

La individualización del riesgo en el contrato de seguro marítimo

Carlos Ernesto Quiñones Gómez*

Resumen

El incremento de la actividad marítima comercial ha traído como consecuencia que el seguro marítimo se convierta en un instrumento imprescindible que pretende aminorar los daños derivados de la actividad propia de la navegación.

El riesgo en el seguro marítimo goza de las mismas características de los otros tipos de seguros, pero con connotaciones especiales en cuanto a su individualidad, temporalidad, carácter objetivo y ámbito de aplicación.

Palabras claves: Seguro marítimo.

Abstract

The increase in the marine commerce activity has brought as a consequence that the marine insurance has turned to be an essential instrument that pretends to reduce the damages arising out of the navigation activity.

The risk in the marine insurance holds the same characteristics of the other types of insurance, but with special connotations related to its individuality, temporality, objective character and scope of application.

Keys words: Marine insurance.

Fecha de recepción: 16 de junio de 1998

I. INTRODUCCIÓN

La dinámica inherente a la economía contemporánea ha demostrado, hasta la saciedad, la real importancia del continuo intercambio mercantil entre países pertenecientes o no a un determinado bloque económico. Por ello, se insiste en la necesidad continua de mantener altos niveles de exportación e, inclusive, de importa-

ción, a fin de lograr un equilibrio y un desarrollo acorde con las falencias internas del mercado de cada nación.

El transporte marítimo se convierte, así, en una pieza fundamental del engranaje idóneo para alcanzar tales metas, teniendo en cuenta que es a través de este medio por medio del cual se logra el mayor índice de traslado de mercancías a lo largo y ancho del mundo. Actividad ésta que, dada su importancia, merece una continua y constante protección, teniendo en cuenta la peligrosidad ínsito en su devenir o la cantidad de

* Abogado. Egresado de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. (Dirección: Uninorte, Km 5 vía a Puerto Colombia, Barranquilla, Colombia).

inversión de que constantemente es objeto, habida cuenta el costo de los bienes dedicados a la navegación por mar.

Para aminorar los posibles daños que puedan derivarse de las actividades propias de la navegación, de vieja data, la utilización del contrato de seguro marítimo ha sido imprescindible, no sólo en los países que, como Inglaterra, son de tradición naviera, sino en todos aquellos interesados en el transporte de carga internacional, en la utilización de buques para la recreación o para fines bélicos.

Varios han sido los intentos para definir esta institución propia del mar. Así, para los franceses Ripert y Rubén de Couder¹, el seguro marítimo «*está representado por un contrato mediante el cual una persona (asegurador) se obliga a responder frente a otro (asegurado) y, previo el pago de una suma estipulada, de los riesgos a que quedan expuestos, como consecuencia de la navegación, ciertos objetos específicamente designados en el contrato*». El italiano Vidari, por su parte, lo considera como «*aquel por el cual el asegurador, mediante un pago correspondiente al asegurado, que se llama prima, se obliga a resarcirle los daños que puedan recaer a causa de un determinado siniestro marítimo, sobre una cosa, que el asegurado tiene interés en conservar ilesa*». El argentino Rivarola

simplemente sostiene que es aquel que se contrata entre el asegurador y asegurado en relación con un riesgo marítimo.

La doctrina española, en especial Joaquín Garrigues², lo acepta como «*un contrato por el cual el asegurador, a cambio de la prima que ha de pagarle el asegurado, se obliga a indemnizar a éste, hasta el límite de la suma asegurada, los daños sufridos por el buque o en su cargamento por consecuencia de un riesgo del mar*». Por su parte, Manuel Broseta Pont³ lo define como «*un contrato por el que un asegurador, mediante la percepción de una prima se obliga a indemnizar en la forma y límites pactados los daños que puedan sufrir los intereses a una o varias expediciones marítimas o a las operaciones que le precedan, acompañen o sigan*».

Hemos traído a colación los anteriores acercamientos doctrinales que, en su mayoría, comparten los mismos elementos conceptuales. Dada la inexistencia en nuestro Derecho positivo de la definición de la figura en comento. Sucintamente, el artículo 1.703 de nuestro Código de Comercio hace referencia a los riesgos amparados por el seguro marítimo, y establece como tales los

² *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II. 6ª edición. México, Porrúa, 1981, p. 703 y 704. Hay que advertir que el Código de Comercio Español de 1885 no define este contrato; de allí el esfuerzo doctrinal por acercarse a su noción.

³ En su *Manual de Derecho Mercantil*, citado por OLVERA DE LUNA, Omar. *Manual de Derecho Mercantil*. Buenos Aires, 1982, p. 199.

¹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

inherentes a la navegación marítima, en procura, suponemos, de mantener una completa armonía con el Título V del Libro Cuarto de nuestro actual Régimen Mercantil, que dedica una variada gama de disposiciones normativas del contrato de seguro en general.

Fue precisamente el deseo de obtener una regulación armónica de este tipo de actos jurídicos lo que contribuyó a que se incluyera dentro del Libro Quinto del citado estatuto dedicado al derecho de la navegación. No puede ocultarse el hecho de que, aun cuando el seguro marítimo participa de la naturaleza de los seguros de daños, resultó, finalísticamente hablando, más conveniente relacionarlo con una serie de institutos jurídicos propios del derecho marítimo (expedición marítima, nave, avería gruesa o particular, salvamento, abandono, flete, etc.), habida cuenta que ellos en conjunto no son conceptos disímiles ni derivan en concepciones distintas para quienes se dedican a los menesteres marítimos (armadores, propietarios, transportadores, etc.) o a quienes los protegen (aseguradores)⁴.

Ahora bien, dentro de este especial tipo de actos hay un elemento que juega papel fundamental: el

⁴ En este sentido, BLASSIMONE, Oswaldo. *Pronto pago provisorio en los seguros marítimos*. Buenos Aires, ediciones Novum Forum, 1982, p. 55.

riesgo. Elemento éste que necesita ser abordado con suma precisión para entender su incidencia al interior del contrato. Su individualización es tema de por sí esencial, a fin de percatarnos del real alcance de la responsabilidad de las sujetos parte en el seguro en general, y en el seguro marítimo en especial. A dicho tema dedicaremos las siguientes líneas.

II. NOCIONES PREVIAS

Bien es cierto que en lenguaje común, la palabra «riesgo» se usa de disímiles maneras, refiriéndose, no pocas veces, a un grado de incertidumbre en general, a la misma duda, a la proximidad o posibilidad de un daño o peligro o, en fin, a cualquiera imprevisto o hecho futuro y desafortunado potencialmente idóneo para generar un perjuicio. Precisamente, es ésta la noción que fue trasladada al campo de lo jurídico, no solamente en nuestra legislación comercial, que ya desde el derogado Código de Comercio terrestre de 1887 lo aceptaba, a partir del segundo inciso de su artículo 635, como «*la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida de o deterioro de los objetos asegurados*», o que actualmente, con los cambios operados al interior de la misma institución del seguro, lo concibe, a partir del Decreto-ley 410 de 1971, como «*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario*» (Art. 1054 C. de Co), siguiendo, tal vez, los más

aceptados conceptos académicos⁵ que, de una u otra manera, lo conciben como antecedente primigenio y fundante de la institución del seguro, así como en elemento de su esencia, posiblemente el de mayor importancia y prosapia, habida cuenta de su enorme injerencia en variados ámbitos que, como el técnico, económico o jurídico, tonifican y revitalizan este tipo de actos, así como toda la actividad genérica que de su ejecución se desprende,

⁵ Así, para GASPERONI, la noción de riesgo obedece a «la posibilidad que se verifique un hecho económicamente desventajoso». Para RIVAROLA, desde una óptica más económica, los riesgos son aquellas «(...) contingencias que pueden disminuir o aniquilar un bien». Por otro lado, para HÉRMAD, tal vocablo representa un rol variopinto, habida cuenta que puede significar: «a) pérdida, total o parcial, de la cosa; b) según su valor, considera el grado de probabilidades de que se produzca un hecho, y su importancia; c) según el objeto sobre el que recae el riesgo, se entiende por tal la cosa o la persona; d) y también según el objeto, puede ser determinado o indeterminado: el primero es la eventualidad precisa que afecta objetos más o menos determinados o a cualquiera». Citados por Isaac HALPERIN en su monumental obra titulada *Contrato de Seguro*. Buenos Aires Tipográfica Editora Argentina, 1946, p. 250.

El conocido jurista español Joaquín GARRIGUES estima, por otro lado, que riesgo «es la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial», *op. cit.*, p. 248.

Por otro lado, siguiendo la doctrina generalizada, para los argentinos Rubén y Gabriel STIGLITZ, el riesgo es «la eventualidad de verificarse un acontecimiento incierto», siendo, por tanto, el riesgo asegurable, según estos mismos autores, «la eventualidad que llegue a verificarse el acontecimiento incierto previsto en el contrato de seguro: un acontecimiento susceptible de ocasionar un daño (...) una consecuencia económicamente desventajosa». *Seguro contra la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot Editores, 1991, p. 207.

todo en razón de una consciente necesidad natural de protegernos o proteger nuestro patrimonio ante la posible ocurrencia de una eventualidad lo suficientemente idónea para transformarse en siniestro y perjuicio, respectivamente.

Ahora bien, de lo anterior se infieren consecuencias que en la práctica determinan qué evento, por dañoso que sea, es objeto de amparo asegurativo. Y para tal efecto, la doctrina, así como la legislación contemporánea, ha valorado una serie de elementos o requisitos que ha de reunir el riesgo para ser considerado como asegurable. En primer lugar se exige «la posibilidad de realización del evento», vale decir, que el hecho, por desafortunado que sea, pueda ocurrir, atendiendo, huelga aclarar, a la naturaleza de las cosas y a los principios que orientan la sana lógica y razón, por cuanto si su ocurrencia no es posible, no será más que un elemento «extraño al seguro», según el artículo 1.054 del Código de Comercio Colombiano, o generador de la nulidad del contrato, según el artículo 3° de la ley 17.418 argentina y 551 del Estatuto Mercantil Venezolano.

Asimismo, se exige la incertidumbre del suceso, en el sentido de que su ocurrencia exacta no se conozca o vislumbre, por lo menos, su intensidad y efectos, aunque se sepa que ha de ocurrir o se desconozca. La ignorancia sobre el momento exacto de ocurrencia del hecho, para todo

efecto, es requisito *sine qua non* y no su futuridad como tal, estimamos, al observar la evolución legislativa colombiana, a partir de la ley 35 de 1993 y 389 de 1997.

Su realización fortuita también se requiere, aunque no de manera absoluta, pues es ésta la interpretación que ha de hacerse del artículo 1.054 *ibídem*, cuando en él se indica que el suceso incierto no ha de depender exclusivamente del tomador, del asegurado, o del beneficiario. Ahora bien, es pertinente indicar que, al tenor de la norma citada, para que el riesgo sea asegurable no ha de ser enteramente fortuito, caso en el cual el seguro cumple a cabalidad su función indemnizatoria, ya que es posible el seguro sobre los hechos dolosos (entendidos a partir de la noción de culpa grave contenida en el artículo 63 de nuestro C.C.), e inclusive los culposos, con las limitaciones y exigencias consagradas en el artículo 84 de la ley 45 de 1990.

Por último, el hecho, como riesgo, ha de tener la idoneidad para provocar un daño al bien objeto de amparo y, también, un perjuicio al patrimonio de quien se presenta en la relación contractual como interesado, a fin de dar cumplimiento a la obligación de garantía asumida por el asegurador. Se exige, así las cosas, que el riesgo, una vez convertido en siniestro, tenga la suficiente potencia material para crear un estado de necesidad en el sujeto asegurado o beneficiario, quien, en caso de que

sean la misma persona, ve mermado su acervo patrimonial o la mera expectativa de acrecentarlo, con la consiguiente respuesta del asegurador al ver que, por ministerio de la ley, su obligación de indemnizar, en los términos convenidos y sujeta a condición, deviene, inmediatamente, en actual, pura y simple.

Pues bien, como este ensayo se circunscribe al estudio, por demás sucinto, de los riesgos dentro del contrato de seguro marítimo, y aunque también ameritan un análisis concienzudo por su riqueza conceptual y doctrinal, dejaremos a un lado nociones propias de la institución del riesgo, tal y como lo constituye, de vieja data, su clasificación, agravación y efectos al interior del *sinalagma* contractual, desde el punto de vista técnico y jurídico.

III. LOS RIESGOS OBJETO DE SEGURO MARÍTIMO

SU INDIVIDUALIZACIÓN

Al igual que como sucede en otros tipos asegurativos, en el contrato de seguro marítimo, la compañía aseguradora, ni técnica ni jurídicamente, puede obligarse a responder por todas las pérdidas que sufra el asegurado, sin tener en cuenta su origen, el objeto sobre el que recaigan, el lugar donde se producen o el momento en que sobrevengan. Lo anterior, como puede apenas inferirse, obliga a la necesaria individualización del riesgo, de manera positiva, a partir de

limitaciones impuestas, o de manera negativa, a partir del conocido sistema de exclusiones⁶, ora legal, ora convencional.

Cuatro son los factores más determinantes en la concreta individualización del riesgo que, de frente a la relación jurídica nacida en el seguro marítimo, nos proponemos examinar en adelante, discriminando, precisamente, los riesgos propios de este negocio jurídico. Son ellos:

1. Causal

Que indica, *grosso modo*, que el asegurador se responsabiliza y asume el riesgo, durante la vigencia del contrato, en cuanto «*esté vinculado a una o varias causas debidamente individualizadas*»⁷, a no ser que, tal y como sucede en el seguro marítimo, opere, por vía general, el denominado criterio de la universalidad de los riesgos, principio por demás aceptado ya desde el artículo 410 del derogado Código de Comercio Marítimo de 1887 y hoy ínsito en la redacción, por demás equívoca, del artículo 1.703 de nuestro actual Estatuto Mercantil al disponer que «*son objeto de seguro marítimo todos los riesgos inherentes a la navegación marítima*», e igualmente contemplado en el artículo 666⁸ del Código Comercial

Brasileño, ley 556 del 25 de junio de 1850, en el numeral octavo del artículo 743⁹ del Código de Comercio Español de 1885, en la regla uno¹⁰ del *Marine Insurance Act* de 1906 expedido en Inglaterra, así como en el Código de la Navegación Italiano a partir de su artículo 521.¹¹

Nuestro actual Código de Comercio, decreto 410 de 1971, asume también como riesgos asegurables, atendiendo también a la tendencia mundial del llamado transporte multimodal, aquéllos de naturaleza terrestre, fluvial o aéreo accesorios a la expedición marítima, lo que indica, huelga la aclaración, que en todo caso se requerirá que haya transporte por mar y del cual se consideren accesorios, para todo efecto, los trayectos terrestres, fluviales o aéreos, sean éstos preliminares o complementarios a la expedición marítima.

Así las cosas, varios son, o pueden

seguro marítimo, pelo qual o segurador tomando sobre si a fortuna o riscos do mar, se obriga a indenizar ao segurado da perda ou dano possa sobrevir ao objeto do seguro...

⁹ Consagra dicha norma que «*Podrán ser objeto del seguro marítimo: (...) 8. Todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada.*»

¹⁰ Indica dicha regla que «*A contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the assured, in manner and to the extent thereby agreed, against marine losses, that is to say, the losses incident to marine adventure.*»

¹¹ Dispone dicha norma: «*Sono a carico dell'assicuratore i danni e le perdite che colpiscono le cose assicurate per cagione di tempesta, naufragio, investimento, urto, getto, esplosione, incendio, pirateria, saccheggio ed in genere per tutti gli accidenti della navigazione.*»

⁶ HALPERIN, Isaac. *Lecciones de Seguros*. Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1983, p. 28.

⁷ OSSA, Efrén. *Teoría General del Seguro. El Contrato*. Bogotá, Temis, 1991, p. 110.

⁸ Reza dicho artículo que «*o contrato de*

llegar a ser, según el acuerdo de las partes, los riesgos que, inherentes a la navegación marítima, pueden ser objeto de amparo por el asegurador, tengan éstos su origen en el medio marino, en la misma conducta humana, como bien lo sosteníamos líneas atrás, en aquellas operaciones accesorias a la expedición marítima. Siguiendo un orden metodológico, dichos riesgos los podemos ubicar de la siguiente manera:

A) *Riesgos que tienen su origen en el medio marino*

Como su propia denominación lo indica, éstos tienen su origen en el mar y en su entorno, el cual es capaz de afectar sobremedida el buque, la carga objeto de transporte y hasta la misma tripulación de la nave. Entre los riesgos más representativos de esta especial tipología de riesgos marítimos podemos citar la tempestad, el naufragio, el encallamiento involuntario de la nave, el denominado abordaje fortuito o legítimo y las averías.

- En estricto sentido, la *tempestad* se relaciona y reconoce, usualmente, como una fuerte perturbación atmosférica, acompañada, la mayor de las veces, con vientos y lluvias fuertes, relámpagos y truenos, suficientes, dada su extrema violencia, para dañar el navío y afectar la mercancía transportada en él, por el continuo y permanente contacto con el agua de mar.

- El *naufragio*, por otro lado, consiste en la pérdida de la nave en el mar, manifestada por su hundimiento total, o cuando se voltea y sus restos flotan, o cuando luego de una explosión en su interior, la nave es abandonada por su tripulación, así como cuando encalla y se hunde. Debe tenerse presente en estos supuestos, como bien lo manifiesta Rodrigo Uria¹², que el criterio de distinción de este riesgo asegurable no lo constituye la inmersión total del buque, sino su inservibilidad para navegar por sí mismo luego de presentarse el hecho generador del siniestro. Vale la pena mencionar que la tradición anglosajona identifica tanto la tormenta como el naufragio, entre otros, como los denominados «actos de Dios», acepción ésta que tiende a identificar el siniestro con causas netamente naturales, imprevistas e irresistibles, cuyos efectos dañinos son imposibles de evitar, aun ante la previsión, esfuerzo y cuidado que razonablemente ha de tenerse durante la navegación por mar. Se tratarían, conforme a nuestra orientación legislativa, de hechos fortuitos *erga omnes* (artículo 1º, Ley 85 de 1990), incidentales a la navegación marítima (artículo 1.705 C. de Co.) y suficientes, huelga insistir, para provocar deterioro y daño al bien asegurado o, también, retardar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de un determi-

¹²UTRIA, Rodrigo. *Seguro Marítimo*. Madrid, Bosch, p. 10.

nado contrato de transporte marítimo, con las consecuencias patrimoniales que de ello se pueda derivar.

• *El Abordaje*. Ni en el Código de Comercio Marítimo de 1887, ni mucho menos en el actual Estatuto Mercantil encontramos el concepto, para efectos de la navegación por mar, de esta figura, no obstante ser definida, para efectos de la aviación, como «*toda colisión o interferencia, entre dos o más aeronaves en vuelo o superficie*» (artículo 1.841 C. de Co.). Ahora bien, en tratándose de la navegación, podemos estimar como «abordaje» todo choque violento entre dos o más naves dedicadas a la navegación marítima, ya sea por fuerza mayor o por culpa o dolo de una de ellas, generador de una obligación de indemnizar por los daños ocasionados a los propietarios de los bienes afectados.

Las normas que, sucintamente, regulan esta institución marítima hacen diferencian entre tres tipos o clases de abordaje: 1.- Aquel debido a fuerza mayor o por causa que no sea posible determinar en forma inequívoca, cuyos daños serán soportados por quienes lo hayan sufrido; 2.- El ocurrido por culpa del capitán o de cualquier otro miembro de la tripulación de una de las naves que colisionan y que convierte al capitán, al práctico o cualquier otro miembro de la tripulación que originó el daño en solidariamente responsables con su propietario o armador; 3.- El causado por culpa de los tripulantes de

ambas naves y que origina una repartición por partes iguales de la responsabilidad por los daños ocasionados, en todo caso solidaria ante terceros, en la medida en que no sea posible determinar la incidencia de las culpas en el siniestro acaecido.

• *La Avería*. Constituye una de las instituciones jurídicas más antiguas del Derecho Marítimo, cuyo nutriente teórico, en tratándose de la avería gruesa o común, halla fundamento en la presunta existencia de un vínculo de solidaridad entre todos los interesados en el bienestar y feliz arribo de la expedición marítima¹³. De allí que se considere que todas las partes intervinientes en dicha actividad crean a su alrededor la llamada «comunidad de riesgos», cuyo estado de somnolencia se perpetúa ante la inexistencia de un siniestro marítimo, y que sólo des-

¹³ Varias son las teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica de la figura en estudio: Los romanos, al tratar de explicar cuál era la base jurídica para explicar la obligación de contribuir por avería gruesa o común, fundamentaron su esencia en la acción recíproca que nacía, a cuenta del siniestro, de los cargadores contra el capitán de la expedición y de éste contra ellos; otros admitieron que dicha contribución era una simple aplicación del principio de derecho conocido como enriquecimiento sin causa, por cuanto del acto de avería común se derivaba un empobrecimiento sin causa para algunos de los participantes de la expedición, quienes, en todo caso, podían reclamar el monto de su empobrecimiento por la acción de in rem verso; Georges Ripert, por otro lado, veía en la obligación de contribuir por el acto de avería como una consecuencia de la unión temporal creada entre el dueño del buque y los cargadores, quienes enfrentaban los mismos peligros durante la expedición marítima. Citados por Silvia M. y Graciela PÉREZ MONTERO GOTUSSO. *Derecho Marítimo*. Montevideo, Ediciones Jurídicas.

pierta de su letargo en la medida en que éste se materialice con la idoneidad suficiente para dar origen a un conflicto de intereses entre los partícipes de la actividad navegatoria.

Manifiesta el artículo 1.514 del Código de Comercio que son averías, por regla general, todos los daños que sufra la nave durante la navegación, o las mercancías desde el embarque hasta su desembarque, y todos los gastos extraordinarios e imprevistos que deban efectuarse en beneficio de la nave o de la carga, conjunta o separadamente.

De la anterior definición puede inferirse la necesidad de que los gastos y daños sean consecuencia racional de un acto voluntario tendiente, precisamente, a salvaguardar, de acuerdo con las circunstancias del momento, el resto de intereses que hacen parte de la expedición.

Son dos los tipos de averías que menciona nuestro Código Mercantil y que de acuerdo con la voluntad de las partes intervinientes en el contrato de seguro podrán quedar amparadas como riesgos asegurables. La primera, denominada «Avería gruesa o común» existe sólo cuando *«intencional o razonablemente se hace un sacrificio extraordinario o se incurre en un gasto de la misma índole para la seguridad común, con el fin de preservar de un peligro los bienes comprometidos en la navegación, siendo, como puede verse, requisitos la existencia de un riesgo «conocido y efectivo» que amenace al*

*buque o a su cargamento; la voluntariedad del sacrificio; la finalidad del daño o gasto que según la citada disposición es la seguridad común; el sacrificio real en forma de gasto o de daño que cause la pérdida total o parcial del navío o de la mercancía transportada con sujeción a las leyes y reglamentos o a los usos reconocidos en el comercio y la relación de causa-efecto entre el acto y el daño causado»*¹⁴.

Debe quedar claro que la causa originaria del sacrificio, en este tipo de avería, no necesariamente ha de obedecer a un suceso irresistible o impredecible, sino, por el contrario, dicha causa puede hallar su fuente en la culpa de uno de las partes interesadas en el viaje (así lo expresa nítidamente el artículo 1.520 *ibídem*), con el aliciente de que dicho sujeto habrá, en todo caso, de soportar y responder por el grado de responsabilidad del cual será titular.

El segundo tipo de avería recibe el nombre de «avería particular» y se caracteriza, entre otras cosas, por la ausencia de beneficio común como finalidad del daño o el gasto efec-

¹⁴ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 766 a 768. Brunetti, en clara concordancia con lo anterior, propone como requisitos legales de la institución: « a) un peligro grave; b) que afecte a todas las cosas expuestas a los riesgos de la navegación; c) para los cuales deliberadamente hayan sido ocasionados daños o efectuados desembolsos; d) en relación a la nave, o al cargamento, o bien (cuando se trate de gastos) a ambos; e) y al objeto de preservar los intereses, sobre los cuales recaiga el peligro, de un daño más grave » En: *Derecho Marítimo Privado*. Barcelona, Urgel, 1950, p. 46.

tuado sobre la nave o su cargamento. Nuestro Estatuto Mercantil la define en su artículo 1.529 como aquellos «daños o pérdidas de que sean objeto la nave o la carga, por fuerza mayor o caso fortuito, por vicio propio o por hecho de terceros y los gastos extraordinarios e imprevistos efectuados en beneficio exclusivo de una u otra persona». Por lo que el propietario de la cosa que dio lugar al gasto o recibió el daño ha de soportar este tipo de sacrificio, en aplicación del conocido principio *res perit domino*.

Hay que anotar que ante la decisión adoptada por el legislador de 1971, consistente en abandonar la enunciación de los casos que podían considerarse como avería común o particular, como bien lo hacían los artículos 282 y s.s. del Código de Comercio Marítimo de 1887, o como en la actualidad lo hace el artículo 808 del Estatuto Mercantil Español, será tarea fundamental del intérprete determinar, con suma precisión, si en determinado caso existe o no avería y de qué tipo, habida cuenta las consecuencias tan disímiles que se desprenden de una u otra, y que incidirán, de ser aceptadas como riesgo asegurable, en la forma en que el asegurador podrá ejercer, si así lo desea, el derecho de subrogación según el artículo 1.096 del C. de Co., luego de cancelar la indemnización acordada, puesto que en el caso de avería común, el asegurado cuyo bien ha sido dañado en pro del beneficio común, tendrá derecho a su resarcimiento por el asegurador,

quien, entonces, podría perseguir al propietario o armador de la nave, así como a los demás cargadores, para que contribuyan de conformidad con lo acordado.

B) Riesgos que se originan en la conducta humana

En éstos, la voluntad del hombre juega un papel imprescindible para crear el estado de riesgo o para generar el siniestro objeto de amparo asegurativo. A continuación reseñamos los más característicos:

- La Guerra. La posibilidad de que una nave marítima, ya sea beligerante o neutral, sea objeto de agresión no es cosa del pasado. Por ello el Código de Comercio Colombiano lo incluye como un riesgo susceptible de ser asegurado, contrariamente a como lo hacen otras legislaciones, que no los incluyen dentro de aquellos objeto de seguro marítimo¹⁵. La guerra y sus riesgos, para efectos del seguro marítimo, suele no limitarse a la concepción que de ella tiene el Derecho Internacional Público, vale decir, «como aquella lucha armada entre Estados, que tiene por objeto hacer prevalecer un punto de vista político»¹⁶, sino que usualmente se

¹⁵ Como, por ejemplo, lo hace el Código de Comercio Español, al no incluirlo dentro de la enunciación que hace el artículo 755 de los riesgos que originan la obligación de indemnización del asegurador marítimo.

¹⁶ ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Barcelona, Ariel, 1966, p. 541.

extiende a toda situación de violencia equiparable a la guerra misma por sus efectos nocivos, como es el caso de las denominadas guerras civiles o de los movimientos revolucionarios o subversivos, frente a los cuales el poder público se ve obligado a emplear medios de fuerza y coerción similares a los que utilizaría en estado de guerra, tal y como sucede en el caso colombiano.

- *Arribada Forzosa.* Entendida como la entrada necesaria de una nave a un puerto distinto del de su destino, debido a un hecho fortuito inevitable, caso en el cual se identificará como *legítima*, o a la conducta culpable o dolosa del capitán de la nave, supuesto éste que permitirá denominarla como *ilegítima*.

Es evidente que la arribada forzosa es causa de gastos extraordinarios. De allí que el artículo 1.542 del C. de Co. estipule que los gastos de arribada forzosa provenientes de hechos que constituyen averías comunes o particulares se registrarán por lo dispuesto en las normas que reglamentan estas figuras; salvo el caso de *avería común*, causada por arribada ilegítima, la cual será responsabilidad del armador, sin perjuicio de su derecho de repetir contra la persona que haya causado la avería.

En cuanto a los gastos causados a los cargadores, la legitimidad de la arribada determina el grado de responsabilidad por daños y perjuicios.

Siendo solidaria entre el armador y el capitán de la nave, en caso de arribada ilegítima, así como de la demora injustificada en la continuación del viaje respectivo una vez haya cesado la arribada forzosa.

Como se ve, en uno u otro supuesto se requiere, para que el acto pueda reconocerse como arribada forzosa, que la nave arribe, valga la redundancia, a un lugar no previsto en el viaje, en el permiso de zarpe (art 1540 C. de Co.) y que dicha arribada sea consecuencia directa de una necesidad o circunstancia extraordinaria, no tomada en cuenta por el capitán al momento del zarpe o desde el puerto de origen del navío.

- *Barateria.* La cual hace referencia a todo acto o toda omisión proveniente del capitán o de la tripulación de la nave, en desmedro del armador, cargador o de los aseguradores.

Nuestro Estatuto Mercantil hace referencia a esta figura a partir de su artículo 1.609, cuando exonera al transportador marítimo por los daños o pérdidas que provengan de la denominada *culpa náutica* del capitán, del práctico o del personal destinado por el transportador a la navegación.

A diferencia de lo que acontece con otras legislaciones¹⁷, nuestro

¹⁷ Es el caso del Código de Comercio Español que a partir de su artículo 756 establece que «No responderán los aseguradores de los daños y perjuicios

Código de Comercio considera a la baratería como riesgo objeto de seguro, cuando prevé que el asegurador será responsable de las pérdidas que tengan como causa un peligro cubierto por el seguro, aunque se origine en la conducta dolosa o culposa del capitán o de la tripulación (Art. 1.730).

C) Riesgos que tienen su origen en operaciones accesorias a la expedición marítima

El Código de Comercio hace extensible la responsabilidad del asegurador, si a bien tiene, a aquellos riesgos terrestres, fluviales o aéreos, siempre y cuando tengan carácter de accesorio con respecto a una expedición marítima. Se exige, como atrás comentábamos, que las actividades terrestres, fluviales o aéreas, de las cuales se desprendan riesgos, sean preliminares o complementarias, pero en todo caso accesorias, a la expedición por mar. Ello tal vez con el agravante de que dichas actividades hayan de ejecutarse, en lo máximo, para obtener la finalidad perseguida con la expedición.

Estimamos que la cobertura a dichos riesgos, a los provenientes de las actividades accesorias a la expedición, necesita, en todo caso, pactarse expresamente en la póliza, puesto

que sobrevengan a las cosas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes, aunque no se hallan excluido en la póliza: ...5°. Baratería de patrón, a no ser que fuera objeto de seguro».

que no otra sería la interpretación que habría que dársele a la expresión «El contrato de seguro marítimo podrá hacerse extensivo a...», contenida en el segundo inciso del artículo 1.703 del C. de Co.

D) Riesgos excluidos legalmente

Los cuales constituyen excepciones que la ley hace al principio de universalidad de los riesgos que orienta este tipo de actos jurídicos. Los riesgos más representativos de esta clasificación son: 1° Los emanados del dolo o la culpa grave del tomador, el asegurado o el beneficiario (art. 1.730 C. de Co.); 2° Aquellos que tengan como causa una demora, aunque ésta, a su vez, haya sido ocasionada por un peligro cubierto por el seguro (art. 1.731 C. de Co.); 3° Todos los daños originados por filtración, rotura, uso o desgaste ordinarios, no por vicio propio o de la naturaleza de la cosa asegurada, ni por pérdida que tenga su causa en la acción de roedores, insectos y gusanos, ni por daños de la maquinaria que no tengan su causa en peligros marítimos (art. 1.732 C. de Co.).

E) El llamado riesgo putativo

Sin duda, disertar acerca de la noción del llamado riesgo putativo o riesgo de buenas o malas noticias, como prefieren llamarlo algunos, no es tarea fácil, máxime cuando se tiene en cuenta que sobre dicha noción descansa toda una amalgama doctrinal y legislativa que ha tendido, no pocas

veces, a reducirlo a exótico vestigio o a figura preñada de encomiable razón histórica.

Como comentábamos, aceptamos que en tratándose del contrato de seguro, la eventualidad, conocida como riesgo, no ha de ir aparejada siempre de una incertidumbre hacia el futuro. La necesidad de protección del tomador o asegurado fluye con igual intensidad sobre un suceso, también incierto y potencialmente destructivo, acaecido o no en el pasado. Claro está, siempre y cuando su desconocimiento absoluto y la buena fe de las partes llamadas a intervenir en el acto estén siempre presentes. Por ello, no en vano consideremos que es la vigencia de la incertidumbre, ora objetiva, ora subjetiva, lo que mantiene con vida, en igual forma, la necesidad de protección asegurativa.

Sobre tal entendido es como resulta procedente actualmente en nuestro país, como ha sucedido en el pasado¹⁸, la asegurabilidad del

¹⁸ En ese sentido, encontramos, por vía de ejemplo, el artículo 422 del Código de Comercio de 1887 que, refiriéndose a la intitulada forma interna del seguro marítimo, indicaba que «Es de ningún valor el seguro contratado con posterioridad a la cesación de los riesgos, si al tiempo de formar la póliza el asegurado o su mandatario tuviere conocimiento de la pérdida de los objetos asegurados, o el asegurador en su fecha de arribo» (bastardillas fuera de texto). En igual forma, el artículo 423 *ibidem*, cuyo tenor literal, que limitaremos a los dos primeros incisos, era como sigue a continuación: «Se presume de derecho el conocimiento del asegurador o asegurado, sin

llamado riesgo putativo, primeramente limitada al llamado seguro marítimo, hoy en día extendida, por obra de la ley 35 de 1993, a los llamados riesgos financieros, y gracias a la ley 389 de 1997, a otros tipos asegurativos, como el denominado seguro de manejo y el no poco conocido seguro de responsabilidad civil. Tendencia legislativa que, en nuestro sentir, sólo conduce a confirmar que la futuriedad, hoy por hoy, no constituye un presupuesto fundamental, *sine qua non*, del llamado riesgo asegurable¹⁹.

perjuicio de otras pruebas, si computados ocho kilómetros por hora resultare que desde el sitio de arribo o pérdida de la nave, o desde el paraje donde se haya tenido la primera noticia, pudo ésta llegar al lugar del contrato antes de firmada la póliza (...) Esta presunción no tendrá lugar cuando la póliza exprese que el seguro se celebra sobre buenas o malas noticias».

¹⁹ Opinión, empero, que no es de recibo para otros estudiosos del tema: así, el maestro Efrén OSSA, quien considera que «futuro e incierto son, pues, las notas características que debe de revestir un hecho para que pueda asumir la naturaleza del riesgo conforme a la ley». En: *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá, Editorial Temis, 1991, p. 95). Criterio plenamente compartido por el profesor Saúl FLORES ENCISO, para quien «(...) en el momento en que el seguro es tomado, necesariamente el riesgo no debe haberse realizado, debe ser incierta su realización y, además, no puede depender exclusivamente de la voluntad del tomador, como claramente lo dice la norma que lo define. Pero, así como el hecho debe ser futuro e incierto, también debe ser posible...» En: *Estudios de Derecho Comercial. El contrato de Seguro*. Bogotá, Editorial Derecho y Ley, 1982, p. 148.

Por otro lado, nuestro máximo tribunal de justicia ordinaria, sala de casación civil, en sentencia del 5 de septiembre de 1988 se pronunció en igual o similar sentido que los citados doctriantes al sostener que «Los hechos ya acontecidos por ser ciertos y, por ende, no ser futuros, ya no entrañan riesgo asegurable de conformidad con la ley».

Así las cosas, el llamado riesgo putativo se particularizará no por la ausencia de incertidumbre, sino por que ésta no puede ser prevista objetivamente, habida cuenta que su presencia se halla íntimamente unida a la conciencia de los contratantes, quienes, por diferentes circunstancias, no pueden tener certeza acerca del estado real del bien objeto de seguro, lo cual los motiva, en buena fe, a intentar protegerlo no sólo hacia el futuro, sino en igual forma hacia el pasado, valga aclarar, a través de una cobertura asegurativa que se retrotrae hasta la misma fecha en que el tomador o asegurado recibió las últimas noticias sobre la suerte de su patrimonio, razón por la cual se estima que es aquél quien efectivamente delimita, *prima facie*, los efectos jurídicos de protección a que se compromete el asegurador.

Lo anterior, repetimos, a título de nota característica de la figura bajo examen, la cual, en honor a la verdad, sólo es redefinida, al interior de la regulación del ya citado seguro marítimo, a través del artículo 1.706 de nuestro universo comercial bajo la premisa de que este tipo de riesgos

es aquel que «(...) sólo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador, bien sea porque ya haya ocurrido el siniestro o bien porque ya se haya registrado en feliz arribo de la nave en el momento de celebrar el contrato».

Este riesgo tiene particularidades propias. Al punto que convierte el contrato de seguro que lo ampara en un acto típicamente retroactivo, dada la posibilidad de que la obligación indemnizatoria del asegurador produzca efectos con base en un hecho pretérito y no futuro. De allí que la ley exija la ignorancia de las partes con respecto a la ocurrencia del siniestro y sancione la mala fe del tomador o asegurado con la pérdida total de la prima, y la mala fe del asegurador con la obligación de devolver doblado el importe de aquélla.

Debe tenerse claridad que este tipo de riesgos no es por sí un hecho generador del siniestro, sino una categoría jurídica, cuya inclusión en el seguro marítimo es plausible. Y que en sí es capaz de manifestarse en los riesgos asegurables atrás relacionados.

2. Temporal

Que nos indicará bajo qué lapso el asegurador asume la transferencia de los riesgos que debería soportar el asegurado. Coincide, en la mayoría de los casos, con el término material del seguro marítimo. Y en nues-

El ya citado profesor ibérico Joaquín Garrigues anota que en el contrato de seguro «La incertidumbre es generalmente objetiva porque la mayor parte de los contratos de seguros se pactan para el futuro. Pero puede ser también subjetiva cuando el seguro se pacta para el pasado. Objetivamente el hecho se habrá producido o no en el pasado, pero si los interesados lo ignoran habrá incertidumbre subjetiva y con ello basta». En: *Contrato de seguro terrestre*. Madrid, Aguirre, 1982, p. 13.

tra legislación se determina de acuerdo con la naturaleza y clase de póliza expedida por la compañía aseguradora. Así, si la póliza expedida es de viaje, en la cual no se pactó nada al respecto, el asegurador responderá por todos los riesgos que puedan presentarse sobre la nave, desde el momento en que se inicia el embarque de las mercancías o, en su defecto, de la carga, desde el momento en que ésta sale del puerto de partida hasta el momento en que quede fondeada o atracada en el puerto de destino, o a la terminación del descargue, en cuanto éste ocurra a más tardar dentro de los diez días siguientes a la llegada de la nave, si hay lugar a desembarque de mercancías. Por el contrario, sobre los riesgos que puedan presentarse y afectar la carga, la garantía sobre la mercancía, objeto de un contrato de transporte marítimo, cubriría desde el momento en que ésta queda a cargo del transportador marítimo en el lugar de origen hasta el momento en que es puesta a disposición de su destinatario o consignatario en el lugar de destino.

Empero, si la póliza expedida es de las llamadas de tiempo, la asunción de los riesgos sobre la nave comenzará a correr desde y hasta el momento pactado en ésta. Y si la expiración del seguro se produjere en el curso del viaje, dicha póliza se prorrogará hasta el momento en que la nave haya quedado fondeada o atracada en el puerto de destino, lo cual da, como resulta justo pensarlo,

el derecho al asegurador, por obvias razones económicas, a exigir una prima adicional, que se computaría de acuerdo con la tasa original y en proporción al término de duración de la prórroga.

3. Objetiva

Por medio de este criterio, el asegurador se obliga a responder patrimonialmente al asegurado o beneficiario, por cuanto asumió un riesgo o riesgos vinculados de manera directa al interés sobre una cosa determinada, «*sea porque la pérdida o daño de ella (atribuible al riesgo causalmente individualizado) haya de constituir un detrimento patrimonial del asegurado (seguro real), o porque pueda dar origen a su responsabilidad civil contractual o extracontractual*»²⁰. En este sentido, en tratándose del contrato de seguro marítimo, el interés asegurable recae, muchas veces, sobre bienes u objetos destinados a la navegación o que participan en ella debido a actividades que, como el transporte marítimo, exponen dichos bienes a los riesgos propios del de este medio, como lo serían la nave o buque, la carga transportada y el flete o precio que se acostumbra pagar en el transporte marítimo de mercancías.

- **Seguro sobre el interés de la nave.** Se entiende por «nave», de acuerdo con el artículo 1.432 de nuestro Código de Comercio, «*toda construc-*

²⁰ OSSA, Efrén, *op. cit.*, p. 112.

ción principal independiente, idónea para la navegación y destinada a ella cualquiera que sea su sistema de propulsión». Noción ésta muy semejante a la expuesta por Brunetti²¹, en la que se acumulan una serie de requisitos concurrentes y acordes con la actividad que esta clase de bienes están llamados a realizar: su flotabilidad, su capacidad de desplazamiento en los espacios marítimos y su posibilidad de movimiento con medios propios, así como su actitud para el transporte de cosas y personas. Ahora bien, teniendo en cuenta lo preceptuado por el art. 1.435 del Código Mercantil Colombiano, es conveniente aclarar, para fines estrictamente teóricos, que el seguro sobre la nave recae en un concepto jurídico de tipo compuesto que encuentra aval en la denominada «universalidad mueble de hecho» y que encuentra en la adopción de un criterio legal, cual es el de «adscripción a la nave», su manifestación más próxima.

En efecto, así todo cuanto esté adscrito al buque o nave, en su carácter de principal o accesorio (entendiendo por tal los aparejos y utensilios destinados permanentemente al servicio de la nave e indispensable para su utilización, los documentos de abordaje o repuestos y las provisiones que constituyen la reserva

constante y necesaria del buque) estará cubierto ante la amenaza de los riesgos inherentes a la navegación marítima. Esto nos indica el radical abandono a la tradición legislativa adoptada por el Código de Comercio Marítimo de 1887, en el cual, aun cuando se aseguraba de manera genérica la nave, el seguro no comprendía sino los objetos expresados en la póliza respectiva. Finalmente, el artículo 1.709 del actual Código de Comercio, en concordancia con todo lo hasta aquí dicho, establece que el valor asegurable sobre la nave se determina teniendo en cuenta su valor, lo que incluye sus accesorios a la fecha de iniciación del seguro, y deja a las partes la libertad de incorporar en el valor asegurable los costos de armamento o aprovisionamiento de la nave.

• **Seguro en el interés sobre la carga transportada.** La carga o mercancía transportada también constituye un bien objeto de amparo del seguro marítimo, teniendo en cuenta el valor de la misma. No sobra anotar que el legislador de 1971, en este aparte, optó por abandonar la regulación que estableció a partir de la ley 27 de 1888, la cual disponía en su artículo 8° la forma de establecer el valor asegurable de un determinado cargamento, cual sería el valor de la mercancía al tiempo de ser embarcada en el lugar que esta operación se verificará. Obviamente, incluyendo los gastos ocasionados hasta colocarla a bordo y el costo del seguro, salvo estipulación en contrario.

²¹ BRUNETTI, A. «Derecho Marítimo Italiano», citado por FARIÑA, Francisco *Derecho Comercial Marítimo*, Tomo I. Barcelona, Bosch, p. 80.

Y en este mismo sentido, el art. 10° de la citada ley agregaba que «*la utilidad imaginaria o la comisión no se consideraba incluida en el seguro de mercadería sino cuando estuviere estipulado expresamente en la póliza: en este caso si se hubiera declarado un valor asegurable sin expresar qué proporción de tal valor representaba la utilidad imaginaria o sino se hubiese declarado valor asegurable se consideraba asegurado como utilidad imaginaria el 10% del valor declarado o del valor asegurable según el caso. Lo propio sucede respecto a la comisión con la modificación sin embargo de sustituir al 10% en 2%*». El actual Código estipula sencillamente que el valor asegurable de las mercancías se determinará ya no con base en el costo de ellas en el lugar de origen, sino con base en el costo de ellas en su lugar de destino, adicionándole a éste un porcentaje que convengan las partes intervinientes por concepto de lucro cesante.

• **Seguro sobre el interés del flete.** El flete, como se sabe, es el precio que se paga por el alquiler de un medio de transporte, especialmente un barco, por la carga que ha de transportar²². Según el artículo 1.707 C de Co., tiene interés asegurable sobre éste la persona que lo anticipa.

En el transporte marítimo adquiere real y verdadera importancia por que representa una ganancia que

puede verse afectada en la medida en que se materialice un riesgo marítimo. Y según este orden de ideas es como ha de comprenderse la función resarcitoria sobre este tipo de intereses, habida cuenta que posibilitará completar al naviero o armador la garantía que le ofrece el seguro sobre la nave, puesto que si los riesgos a que está sometida la embarcación se transforman en siniestro, no sólo el naviero sufrirá la pérdida o el daño de la nave sino que, en la medida en que ésta esté siendo utilizada para el transporte marítimo, sufrirá la pérdida del flete, salvo que éste se haya ganado bajo todo evento.

4. Local

Que atiende al hecho innegable de que la garantía sólo es aplicable cuando la necesidad es ocasionada por un siniestro ocurrido en determinado lugar. Este aspecto estará íntimamente ligado a lo contractualmente expresado en la póliza y a la extensión de la responsabilidad del asegurador de acuerdo con el tipo de actividades que piensa realizar el asegurado. En todo caso, habrá de recordarse que estamos frente a un seguro de naturaleza dinámico, en el cual los intereses asegurables son móviles, ya sea por un tiempo determinado o por determinado trayecto, durante los cuales, en todo caso, se entenderán asegurados en la medida en que se ajusten a lo acordado. Si el transportador, por mera voluntad y sin motivo alguno, utilizó una ruta marítima no cubierta por la póliza,

²² Diccionario Esencial Santillana de la Lengua, p. 534.

será obvio pensar que las consecuencias nefastas, en caso de siniestro, no recaerán sobre la cabeza del asegurador. Así, cuando en la póliza se haya especificado el puerto de partida y la nave zarpa de uno distinto, los riesgos no correrá por cuenta del asegurador, ni tampoco cuando en la póliza se haya estipulado el puerto de destino y la nave zarpe con des-

tinio a uno distinto. También se sanciona con la terminación del contrato toda variación voluntaria del destino de la nave, una vez iniciado el viaje, así como toda desviación que se haga de la ruta usual o acostumbrada para llegar al puerto de destino, en caso de que no se hubiere expresado en la póliza la ruta que seguiría la nave durante su trayecto.

4. Local

Que durante el hecho navegable de que la garantía de responsabilidad cubre de la necesidad es necesaria por cualquier otro motivo o circunstancia. En este aspecto está limitado el lugar. Así respecto a esta limitación, respecto a la cobertura de responsabilidad en la póliza y a la extensión de la responsabilidad del asegurado de acuerdo con el tipo de actividad que tiene realizar el asegurado. En todo caso, habrá de recordarse que estamos frente a un seguro de naturaleza diversa con el cual los intereses asegurados son móviles, ya sea por un tiempo determinado o por determinado espacio, durante los cuales, en todo caso, se encuentran asegurados en los límites en que se ajustan a la actividad y transportados por una embarcación o un medio alguno, aunque una vez concluido no cobren por la póliza.