

Laudo Arbitral

Giovanni Rodríguez Medina

v.

Seguros Tequendama S.A.

Junio 2 de 1992

## **Acta 17**

### **Tribunal de Arbitramento**

Santafé de Bogotá, 2 de junio de 1992.

En Santafé de Bogotá, a los dos (2) días del mes de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.) se reunieron en la sede del tribunal los árbitros doctores Luis Fernando Sanmiguel, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jorge Suescún Melo, con asistencia del secretario del tribunal doctor Alfredo Holguín Pombo, con el objeto de proferir el laudo que ha de decidir las cuestiones planteadas por las partes en el documento de compromiso que suscribieron el 20 de agosto de 1991.

Asistieron además, los señores apoderados, doctores Álvaro Yañez Peñaranda y Javier Tamayo Jaramillo.

La presente decisión se dicta dentro del término legal correspondiente, y según fue solicitado, se pronuncia en derecho.

### **Laudo arbitral**

Santafé de Bogotá, dos (2) de junio de mil novecientos noventa y dos.

### **Introducción**

El 24 de mayo de 1991 el entonces apoderado del señor Giovanni Rodríguez Medina, doctor Mauricio Bazzani Pedraza formuló, por escrito una reclamación ante la Compañía de Seguros Tequendama S.A. por el pago de la póliza de casco y maquinaria, 20006, que debía amparar a la motonave “Margarita” de propiedad de la sociedad Costa Azul de la cual era accionista el señor Rodríguez Medina; esta reclamación tenía como base el hundimiento de la referida motonave en el mar Caribe cuando se encontraba navegando entre la República Dominicana y Cartagena o Barranquilla.

El siniestro se presentó en la noche del 2 de marzo de 1991 y la tripulación fue salvada por dos embarcaciones que pasaron alrededor de 12 horas más tarde. La compañía de Seguros Tequendama contestó, por escrito de fecha 20 de junio de 1991 en comunicación suscrita por el doctor Enrique Ordóñez Noriega, presidente de la entidad. La carta de la compañía aseguradora, relaciona una serie de motivos por los cuales considera que no puede pagar el valor de la póliza y termina así: “Fundamentándonos en los hechos anteriores lamentamos comunicarle que nos vemos precisados a objetar la reclamación presentada a nombre del señor Giovanni Rodríguez Medina, en relación con la pérdida de la motonave “Margarita”, negando en consecuencia el pago de la indemnización respectiva, quedando por ello esta aseguradora legalmente relevada de toda responsabilidad frente a tal suceso”.

La póliza 20006 contenía en su artículo vigesimooctavo esta estipulación: “El asegurado y Seguros Tequendama S.A. convienen en someter a un Tribunal de Arbitramento constituido en Bogotá, de acuerdo con el Código de Comercio de Colombia, cualquier duda o diferencia que pudieran ocurrir en la ejecución de este contrato y a no intentar demanda o acción alguna de otra naturaleza mientras de común acuerdo no se haya resuelto prescindir del juicio arbitral. Así mismo, queda establecido que en materia de asignación de árbitros se seguirán las reglas señaladas en el artículo 9º del Decreto 2279 de 1989 y normas concordantes.

Este tribunal deberá constituirse a más tardar noventa (90) días después de presentada la reclamación aparejada de

los documentos que exija la póliza y el fallo se debe producir fundado en principios técnicos; en lo no previsto en esta cláusula se aplicarán las normas de Código de Comercio Colombiano”.

Al momento de presentarse el diferendo las partes no se pusieron de acuerdo sobre la operancia de esta cláusula, como consta en las declaraciones de sus apoderados durante el proceso arbitral. Para darle solución a este problema jurídico resolvieron suscribir un documento especial de compromiso de arbitramento, fechado el 20 de agosto de 1991 y firmado por el doctor Enrique Ordóñez Noriega, representante legal de Seguros Tequendama S.A. y por el doctor Álvaro Yañez Peñaranda, apoderado del señor Giovanni Rodríguez Medina.

En el referido documento de compromiso de arbitraje las partes convinieron:

“1. Someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las referencias surgidas en relación con la póliza 20006 expedida por la compañía de Seguros Tequendama S.A. en la cual figura como tomador, beneficiario y asegurado el señor Giovanni Rodríguez Medina, con motivo de la reclamación formulada por este mediante escrito enviado a la compañía de seguros el 24 de mayo de 1991 y contestado por la compañía el 20 de junio de 1991.

2. La controversia consiste en las posiciones expresadas por las partes en los escritos mencionados, los cuales se presentarán al tribunal en la oportunidad legal.

3. Las partes han acordado los siguientes profesionales especializados para integrar el tribunal:

— Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

— Doctor Jorge Suescún Melo.

— Doctor Luis Fernando Danmiguel.

El fallo será proferido en derecho”.

El día 3 del mes de octubre de 1991 se procedió a instalar el Tribunal de Arbitramento con la asistencia de los árbitros designados y de las partes. Integrado así el tribunal, se procedió a nombrar presidente del mismo, que recayó en el doctor Luis Fernando Sanmiguel, quien aceptó la nominación; y tomó posesión del cargo.

Acto seguido, el tribunal por unanimidad nombró como secretario del mismo al doctor Alfredo Holguín Pombo quien, estando presente, aceptó el cargo y tomó posesión ante el presidente.

En la misma audiencia el tribunal profirió un auto en cumplimiento del artículo 2018 del Código de Comercio.

Estimando la cuantía del litigio en trescientos cuarenta millones de pesos (\$ 340.000.000) y, con base en este, se fijaron las sumas que por concepto de honorarios le corresponderán a los árbitros y al secretario, así como los gastos de administración y funcionamiento del tribunal. Se cumplieron, además, las normas legales referentes a honorarios y gastos.

El tribunal fijó, dentro del mismo auto, como lugar para su funcionamiento las oficinas de “Lleras, Caicedo, Suescún y Asociados” ubicadas en el cuarto piso del edificio distinguido con el número 74-08 de la carrera 9ª de Santafé de Bogotá.

Por la circunstancia de que el señor Giovanni Rodríguez Medina ya había allegado al tribunal el poder para que lo representara el doctor Álvaro Yañez Peñaranda, dentro del auto se reconoció la personería de este profesional.

La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 20 de agosto de 1991 y estuvieron presentes además de los árbitros y del secretario, los doctores Álvaro Yañez Peñaranda en representación del señor Giovanni Rodríguez Medina y el doctor Javier Tamayo Jaramillo apoderado de Seguros Tequendama S.A. Durante esta primera audiencia de trámite el tribunal profirió un auto en el que se resumieron las disposiciones tomadas durante la audiencia de instalación y se terminó manifestando que: “El tribunal así constituido, tomando en consideración los hechos anteriores, estima que se trata de una controversia susceptible de transacción y que no hay duda sobre la capacidad de las partes, por cuyas razones,

## RESUELVE:

1. Asumir el conocimiento y el trámite procesal de las diferencias surgidas entre las partes, conforme a la designación que se hace de las mismas en el punto primero del presente auto.

Esta providencia fue suscrita por los tres árbitros y el secretario.

Durante la reunión el doctor Javier Tamayo Jaramillo presentó el poder de Seguros Tequendama S.A. suscrito por el doctor Hernando Gómez Duque, representante legal de la mencionada compañía.

El tribunal reconoció la personería del doctor Tamayo Jaramillo.

Por la secretaría se dio lectura al documento de compromiso.

### **Las pretensiones**

El apoderado de la parte demandante doctor Álvaro Yañez Peñaranda procedió a entregar al tribunal el escrito contentivo de sus puntos de vista y de las pretensiones de su representado.

“1. Las pretensiones consisten en que se ordene a Seguros Tequendama S.A. a pagar a mi representado, señor Giovanni Rodríguez Medina, la cantidad de doscientos ochenta millones de pesos (\$ 280.000.000) más sus intereses moratorios desde el día 11 de abril de 1991, hasta cuando el pago se realice”.

“2. Se ordene a Seguros Tequendama S.A. a pagar a mi poderdante, Giovanni Rodríguez Medina, las costas del proceso y los honorarios de abogado”.

Son hechos de la demanda:

“1. A finales de 1990, los propietarios de la motonave “Margarita” iniciaron las gestiones ante la sociedad Seguros Tequendama S.A. para obtener de la firma aseguradora la expedición de una póliza de seguro de casco y maquinaria que amparara un eventual siniestro de la mencionada motonave.

2. Sobre este particular, el doctor Carlos Antonio Espinosa P. secretario general de Seguros S.A. dirigió el 21 de diciembre de 1990 a los interesados en el seguro, la cotización correspondiente a la póliza solicitada.

3. En el lapso comprendido entre el mes de diciembre de 1990 y el mes de febrero de 1991, la compañía aseguradora, Seguros Tequendama, y los propietarios de la motonave “Margarita”, cumplieron con los requisitos necesarios para el otorgamiento del seguro.

4. El 10 de febrero de 1991 los propietarios de la motonave “Margarita” remiten a Seguros Tequendama S.A. todos los certificados solicitados por la aseguradora.

5. Frente a un requerimiento de los propietarios de la nave, Seguros Tequendama envió comunicación escrita el 5 de marzo de 1991, confirmando que la motonave “Margarita” se encontraba amparada bajo póliza de casco desde el 11 de febrero de 1991 con los siguientes amparos:

— Casco: \$ 280.000.000 (doscientos ochenta millones).

— Responsabilidad civil: \$ 20.000.000 (veinte millones).

6. El 7 de marzo de 1991 Seguros Tequendama S.A. entregó a mi cliente la póliza 20006 “seguro de casco y maquinaria” a las que se refería la comunicación del 5 de marzo.

7. De acuerdo con el informe rendido por el capitán Héctor Marino Stubbs, capitán de la motonave “Margarita”, el día 6 de marzo de 1991, la Margarita naufragó el día 2 de marzo a las 6:45 en el mar Caribe. Toda la tripulación evacuó la nave en dos balsas con cinco (5) personas cada una, la balsa que ocupaba el capitán y otras cuatro personas fue rescatada por a embarcación Melina Two, el día 4 de marzo en las horas de la tarde.

8. Tan pronto conocieron los propietarios la ocurrencia del siniestro, dieron aviso a los corredores de seguros que habían tramitado el seguro quienes, a su vez, informaron a Seguros Tequendama el 11 de marzo de 1991.

9. Recibidos los documentos del caso mi cliente presentó la respectiva reclamación a la compañía Seguros Tequendama S.A. el día 24 de mayo de 1991.

10. Mediante comunicación de junio 20 de 1991 Seguros Tequendama S.A. negó el pago del seguro de acuerdo con los argumentos allí expuestos.

11. En documento de compromiso suscrito entre el representante legal de Seguros Tequendama S.A. y el apoderado del asegurado, se convino en someter las diferencias surgidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designando de común acuerdo la terna de árbitros que deberá fallar este caso.

12. Pago prima. Mi poderdante pagó la prima según lo convenido”. En su escrito el doctor Yañez Peñaranda indica que: “en la cláusula 28 de la póliza de seguros se estipuló el arbitramento para decidir las dudas o diferencias en la ejecución del contrato, cláusula que fue confirmada en el documento de compromiso suscrito por las partes el 20 de agosto de 1991, modificando únicamente el fundamento del fallo el cual será en derecho y señalando que las diferencias surgidas entre las partes estaban contenidas en la reclamación de pago y en la respuesta dada por la compañía aseguradora”. En su escrito el apoderado de la parte demandante resume el problema así:

“a) Mi poderdante confiado en la existencia de un seguro que amparaba la motonave “Margarita” —en cumplimiento de las formalidades del Código de Comercio— una vez enterado del siniestro, presentó la reclamación correspondiente adjuntando los documentos que, de conformidad con la ley, son necesarios para tramitar el pago del seguro ...”, y

“b) La compañía, contestó negando el pago por:”

“1. Inexistencia del amparo provisional que podía desprenderse de la carta enviada por la compañía el 5 de marzo de 1991”.

“2. Irretroactividad de la póliza. Sostiene la compañía aseguradora que, habiendo sido expedida la póliza el 7 de marzo, ella no puede tener efecto retroactivo al 11 de febrero de 1991, fecha consagrada por la misma aseguradora, tanto en la carta del 5 de marzo, como en la póliza misma”.

“3. Ineficacia del contrato. Del análisis que hizo la compañía en su comunicación, concluyó que, de acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, el contrato celebrado con mi cliente no reúne los requisitos exigidos por la ley y que, por tanto, es inexistente. Acepta”:

“— Que hubo pago de la prima.

— Obligación condicional del asegurador”.

“En cuanto al riesgo asegurable descalifica la calidad de futuro e incierto del siniestro sucedido a la motonave, por cuanto el naufragio ocurrió el día 2 y la póliza fue entregada el día 7”.

“La comunicación aludida explica que tampoco se configuró el riesgo putativo contemplado en el artículo 1.706 del Código de Comercio, en virtud del conocimiento que supuestamente tuvo del siniestro la firma Codonave el día 4 de marzo de 1991”.

“— La aseguradora desconoce el interés asegurable del señor Giovanni Rodríguez, accionista mayoritario y presidente de Navíos Costa Azul Internacional, propietario de la motonave “Margarita” puesto que de acuerdo con la carta aquí comentada el señor Rodríguez no resulta afectado en su patrimonio por el naufragio de la motonave asegurada a pesar de ser el accionista mayoritario y presidente de Navíos Costa Azul Internacional”.

“4. Se objeta el pago de la ausencia de condiciones de navegabilidad de la nave asegurada, alegando fallas graves en la estiba de la carga”.

“5. Concluye la carta de Seguros Tequendama objetando el pago por supuesta innavegabilidad de la nave —falta de certificados que faciliten la vigencia de la clasificación y la patente de la nave y culpa grave del asegurado—”.

En lo relativo a los puntos de derecho, el doctor Yañez Peñaranda plantea que: “El tribunal debe entonces, decidir si existe responsabilidad de parte de la compañía aseguradora por el manejo dado al negocio en la etapa precontractual, y como consecuencia de esa responsabilidad, el reclamante Giovanni Rodríguez tenga derecho a la indemnización correspondiente”.

Con referencia al desarrollo de este proceso, el doctor Yañez Peñaranda agrega textualmente: ... “cuando se trata de dictar una sentencia sobre la responsabilidad que le cabe a las partes en este tipo de contratos, el juzgador no puede limitar su análisis al estudio de la póliza únicamente si no a toda la situación globalmente considerada, es decir, la etapa precontractual, contractual y postcontractual”.

Únicamente así pueden llegar los jueces al fin último de los tribunales como es de aplicar la ley con transparencia absoluta y con justicia total. Continúa, más adelante, el apoderado de la parte demandante expresando ... “Refiriéndonos expresamente a las numerosas razones que manifiesta la compañía para no pagar, encontramos que, en su totalidad, ellas debieron ser evaluadas y examinadas por la aseguradora en la etapa precontractual y no lo hizo.

“a) ¿Debía conocer o no la compañía que la carta expedida el 5 de marzo llenaba o no los requisitos de un amparo provisional?”;

“b) ¿Pueden los directivos de una aseguradora tener una posición jurídica al autorizar una póliza con vigencia retroactiva y luego argumentar que esa retroactividad es ilegal?”, y

“c) Existencia de riesgo asegurable. En la etapa precontractual, hubo conciencia en las partes contractuales sobre los elementos esenciales del seguro, a saber:

a) Interés asegurable;

b) Riesgo asegurable;

c) Prima o precio del seguro, y

d) Obligación condicional del asegurador”.

1. Con referencia al interés asegurable, el doctor Yañez Peñaranda indica que: “... resulta evidente que mi poderdante en este caso como socio mayoritario y presidente de la compañía naviera propietaria de la motonave resultó afectado en su patrimonio por el siniestro sufrido por la motonave “Margarita”, pretender que eso no es así es “tapar el sol con las manos”.

Con relación al riesgo asegurable, el doctor Yañez, luego de disposición jurídica, pregunta que: “Si el asegurador observó en la etapa precontractual que la motonave no era asegurable, ¿por qué lo hizo? Si libre y espontáneamente previo el examen de las circunstancias de hecho y las inspecciones de rigor, la compañía optó por consentir en el seguro era por que en su leal saber y entender encontró que se cumplían las situaciones requeridas desde el punto de vista fáctico y legal para asumir el riesgo. Esto, naturalmente, genera unas consecuencias que desde el punto de vista jurídico se denominan derechos y obligaciones para ambas partes”.

Y continúa: “realizando el acuerdo de voluntades, surgen a la vida jurídica las responsabilidades y las consecuencias para ambas partes, así el documento, la hoja de papel con los signos impresos, no se haya redactado por cualquier motivo. Ese documento material será un elemento de prueba y de solemnización del contrato mismo, pero no un factor imprescindible para ubicar las responsabilidades y las obligaciones de las partes involucradas en el acuerdo de voluntades. Esta posición corresponde, no a un capricho de la parte reclamante en este proceso, ni a un prurito innovador, aventurado de los modernos tribunales sino a una sana aplicación de las normas que rigen los aspectos contractuales, sean estos de índole civil o mercantil”. Para sustentar lo anterior el apoderado de la parte demandante cita normas aplicables, entre otras el artículo 863, el artículo 871 del Código de Comercio y los

artículos 1618 y 1624 del Código Civil. Cita el doctor Yañez, en su apoyo doctrinas de la Corte Suprema de Justicia.

## 2. Irretroactividad de la póliza

Explica el doctor Yañez Peñaranda que la compañía aseguradora:

— “Ateniéndose a las disposiciones de la ley mercantil, aclara que ni la carta del 5 de marzo, ni la póliza expedida el 7 de marzo, pueden tener efecto retroactivo al 11 de febrero de 1991. Esto es inobjetable y es una confesión de la mala fe con la que procedió la aseguradora en la etapa precontractual, la anterior al perfeccionamiento del contrato”. Luego de variada argumentación el doctor Yañez Peñaranda concluye, con respecto a la irretroactividad de la póliza, que ... “en aceptación de esta verdad la aseguradora consagró la fecha del 11 de febrero de 1991 como la de comienzo de vigencia del seguro porque, para este instante, el asegurado había llenado la totalidad de los requerimientos hechos por Seguros Tequendama para asumir el riesgo; la aseguradora había analizado la viabilidad fáctica y jurídica de la solicitud y había concluido en aceptar el riesgo, quedando formado así el acuerdo de voluntades. Faltaba, claro está, un detalle que no podía escapar a la sapiencia jurídica de la aseguradora: la expedición de la póliza que fue demorada de manera injustificada, demora (sic) que se trató de compensar haciéndole creer al asegurado que podía navegar tranquilo porque existía una póliza que lo amparaba desde el 11 de febrero. Esto, obviamente no era cierto”.

## 3. Ineficacia del contrato

En este punto de su memorial el doctor Yañez Peñaranda se pregunta: ... “Si en la etapa precontractual se concluyó que el solicitante sí tenía interés asegurable, ¿cómo aducir olímpicamente después de ese interés no existe?”

“Si se le hizo creer al asegurado que podía navegar tranquilo porque su motonave cubierta y amparada contra el riesgo desde el 11 de febrero de 1991, ¿cómo argumentar después que eso es absolutamente ineficaz?”. Más adelante el doctor Yañez manifiesta: ... “Pero, la cuestión de que la compañía aseguradora desconozca la eficacia de la póliza —por causas atribuibles exclusivamente a la misma aseguradora— debe discutirse y definirse en el plano precontractual para ubicar la responsabilidad que le cabe a Seguros Tequendama S.A. por sus actos y omisiones en esa etapa”. El apoderado de la parte demandante concluye así:

“1. Existe la plena prueba e la realización de conversaciones, contactos verbales y escritos, entre mi cliente Giovanni Rodríguez y Seguros Tequendama S.A. iniciados en el mes de diciembre de 1990 encaminados a obtener un seguro para amparar la motonave “Margarita”.

“2. La motonave “Margarita es de propiedad de la sociedad Navíos Costa Azul Internacional ...

“3. El señor Giovanni Rodríguez es el presidente y accionista mayoritario de Navíos Costa Azul Internacional”.

“4. Suponiendo que las conversaciones y acuerdo de voluntades habían culminado, satisfactoriamente con la celebración de un contrato de seguro mi poderdante operó normalmente la motonave “Margarita”.

“5. La motonave “Margarita naufragó en aguas del Caribe el día 2 de marzo de 1991. El hecho de la ocurrencia del siniestro es aceptado por la aseguradora y no está en discusión su veracidad”.

“6. Desde el 10 de febrero mi poderdante llenó la totalidad de las exigencias hechas por la aseguradora para perfeccionar el contrato de seguro”.

“7. El día 7 de marzo de 1991, la compañía expidió la póliza estipulando que tenía vigencia desde el 11 de febrero, fecha en la que, como se dice en el punto anterior, se habían cumplido los requisitos para perfeccionar el contrato”. Con referencia a este punto, relativo a la ineficacia del contrato el apoderado de la parte demandante resume las bases precontractuales de su demanda así:

“¿Qué motivos ocasionaron la demora de la compañía aseguradora en la expedición y entrega de la póliza hasta el 7 de marzo de 1991? Nadie lo sabe, ni ellos lo han explicado. Lo único cierto, lo que aparece claro para quien, de manera imparcial analice lo acaecido, es que Seguros Tequendama S.A. de manera injustificada demoró la

expedición y entrega de la póliza contratada, colocando al eventual asegurado en una situación abiertamente desventajosa. Mas no fue solo esa la culpa grave de la aseguradora. Fue el hacer creer al solicitante del seguro que se encontraba asegurado desde el 11 de febrero y que, en consecuencia, podía sacar su motonave a alta mar”.

Termina la exposición escrita del doctor Álvaro Yañez Peñaranda manifestando: ... “Y en el haber querido el asegurador hacer creer al solicitante del seguro que ya estaba asegurado, solo se constituye en un agravante más de su responsabilidad por la mala fe y por culpa grave en la etapa previa a la celebración del contrato que no puede tener una consecuencia diferente a la de obligar a la aseguradora a responder, como lo dispone el artículo 863 del Código de Comercio por los perjuicios causados que no son otros que las indemnizaciones consagradas a favor de mi poderdante en la póliza expedida tardíamente por Seguros Tequendama S.A. y cuyo cobro ha sido objeto imposible por objeciones hechas por la aseguradora alegando sus propias fallas en la etapa precontractual”.

Termina el apoderado de la parte demandante solicitando se tengan como pruebas documentos en original y algunos en fotocopia simple.

## **Cuantía**

Posteriormente, el doctor Sanmiguel manifestó que, como el punto del orden del día incluye además de las pretensiones de las partes, la estimación de la cuantía del negocio, los árbitros desean de las partes su definición en forma clara e inequívoca.

El doctor Yañez expresó que estimaba el valor de la reclamación en \$ 280.000.000 (doscientos ochenta millones) que es lo que su cliente dejó de percibir por concepto del seguro que la compañía objetó; las pretensiones son esas mismas, más el valor de los costos y honorarios del proceso.

(...).

Dentro de la misma audiencia, le correspondió exponer sus puntos de vista al abogado doctor Javier Tamayo Jaramillo, apoderado de la parte demandada quien, manifestó: “Yo creo, honorables árbitros, que hay una primera cuestión a resolver: sorprendentemente el asegurado plantea todas sus pretensiones, no sobre la responsabilidad contractual, basado en un contrato de seguro, sino sobre la base de la responsabilidad extracontractual ... y, si ello es así, este tribunal pura y simplemente no tiene competencia para actuar. Porque el compromiso está hecho sobre la base de un contrato de seguro, y no sobre la base de relaciones excontractuales; de manera que si son las relaciones precontractuales o extracontractuales, el tribunal carece de competencia y nos vamos a la justicia ordinaria; ... Lo segundo es que si así el tribunal se declare competente eso me obliga a plantear una cosa que no había aducido inicialmente y que es que hay una indebida acumulación de responsabilidades, cosa que está completamente prohibida en la legislación colombiana. El asegurado está con una escopeta de regadera argumentando unas veces la responsabilidad contractual y otras la precontractual; quienes medianamente ya han trasegado por el campo de la responsabilidad civil saben que no se pueden traer al mismo tiempo la responsabilidad contractual y la extracontractual; o sea a estas alturas Seguros Tequendama no sabe de qué defenderse?, si de una responsabilidad contractual o de una extracontractual; esto me parece gravísimo para el asegurado, no para la compañía aseguradora”; ... “ha de quedar absolutamente claro y demostrado, señores árbitros, que absolutamente en ningún momento hasta cuando se solicitó la póliza, el 7 de marzo de 1991, el asegurado jamás entregó la documentación que se pidió; y por eso pido que se demuestre, que deben tener copia al carbón de la documentación que dicen haber entregado a la compañía aseguradora, y si esa documentación no existe, de una vez anticipo que voy a iniciar una acción penal por falsedad documental y por mentiras que le están metiendo a este tribunal, no hablando del distinguido apoderado de la parte asegurada; porque es que hay una carta donde afirman que desde el 10 de febrero le enviaron a la compañía aseguradora todos los documentos que eran necesarios para expedir la póliza, yo le pido a los honorables árbitros que se le exija al asegurado que exhiba esa documentación, porque esa documentación no existe; y voy a demostrar también, hasta la saciedad, que en múltiples oportunidades, no pocas oportunidades, el asegurado por medio de sus intermediarios o sus representantes, llamaba: Por favor sosténgame la cotización. Además, deseo expresar una cosa honorables árbitros sobre asuntos que llaman la atención: La motonave se siniestra el 2 de marzo de 1991, Codonave es una compañía que funciona en la República Dominicana, que es el agente marítimo, y a las 12:17 minutos le envía urgente un fax a los representantes del asegurado en Bogotá; estamos hablando de un 4 de marzo, y al otro día, llega la señorita

Diana Patricia Giraldo a la compañía aseguradora y manifestó: “Necesito que me expidan de carrera la póliza; una póliza que durante más de un mes —desde el mes de diciembre— estaba en trámite y, para que se vea que no es cierto, como lo afirma el distinguido apoderado de la parte asegurada, que la póliza se había solicitado con anterioridad y que se habían entregado todos los documentos, es que el asegurado no tenía interés en tomar esa póliza desde el 10 de diciembre cuando pidió la cotización; esto por una razón muy elemental y simple: El barco estaba en muelle en reparaciones ... La verdad es que ese barco estuvo cuatro meses en reparaciones, salió, zarpó y en ese su primer viaje se hundió ... cuando al día siguiente aparece el corredor de seguros ante la compañía aseguradora y manifestó que le necesitaba que le expidieran esa póliza y ya; allí se le contestó que lo lamentaban mucho pero, que la persona que expide las pólizas estaba dictando una conferencia; pidió se le informara en qué lugar se hallaba para ir por él; así fue, lo sacaron de la conferencia y lo trajeron. Dicho señor de carrera, no es abogado, expidió la póliza y el corredor de seguros afirmó: Ese riesgo existe desde el 11 de febrero y la póliza fue expedida con fecha como lo solicitó el corredor, y para que se vea cómo siguen las mentiras en este proceso: Resulta que el agente marítimo, ese mismo 4 le envió a los representantes del asegurado, de aquí, un fax: “Favor informar al dueño de la nave que esta se hundió”. Estamos hablando de un 4 de marzo. Ya el 5 aparecen a tomar la póliza; después se dan cuenta que al suministrar la documentación habían dicho que era una nave de placer, pero, resulta que realmente era una nave de carga, entonces, el 11 de marzo aparecen solicitando que se le cambie la destinación a la nave como si todavía no conocieran el siniestro ... Pero, curiosamente, el mismo 11 de marzo la corredora Diana Patricia Giraldo en una forma lacónica y sospechosa se limita a decir: “De acuerdo a información recibida del asegurado Giovanni Rodríguez Medina les avisamos sobre un siniestro ocurrido a la nave de la referencia; próximamente les estaremos suministrando más información al respecto”. El doctor Javier Tamayo, durante su exposición manifestó: “Por la atención del tribunal sobre un punto especial: Para nadie es un secreto que en materias marítimas existe el riesgo putativo, que es la creencia de que la motonave existe el día en que se toma el seguro puede que el barco se haya hundido con anticipación —pero ha de tenerse en claro que el riesgo putativo supone la ignorancia de que el daño se produjo—. Y más adelante manifestó: Resulta que el 28 de febrero el barco sale del dique seco para iniciar el viaje en que se hundió; no cabía ninguna duda que entre el 11 y el 28 de febrero el barco existía, existió y nunca se dañó. Es decir, que desde el 11 al 28 de febrero no hubo riesgo asegurable, nadie va a ser tan torpe de asegurar un vehículo con 4 años de retroactividad a sabiendas de que el mismo estaba en parqueadero; sin embargo, el corredor de seguros llega a la carrera a la compañía con la exigencia de que le expida la póliza con vigencia al 11 de febrero; la compañía no sabía hasta qué fecha el asegurado había tenido conocimiento de la existencia de la nave; se hunde el barco y encontramos un cuaderno de bitácora en el que aparece que entre el 11 y el 28 de febrero se anotan las reparaciones que se le van haciendo al buque: Se sabe que el mismo existe el 28 de febrero último día en que se tienen noticias del barco.

Entonces es muy simple: Si se contrata una póliza con vigencia retroactiva al 11 de febrero, hay que decir que el contrato no produce efecto alguno pues no existía riesgo asegurable; el asegurado sabía de la existencia de la nave a 28 de febrero. El riesgo putativo existe a condición de que no se tenga conocimiento de la existencia del barco y el asegurado sabía que el 28 de febrero el mismo existía. Esto significa que el riesgo putativo se inició el 28 de febrero y el asegurado habría tenido el derecho de cobrar el seguro siempre y cuando —al momento cuando tomó el seguro— hubiera dicho: Desde el 28 de febrero yo no sé dónde está la nave, pero resulta que ya el 4 de marzo el agente marítimo sabía que el barco se había hundido y ese mismo día, a las 5:30 hora colombiana, le avisa al asegurado, y al día siguiente salen desesperados a conseguir la póliza. Para terminar el apoderado de la parte demandada manifestó: “Se expidió una póliza a nombre de Giovanni Rodríguez Medina, y resulta que la nave no era suya sino de la sociedad Costa Azul, y el mismo doctor Efrén Ossa que menciona el doctor Yañez afirma, cómo otros tratadistas de seguros, que los socios de una compañía no tienen interés asegurable en los bienes de esa sociedad ... Hay otro punto: Es que la motonave no tenía licencia de navegación en el momento cuando ocurrió el siniestro; este es un requisito para proceder a la asegurabilidad. Además, hubo incumplimiento del asegurado en cuanto a las garantías; el mismo Código de Comercio dice que el asegurado debe cumplir la garantía de navegabilidad al momento del zarpe y resulta —como se ha de demostrar— que la nave naufragó por malas condiciones de estiba, la carga fue mal arrumada según se lo manifestó el capitán del buque al ajustador.

El doctor Tamayo Jaramillo expresó que no se opone a que el tribunal tenga competencia para decidir. Conoce a los árbitros, le gustan y sabe de sus alcances jurídicos, solo llama la atención sobre la forma como se ha planteado el debate; y le complace que el doctor Yañez haya planteado sobre la responsabilidad precontractual.

El correspondiente memorial del doctor Tamayo, en 38 folios debidamente numerados en su capítulo inicial hechos contiene 14 puntos que pueden resumirse así:

1. El 5 de diciembre de 1990, el señor Giovanni Rodríguez Medina actuando por intermedio de la corredora de seguros Diana Patricia Giraldo solicitó a Seguros Tequendama S.A. cotización de la prima para amparar la motonave “Margarita” contra los riesgos de pérdida total absoluta y constructiva y responsabilidad civil Pandi, (sic) la corredora de seguros, además de documento contentivo de algunas características técnicas de la nave, manifestó que el buque era nave de placer “Charter”.
2. Seguros Tequendama transmitió al representante del señor Rodríguez Medina una oferta concreta, que contenía toda la información pertinente. La aseguradora aceptó reiteradas solicitudes del señor Rodríguez y sus representantes, y prorrogó sucesivamente el plazo y condiciones de la oferta, luego que el reasegurador a su turno prorrogara las ofertas del reaseguro.
- 4.(sic) El día 5 de marzo de 1991, se presentó a las dependencias de la compañía aseguradora la señorita Giraldo y solicitó que, en forma urgente, le fuera expedida la póliza dentro de las condiciones de la oferta hecha por el asegurador.
5. Era tal el afán de la señorita Giraldo, que pidió al encargado de expedir la póliza, señor Zoilo Leal, que interrumpiese una conferencia que estaba dictando fuera de las oficinas de la compañía, para que le fuese otorgada la póliza.
6. Solicitó la señorita Giraldo que la cobertura se expidiese con una vigencia retroactiva por lo menos a 28 de febrero de 1991. A lo cual accedió el señor Leal. En este documento se consignó como fecha a partir de la cual se concedía el amparo, la del 11 de febrero de 1991.
10. (sic) Únicamente el día 24 de mayo de 1991 el doctor Mauricio Bazzani, como apoderado del asegurado, reclamó formalmente ante la compañía por el pago del siniestro.
11. De los documentos aportados con la reclamación por el asegurado y sus representantes se deduce que la motonave había naufragado el día 2 de marzo de 1991.
12. A su turno, el día 4 de marzo de 1991, Codonave le envía un fax a los señores Hernán Smit y Rodolfo Plata informándoles de la ocurrencia del siniestro, y pidiéndoles que en su condición de representantes de los propietarios de la nave, le informasen a este de lo ocurrido.
13. La compañía aseguradora nombró como ajustador del presunto siniestro a la sociedad Incomar Limitada la que pudo constatar, por varios medios, que el naufragó se debió a la mala estiba de la carga transportada.
14. con base en todo lo anterior la compañía llegó a la conclusión inequívoca de objetar la reclamación por los motivos que se expresaron en su oportunidad en comunicación de fecha 20 de junio de 1991.

El doctor Javier Tamayo agrega un capítulo de cuestiones así:

1. No se ha probado el siniestro y la cuantía de la pérdida “... En efecto, el asegurado se limitó a dar noticia de la ocurrencia de un siniestro, sin acreditar documentos o testimonios debidamente legalizados de acuerdo con la legislación colombiana, y por lo tanto, la compañía aseguradora inició el estudio de la reclamación, partiendo de la hipótesis de que, en caso de que hubiese cobertura el asegurado allegaría las pruebas válidas para demostrar el siniestro y la cuantía de la pérdida”.
2. Excepción de nulidad, ineficacia o inexistencia del contrato de seguros, el doctor Tamayo Jaramillo cita los artículos 1045, 1054 y 1706 del Código de Comercio.

“Así las cosas en el seguro marítimo el riesgo putativo es asegurable pero solo a partir de la fecha en que el tomador o el asegurado hubiesen tenido las últimas noticias sobre la existencia de la motonave. A partir del zarpe de la nave, o de las últimas noticias sobre su existencia, el riesgo subjetivo existe y por lo tanto si el seguro se contrató con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, habría cobertura, pero siempre y cuando, la vigencia del

seguro hubiese comenzado a correr a partir del momento en que el asegurado o el tomador dejaron de tener noticias sobre la suerte de la motonave. El riesgo putativo no existe porque:

- a) En primer lugar la póliza se suscribió el 7 de marzo de 1991;
- b) El contrato tanto consensual como solemne se celebró en esa fecha ... o sea que no había una situación contractual de hecho creada con anterioridad a la suscripción de la póliza;
- c) De las pruebas aportadas por el asegurado se desprende que la motonave existía el 28 de febrero de 1991, y
- d) Eso significa que el seguro *sub judice* debe analizarse, desde el punto de vista del riesgo asegurable, durante dos períodos diferentes: El primero entre el 11 de febrero de 1991 y el 28 de febrero del mismo año; y el segundo entre el 28 de febrero de 1991 y el 5 o el 7 de marzo de 1991. Luego de prolongada intervención sobre esta materia el doctor Tamayo termina “Y tratándose de un contrato solemne, a la luz de lo prescrito por el artículo 1046 del Código de Comercio, al fallador no le es dable interpretar la voluntad de las partes cuando dentro del documento que sirve de solemnidad, se afirma que el contrato existe a partir de una determinada fecha y no de otra. Es claro entonces, que el seguro es inexistente, ineficaz o absolutamente nulo porque, a partir de la fecha de vigencia contemplada en la póliza, el riesgo asegurable era inexistente”.

3. Excepción de inexistencia, ineficacia o nulidad por imposibilidad de retroactividad del seguro. Luego de explicaciones y argumentaciones muy detalladas continúa el doctor Tamayo: “Así las cosas aunque la póliza de seguros no fuese requisito esencial para la formación del contrato, las partes no podían darle efecto retroactivo para un período de tiempo entre el 11 y el 28 de febrero de 1991, puesto que de un lado no existía el riesgo asegurable, y del otro, así existiera dicho riesgo, ni el asegurador, ni el tomador se habían comportado como partes contratantes durante ese período de tiempo ... lo cierto del caso es que en el derecho colombiano la póliza sí es requisito indispensable para la existencia del contrato de seguros según lo prescribe el artículo 1046 del Código de Comercio.

4. Excepción de nulidad por falta de causa: “El riesgo asegurable es la causa jurídica para que el asegurado celebre válidamente el contrato de seguro ... si el 7 de marzo, al suscribirse la póliza, las partes sabían que el 11 de febrero no existía riesgo asegurable, ... entonces el contrato *sub judice* carece de causa y de objeto y por lo tanto es absolutamente nulo. Nulidad que debe ser decretada de oficio por el fallador”.

5. Excepción de nulidad, inexistencia, o ineficacia por falta de interés asegurable: “... los socios de una sociedad propietaria del bien asegurado no tienen interés asegurable en dicho bien así indirectamente puedan verse perjudicados con el siniestro ...”. Así las cosas, es innegable que el señor Giovanni Rodríguez Medina carece de interés asegurable en el seguro *sub judice*, y por lo tanto, hay un motivo más para afirmar que este contrato no produce efecto alguno. En consecuencia pide “a título principal que se declare que el contrato *sub judice* es inexistente; a título subsidiario primero, pide que se declare que es ineficaz; y a título subsidiario segundo, pide que se declare que es nulo.

6. La póliza solo se suscribió el 7 de marzo de 1991: “en el caso *sub judice*, el documento que se suscribió el 5 de marzo de 1991 no solo no reunía los requisitos esenciales a que nos hemos referido, sino que tampoco reunía los elementos esenciales de cualquier contrato. Así por ejemplo, no se especifica la duración de la vigencia, ni el valor de la prima, que son dos de los requisitos principalísimos del contrato de seguros. Todos estos datos vinieron a aparecer en la póliza suscrita el 7 de marzo de 1991. Así las cosas, toda la discusión debe centrarse en la póliza suscrita el 7 de marzo y no en el texto suscrito el 5 de marzo del mismo año.

7. Inexistencia del riesgo putativo. El apoderado de la parte demandada resume este punto así: Así las cosas, si Codonave ya tenía conocimiento de la ocurrencia del siniestro el 4 de marzo, y de ello dio conocimiento ese mismo día al asegurado, a través de sus representantes en Bogotá, es imposible hablar de un riesgo putativo cuando la solicitud desesperada para adquirir el seguro se efectuó el 5 de marzo de 1991.

8. Excepción de nulidad por reticencias y falsas declaraciones: según el doctor Tamayo el asegurado y el tomador informaron a la compañía aseguradora que la nave asegurada era de placer y con base en dicha información se solicitó cotización de primas y solicitud de reaseguro a una compañía reaseguradora del exterior ... Así se hizo

constar en la póliza expedida el 7 de marzo de 1991 sin que el tomador, el asegurado o el intermediario hiciese observación alguna al momento de la expedición del documento. Curiosamente, con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, el asegurado, le informa a la compañía aseguradora que realmente la motonave asegurada no era de placer sino exclusivamente de carga solicitando el cambio respectivo y la expedición del correspondiente anexo ... es claro entonces, que el tomador engañó a la compañía aseguradora pues, esta otorgó el seguro sobre la base de que se trataba de una nave de placer y no de una nave de carga ... es de tal magnitud la reticencia del tomador que, justamente, de las informaciones dadas por el capitán al ajustador se deduce que fue la mala estiba de la carga de la motonave lo que dio origen al siniestro, lo que significa que de haber sido una nave de placer, los daños no se hubieran producido. Hay pues una relación directa de casualidad entre la reticencia o falsa declaración y la ocurrencia del siniestro ... razón por la cual invocando el artículo 1058 del Código de Comercio pide del honorable tribunal declarar la nulidad del contrato.

9. Nulidad del contrato por incumplimiento de las garantías: ... Se deduce claramente que la motonave siniestrada no se encontraba en buenas condiciones de navegabilidad al momento del zarpe, y que por el contrario estaba en unas pobres condiciones de estabilidad, todo ello debido a la inadecuada estiba de la carga. De otro lado, el literal del artículo 10 de la póliza obliga al asegurado a mantener los certificados que garanticen la vigencia permanente de la clasificación y la patente de la nave dependiendo de si se trata de tráfico internacional o de cabotaje ... Dichas garantías nunca fueron cumplidas ... el buen estado de navegabilidad solo se presume cuando esté vigente la respectiva patente de navegación. En lógica jurídica ello significa que no estando vigente la respectiva patente, esa violación de reglamentos hace presumir el mal estado de navegación de la nave.

“Así las cosas, el contrato es anulable, y por ello pedimos la nulidad del mismo, puesto que el asegurado incumplió las garantías a que lo obligaba no solo el contrato sino también la ley”.

10. Culpa grave: “... el artículo 1501 del mismo código afirma que el capitán tiene entre otras las siguientes obligaciones:

1. “Cerciorarse de que la nave está en buenas condiciones de navegabilidad para la navegación que se va a emprender.

(...).

2. Estar al tanto del cargue, estiba y estabilidad de la nave”.

Ninguna de estas dos obligaciones fue cumplida por el capitán de la nave siniestrada ... la motonave fue mal cargada y el capitán nada hizo para evitarlo, y fuera de ello zarpó pese a las deficiencias de navegabilidad de la nave.

“Hay pues una culpa grave del asegurado en cabeza del capitán de la motonave, lo que significa que hay una nulidad porque el riesgo no es asegurable según lo prescrito por la ley.

### **La competencia del tribunal**

Luego de terminada la exposición del doctor Tamayo y que este hubiese entregado al tribunal el memorial anteriormente comentado, el doctor Sanmiguel manifestó que, de acuerdo con sus colegas del tribunal, estimaba que lo de la competencia era una cuestión previa, fundamental, y dijo que, aunque puede sobrar, desea formular una pregunta: Tal como se plantea el negocio, la posición de la compañía es la de negar la competencia del tribunal, en el supuesto de que no se esté ventilando una cuestión estrictamente contractual sino precontractual o extracontractual para la cual no tendría competencia el tribunal? No, manifestó el doctor Tamayo Jaramillo; la posición mía es la siguiente: El código dice que el tribunal examinará su competencia; yo no me opongo a que el tribunal conozca el asunto, simplemente —como ilustración— ha presentado un argumento más pero no es que yo plantee esto como excepción. Es por vía de simple argumentación pero no es una excepción que la aseguradora proponga en este campo. A continuación el doctor Sanmiguel manifestó que debe producirse un estudio más concienzudo, más meditado y obviamente no dejar esto para el final, pues así no se haya planteado, es una cuestión prejudicial.

A continuación el doctor Tamayo entregó al secretario unos documentos que solicitó se tuvieran como pruebas y pidió se decretaran otras.

El 3 de diciembre de 1991 a las 11:45 a.m. se continuó la audiencia que fue suspendida el 18 de noviembre.

En vista de que el poder que otorgó el señor Giovanni Rodríguez Medina al doctor Álvaro Yañez Peñaranda no lo autorizaba para suscribir el documento de compromiso que convino con Seguros Tequendama, el tribunal dictó una providencia según la cual se solicitó al doctor Álvaro Yañez Peñaranda obtener de su representado y entregar al tribunal una manifestación expresa por la que declare si ratifica el contenido de documento de compromiso suscrito por su apoderado el 20 de agosto de 1991 y todo lo actuado por él hasta la fecha, y que contenga las demás facultades que haya de otorgarle para su representación en este proceso arbitral.

El apoderado de la parte demandada, doctor Javier Tamayo, manifestó que el poder del doctor Yañez Peñaranda está redactado para actuar sobre la cláusula compromisoria y, sí se estudia dicha cláusula de la póliza de seguro, la misma trata de las “diferencias que surjan de este contrato”; no existe duda al respecto: Suponiendo que se sanee lo actuado por el doctor Yañez, como la cláusula compromisoria así como en el documento de compromiso se habla de un contrato y una póliza, no tiene poder para demandar por la vía en que lo está haciendo; ya no solo es un problema de falta de competencia sino, además un problema de falta de poder que produce nulidad de lo actuado; como todo respeto, solicita que el tribunal tenga eso en cuenta.

Por auto el tribunal determinó que:

— No habiéndose producido el pronunciamiento acerca de su propia competencia, tal como lo dispone el artículo 29 del Decreto Ley 2279 de 1989, no es el caso de hablar de “nulidad de todo lo actuado”. En estricto sentido, no ha habido proceso como que apenas se ha constituido el tribunal y se han escuchado las pretensiones de las partes y sus solicitudes de pruebas. Como en ese momento el tribunal observó el defecto de la representación del señor Rodríguez Medina, ha considerado indispensable exigir la ratificación de que trata la providencia impugnada, antes de hacer el pronunciamiento que corresponde en punto a su competencia. Por lo que hace el argumento expresado por el doctor Yañez Peñaranda acerca de actuar con expresa facultad para transigir —la que habría permitido suscribir válidamente el documento de compromiso— observa el tribunal que el ámbito del poder para transigir no está suficientemente claro en el documento correspondiente. Lo que en dicho documento se expresa sobre el particular es que la capacidad para transigir tan solo podría ser ejercida luego de integrado el tribunal “de conformidad con el procedimiento estipulado en la póliza”.

En mérito de lo expuesto el Tribunal de Arbitramento resolvió: confirmar su providencia de esta misma fecha relativa al mandato del doctor Álvaro Yañez Peñaranda. Luego el apoderado de la parte demandada manifestó que el problema no es solo falta de competencia del tribunal sino de trámite inadecuado: “ocurre que el arbitramento tiene dos aspectos fundamentales:

Uno es el de la competencia para conocer determinado negocio, el otro un determinado trámite. Se trata de un proceso especial que se lleva a una jurisdicción especial, que requiere que se haga con el trámite adecuado y, además, ser competentes los árbitros para dirimir el conflicto”.

La audiencia se suspendió para reiniciarla a las 10:15 de la mañana del 10 de diciembre de 1991, durante la cual el tribunal profirió un auto:

— Tomando en cuenta que el día 6 de diciembre de 1991 el doctor Álvaro Yañez Peñaranda hizo entrega al secretario del tribunal de la comunicación que con fecha 3 de diciembre del año en curso dirigió al tribunal el señor Giovanni Rodríguez Medina —con reconocimiento notarial— y que en la misma existe la manifestación expresa de que el demandante ratifica el contenido del documento de compromiso suscrito por su apoderado con Seguros Tequendama S.A. ..., y otras declaraciones, se reconoce la personería del doctor Álvaro Yañez Peñaranda y la ratificación de la actuación del doctor Yañez Peñaranda en todo lo actuado por él hasta esa fecha.

A petición de los señores apoderados de las partes el tribunal resolvió suspender el proceso arbitral entre los días 11 de diciembre de 1991 y 13 de enero de 1992 y señaló, por consiguiente, para continuar aquella audiencia el día martes 14 de enero de 1992 a las 9:30 a.m.

Al reiniciarse la primera audiencia en la fecha mencionada, 14 de enero de 1992, el tribunal profirió el auto por el cual acepta que es competente y decretó las pruebas que en reuniones anteriores de la misma audiencia fueron solicitadas por las partes, con salvamento de voto del árbitro doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, referido a la parte relativa a la competencia.

Luego de haber sido leído el texto completo del auto, el presidente del tribunal doctor Luis Fernando Sanmiguel, manifestó que, según lo resuelto en el primer punto, los árbitros determinan que si las partes lo tienen a bien pueden presentar y solicitar nuevas pruebas.

### **Confirmación de la competencia**

Al término de la audiencia el doctor Javier Tamayo Jaramillo hizo una prolongada presentación para sustentar un recurso de reposición que presenta ante el tribunal en lo referente a la competencia por razón de que el litigio estaba planteado sobre bases contractuales y el doctor Yañez Peñaranda presentó demanda sobre bases precontractuales.

Reiniciada la primera audiencia de trámite el 17 de enero del 92 el tribunal dictó un auto en el cual estudió la reposición presentada por el doctor Tamayo y determinó no revocar la providencia impugnada, nuevamente con salvamento de voto del doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

En desarrollo del decreto de pruebas el 28 de enero el tribunal recibió la declaración de parte del señor Giovanni Rodríguez Medina, y los testimonios de la señorita Diana Patricia Giraldo, del señor Zoilo Leal Campo y del ingeniero Álvaro Lascarro Leal. El 4 de febrero, se recibió la declaración del señor José Alfonso Monroy. En esa ocasión el doctor Javier Tamayo Jaramillo desistió de las pruebas periciales que había solicitado y, en consecuencia los árbitros impartieron instrucciones al secretario del tribunal para que así lo comunicara a los dos peritos ya nombrados.

En audiencia del 11 de febrero de 1992, se recibieron las declaraciones de los señores Hermanus Smit Juliao y Henrique Smit Martínez. Además, con el primero se cumplió la diligencia de exhibición de documentos.

Posteriormente durante la audiencia del 25 de febrero de 1992 el tribunal recibió las declaraciones del señor Daniel Torres hurtado y de Miguel Ángel Rodríguez.

Al término de esta diligencia el presidente del tribunal manifestó que hay dos pruebas que presentan aparentes contradicciones importantes: Las declaraciones de la señorita Diana Patricia Giraldo y la del señor Zoilo Leal y en consecuencia el tribunal convoca a ambos declarantes para que en audiencia, comparezcan para practicar una diligencia de cargo a cuyo efecto se dictó el auto correspondiente.

En diligencia que se cumplió el 10 de marzo de 1992, el tribunal, llevó a acabo dicha diligencia de careo.

Finalizada esta, y para contestar pregunta del árbitro doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, el apoderado de Seguros Tequendama doctor Javier Tamayo Jaramillo expresó “manifiesto al tribunal que prescindo totalmente de las pruebas que quedan pendientes”. No habiéndose formulado objeción por la parte contraria el tribunal aceptó el desistimiento.

El día martes 21 de abril de 1992, en audiencia que se inició a las 2:30 p.m. los señores apoderados de las partes presentaron al tribunal sus alegaciones de conclusión.

El tribunal señaló el día martes 2 de junio de 1992, a la hora de las 2:30 p.m. como fecha para la audiencia de fallo, cuando el tribunal proferirá el respectivo laudo.

Tanto la audiencia para las alegaciones como la de fallo fueron señaladas por auto dictado en audiencia que tuvo lugar el día 17 de marzo.

Finalmente, el tribunal reunido en audiencia el día 15 de mayo, sin participación de las partes, dispuso citar a estas para el día 29 de mayo, a las 2:30 p.m., para audiencia de conciliación.

En la mencionada fecha se reunió el tribunal con la asistencia de las partes, de sus abogados, y del secretario. Luego de intercambio de opiniones tanto el doctor Hofmann, como el señor Rodríguez Medina y sus abogados, indicaron a los árbitros que la reunión a su manera de ver tenía carácter esencialmente formal puesto que la conciliación no resultaba posible por razón de la disparidad total de criterios y posiciones entre las partes y que lo único en que se habrían logrado poner de acuerdo, luego de muchos y varios intentos de aproximación que hicieron prejudicialmente, fue en la integración de un tribunal de arbitramento para que dirimiera las diferencias que ellas no pudieron transigir o conciliar a pesar de sus esfuerzos.

No obstante, los árbitros les hicieron ver las conveniencias que se siguen de un acuerdo amigable pero, expresaron al propio tiempo que se abstienen de proponer fórmulas concretas habida consideración de la situación planteada por las partes.

### **Consideraciones del tribunal**

Ante todo debe señalarse que, de la relación que acaba de hacerse acerca del modo y oportunidad como se han surtido todas y cada una de las etapas propias del proceso arbitral, el tribunal encuentra que se han cumplido cabalmente los presupuestos procesales necesarios para proferir una sentencia de mérito.

Sin embargo, antes de hacerlo, se impone decidir sobre la nulidad alegada por el señor apoderado de Seguros Tequendama, que fundó en la circunstancia de haberse omitido correrle “traslado de la demanda” que le formuló su contraparte durante la primera audiencia de trámite.

A juicio de aquel, el hecho de que la demanda se hubiera orientado por el lado de la responsabilidad precontractual, en cambio de la contractual a cuyo alrededor habían girado todos los debates previos entre las partes hasta el documento de compromiso —inclusive—, ora impedía un viraje tan radical en el enfoque de las pretensiones de Giovanni Rodríguez Medina a la hora de su formulación en la primera audiencia de trámite, o bien obligaba a que el tribunal dispusiera un traslado especial de las mismas durante el curso de esta.

Sobre el particular debe decirse, en primer término, que entre las causales de nulidad que contempla el Código de Procedimiento Civil ciertamente no aparece ninguna derivada de la pretendida omisión de que aquí se trata.

En efecto, el artículo 140 de dicho código que, como bien se sabe, consagra de modo taxativo las únicas causas legales de nulidad que podrían considerarse aplicables al caso de autos, no se refiere en absoluto a la falta de “traslado” de la demanda.

Ni siquiera en gracia de discusión podría admitirse que uno cualquiera de los supuestos a los que se refieren los varios numerales del citado artículo resulta aplicable a la situación planteada por el señor apoderado de Seguros Tequendama. Porque en cuanto todos ellos presuponen —de una o de otra forma— un cercenamiento del derecho de audiencia y defensa de una de las partes, es claro que en este caso tales derechos han tenido plena realización. En efecto, la ausencia de ese traslado formal de la demanda no conllevó una falta de notificación, o la ausencia de la posibilidad de pronunciarse acerca de los hechos y las pretensiones de la parte contraria, o una limitación al derecho de solicitar pruebas, o de participar en alguna instancia procesal, o de realizar un acto o de interponer un recurso cualquiera.

Sin duda alguna, las partes del asunto de autos gozaron plenamente de todos estos derechos.

Más aún, el trámite que el tribunal le dio a la instrucción del proceso se ajustó al pie de la letra a las disposiciones legales pertinentes. Y, en el caso concreto del supuesto yerro que alega el señor apoderado de Seguros Tequendama, lo que se hizo fue —por el contrario— darle estricto cumplimiento al clarísimo precepto de la ley procesal pertinente, que no era otro que el artículo 27 del Decreto-Ley 2279 de 1989.

De acuerdo con dicha norma, “en la primera audiencia se leerán el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las prestaciones (sic) de las partes, estimando razonablemente su cuantía” (ha destacado el tribunal).

Varias son las conclusiones que se desprenden de dicho texto y que resultan aplicables al caso que nos ocupa:

La primera, consistente en que en el proceso arbitral vigente a la sazón no había propiamente una demanda, al menos formalmente.

Apenas si el planteamiento de las pretensiones recíprocas de las partes.

La segunda, en cuya virtud es claro que la oportunidad —la única oportunidad— para dicho planteamiento no era otra que la primera audiencia. Y, que ella era común para una y otra.

Y la tercera consiste, simplemente, en que, en tales condiciones, es evidente que no puede hablarse propiamente de un traslado. Cada una de las partes se enteraba de las pretensiones de la otra en el curso de esa audiencia y, por fuerza, era allí mismo cuando tenía la oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

Ciertamente puede decirse que tal sistema no resultaba el más apropiado a la situación de quien fuera a jugar el papel de “demandado”, y quizás por ello se lo reemplazó por el régimen más formal que hoy consagra el Decreto 2671 de 1991. En él sí se prevé una verdadera demanda y una verdadera contestación de la demanda, procesalmente hablando.

De cualquier modo, el hecho de haber sido distinto el régimen vigente cuando se adelantaron los trámites del proceso de autos, no puede conducir a afirmar que Seguros Tequendama no tuvo ocasión de pronunciarse acerca de las pretensiones que finalmente decidió plantear su contraparte. Tal oportunidad se dio a todo lo largo de la primera audiencia de trámite, y, a fe que se ejerció ampliamente. Y tampoco permite afirmar que la aseguradora, conocidas tales pretensiones en su contra, careció de la oportunidad para solicitar las pruebas que pudiera considerar convenientes. Como tampoco le faltó la ocasión para solicitar que se prescindiera de las que pudiera estimar superfluas o inconducentes.

Así pues, estima el tribunal, que la circunstancia invocada como motivo de nulidad por el señor apoderado de Seguros Tequendama no está consagrada legalmente como tal, y, lo que es más importante, que tampoco constituyó falla alguna, por omisión, que implicara un descarrilamiento procesal o una violación o limitación de los derechos de quien la alegó.

### **El ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual**

El tribunal estima conveniente referirse, en primer término, a la afirmación del señor apoderado de Seguros Tequendama en el sentido de que la responsabilidad extracontractual no es aplicable al caso *sub judice*, por cuanto, habiendo mediado un contrato de seguros, no le es dable al reclamante, para demandar la indemnización correspondiente, apoyarse en las reglas de la responsabilidad extracontractual, habida cuenta de que el contrato es ley para las partes. Arguye el demandado, en el mismo sentido, de quien es parte en un contrato no tiene la responsabilidad de acumular las acciones derivadas del negocio jurídico con las pertenecientes a la culpa aquiliana, y que tampoco puede optar o escoger entre aquellas y estas, pues no le es permitido acudir indistintamente a cualquiera de las dos responsabilidades, ya que si la acción proviene del incumplimiento de obligaciones nacidas de contrato se debe actuar, necesariamente, con base en la responsabilidad contractual. Para respaldar su posición el apoderado de la aseguradora trae a colación explicaciones de la doctrina y decisiones jurisprudenciales en las cuales se señala que, existiendo contrato, no es posible acumular las dos responsabilidades, ni optar libremente entre las dos clases de acciones, pues los regímenes que las gobiernan tienen múltiples y sustanciales diferencias.

Al paso que el tribunal admite, obviamente, que los dos tipos de responsabilidad presentan rasgos particulares, quiere hacer notar que la imposibilidad de acumular acciones derivadas de una u otra, así como la prohibición de escoger entre el acto jurídico o el hecho jurídico como fuente de la obligación indemnizatoria, requieren de la existencia de un contrato, pues solo en este evento el demandante deberá obligatoriamente ejercer las acciones que se desprenden del negocio jurídico.

Es por ello que los mismos autores y sentencias referidas por el señor apoderado de Seguros Tequendama unánimemente parten del supuesto de la existencia del contrato para elaborar, sobre esta premisa, la tesis de que no pueden involucrarse las dos responsabilidades en una misma relación jurídica.

En el presente caso el señalado supuesto no se cumple, pues las dos partes admitieron desde el inicio de este

proceso que, si bien suscribieron un contrato, este no nació a la vida jurídica por falta de elementos esenciales.

En efecto, en la comunicación de junio 20 de 1991, mediante la cual Seguros Tequendama dio respuesta a la reclamación presentada por el señor Giovanni Rodríguez, se afirma, de una parte, la inexistencia del amparo provisional por falta de elementos esenciales y, de otra, se arguye, igualmente, la inexistencia del contrato de seguro por falta de riesgo asegurable y de interés asegurable, elementos *sine qua non* para que el seguro surja a la vida jurídica. Agrega la aseguradora que la carencia de uno cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 1.045 del Código de Comercio hace inexistente el seguro e incluso llega a afirmar que en esta hipótesis no se requiere de declaración judicial.

Al referirse al riesgo asegurable Tequendama manifiesta que el hecho que se tutela por parte del asegurador debe ser futuro e incierto; futuro por cuanto no puede haber sucedido al momento de la celebración del contrato, precisando que en el caso que nos ocupa el siniestro ocurrió y fue, o debió ser conocido, antes de la expedición de la póliza, de lo que deduce que, en ese momento, no había ya riesgo asegurable, de manera que, faltando este elemento esencial, el seguro nunca existió.

Por su parte, el abogado del reclamante, tanto en su escrito inicial que contiene sus pretensiones en este proceso, como en las manifestaciones hechas en la primera audiencia, se aparta desde un comienzo del debate contractual, admitiendo también la inexistencia del contrato de seguros, apoyándose, para el efecto, en jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia. Manifestó al respecto que el seguro requiere de escrito que solemnice el contrato y que el siniestro ocurra luego de perfeccionado este. Coincide así el actor con la tesis de la aseguradora y con la de la Corte, según la cual el riesgo asegurable debe ser incierto objetivamente y además futuro, explicando, como lo hizo en la sentencia de casación de septiembre 5 de 1988, que los hechos ya acontecidos por ser ciertos y, por ende, no ser futuros ya no entrañan riesgo asegurable de conformidad con la ley.

Si bien en principio el régimen de la ineficacia por falta de elementos esenciales establece que —cuando el acto aparenta reunir todos esos elementos, es decir cuando putativamente existe—, se le atribuye una eficacia provisoria igual a la que tienen los actos nulos, siendo necesaria la declaración judicial de inexistencia, no es menos cierto que la doctrina enseña que la falta de los elementos esenciales de todo acto jurídico, o de elementos esenciales específicos para la existencia de un contrato en particular, cuando ello es ostensible, produce la ineficacia total en *in limine* del acto, en el sentido de que cuando su causal es evidente, se produce de manera automática y sin necesidad de fallo judicial que la declare. (G. Ospina Fernández —Teoría general de los actos o negocios jurídicos— 517).

Como se dijo, en el caso *sub judice* ambas partes admitieron desde el inicio la inexistencia del contrato de seguro. Por ello el reclamante nunca mencionó, ni de manera principal ni subsidiaria, la responsabilidad civil contractual como fundamento de sus pretensiones, lo que demuestra que aquí no se trata de acumulación y de juxtaposición de acciones, por cuanto únicamente se ejercitó la nacida del hecho ilícito.

Y tampoco estamos ante una hipótesis de opción o de escogencia de acciones, pues ello habría requerido tener expedita la vía contractual y que a pesar de ello se hubiere equivocadamente elegido la extracontractual. No es ese el caso, ya que, admitiéndose por ambas partes la inexistencia del acto jurídico, sería ilógico obligar al reclamante a seguir un camino procesal de suyo estéril. La inexistencia del contrato impedía escoger entre una y otra responsabilidad, siendo la extracontractual la única efectivamente disponible.

#### Alcance de la culpa *in contrahendo*

Ahora bien, la acción emprendida por don Giovanni Rodríguez se apoya en un alegado comportamiento negligente y culposo de la aseguradora durante la etapa de negociación del contrato, comportamiento que le habría generado al reclamante un daño cuya reparación solicita. De esta manera, el propósito del reclamante es el de hacer valer como fuente de la obligación indemnizatoria, relaciones precontractuales entre las partes.

Sobre este aspecto Seguros Tequendama manifiesta que la responsabilidad precontractual solo surge “cuando el contrato nunca existió porque el asegurador, en forma injustificada, rompió las conversaciones o nunca expidió la póliza. Es decir, nunca hubo contrato”. Y agrega que “cuando luego de las conversaciones la póliza se expide, todo

lo que hasta ese momento haya ocurrido queda subsumido por la responsabilidad contractual ...”.

El tribunal precisa que la responsabilidad precontractual no se aplica únicamente al rompimiento injustificado de las negociaciones entre los potenciales contratantes, es decir, cuando no se perfecciona el contrato en razón de la actitud abusiva de una de las partes. En efecto, la responsabilidad *in contrahendo* en la forma preconizada por Von Ihering, también establece que quien interviene en la celebración de un acto jurídico debe obrar con la buena fe, la diligencia y el cuidado necesarios para que los otros interesados no sufran daños. Así las cosas, si estos se producen porque el acto deviene inválido e ineficaz a consecuencia del dolo o de la culpa de uno de los partícipes, este incurre en la obligación de reparar los perjuicios. Esto significa que las consecuencias adversas que se desprendan de la ineficacia del acto pueden serle imputables a una parte cuando dicha ineficacia se produce a causa de haber obrado dolosa o culposamente en el proceso de formación de dicho acto. Por ello se dice que quien interviene en la celebración de un acto jurídico garantiza, tácitamente, desde el punto de vista de su conducta, la validez del mismo, de suerte que si por su proceder reprochable el negocio resulta inválido, habrá de indemnizar los daños generados. Nótese, entonces, que la responsabilidad “*in contrahendo*” tienen cabida, igualmente, cuando se ha celebrado el contrato, pero este se torna ineficaz, por falta de requisitos de existencia o validez, en razón de la aptitud negligente o de mala fe de uno de los contratantes.

Y esta es precisamente la hipótesis del caso que analizamos, en el cual no hubo rompimiento de las conversaciones, ya que estas concluyeron con la expedición de la póliza. Sin embargo, el reclamante Rodríguez Medina arguye que la aseguradora retardó negligentemente la expedición de la póliza, de manera que cuando dicha expedición se llevó a cabo ya había ocurrido el siniestro, con lo cual el requisito de que el contrato tuviera un “riesgo asegurable” no se cumplió, impidiéndose así que la relación contractual llegara a existir. Se le endilga de esta forma a la aseguradora una conducta culposa durante la etapa precontractual, que produjo la ineficacia del acto y causó perjuicios al reclamante, cuya indemnización se persigue. Se trata, entonces, de un típico caso de responsabilidad precontractual o de aplicación de la culpa “*in contrahendo*”.

### **Elementos de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio**

Siendo las relaciones precontractuales la fuente de la obligación indemnizatoria que se persigue en este proceso, ha de aclararse que la jurisprudencia nacional reiteradamente ha precisado que las reglas aplicables —para deducir responsabilidad por comportamientos reprobables de las partes en la etapa de preparación contractual— son las mismas de la responsabilidad extracontractual. Así se ha señalado, entre otras, en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 28 de junio de 1989.

Para la estructuración de dicha responsabilidad extracontractual el reclamante afirma que el hecho ilícito que le reprocha a la aseguradora consiste en que “Seguros Tequendama S.A. de manera injustificada demoró la expedición y entrega de la póliza contratada, colocando al eventual asegurado en una situación abiertamente desventajosa” y además hizo “creer al solicitante del seguro que se encontraba asegurado desde el 11 de febrero y que, en consecuencia, podía sacar su motonave a alta mar”.

Esta doble imputación —retraso negligente en la expedición de la póliza y el haber inducido a error al reclamante en cuanto a la existencia del amparo— la pretende hacer recaer Rodríguez Medina en cabeza del señor Zoilo Leal, quien fuera a la sazón empleado de la aseguradora, pues alega el reclamante que dicho empleado extravió documentos que le habían sido entregados, por lo que retardó la expedición de la póliza y que fue él quien reiteradamente manifestó que el amparo existía desde el 11 de febrero de 1991.

Es del caso advertir que nuestra Corte Suprema de Justicia planteó, desde el siglo pasado, que —aunque el título 34 del libro 4º del Código Civil (sobre responsabilidad extracontractual), no se refiere en forma expresa a la responsabilidad por culpa aquiliana de las personas jurídicas—, las normas de dicho título sí las comprenden implícitamente, con lo que consagró la responsabilidad civil para los entes morales. Y a partir de 1934, en sentencia del 21 de agosto, la Corte sentó las bases para que se fuera estableciendo la llamada responsabilidad directa de las personas jurídicas, haciendo de esta forma que se desplazara la preceptiva de los artículos 2.347 y 2.349 —propia de la responsabilidad indirecta que antes se acogía— a la contenida en el artículo 2.341, que regula la responsabilidad directa.

Los rasgos de la doctrina de la Corte han sido precisados y corregidos con el transcurso del tiempo hasta llegar a la tesis actual que aparece ya consolidada, como puede apreciarse, en particular, en dos sentencias del 30 de junio de 1962 y en una del 20 de octubre de 1975.

Para la precisión de la posición vigente en cuanto a la responsabilidad directa ha dicho la Corte: “La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la “incorporación” de estos en aquella, constituye un todo indivisible, que no admite discriminación ...”.

Y agregó la Corte: “... por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los artículos 2.347 y 2.349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas “*in eligendo*” e “*in vigilando*”, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del “*eventus damni*” con la “*in eligendo*” o “*in vigilando*” que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados de modo que los actos de estos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona en capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones” (Sents., jun. 20/62, una proferida por la S. de Cas. Civil de la Corte y otra por la S. de Negocios Generales) (destacado del tribunal).

Igualmente la Corte ha señalado, cambiando así una tesis anterior, que no hay razón lógica alguna para distinguir, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual de las personas morales, entre “funcionarios órganos” y “subalternos auxiliares” porque la persona moral por su misma naturaleza en ningún caso puede actuar sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, cualesquiera que sean, siendo propios de ella los actos realizados por estos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas y porque “todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral” (Sents., S. de Cas. Civil, jun. 30/62 y dic. 9/69).

Esta doctrina de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, sin importar el nivel del empleado o subordinado que actúe, ha venido siendo reiterada de manera invariable por la Corte, de suerte que bien puede decirse que la tesis de la responsabilidad directa es hoy en día la aplicable. (ver al respecto Sents. Cas. Civil, oct. 20/67; abr. 27/72; oct. 28/75; dic. 9/67; mayo 21/83 y oct. 11/85).

En consecuencia, entrantándose de personas jurídicas, los hechos de sus empleados y dependientes se miran como los propios hechos de la sociedad, de suerte que las acciones u omisiones culposas de aquellos son vistas como realizadas por esta directamente.

Como se explicó, la preceptiva aplicable a esta responsabilidad directa es la contemplada en el artículo 2.341 del Código Civil, según el cual “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización ...”.

El régimen de la responsabilidad directa a que nos referimos no contiene ninguna presunción en favor de quien ha sufrido el daño cuya reparación se demanda. Así las cosas, pesa sobre el demandante la carga probatoria plena para demostrar el daño, la culpa y el vínculo de causalidad. Así lo ha reafirmado la Corte Suprema de Justicia al señalar que es sabido, entratándose de responsabilidad extracontractual por el hecho propio, que “el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos” (Sent. S. de Negocios generales, oct. 4/45).

Corresponde en consecuencia analizar si en el presente proceso se encuentran acreditados los aludidos elementos.

En cuanto a la culpa, cuya noción suele basarse en los criterios de previsión y previsibilidad, es definida como el no haber previsto las consecuencias adversas de una acción, habiendo podido preverlas, o habiéndolas previsto,

confiar imprudentemente en poder evitarlas. Y en términos más generales es entendida, como lo hacen los Mazeaud, como el error de conducta en que no incurriría una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias de hecho en que actuó el agente del daño. No sobra precisar que la culpa es un elemento esencial para la existencia de la responsabilidad civil, pues bien es sabido que esta, en nuestro derecho, es eminentemente subjetiva, lo que hace indispensable la demostración del mencionado error de la conducta en cabeza del demandado o, en otras palabras, que pueda formularse a este un reproche a su comportamiento, pues si no hay una valoración negativa de su conducta no habrá imputabilidad y sin esta no nacerá la obligación de reparar perjuicios que es, en últimas, en lo que se traduce toda responsabilidad civil.

El reclamante —Rodríguez Medina— afirma que el error de conducta atribuible a la aseguradora consistió en “no haber expedido oportunamente la póliza una vez estuvo perfeccionado el negocio jurídico” y agrega que esa demora del asegurador lo privó en la fecha real del naufragio, de la respectiva póliza, causándole así los perjuicios derivados de la imposibilidad de cobrar el seguro de manera inmediata, o de haber recurrido a otra compañía aseguradora más diligente y cumplida en busca del amparo solicitado.

E igualmente el reclamante reprocha a la aseguradora el haberle inducido a error, haciéndole creer que el buque se encontraba asegurado. Dice sobre este aspecto el señor apoderado de Rodríguez Medina: “no constituye acaso una arbitrariedad y una tremenda mala fe hacerle creer a una persona que cuenta con un seguro para que saque su buque a navegar en alta mar, con los riesgos que ello implica y, cuando confiados en la existencia de esa póliza, se procede a surcar los mares y ocurre el siniestro, la aseguradora dice: “No señores, la póliza no estaba expedida. El contrato es solemne”.

Según la versión del reclamante, desde finales de 1990, y por conducto de agentes de seguros, se tramitó ante Seguros Tequendama S.A. la expedición de una póliza de casco para la motonave Margarita. Señala, además, que para el 11 de febrero de 1991 ya se habían entregado a la aseguradora todas las informaciones y documentos requeridos y que las partes habían ya convenido todo lo relativo a los aspectos principales del negocio, de manera que desde la mencionada fecha ha debido expedirse la póliza, lo que no se hizo. Sobre el particular afirma el señor apoderado del reclamante: “los documentos originados en la aseguradora, a saber: la póliza con fecha de vigencia 11 de febrero de 1991 y la carta firmada por el señor Zoilo Leal el 5 de marzo de 1991, en la que dice a mi cliente que cuenta con póliza de seguro desde el 11 de febrero de 1991, prueban suficientemente que las conversaciones para el otorgamiento del seguro solicitado habían culminado satisfactoriamente para la fecha señalada de 11 de febrero de 1991”.

Sostiene el reclamante que desde el 11 de febrero Seguros Tequendama, por intermedio del señor Zoilo Leal manifestó a la señorita Diana Patricia Giraldo que “podía estar tranquila porque su cliente ya estaba asegurado”. Y apoyándose en la declaración de la mencionada señorita Giraldo afirma el señor apoderado de Giovanni Rodríguez que “obtenida la cotización que le dio Seguros Tequendama por escrito ... el 11 de diciembre de 1990, ella suministró a la aseguradora la documentación que le fue exigida para el otorgamiento del amparo”.

Apoya también esta afirmación en el hecho demostrado de que a partir de la citada fecha del 11 de febrero, Seguros Tequendama contaba con reaseguro, de lo que deduce que tanto el reasegurador como la aseguradora “contaron oportunamente con los documentos y elementos de juicio necesarios para conceder el reaseguro porque, de lo contrario, eso no habría sido posible”. Concluye diciendo que la existencia del reaseguro “es plena prueba de que ya se habían completado los documentos”, pues en su opinión nadie “puede creer que una reaseguradora se comprometa a fondo con otra compañía sin haber estudiado a detalle y con documentos a la vista, el riesgo y el caso que se va a asumir”.

Sin embargo, el tribunal estima, una vez estudiado detenidamente el acervo probatorio que obra en el proceso, que no se encuentran probados los reproches a la conducta de la aseguradora que el reclamante pretende endilgarle, ni tampoco la versión de los hechos en la forma en que esta la presenta.

En efecto, llama la atención del tribunal la inconsistencia en las declaraciones de los señores Hermanus Smit Juliao, Henrique Smit Martínez y de la señorita Diana Patricia Giraldo. Es notoria, por decir lo menos, la incoherencia y la falta de rigor mostrada en estos testimonios por quienes llevaron a cabo los contactos, conversaciones y negociaciones con Seguros Tequendama. Cada uno de estos deponentes incurrió en ostensibles

contradicciones consigo mismo y con lo manifestado por los otros, lo que impide al tribunal llegar a la certeza de que la compañía de seguros obró con negligencia o descuido.

Esto es así por cuanto, respecto de la supuesta entrega de documentos, la señorita Diana Patricia Giraldo comienza por decir que ella fue la única que entregó documentos, pues fue quien se encargó de adelantar ante la aseguradora todos los trámites enderezados a la obtención del seguro. Precisa al respecto que entregó tales documentos en dos oportunidades. Respecto de la primera entrega, que dice haber hecho al doctor Plaza, se contradice en varias oportunidades en relación con la época en que ello ocurrió, pues afirma haberlos entregado el 10 de febrero de 1991 pero explica que lo hizo para que le cotizaran (lo cual ocurrió en dic. 21/90) y en otras oportunidades dice que entregó los documentos después de recibida la cotización. No sobra advertir que la señorita Giraldo manifestó haber pedido cotización a otras aseguradoras, lo cual admite haber hecho telefónicamente y sin allegar ningún documento, de manera que no parece lógico que Seguros Tequendama fuese la única que requiere de documentación para cotizar.

En relación con la última entrega de documentos la señorita Giraldo afirma que los primeros se perdieron en manos de la aseguradora y que por ello debió enviarlos de nuevo, lo cual hizo con carta de marzo 5 de 1991. La aseguradora niega haber recibido los primeros documentos.

Pero la afirmación de que la señorita Giraldo entregó en dos ocasiones la documentación no es tampoco consistente, pues de algunos apartes de sus declaraciones se desprende que ella había entregado tres juegos de documentos a saber: el primero para la cotización que recibió el 21 de diciembre de 1990; el segundo el 10 de febrero de 1991 y el tercero con la carta de marzo 5 del mismo año.

Por su parte el señor Hermanus Smit afirmó, en contra de lo dicho por la señorita Giraldo, que él también entregó documentos y que lo hizo en la reunión de febrero 11. Luego indicó que no fue en esa reunión sino después y que no los entregó él sino los envió con Henrique Smit y Diana Patricia Giraldo. Explica que los primeros documentos no se entregaron para que se cotizara sino para que se expidiera la póliza.

Así mismo Henrique Smit manifestó que él entregó los documentos a Zoilo Leal. Al respecto explica que él recibió de Hermanus Smit la documentación y que una parte de la misma la entregó a la aseguradora. En otro aparte de su testimonio manifiesta que esta documentación la llevó Diana Patricia Giraldo y cree que lo hizo el 11 de febrero.

Es cuando menos curioso que sobre todas esas entregas de documentos no hubiera quedado ninguna huella escrita. No hubo siquiera solicitud escrita para la expedición del seguro a pesar de que Diana Patricia Giraldo afirmó que dicha solicitud siempre se exige. Y tampoco se suscribieron cartas remisorias de la supuesta primera entrega de documentos, a pesar de que todos los declarantes mencionados dicen haber entregado la documentación, si bien los Smit dieron a entender tener o que quizá tenían copias de dichas cartas, las que, no obstante, nunca se allegaron al proceso.

Solo la carta de marzo 5 suscrita por la señorita Giraldo expresa que envía de nuevo la documentación que ya había hecho el 10 de febrero de 1991, fecha esta que cayó en día domingo. No obstante, como se verá más adelante, envía con dicha carta documentos que la aseguradora no había pedido, que no eran necesarios para expedir la póliza y el que sí lo era, esto es, el certificado de inspección y avalúo, fue allegado después de la expedición de la mencionada póliza.

El señor apoderado del reclamante arguye que estando probado que Seguros Tequendama tenía en firme un reaseguro a partir de febrero 11, ha de deducirse de esto que todas las informaciones y documentos necesarios para expedir la póliza debían estar para esa fecha en poder del reasegurador y del asegurador, pues de otra forma no se entendería que aquel hubiese asumido frente a este un compromiso en firme.

Sin embargo, la premisa de la cual se desprende la deducción comentada no se halla probada en el proceso, pues el demandante no aportó nada para acreditarla. Se trata, simplemente, de una reflexión del apoderado del reclamante. Por el contrario, los funcionarios de Tequendama, encargados de obtener los reaseguros, afirman que los reaseguradores extranjeros suelen otorgar amparos a aseguradores nacionales sin el previo envío de documentos; tan solo con algunas informaciones básicas, pero con la condición de enviar posteriormente documentos

específicos.

Sobre el particular, los señores Jorge Alfonso Monroy Molano y Miguel Ángel Rodríguez, ambos funcionarios de Tequendama, afirmaron que esta recibió de los reaseguradores una cotización para el amparo, con un determinado tiempo de vigencia que fue prorrogado a solicitud de Diana Patricia Giraldo. Explican que tal cotización fue elaborada con el suministro a los reaseguradores de unos datos básicos que se obtuvieron de Diana Patricia Giraldo y Hermanus Smit. Igualmente precisan que es usual que los reaseguradores otorguen su amparo con solo conocer informaciones básicas del negocio y deciden qué documentación requieren y el plazo en que debe enviárseles. Así las cosas reiteran que, si no se dispone de toda la información, los reaseguradores pueden dar cobertura al asegurador a condición que los documentos pertinentes se envíen posteriormente.

Coinciden en señalar que eso fue lo que, precisamente, sucedió en este caso, en el cual, a pesar de que los datos suministrados por el solicitante no eran suficientes, se fueron adelantando gestiones ante el reasegurador, quien pidió varios documentos, dentro de los cuales destacan, por su especial importancia, el certificado de inspección y avalúo de la nave, que a la postre fue entregado por los interesados a la aseguradora después de la expedición de la póliza. Sobre este particular hicieron hincapié en el que el asegurador no lleva a cabo inspecciones y que el certificado correspondiente debe allegarlo el asegurado.

Manifiestan, en cambio, que los documentos enviados por Diana Patricia Giraldo con la carta del 5 de marzo no los pidió el reasegurador, de manera que la falta de dichos documentos no impedía la expedición de la póliza. Tanto Zoilo Leal como Miguel Ángel Rodríguez son enfáticos al reafirmar que el documento verdaderamente esencial era el aludido certificado de inspección y avalúo, pero aún para este había plazo para entregarlo, por cuanto el amparo del reasegurador se concedió el 11 de febrero, pero con la condición de que dicho certificado se enviara a más tardar el 11 de marzo.

Precisaron los declarantes que aceptando el reasegurador dar el amparo condicionado a la posterior entrega de documentos, existe la cobertura desde que se otorga tal amparo, pero si se presenta un siniestro en el interregno, el pago de la indemnización queda sujeto a que se allegue la información dentro del plazo ya establecido.

Con base en los anteriores planteamientos concluyen los declarantes que la póliza se podía expedir sin documentos y que en efecto se expidió sin que el principal de ellos se hubiere recibido. Agregan que conforme a las políticas internas de la compañía el único requisito que debía llenarse era contar con un reaseguro antes de expedir la póliza, de manera que existiendo dicho reaseguro desde febrero 11 no había impedimento para que, desde esa fecha, se le diera amparo al señor Giovanni Rodríguez, lo que no ocurrió porque, según los testimonios de los empleados de la aseguradora, no lo solicitaron ni el tomador ni los agentes de seguros, quienes se demoraron en comunicar al asegurador la decisión respecto del cierre del negocio, lo cual solo hicieron el 5 de marzo.

Así, pues, queda desvirtuada, por falta de prueba, la deducción del señor apoderado del actor en el sentido de que la existencia del reaseguro implica la previa entrega de los documentos e informaciones necesarios para que se otorgue amparo por el reasegurador al asegurado y por este al tomador.

De otra parte, reviste un señalado interés la reunión sostenida en las oficinas de Seguros Tequendama entre Zoilo Leal y Daniel Torres Hurtado, ambos empleados de la aseguradora, con Diana Patricia Giraldo y Hermanos Smit.

La importancia de esta reunión estriba en que estos últimos afirman que en ella se acordaron todos los aspectos esenciales del negocio, entre ellos el monto de la prima y su forma de pago. Así mismo hacen hincapié en que para esa fecha todos los documentos e informaciones necesarios estaban en poder de la aseguradora, de suerte que esta podía expedir la póliza. Y finalmente arguyen que desde esa fecha Seguros Tequendama, por intermedio de Zoilo Leal, les dio un amparo provisional verbal y que tanto Smit como la Giraldo quedaron con la absoluta certeza de que el buque, a partir del 11 de febrero, tenía cobertura y que era inminente la expedición de la póliza.

Los funcionarios de Seguros Tequendama sostienen, por el contrario, que en dicha reunión únicamente se despejaron dudas planteadas por el señor Smit y se respondieron preguntas e hipótesis o conjeturas formuladas por el citado señor. Niegan abiertamente que se hubiera negociado el seguro o tocado lo relativo a primas y forma de pago. Afirman que para esa fecha no habían recibido documentos y que jamás otorgaron amparo provisional

alguno y que este ni siquiera fue solicitado.

Las argumentaciones del reclamante se basan principalmente en las declaraciones de Diana Patricia Giraldo, quien, inicialmente y con innegable énfasis, expresa que en esa reunión el negocio se cerró, que los documentos ya se habían entregado y que la aseguradora les dio un amparo provisional verbal y quedó comprometida a expedir de inmediato la póliza. Sin embargo, el énfasis inicial de la señorita Giraldo se va desdibujando en la medida que se ahonda el interrogatorio tanto en su primer testimonio como luego en el careo con Zoilo Leal, hasta quedar su dicho desprovisto de todo contenido de convicción, a consecuencia de sus abiertas contradicciones e incoherencias, como se verá a continuación.

En relación con el punto de que las partes acordaron en la reunión todos los aspectos relievantes del negocio, no sobra traer a colación la cita del autor Efrén Ossa, transcrita por el señor apoderado del reclamante en su alegato de conclusión, según la cual —y con el fin de actuar con buena fe exenta de culpa en el período precontractual— una vez “ajustadas las condiciones básicas del contrato de seguro, tomador y asegurador, especialmente este, han de aplicarse con razonable diligencia, a su perfeccionamiento legal. Su conducta negligente, pero aún, su mala fe, puede aparejarles la obligación de indemnizar el daño patrimonial que se irroge a la parte afectada. El siniestro, v. gr. que sobrevenga con antelación a la expedición de la póliza”.

Siguiendo las expresiones del aludido tratadista, cabe preguntar: ¿fueron, acaso ajustadas las condiciones básicas del contrato de seguro en la reunión del 11 de febrero?

Para absolver este interrogante se tiene que al paso que Diana Patricia Giraldo sostiene que en la reunión se discutió el monto de la prima y la posibilidad de pagarla en plazos, Hermanus Smit afirma que en esa conversación no se trató nada relacionado con el precio del seguro, ni plazo ni forma de pago, de lo que se desprende que al menos ese elemento básico del contrato no fue acordado ni definido por las partes en dicha reunión, de suerte que no puede hablarse, en esa fecha, de la existencia de un cruce pleno y eficaz de voluntades entre los potenciales contratantes.

En cuanto a la entrega de los documentos Hermanus Smit dice haberlos entregado en la reunión que comentamos y que Zoilo Leal los perdió; pero después afirma que no los entregó en la reunión sino que posteriormente los envió, sin precisar cuando, y que la carta remisoria correspondiente, que no fue aportada al proceso, se la entregó a Henrique Smit. Más tarde señala que fueron Diana Patricia Giraldo o Henrique Smit —después de la reunión— llevaron personalmente los documentos a la aseguradora. Puede observarse así la absoluta incoherencia en las manifestaciones de este testigo.

Por su parte, Diana Patricia Giraldo afirma que fue ella quién entregó los documentos desde el 10 de febrero y se apoya en su carta de marzo 5 en la que manifiesta que está allegando, de nuevo, la documentación que ya había entregado en la primera fecha. Sin embargo, enfrentada con el hecho de que el 10 de febrero de 1991 fue un domingo y con otras palpables contradicciones en sus declaraciones, admite no tener certeza de haber entregado los documentos en febrero 10 y concluye diciendo que escogió este día al azar al utilizar esta frase irresponsable: “de pronto fue una fecha así loca”.

Lo cierto es que para el 11 de febrero la documentación no estaba completa, pues, como puede apreciarse en el fax de febrero 12 de Seguros Tequendama para los reaseguradores, el primero señala que está pendiente el principal documento exigido por aquellos, es decir, el certificado de inspección y avalúo, y promete enviárselo tan pronto se lo entregue el asegurado. Obviamente esto no lo habría dicho Seguros Tequendama si el día anterior, cuando se celebró la reunión, hubiera recibido la documentación requerida.

Y respecto del otorgamiento de un amparo provisional verbal la señorita Giraldo manifestó inicialmente, sin mostrar el menor asomo de duda, que Zoilo Leal le manifestó desde la reunión del 11 de febrero, y de allí en adelante en reiteradas ocasiones, que contaba con amparo. Pero de nuevo, en la medida en que iba cayendo en contradicciones y evasivas la nitidez de sus primeras expresiones se fue diluyendo hasta manifestar que lo que Zoilo Leal dijo en la reunión fue lo que estaba en firme; era el reaseguro y no el seguro y luego afirmó, y se ratificó en ello, que no recordaba si Zoilo Leal les manifestó que lo que estaba en firme era el seguro o el reaseguro.

Por su parte Henrique Smit expresa que fue a él a quien le dieron el amparo provisional verbal. Pero este personaje, que dice y luego niega, que pretende haberlo hecho todo y a la postre no hizo nada, quien con balbuceos, evasivas y mentiras solo aportó al proceso confusión, no le ofrece credibilidad al tribunal, como tampoco se la ofrece —hay que decirlo— y por las mismas razones, la señorita Giraldo y el señor Hermanus Smit.

En síntesis están muy lejos de aparecer probadas las afirmaciones del reclamante y lo más verosímil es que la reunión de febrero 11 fue de mera información. Para el tribunal en ella no se definieron las condiciones básicas del negocio, ni se aportaron documentos, ni se otorgó amparo provisional alguno. De esta manera no están acreditados en parte alguna la negligencia ni el descuido de Seguros Tequendama, ni está demostrado que hubiere extraviado documentos, ni que hubiere dilatado injustificadamente la expedición de la póliza, ni que, habiéndosele solicitado desde febrero, hubiese rechazado tal solicitud.

Así las cosas, no es posible admitir que el asegurado fue inducido a error por la aseguradora, haciéndole creer que contaba con seguro y llevándolo a hacer zarpar la nave y a enfrentar así los peligros, riesgos de la navegación de altura, como lo afirma el apoderado del señor Giovanni Rodríguez.

En efecto, como quedó visto, no está demostrado que Seguros Tequendama hubiere dado amparo provisional verbal, ni que desde el 11 de febrero hubiere quedado obligada a expedir la póliza. Y, además, existe otro hecho que no puede pasar desapercibido, el cual aparece descrito en el libro de bitácora del buque Margarita, en el que se aprecia que el 7 de febrero de 1991, esto es, cuando todos aceptan que no había seguro, la nave zarpó de Santo Domingo con destino a Barranquilla y si bien el viaje abortó por problemas de combustible, y el buque hubo de retornar al puerto de origen, esta circunstancia pone de manifiesto un cierto comportamiento del asegurado frente a la asunción de riesgos, o refleja una actitud o cultura administrativa, según la cual no era imprescindible que, como condición previa a la iniciación de toda travesía, se dispusiere de un seguro de casco y maquinaria. Se vislumbra así una inclinación hacia la aventura y el riesgo o un deseo de autoasegurarse, al menos en ciertas ocasiones.

Con este antecedente no es remoto pensar que, para el nuevo zarpe, que tuvo lugar el 28 de febrero, el asegurado bien pudo hacerse la misma reflexión que lo movió a realizar, sin amparo, el viaje frustrado anteriormente, más aun cuando se trataba del mismo trayecto. Quizá creyó una vez que podía asumir el riesgo de la navegación marítima en una ruta corta y usualmente no muy peligrosa.

Por lo anterior no puede coincidir el tribunal con el planteamiento del señor apoderado del reclamante en el sentido de que fue el otorgamiento del amparo provisional verbal, o la promesa de la aseguradora de expedir la póliza, lo que llevó al reclamante a hacer emprender a la motonave la travesía y a correr los riesgos de una aventura marítima en la que a la postre zozobró.

Además, ha de hacerse énfasis en el hecho de que habiendo utilizado el tomador los servicios de dos intermediarios de seguros, ambos con experiencia, —quienes sabían, o han debido saber, que los amparos verbales son ineficaces— no podría admitirse que el asegurado hubiese incurrido en el error de derecho de creer que tenía un amparo efectivo desde febrero 11.

Visto lo anterior resta precisar si el otorgamiento de un amparo retroactivo —que en efecto concedió la aseguradora mediante la carta suscrita por el señor Zoilo Leal el 5 de marzo de 1991—, constituye una conducta culposa, negligente o engañosa del asegurador.

Ante todo cabe señalar que el principio general plasmado en la legislación sobre seguros, establece que el riesgo asegurable ha de ser incierto y futuro, esto es, que necesariamente ha de ocurrir con posterioridad a la expedición de la póliza que perfecciona el contrato, lo que impide, también en principio, los amparos retroactivos. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, como se advierte en la contenida en la sentencia de casación de septiembre 5 de 1988 en la cual se lee: “... tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

“... el riesgo asegurable debe ser incierto objetivamente y, además, futuro. Los hechos ya acontecidos, por ser ciertos y, por ende, no ser futuros, ya no entrañan riesgo asegurable de conformidad con la ley. Como tampoco la incertidumbre, cuando es subjetiva”.

“... La ocurrencia del siniestro requiérese que acontezca luego de perfeccionado el negocio y de existir la correspondiente cobertura asegurativa, pues de lo contrario no habría riesgo asegurable, que en esencia no es sino eventualidad futura”.

Lo propio opina el Consejo de Estado al expresar que “el seguro responde a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, jamás un riesgo pretérito” (Sent., feb. 20/86-Sec. Tercera).

Y la doctrina nacional, con base en la preceptiva del artículo 1.054 del Código de Comercio, coincide plenamente con los anteriores planteamientos al explicar que “el suceso ha de ser incierto. Y la incertidumbre objetiva. Por tanto, debe, asimismo, ser futuro. Futuro e incierto son, pues, las notas características que debe revestir un hecho para que pueda asumir la naturaleza del riesgo conforme a la ley” (Efrén Ossa Gómez. Teoría general del seguro. Ed. 1984. pág. 86).

No es menos cierto, sin embargo, que el anterior principio general tiene una expresa excepción legal en el campo, precisamente, del derecho marítimo, en el cual cabe asegurar el llamado riesgo putativo, esto es, el que, como dice la doctrina, no existe, o mejor, solo existe en la imaginación del asegurado. Dicho riesgo putativo, o incertidumbre subjetiva, da lugar, —conforme lo entienden la mayor parte de comentaristas, principalmente europeos—, al seguro típicamente retroactivo.

Como lo explica el tratadista Carlos Ignacio Jaramillo J. en un reciente estudio publicado en el “Informativo jurídico” sobre la “configuración del siniestro en el seguro global bancario”, “en el seguro marítimo ... el riesgo putativo, la incertidumbre subjetiva, si puede, como de hecho lo es, ser objeto de cobertura. Es el denominado internacionalmente “seguro sobre buenas o malas noticias”, también identificado al seguro “perdido o no perdido” (cláusula “*lost or not lost*”).

Y agrega que el legislador colombiano, “en atención a la honda tradición existente en el concierto internacional en punto al ya apellidado “seguro de buenas o malas noticias” le concedió albergue. En todo caso, su viabilidad y validez es incuestionable. Fue pues la ley, en ejercicio de su supremacía, quien determinó que el seguro contratado en tales circunstancias fuese de recibo y, fue también, no se olvide, la que condenó la viabilidad del seguro terrestre otorgado en análogas condiciones (art. 1.054). Aceptar lo uno sin lo otro, es, sin más, una “verdad a medias”. El riesgo putativo tiene cabida en el derecho colombiano, es cierto, pero únicamente en el seguro marítimo; no en el terrestre: daños y personas”.

La consagración normativa de este régimen particular del seguro marítimo se encuentra en el artículo 1.706 del Código de Comercio, que dispone: “será válido el seguro marítimo sobre el riesgo putativo, esto es, el que solo 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 el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato”.

Obviamente, la validez de esta clase de seguros descansa sobre el desconocimiento absoluto que tengan las partes acerca de la ocurrencia o no del siniestro. Por ello se señala que en esta hipótesis se acepta el seguro que verse sobre hechos ya acaecidos, a condición de que las partes ignoran su ocurrencia.

Tiene razón el señor apoderado de Seguros Tequendama cuando dice que en este tipo de amparos la ley lo que está permitiendo es la contratación de un seguro con efecto retroactivo a la fecha en que se recibieron las últimas noticias de la nave y por ello también acierta al expresar que es el asegurado quien determina la extensión de la retroactividad, pues obviamente es él quien ha debido recibir las últimas noticias sobre la suerte de su nave. Sería absurdo, en consecuencia, que fuera la compañía aseguradora la que determina el lapso de la retroactividad sin tomar en consideración cuándo fue la última vez que el asegurado supo de su buque.

De acuerdo con lo anterior, es lógico suponer que la señorita Giraldo —en su afán desmesurado por obtener la póliza el 5 de marzo, tal como lo demuestra el comportamiento mostrado en esta fecha al sacar incluso de una conferencia al señor Zoilo Leal— hubo seguramente de proponer que se le diera el amparo con efecto retroactivo, es decir, a partir del 11 de febrero, desde cuando ella sabía, como está demostrado en su propia declaración, que Tequendama contaba con el respaldo de un reasegurador. La aseguradora aceptó, y con ello obró con estricta sujeción a las disposiciones colombianas sobre la materia, que, se repite, autorizan expresamente la contratación de

seguros retroactivos. El señor Leal, que contaba desde el 11 de febrero con reaseguro, —único requisito exigido internamente por Seguros Tequendama para otorgar el amparo— aceptó la propuesta de buena fe, pues no está demostrado que en ese momento conociera la suerte de la nave, y en ello no puede verse ningún comportamiento negligente, descuidado, engañoso, ni torticero.

Pero el amparo provisional escrito y la póliza expedida estaban inexorablemente destinados a ser ineficaces, pues la buena fe requerida del asegurado —consistente en el desconocimiento veraz y absoluto de la suerte de la nave en el momento de la formalización del seguro—, no se encuentra presente en este caso.

Debe precisarse que en este proceso la buena o mala fe del asegurado —Giovanni Rodríguez Medina— o su ignorancia o desconocimiento del siniestro se mira y se califica a través de las acciones y omisiones de sus representantes, que para el efecto fueron, en primer lugar, el señor Hermanus Smit, nombrado administrador de la nave, y luego los intermediarios para la obtención del seguro: Diana Patricia Giraldo y Henrique Smit. Al respecto, el artículo 834 del Código de Comercio dispone que “en los casos en que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado”.

Está probado en el proceso que el buque Margarita, zozobró el 2 de marzo de 1991 y que la nave Melina Two, que llevó a cabo el salvamento de parte de los tripulantes, dio aviso de lo ocurrido el 4 de marzo a los agentes del buque Codonave y que estos informaron en la misma fecha al asegurado mediante comunicación dirigida a Hermanus Smit.

Por lo demás, el señor Hermanus Smit reconoció abiertamente en su declaración que supo del accidente antes de que Seguros Tequendama suscribiera la carta del 5 de marzo en que otorgó el amparo provisional y admitió que, a pesar de dicho conocimiento, no se lo divulgó a la aseguradora sino hasta después de la expedición de la póliza. También Henrique Smit admitió inicialmente que conoció del accidente antes que el amparo provisional hubiera sido concedido, aunque luego se retractó entre balbuceos y evasivas.

Diana Patricia Giraldo siempre sostuvo que no tuvo conocimiento del accidente sino hasta después de expedida la póliza, pero en el careo con Zoilo Leal, visiblemente conturbada y sollozando, expresó que, en este punto, tenía la impresión de haber sido utilizada y manipulada, pues dejó entrever que, sin ninguna consideración por su nombre y por su carrera, se la había presionado para que obtuviera el amparo sin darle a conocer la verdadera situación en que se encontraba la nave.

Todo lo hasta aquí expuesto permite concluir al tribunal que no existe reproche alguno probado que pueda formularse al comportamiento de la aseguradora Tequendama y, por ende, no puede hacerse una valoración negativa de su conducta. No existe, en consecuencia, culpa ni negligencia de su parte, con lo cual la imputabilidad, que es el elemento esencial en todo evento de responsabilidad subjetiva, no se encuentra acreditada en el proceso.

En relación con el daño, que es otra condición *sine qua non* de la responsabilidad civil, han de hacerse los siguientes análisis:

La regla general probatoria establece que el actor, en todo proceso de responsabilidad civil tiene la carga de la prueba para demostrar que hubo un daño, que él es el perjudicado, es decir, que fue su propio patrimonio el que sufrió desmedro y demostrar, así mismo, la cuantía del daño cuya reparación se persigue. Como lo ha señalado la Corte el “perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme a las reglas generales del derecho procesal, es al demandante en la acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho culposo o delictuoso lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo” (Cas. de abr. 26/47).

Para el tribunal está demostrado en el proceso, con apoyo en diversos documentos y, particularmente, con el escrito de análisis y estudio preparatorio del ajuste efectuado por el ingeniero Álvaro Lascarro, así como con su declaración en audiencia, que la motonave Margarita se hundió en el mar Caribe el 2 de marzo de 1991.

Según el ingeniero Lascarro la nave se hundió por haber sido mal estibado el cargamento de chatarra que iba a bordo y de ahí hace depender Seguros Tequendama su argumentación de que se incumplió, por el asegurado, la garantía de que la nave se encontrara, al momento del zarpe, en buenas condiciones de navegabilidad. El tribunal no se detendrá mayormente en este aspecto, pues estima que no incide en el resultado del proceso, ya que hace parte de la responsabilidad contractual que, como se dejó explicado, no es materia de este debate. No obstante, quiere precisar que las condiciones de navegabilidad se refieren a una aptitud objetiva, tanto técnica como comercial que debe tener el buque antes de iniciar el viaje. Las condiciones técnicas hacen relación a contar con casco, motores y maquinaria idóneos para realizar el viaje que se proyecta, teniendo en cuenta su trayecto y las circunstancias usuales del mar en esa zona. Y las condiciones comerciales miran a la aptitud de las bodegas, cámaras frigoríficas y demás elementos destinados para manipular y albergar carga.

Una mala estiba no afecta las condiciones de navegabilidad que, se repite, son condiciones objetivas de la nave. La mala estiba da lugar a la llamada culpa comercial, no náutica, y compromete la responsabilidad del armador, derivada de los hechos y omisiones de la tripulación, ante los dueños de la carga que se halle a bordo; en consecuencia, no es un evento de incumplimiento de garantías para efectos del contrato de seguros.

Lo cierto es que la nave zozobró y debe precisarse a quien afectó patrimonialmente esta pérdida, pues únicamente tiene legitimación para demandar reparación quien efectivamente haya visto afectado su patrimonio.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “de la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual puede hacer uso quien tenga interés en ella, esto es, quien ha sufrido un daño indemnizable por culpa de su autor. El demandante en la acción de responsabilidad es por tanto la persona lesionada, pero únicamente una persona lesionada” (Sent. Cas., dic. 5/51) (destacado del tribunal).

En el presente arbitramento el señor apoderado del actor manifiesta que el buque Margarita era propiedad de la Sociedad Navíos Costa Azul Internacional S.A., constituida bajo las leyes de la República de Costa Rica; y que su cliente —Giovanni Rodríguez Medina— demanda en su propio nombre la indemnización que se persigue en este proceso en virtud de su doble carácter de accionista mayoritario y de presidente de la mencionada sociedad.

Ante todo debe advertirse que la propiedad de la nave Margarita no está debidamente acreditada en el proceso, pues simplemente se allegó la escritura 113-3 del 26 de junio de 1989 que contiene el acto de adquisición del buque por parte de Navíos Costa Azul Internacional S.A. Dicha escritura demuestra, a lo sumo, que en la mencionada fecha se realizó una enajenación o transferencia del dominio, pero, hipotéticamente hablando, nada habría impedido que quien aparece en dicho título como adquirente la hubiese transferido a un tercero. Esta hipótesis sirve simplemente para poner en evidencia que la mera escritura pública no es prueba suficiente de la propiedad de una nave frente a terceros. Por ello todos los estados del mundo han establecido registros especiales para inscribir en ellos las enajenaciones y gravámenes de que sería objeto los buques matriculados bajo su bandera. Las autoridades encargadas de llevar los registros —ya sean capitanías de puerto u otras entidades administrativas especializadas— expiden los certificados que demuestran *erga omnes* la titularidad del derecho de dominio sobre la nave, así como los gravámenes y privilegios navales que pesan sobre ella. En consecuencia no son las escrituras de compraventa, ni las licencias de navegación, ni los certificados de clasificación, ni la patente de navegación, los documentos idóneos para demostrar la propiedad.

Es cierto que en el expediente aparece una certificación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de la República de Costa Rica del 24 de marzo de 1992, el cual se refiere básicamente a la vigencia de la patente provisional de navegación otorgada por esa dependencia a la M/n Margarita señalando a Navíos Costa Azul Internacional como armadora y luego como propietaria de la nave. Sin embargo, este certificado no es suficiente para despejar las dudas planteadas por el tribunal por varias razones, a saber:

- a) Porque la certificación versa sobre la expedición de patente de navegación y no sobre la propiedad del buque;
- b) Porque es bien sabido que una compañía naviera puede tener el carácter de armador sin ser dueña de la nave; y
- c) Porque el texto mismo del certificado se deduce que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes de Costa Rica no es la dependencia encargada de llevar el registro de las mutaciones del derecho de dominio de las naves

matriculadas en ese país.

Por lo demás, la calidad de accionista de Navíos Costa Azul que dice tener el señor Giovanni Rodríguez, tampoco está debidamente demostrada. Sobre este aspecto solo se aportaron los certificados originales, distinguidos con los números 1 y 2, por nueve acciones y una acción respectivamente. Dichos certificados son documentos privados expedidos por una sociedad extranjera, por lo que debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 480 del Código de Comercio en relación con documentos expedidos en el exterior y relacionados con sociedades extranjeras. Dicha disposición establece que tales documentos deberán autenticarse “por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano ...”. Estos requisitos no fueron observados por la parte actora.

Además, era necesario aportar, a través de los mecanismos establecidos en nuestro régimen procedimental, la ley de Costa Rica sobre sociedades para demostrar en qué forma se acredita la calidad de accionista. De otra manera no es posible saber si con la sola tenencia del título es suficiente, o si sus endosos requieren de formalidades especiales, o si es menester exhibir el registro en el correspondiente libro de accionistas, o si se necesita, en fin, algún tipo de certificaciones expedidas por la sociedad o por un órgano de control estatal, etc.

En cuanto a la actuación del demandante en su propio nombre, basado en la doble calidad ya citada de presidente de la sociedad y de accionista mayoritario, el tribunal señala que el carácter de presidente y, por tanto, de representante legal, obviamente impedía al señor Rodríguez Medina ejercer en su propio nombre las acciones y derechos de la persona jurídica que administra, pues por su propia función debía obrar en nombre y por cuenta de su representada.

Debe ahora resolverse si la mera calidad de accionista es suficiente para concluir que el daño sufrido por bienes sociales es igualmente un daño personal de los accionistas y si en tal virtud estos están legitimados para demandar en su nombre las reparaciones consecuenciales.

Dentro de las consecuencias adversas que puede ocasionar un hecho ilícito ejecutado en relación con una sociedad hay que distinguir los daños causados a la persona jurídica y los causados a sus socios o accionistas.

Debe tenerse en cuenta que algunos de esos daños son causados exclusivamente a los socios, de manera personal sin afectar a la persona jurídica. En este caso es evidente que solo los socios o accionistas individualmente considerados disponen de acción para demandar reparación. Lo que obviamente no les impide agruparse para demandar, lo que pueden hacer a través de un apoderado común, si así lo quieren (R. Demogue. *Traité des obligationsen Général*. T. IV. 438 y ss.).

De otra parte, se presentan perjuicios que golpean a la persona jurídica pero sin causar demérito directo a los asociados, en cuyo caso la primera dispone de acción para obtener la indemnización correspondiente. Es una acción social. Pero en esta hipótesis se pregunta si los socios también disponen de acción para demandar la reparación, pues sin duda ellos necesariamente sufren un desmedro económico, pues al causársele un daño a la persona jurídica cada asociado ve disminuido su derecho sobre el patrimonio social, en proporción a su participación en el capital. Pero ese daño sufrido por los asociados es el mismo daño sufrido por la sociedad. Solamente golpea al asociado como partícipe de la persona jurídica y en proporción a su participación. El asociado no es alcanzado por el daño como individuo independiente sino como partícipe de la persona jurídica (“como fracción de un grupo”). El perjuicio sufrido por la sociedad no llega individualmente a los asociados; solamente los golpea a través de la persona moral, como miembros de esta (LEÓN MAZCAUD, et Henri. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. T. II. 1878-5).

En consecuencia, los socios o accionistas no tienen acción para demandar la reparación del daño, pues la persona jurídica se interpone entre los asociados y el causante del daño, de suerte que dicha persona jurídica se torna en un obstáculo insuperable para el ejercicio de acciones individuales de los asociados. La acción, como dice la Corte solo se otorga en beneficio de quien en verdad resultó perjudicado (Cas. Civ., feb. 3/81).

Tal sería el caso, por ejemplo, del perjuicio causado al patrimonio social por la mala gestión de un administrador o por el hecho culposo de un tercero. Aquí solamente cabría una acción social para demandar la reparación,

excluyéndose cualquier acción individual de los accionistas (LYON, Caen et RENAULT. *Traité de Droit Commercial*. T. II. 827).

En síntesis, si se produce un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio, y esta afectación golpea consecuentemente al accionista, solo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los asociados, pues la acción solo corresponde a la persona jurídica, única afectada directa y quien la ejerce a través de sus representantes. El accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene legitimidad para exigir la reparación; las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica y en nombre de esta. No puede el accionista actuar en su propio nombre, ya que de ser así se trataría del ejercicio de una acción individual que solo se otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social.

Así las cosas, para que los accionistas puedan ejercitar acciones judiciales es menester que el daño cuya reparación se demanda lo hayan estos sufrido de manera individual, personal y directa y no a través de un perjuicio causado al patrimonio de la persona jurídica (ROCCO VIVANTE, Bolafio. *Derecho comercial*. T. VI. 264 y ss.).

En el mismo orden de ideas Alessandri y Messineo manifiestan que corresponde exclusivamente a las personas jurídicas el derecho a reclamar indemnización de perjuicios por daños que sufra su patrimonio, lo que no pueden hacer sus socios, pues a estos les está vedado ejercer la acción social a su propio nombre con el pretexto de ser ellos quienes soportan el daño en definitiva. Pero si los socios reciben un daño independiente pueden demandar a su nombre. Igualmente afirman que pueden coexistir la acción social y la individual si se presenta un doble daño, esto es, uno que afecte el patrimonio social y otro el patrimonio particular de un asociado (RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri. *Responsabilidad extracontractual*. págs. 476 y ss.; MESSINCO, Francisco. *Derecho civil y comercial*. T. V. págs. 474 y ss.).

Por su parte Houpin et Bosvieux (*Sociétés Commerciales*. T. II. 1366) coinciden con los anteriores planteamientos al explicar que las dos acciones —la social y la individual— solo coexisten en la medida en que se produzcan dos perjuicios distintos: uno que afecte el patrimonio del ente moral y otro al del asociado y precisan que no es, entonces, un mismo perjuicio el que le abra la puerta simultáneamente a la acción social y a la acción individual.

En nuestro país la doctrina y las decisiones judiciales confirman las anteriores posiciones. Es así como se señala por los doctrinantes nacionales que en nuestro medio se exige un daño individual y concreto para que se tenga la titularidad de la acción, lo que impide que los socios ejerciten acciones que solo corresponden a la persona jurídica. Los accionistas, por su parte, pueden perseguir el resarcimiento de sus propios deméritos patrimoniales. Al respecto afirman que “solo existen acciones indemnizatorias individuales a favor de todos y cada uno de los miembros (asociados) que hayan sido lesionados, pero individualmente considerados. (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. pág. 537).

Así mismo la Corte en reiteradas oportunidades, como en la sentencia de casación de 8 de abril de 1980, ha reconocido que un mismo hecho culposo puede dar lugar a pluralidad de víctimas, experimentando cada una su propio perjuicio personal, lo que los legitima para demandar su respectiva indemnización.

En el presente caso, el señor Giovanni Rodríguez Medina no sufrió un daño individual, particular, personal y directo, de manera que no estaba legitimado para demandar en su propio nombre la reparación de un perjuicio ajeno, por muchos y muy próximos que fueran sus nexos con la sociedad propietaria.

Con lo expuesto hasta aquí es evidente la conclusión del tribunal en el sentido de que el hundimiento del Margarita constituyó un demérito patrimonial para Navíos Costa Azul Internacional y que solo esta, con total exclusión de sus accionistas y administradores, podía ejercer las acciones tendientes a obtener una indemnización de perjuicios derivada del eventual comportamiento culposo de la aseguradora. En otros términos, el señor Giovanni Rodríguez no sufrió daño alguno y no puede perseguir reparación en su propio nombre y en su exclusivo interés.

Las anteriores precisiones, propias de una acción de responsabilidad extracontractual, pueden perfectamente proyectarse sobre el campo del seguro para concluir que, así como los accionistas no tienen acción de resarcimiento en el evento de que los bienes sociales sufran daño, tampoco tienen interés asegurable para amparar bienes de la persona jurídica, pues en caso de siniestro es el patrimonio social el que resulta afectado y no el del

asociado, como ya se explicó en detalle.

Es cierto que el artículo 1.083 del Código de comercio dispone que tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización del riesgo, pero el alcance y contenido de la noción de “afectación indirecta” debe ser entendida en forma restrictiva y no como cualquier repercusión que un daño pueda llegar a producir de rebote o consecencialmente sobre el patrimonio de una persona distinta al dueño del bien objeto del seguro. El tribunal concuerda con los argumentos del señor apoderado de Seguros Tequendama respecto de las hipótesis admitidas de interés asegurable indirecto, a saber: El seguro de lucro cesante, en el cual el asegurado tiene un interés indirecto, puesto que la pérdida del bien ajeno, que él emplea, puede afectarlo en la medida que deje de percibir los ingresos producidos por dicho bien. Es el caso de un transportador marítimo que moviliza carga de sus clientes en un buque arrendado o fletado por aquel, siendo evidente que el transportador tiene interés en el flete producido, el cual podría perder si la nave no puede realizar el viaje a causa de un siniestro.

Así mismo el responsable del manejo de la cosa siniestrada podrá ver menoscabado su patrimonio, a causa de la pérdida de dicha cosa ajena, en virtud de daños que se le generen a terceros. En efecto, siguiendo el mismo ejemplo del transportador marítimo que opera buque fletado o arrendado, la pérdida o daño de la nave pueden hacerlo responsable frente a los cargadores y destinatarios de las mercaderías que transporta. Se trata, en consecuencia, de un evento de responsabilidad civil.

Y finalmente, pueden tener interés asegurable indirecto aquellas personas que tengan sobre el bien derechos reales distintos del de la propiedad, como puede ser el usufructuario de la nave o su acreedor hipotecario, quienes obviamente resultarían perjudicados con la pérdida o daño del bien sobre el que recaen sus respectivos derechos.

En el caso en estudio el señor Giovanni Rodríguez no tenía interés asegurable directo, pues este solo le pertenecía a la dueña del buque, esto es, Navíos Costa Azul, y tampoco tenía interés asegurable indirecto por no estar colocado en ninguna de las hipótesis antes vistas.

Su único argumento es el de ser accionista mayoritario de la compañía propietaria, pero como se vio en detalle previamente, la personería jurídica de la sociedad, con su patrimonio distinto e independiente, se interpone inexorablemente impidiendo así que el patrimonio del accionista sufra mella con la pérdida o deterioro de los bienes sociales, y por ello le arrebatara toda posibilidad de tener interés asegurable sobre tales bienes.

La conclusión a que ha llegado el tribunal con base en la ley colombiana coincide plenamente con la reiterada en la jurisprudencia de Inglaterra, país líder en el derecho de seguros y muy especialmente en los seguros marítimos. Al respecto, los autores suelen comentar, entre otras, las decisiones siguientes, cuyos apartes el tribunal transcribe en traducción libre:

En la obra *Marine Insurance* del autor E.R. Hardy Ivamy se cita el caso de *Paterson v. Harris* y el caso *Arnaud* en los que las Cortes manifestaron que el accionista de una compañía no tiene interés asegurable en los bienes de propiedad de la sociedad, habida cuenta que esa propiedad se radica en cabeza de la compañía misma y no en la de ningún accionista individual.

Por su parte en la conocida obra de *Chorley and Giles, Shipping law*, se leen los siguientes comentarios: “El caso más obvio de interés asegurable es la propiedad del buque. Debe recordarse que en el caso de una compañía naviera a esta pertenece el buque y no a sus accionistas. Incluso el titular de prácticamente todas las acciones de la compañía no tiene por ello interés asegurable en los buques de esta, por cuanto la compañía es una persona jurídica distinta a sus accionistas. Así se decidió en el caso *Lucena v. Craufurd*. El accionista puede realmente perder dinero si los buques de la compañía son destruidos, lo que puede llevar a que se reduzcan los dividendos o a la liquidación de la compañía. De igual manera los accionistas pueden obtener ventajas de la seguridad de los buques, pues sus acciones pueden producir más dividendos. Pero la ley sobre seguros marítimos (*Marine Insurance Act*) no dice que exista interés asegurable cuando quiera que una persona pueda beneficiarse o perder en razón de la existencia de la cosa asegurada ...” (destacado del tribunal).

Es claro, entonces, que Giovanni Rodríguez no tenía interés asegurable en el buque Margarita. Esto hubiese

significado, en el evento en que la póliza hubiere sido expedida antes del siniestro, que el asegurado no hubiere podido hacerla efectiva por falta de un elemento esencial como es el interés asegurable. En otras palabras, aun si se hubiere demostrado en este proceso un comportamiento negligente del asegurador en la expedición de la póliza, aún así, se repite, esta conducta culposa habría estado desprovista de todo efecto jurídico y económico, pues el asegurado no habría estado legalmente facultado para exigir la indemnización. Esto significa que la hipotética culpa de la aseguradora no habría tenido la virtualidad de causar daño a Rodríguez Medina, lo que habría impedido que se cristalizara la responsabilidad civil de aquella.

A propósito de este punto, el apoderado del actor le endilga a la aseguradora un comportamiento reprochable consistente en haber considerado, inicialmente, que Rodríguez Medina sí tenía interés asegurable, razón por la cual le expidió la póliza y luego, cuando ocurrió el siniestro, de inmediato esgrimió como defensa la carencia de dicho interés asegurable. Al respecto cita el mencionado apoderado la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de junio de 1989, en la que se dijo: “Siendo el seguro un contrato y como tal, un acto libre y voluntario de los contratantes, puede concluirse que, en el fondo, es el asegurador el que determina extraprocesalmente si el riesgo que se le propone asegurar tiene o no un interés asegurable. Como norma general, el hecho de cobrar la prima indica entonces que el asegurador estimó que existía un interés asegurable. Y como nadie puede obligar a una compañía aseguradora a otorgar un seguro, contra su voluntad, debe concluirse que es, en el fondo, el asegurador quien aceptando o no, correr el riesgo, determina si el interés del tomador del seguro es o no asegurable. Conducta inapropiada será la de un asegurador que estime el interés asegurable en el momento de cobrar la prima y luego, ocurrido el siniestro, vale decir, a la realización del riesgo asegurado, invoque a su favor que no era asegurable”.

La regla general a que se refiere la Corte en el fallo transcrito no tiene en este caso el alcance explicado, pues probado está que fue doña Diana Patricia Giraldo, por instrucciones expresas de Hermanus Smit, quien indicó a la aseguradora que el tomador y beneficiario del seguro sería Giovanni Rodríguez Medina. Por su lado Hermanus Smit reconoció en su testimonio que él en efecto había decidido que el seguro se tomara a nombre de Rodríguez Medina, ya que encontraba perfectamente normal y lógico que así fuera, habida cuenta que el tomador era el principal accionista de la sociedad propietaria. Los funcionarios de la aseguradora manifestaron, y no hay prueba en contra que los desmienta, que no se discutió entre las partes nada relativo a la propiedad del buque y que no suele la aseguradora indagar sobre la propiedad de los bienes que se le propone amparar. Puede observarse, igualmente, que ni dentro de los papeles que solicitó el reasegurador, ni entre aquellos que la señorita Giraldo envió con su carta del 5 de marzo, ni entre los que dice haber entregado el 11 de febrero, se encuentran documentos enderezados a acreditar la propiedad del buque, con lo que queda claro que el asegurador se atuvo a lo que le manifestaron los representantes e intermediario del tomador; que fueron estos los que unilateralmente decidieron a nombre de quién se tomaría el seguro y que la aseguradora no contaba con elementos de juicio para detectar el error de apreciación cometido por tales intermediarios y para sugerir su corrección. Así las cosas, no cabe argüirse aquí que Seguros Tequendama obró torciteramente al aceptar expedir la póliza al señor Giovanni Rodríguez Medina.

Finalmente ha de decirse que tampoco el monto del daño cuya reparación se persigue aparece probado en el proceso. El actor se limita simplemente a demandar una indemnización de \$ 280.000.000 que corresponde al valor señalado en la póliza 20006.

No debe olvidarse que en este proceso no se ejercita una acción contractual nacida del seguro, sino una acción extracontractual por hechos acaecidos durante la etapa de negociación del amparo. Ambas partes, como se dijo en la parte inicial de este laudo, reconocieron la inexistencia del contrato de seguros por falta de elementos esenciales, en particular por carencia de riesgo asegurable. De esta manera no puede, de una parte, admitirse la inexistencia del contrato y, de otra, acudir a una de sus cláusulas para demostrar el monto del daño indemnizable. Del contrato hay que hacer total abstracción en este proceso con el fin de ser coherentes con el debate planteado.

Lo anterior significa que el actor, en cumplimiento de su tarea probatoria, que lo obligaba a acreditar todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, ha debido aportar las pruebas necesarias para demostrar el monto del daño alegado. Dicha tarea no se cumplió, ni siquiera en mínima medida, de suerte que este elemento no se halla acreditado, ya que no existe probanza suficiente que demuestre el valor comercial de la motonave Margarita.

Y para ahondar más en este punto, es del caso señalar que en el supuesto de que aquí se hubiera ventilado un caso de responsabilidad contractual con base en la póliza 20006, aun en esta hipótesis el asegurado habría tenido que demostrar el *quantum* del daño reparable, pues la cifra señalada en la póliza era simplemente un tope indemnizable pero no un monto definitivo de resarcimiento.

Al respecto, las normas generales sobre seguros establecen que “corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida (C. Co., art. 1.077) y el artículo 1.079 del mismo estatuto dispone que el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, entendiéndose con este texto que el monto de la reparación, dentro del máximo establecido, que es la suma asegurada, deberá demostrarlo el asegurado. En materia de seguros de daños, el artículo 1.085 previene que en todo caso, el asegurado deberá probar el valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro.

Esta regla general en materia de prueba del daño tiene una excepción importante en el campo del seguro marítimo; dicha excepción es la póliza de valor estimado, la que según las voces del artículo 1.713 del Código de Comercio, no solo indica el valor del interés asegurado sino que expresa el convenio en virtud del cual será ese valor y no otro el que sirva de base para determinar el monto de la indemnización en caso de siniestro. Continúa la norma diciendo que “las expresiones póliza valuada, de valor estimado, o de valor admitido, bastarán para expresar este convenio. La regla general en este tipo de pólizas es, entonces, que el valor estimado no puede ser controvertido entre asegurado y asegurador.

En cambio, la póliza de valor no estimado, según lo señalado por el artículo 1.714 del estatuto mercantil, es en la que ha de determinarse el valor asegurable, hasta concurrencia de la suma asegurada, para lo cual el asegurado deberá desarrollar su labor probatoria para demostrar el monto de la indemnización a que efectivamente tiene derecho.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1.753 preceptúa que en caso de pérdida total, el importe de la indemnización será equivalente a la suma estipulada en la póliza, si esta fuere de valor estimado, y al valor asegurable, si no lo fuere, debiéndose entender, en esta última hipótesis, que dicho valor asegurable será el que pruebe el asegurado.

En síntesis, solo en la póliza de valor estimado la suma estipulada en ella determina, de entrada, el monto de la indemnización. En los demás eventos el asegurado tiene la carga de la prueba para la demostración del monto de la reparación.

En el presente caso, la póliza 20006 no es de valor estimado, pues ninguna de las menciones que la caracterizan, según el inciso 2º del artículo 1.713, se encuentra en su texto. En efecto, en ninguna parte se habla de póliza valuada, ni de valor estimado, ni de valor admitido.

Además, todos los funcionarios de Seguros Tequendama que declararon en el proceso manifestaron que la póliza 20006 no era de valor estimado y que la cifra que aparecía en ella era el tope a que podría llegar la indemnización, pero no el monto definitivo de reparación.

En consecuencia, el actor tenía la obligación de demostrar la cuantía de la pérdida, aún si el contrato de seguro formalizado por la póliza 20006 hubiese sido eficaz y si la acción, ejercida por el reclamante, hubiese sido contractual. Con mucha mayor razón tenía la carga de la prueba del daño y su monto en este proceso en el que se persigue la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual.

Así las cosas, podrá concluir el análisis del elemento daño, ha de decirse que no se encuentra probado el que el actor hubiera sufrido un daño personal, ni la cuantía de este.

En virtud de lo expuesto, no hallándose demostrado ninguno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil que se demanda contra Seguros Tequendama, el tribunal habrá de desechar todas las pretensiones formuladas por Giovanni Rodríguez Medina.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. No declarar las nulidades de incompetencia y falta de traslado de la demanda propuestas por el señor apoderado de Seguros Tequendama S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.
  2. Negar la pretensión formulada por Giovanni Rodríguez Medina en el sentido de ordenarle a Seguros Tequendama S.A. el pago, a su favor, de la cantidad de \$ 280.000.000, junto con sus intereses de mora.
  3. Exonerar de toda responsabilidad civil extracontractual a Seguros Tequendama S.A. por no haberse demostrado la existencia de los elementos constitutivos de la misma, en particular, la culpa imputable y el daño.
  4. Declarar probadas, en consecuencia, las excepciones de ausencia de culpa y ausencia de daño sufrido por el demandante propuestas por Seguros Tequendama S.A.
  5. Declarar oficiosamente que en el proceso se demostró la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.
  6. Condenar al demandante Giovanni Rodríguez Medina al pago de la totalidad de las costas del proceso, representadas por los honorarios de los árbitros y el secretario, y por el valor total al que finalmente asciendan los gastos del tribunal, incluida la protocolización del expediente. Líquidense por la secretaria.
- Como agencias en derecho a favor de Seguros Tequendama S.A. y a cargo de Giovanni Rodríguez Medina fíjase la suma de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000).
7. Por el presidente protocolícese el expediente en una notaría del Círculo de Santafé de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.