, necesario, así sea en forma tenue, o remota, según se anotó, a lo que se suma que tal relación existe, también, en punto al objeto de la declaración de abono y el posterior certificado de seguro, enderezado a ".especificar y valorar las mercancías genéricamente señaladas en la póliza", conforme se relató, como quiera que en tales documentos -entre otros fines- se individualizan, detallan y caracterizan los bienes que ampara el asegurador, amparo que se orienta a paliar, inicialmente ". todos los riesgos inherentes al transporte" (art.- 1120, C. de Co), circunstancia que igualmente evidencia, desde esta perspectiva, una férrea vinculación con el riesgo asegurado y, de paso, en lo pertinente, con los restantes elementos esenciales del negocio asegurativo, en la modalidad de seguros de transporte, propiamente dicho. De allí que como lo tiene establecido la doctrina especializada, la mencionada declaración de alimento, ".debe incluir la mención de todas aquellas circunstancias que individualizan el interés asegurado, la gravedad concreta de los riesgos y la extensión de las obligaciones de ambas partes" ().

Habiendo de esta manera la Corte encontrado un evidente error de interpretación tal como lo denunciaba el cargo, la Corte casa la sentencia y absuelve al asegurador.

COMENTARIO:

Esta importante sentencia, pone de presente el pensamiento de la Corte Colombiana, en torno a una materia que ha sido objeto de debate doctrinario nutrido entre nosotros. De por medio está el principio de la relatividad de los contratos, dentro del contexto de una relación compleja como es la derivada del contrato de seguro y de una situación de hecho que es endémica en el mercado colombiano: la de los contratos de seguro de transporte que son tomados por el transportador y no por el dueño de las mercancías.

El caso juzgado es el caso característico y valga la verdad, muchas de las precisiones teóricas que sirven de base preliminar a la sentencia, no obstante su importancia en el orden académico, sobran en la medida en que difícilmente podría ponerse en duda que el transportador puede tomar un seguro de responsabilidad civil y que, aún dentro de una póliza denominada de transporte de mercancías, podría encontrarse un seguro de este

tipo, si del clausulado del contrato se encontrara una intención concordante de las partes en ese sentido.

Pero lo que ocurre normalmente y lo que ocurrió en el caso en estudio, es que el seguro de transporte, con todas sus características propias como seguro esencialmente dirigido a cubrir el interés del dueño de las mercancías, frente a todo tipo de ocurrencias y nó desde luego frente solo a aquellas que implican daños o pérdidas derivados de la responsabilidad del transportador, es tomado por el transportador que se hace figurar también como asegurado en la póliza, mientras que en la misma no expresa que se trata de un seguro por cuenta ajena.

El primer reproche imprescindible que merece una situación de este tipo debe estar dirigido a las propias aseguradoras que, por conocer su negocio, no pueden ignorar que cuando las mercancías transportadas se pierden como consecuencia de un riesgo del transporte, se pierden para su dueño y no para el transportador y que, en consecuencia, por definición, el transportador no puede pretender indemnización alguna por el hecho de esa pérdida. Por lo mismo su figuración como “asegurado” dentro de la póliza, no tratándose de una póliza dirigida explícitamente a cubrir su eventual responsabilidad civil, no puede interpretarse sino como un error de expedición como la Corte acertadamente lo ha entendido. A mi manera de ver es indudable que el asegurador, cuando expide una póliza de seguro de transporte a instancias del transportador, quiere cubrir al dueño de las mercancías cualquiera que él sea, a menos que específicamente cubra el riesgo de pérdida patrimonial del transportador en el evento de que éste resulte ser responsable de la pérdida.

Ahora bien, lo que es importante advertir es que la particularidad de la situación que se produce en este caso, no puede conducir al extremo de quebrar sistemáticamente el principio de la relatividad de los contratos para concluir que en todos los casos en que el asegurado que figura en el contrato de seguro carezca de interés asegurado el seguro deba entenderse como seguro por cuenta del verdadero titular de ese interés cualquiera que este sea.

La doctrina sentada por la Corte en esta sentencia tiene la importancia de observar que, aunque la póliza no diga expresamente que se trata de un seguro por cuenta, puede deducirse que lo es si la intención de las partes resulta inequívoca en ese sentido, caso en el cual no nos podríamos sustraer al hecho de que en la póliza se ha incurrido en un error de expedición que debe ser corregido. Por eso, resulta a mi manera de ver errada la decisión que la Corte ha tomado en sentencia posterior a la que se comenta ³, en la cual, frente a otro caso de una póliza de seguro de transporte en el que la persona que se hizo figurar como tomador y asegurado no fue el transportador sino un familiar del dueño de las mercancías, la Corte consideró que el verdadero dueño podía demandar directamente a la aseguradora, sin citación de la parte que figuró como tomador y asegurado dentro del contrato de seguro y sin solicitar previamente una declaración sobre error en la expedición de la póliza, para que se le reconociera la indemnización por la pérdida de las mercancías transportadas, bajo la consideración de que el artículo 1.040 del Código de Comercio Colombiano establece una presunción de hecho y no de derecho.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de Diciembre de 2.002. Expediente C-6754.

Personalmente no considero que el artículo 1.040 del Código de Comercio tantas veces mencionado en la póliza que se comenta, consagre una presunción; su texto es afirmativo: “El seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero.”. Lo que se pretende con ello es precisamente preservar el principio de la relatividad de los contratos y evitar que cuando una persona tome un seguro sin tener interés asegurable, pueda recibir los efectos del contrato quien no participó en ningún momento en su celebración ni tuvo relación alguna con ella, cuando lo que ha ocurrido en este caso es que en el contrato faltó uno de sus elementos esenciales.

Lo que ocurre es que la póliza ha podido ser mal expedida y no reflejar la verdadera intención de las partes. En ese caso, la solución lógica se da en el plano de la interpretación del contrato y conduce a que se de a la póliza su verdadero contenido y se la haga armónica con la intención de las partes: en otras palabras, que la póliza o el contrato en general exprese lo que realmente ha debido expresar y con ello volvemos al sentido prístino del artículo 1.040 “...toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero...”.

Pero adviértase bien, que ello no supone, como la Corte de cuyo pensamiento respetuosamente me aparto pretende, que sea una mera presunción de hecho que el contrato corresponda al que lo haya contratado, premisa que supondría la posibilidad de que en cualquier caso el verdadero titular del interés asegurable demande directamente al asegurador con la sola presentación de la prueba que acredite ese interés y sin preocuparse de que primero se haga una revisión de los términos en que fue acordado el contrato. Lo que ello supone es que, con citación de todos los intervinientes en el contrato, desde luego con intervención de quienes quedaron finalmente involucrados en la póliza si ésta fue expedida por escrito, se dilucide su real contenido conforme a la voluntad originaria de esos intervinientes y conforme a ello se haga una declaración que debe ser necesariamente previa a cualquier condena, en torno a quién es el que ha contratado el seguro y en qué condición lo hizo y si hubo eventualmente o no, conforme a ello, un error de expedición.

Según lo que se ha visto aquí, esa real intención de las partes y la consiguiente deducción de un error de expedición que debe ser corregido y que debe conducir inequívocamente a que el dueño de las mercancías pueda demandar directamente al asegurador para el cobro de la indemnización, surge claramente en un caso como el que trata la sentencia que se comenta, y la Corte, insisto en ello, lo deduce acertadamente, en la medida en que el asegurador no puede ignorar en un caso como este que el transportador es transportador y no dueño de las mercancías y que obra precisamente en servicio del dueño, por lo cual debe entenderse implícita y clara su intención de cubrir las mercancías en cabeza de su dueño real, independientemente de que pueda en casos excepcionales y en forma expresa limitar el cubrimiento al riesgo patrimonial implícito para el transportador en el contrato de transporte. En este caso, como es obvio, si resuelve utilizar el clausulado clásico de un seguro de transporte tendrá que hacer ajustes notables que singularicen esa limitación.

Pero esa circunstancia particular, no puede por la simple vía de la errada consideración de que el artículo 1.040 del Código de Comercio consagra una presunción, llevar a generalizaciones que rompen abiertamente el principio de la relatividad de los contratos, para que, por fuera de la excepcional figura de la estipulación a favor de otro, cualquiera

pueda beneficiarse de un contrato al que es sustancialmente ajeno, así haya sido formalizado por error de otros.

El antecedente jurisprudencial comentado resulta en consecuencia importante y enriquecedor, si bien la sentencia posterior a la que se ha hecho alusión, supone un extremo que puede considerarse inconveniente, a mi juicio.

ANDRÉS E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ