

ANÁLISIS DEL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS Y EL
SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DEL
TRANSPORTADOR DE CARGA TERRESTRE

AUTOR: REINALDO ANDRÉS RODRÍGUEZ GUERRERO

TRABAJO DE GRADO DE ESPECIALIZACIÓN

DIRECTOR: JUAN EDUARDO PUYANA MANTILLA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS

Bogotá D.C.

Marzo de 2014

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	8
2.1. LOS RIESGOS EN EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS	8
2.2. EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS	13
2.2.1. Legislación aplicable al Contrato de Transporte de Mercancías.....	13
2.2.2. Definición del Contrato de Transporte de Mercancías	15
2.2.3. Partes del Contrato de Transporte de Mercancías	16
2.3. LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR.....	22
2.3.1. Régimen de Responsabilidad en el Contrato de Transporte de Mercancías	22
2.3.2. Elementos de la Responsabilidad Contractual en el Transporte de	
Mercancías	28
2.4. DISTRIBUCION DE LOS RIESGOS EN EL TRANSPORTE DE	
MERCANCÍAS	31
3. EL CONTRATO DE SEGUROS Y LOS RIESGOS DEL TRANSPORTE DE	
MERCANCÍAS.....	35
3.1. Clasificación de los Seguros.....	35
3.2. Seguro de Transporte	36
3.3. El Seguro de Responsabilidad Civil Contractual	39
3.4. El Seguro por Cuenta Ajena y el Seguro de Transporte.....	42
3.5. El interés asegurable del transportador de carga.....	48
4. CONCLUSIÓN	56
5. BIBLIOGRAFÍA.....	58

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que más despierta polémica jurídica, económica y práctica en la actualidad dentro de la industria aseguradora nacional tienen que ver con el seguro de transporte que celebran las empresas de transporte de carga y en general quienes prestan servicios complementarios al transporte –agentes de carga, operadores logísticos-. Dicha polémica surge fundamentalmente del tipo de póliza que ofrecen las compañías de seguros a estas empresas y que estas contratan para cubrir los riesgos a los que se ve expuesta la mercancía durante el transporte, ¿debe ser una póliza de daños reales -como la que se otorga a los propietarios de la mercancía- o una póliza de responsabilidad civil de tipo contractual?

La práctica, la fuerte competencia del ramo de transportes en los últimos años¹ y la misma normatividad vigente, ha llevado a que las compañías de seguros manejen modalidades de seguro que se encuentran en una estrecha línea

¹ El ramo de transportes necesita ofrecer mejores coberturas a sus potenciales clientes para ganar participación en el mercado. La póliza de daños tomada por el transportador ofrece una cobertura más amplia que la cobertura otorgada por la póliza de responsabilidad civil, por cuanto cubre incluso los eventos en los cuales no exista responsabilidad de este, como lo analizaremos más adelante. Al respecto comenta Fasecolda: “Según los resultados de la encuesta de percepción de los seguros de transporte, realizada por el Centro Nacional de Consultoría a generadores, transportadores y operadores logísticos, los asegurados demandan pólizas con clausulados más claros y simples, **con más y mejores coberturas** y con valores agregados orientados hacia la capacitación en riesgos y logística.” UMAÑA, Leonardo; VARGAS, María José; CONCHA, Ángela. El Seguro de Transporte en Colombia. Bogotá: Fasecolda - Federación de Aseguradores Colombianos, 2011. p. 51.

entre el seguro de daños reales y los seguros de responsabilidad civil contractual.²

Existen argumentos jurídicos, económicos e incluso comerciales a favor y en contra sobre si el seguro que toma una empresa de transporte de carga debe ser un seguro de daños reales o un seguro de responsabilidad civil contractual, o incluso un seguro mixto que combine elementos de ambas modalidades³. En la práctica, la definición clara de estos elementos tienen efectos importantes que pueden llegar a afectar a todas las partes involucradas en el contrato de seguro (compañía de seguros y tomador) así como aquellos que tiene un interés o se ven beneficiados en la celebración del mismo (asegurado y beneficiario) tanto en el proceso de suscripción como en el proceso de indemnización del seguro. Por ello no es un tema de poca monta y que por el contrario tiene una aplicación diaria en la actividad del ramo de transportes de las compañías de seguros Colombianas.

En la actualidad, la gran mayoría de compañías de seguro expiden pólizas de seguros de daños reales para proteger a las empresas de transporte de carga terrestre frente a los eventuales riesgos a los que están expuestas las mercancías durante la operación de transporte. Existen muy pocos casos donde se ofrezcan pólizas de responsabilidad civil contractual para cubrir estos riesgos.⁴

²Al respecto, se menciona de forma frecuente la ya celebre sentencia C.S.J., Sala de Casación Civil; Sentencia de septiembre 30 de 2002: NOE GUCOVSHI MILLAR vs. Intermoving Ltda. y Seguros La Andina S.A. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; Exp.: 4799.

³“...el transportador, a su turno, bien puede tomar el seguro de transporte con dos específicas finalidades: proteger su propio interés, a la par que tutelar el del tercero-asegurado (remitente, destinatario, etc)...” C.S.J., Sala de Casación Civil; Sentencia de septiembre 30 de 2002: NOE GUCOVSHI MILLAR vs. Intermoving Ltda. y Seguros La Andina S.A. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; Exp.: 4799.

⁴Sobre este punto, JOSE VICENTE GUZMAN comenta: “Hasta donde llega nuestro conocimiento, sólo una compañía de seguros ofrece una póliza de responsabilidad civil para el transportador, pero la misma, en realidad, se enmarca en un formato de seguro de transportes

Sin embargo, internacionalmente, salvo algunas excepciones, el seguro que se otorga a las empresas de transporte (así como a otros actores de la cadena de transporte y logística como operadores logísticos y agentes de carga internacional), es un seguro de responsabilidad civil⁵. La razón esta dada no solo por motivos jurídicos, sino además económicos y operativos que en el desarrollo de esta investigación pretendemos aclarar y concretar.

Con el presente trabajo se analizarán y darán algunas pautas sobre si el seguro que toma una empresas de transporte de carga debería enmarcarse dentro de la figura de un seguro de daños reales, seguro de responsabilidad civil contractual o incluso una modalidad de seguro que combine elementos de las anteriores, por supuesto orientado al estudio jurídico de las figuras antes mencionadas.

Nos centraremos en el transporte de carga terrestre nacional, dejando de lado la figura del transporte de pasajeros y de otras modalidades de transporte, que tienen implicaciones particulares en cuanto a su aseguramiento.

Si bien la discusión normalmente se ha centrado en si el interés asegurable del transportador está radicado realmente sobre las mercancías o equipaje, o sobre su patrimonio como ente abstracto⁶, en este trabajo pretendemos analizar otros elementos que tienen implicaciones en la cobertura de los daños

y la compañía en cuestión ofrece al transportador, como “valor agregado”, que en caso de que su cliente (remite, destinatario) no haya contratado un seguro, pueda en todo caso cobrar una indemnización con base en esta póliza, por intermedio del transportador e independientemente de su responsabilidad civil. Es decir, en realidad, se trata de una mezcla entre las dos coberturas que riñe con la técnica del seguro.” GUZMAN E. José Vicente. Contratos de Transporte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p 175.

⁵ *Ibíd.*, p. 189.

⁶ ORDOÑEZ, Andrés E. Seguro de transporte y de responsabilidad del transportador. Bosquejo General y problemas usuales. Estudios de derecho comercial. t. III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 187 a 189.

que puede sufrir la mercancía, como los efectos que pueden existir frente a la subrogación por parte del remitente/destinatario de la mercancía o la compañía de seguros que ha otorgado a estos últimos una póliza de seguros de transporte.

En el presente trabajo pretendemos dar algunas pistas sobre las siguientes preguntas: ¿el seguro que toma una empresa de transporte debería ser un seguro de daños reales o un seguro de responsabilidad civil contractual?, ¿Cuáles son las diferencias entre estas dos figuras?, ¿Cuál debería ser el camino a seguir por parte de la legislación nacional con respecto a este asunto?, ¿cuáles son las implicaciones jurídicas de una u otra figura para cada una de las partes involucradas?

Conocer con claridad las implicaciones que tiene una modalidad u otra de la póliza de seguros para una empresa de transporte de carga puede ayudar a las áreas técnicas, comerciales y de indemnizaciones de las compañías de seguros, intermediarios de seguros y demás actores del mercado asegurador a ofrecer un producto de seguros que cumpla con las necesidades del sector transportador Colombiano, que constituye un eslabón fundamental para la competitividad del país.

Adicionalmente, pretende aportar a la discusión sobre esta figura del seguro de transportes, la cual requiere un mayor análisis y discusión, en aras de contar con una figura de seguro de transportes acorde con el comercio internacional, en especial si tenemos en cuenta el proceso de internacionalización comercial que ha tenido Colombia durante los últimos años y que se agudiza con la entrada de nuevos tratados comerciales como el nuevo TLC con los Estados Unidos, la Unión Europea, Chile, Turquía, entre otros.

Los principales beneficiados de este trabajo de investigación serán los actores del ramo de transportes y las empresas de transporte de carga, quienes podrán contar con información que les permita tomar una mejor decisión sobre las

modalidades de seguro a ofrecer a sus clientes o a contratar para cubrir sus propios riesgos y los inherentes a la actividad de transporte de mercancías.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Antes de entrar al fondo del estudio de las figuras del seguro de transporte de mercancías y responsabilidad civil contractual del transportador, realizaremos un acercamiento conceptual a los riesgos del transporte, específicamente a los riesgos a los que se ve expuesta la mercancía durante el transporte, el contrato de transporte, el régimen de responsabilidad del transportador y la distribución de riesgos (y responsabilidades) entre los distintos actores del transporte.

Este acercamiento conceptual nos permitirá identificar más claramente los conceptos relacionados con el seguro de la mercancías y su relación y diferencias con el seguro de responsabilidad civil del transportador.

2.1. LOS RIESGOS EN EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

El transporte es una actividad esencial del ser humano, que ha estado presente durante toda su historia. No se podría hablar de desarrollo de la humanidad sin hablar de transporte, tanto de personas como de cosas.

Como toda actividad humana, el transporte esta expuesto a multitud de riesgos durante su realización, atendiendo al concepto de riesgo asegurado previsto en el contrato de seguro⁷, según lo define el artículo 1054 del código de comercio:

“Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye

⁷Para el efecto de este estudio, aplicaremos el término “riesgo” dentro de la definición aplicada dentro de la institución del seguro. El termino riesgo tiene infinidad de definiciones, no todas ellas de carácter negativo o perjudicial.

riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

Estos riesgos recaen no solamente en quienes son usuarios o son objeto del transporte (las personas –pasajeros-, o las cosas –mercancías-), sino además terceros que pueden ser víctimas de accidentes durante el transporte, los propietarios de los medios de transporte, incluso los consumidores finales de las mercancías que son transportadas. Tanto es así, que el transporte es considerado por la jurisprudencia como una actividad peligrosa.⁸

En el desarrollo de esta investigación, nos concentraremos en los riesgos propios del transporte de mercancías –o cosas, como lo define el Código de Comercio⁹-. Dejaremos de lado el transporte de pasajeros, que tiene otras implicaciones de cara a su aseguramiento.

Así mismo, nos concentraremos en los riesgos a los que se ve expuesta la mercancía durante el transporte en las modalidades terrestre, aérea, fluvial y marítima. Dejaremos de lado otros riesgos, aquellos a los que se ven expuestos los terceros con objeto del transporte –por ejemplo, los causados por accidentes del medio transportador que afectan la vida, integridad o bienes de los terceros¹⁰-, así como los riesgos del medio de transporte (vehículo, nave, aeronave, etc)¹¹. y otros riesgos relacionados¹².

⁸“...la jurisprudencia considera el transporte como una actividad peligrosa, de modo que quien la ejerce debe ser sujeto de un régimen de responsabilidad más estricto”. GUZMAN E. Op. cit., p. 127.

⁹Capítulo III Código de Comercio. Transporte de Cosas.

¹⁰Estos son los seguros de responsabilidad civil extracontractual, que en Colombia son de contratación voluntaria por parte de las empresas de transporte de Carga.

¹¹Estos son los seguros de casco, orientados a proteger los daños que pueda sufrir el medio de transporte directamente. En el caso de transporte terrestre por carretera, son riesgos cubiertos por pólizas de seguros de automóviles, en Colombia denominadas con frecuencia seguro de vehículos pesados, para el caso de vehículos de carga.

Dentro de los riesgos a los que se expone la mercancía durante su transporte, podemos identificar aquellos que se derivan de la afectación directa de la mercancía y aquellos que son indirectos, es decir, no afectan directamente a la mercancía pero si pueden generar perjuicios para su propietario, poseedor, usuario o consumidor.

Los riesgos directos están relacionados con aquellas situaciones en las cuales la mercancía sufre directamente una afectación a su integridad, su daño o pérdida. Ejemplos de los riesgos directos son el accidente del medio de transporte que puede causar el daño o avería parcial de la mercancía, el hurto de la mercancía que pueden causar su pérdida, la contaminación y en general todo hecho que impide su utilización o posterior consumo o utilización por parte del destinatario final de la misma.

Los riesgos indirectos no afectan a la mercancía en su integridad, pero pueden generar perjuicios para los propietarios, poseedores, usuarios o consumidores de las mismas. Son ejemplos los casos de retrasos en la entrega de la mercancía, que puede generar un lucro cesante o pérdida de oportunidad para su destinatario, o los gastos derivados de las declaraciones de avería general, común o gruesa en el transporte marítimo, donde la mercancía no se ve afectada directamente pero todos quienes participaron en la aventura marítima deben aportar al salvamento del buque¹³. Esta figura, como muchas figuras del seguro de transporte de carga, tienen su origen en el seguro marítimo de

¹²PULIDO BEGINES, Juan Luis. Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil del Porteador Terrestre. Barcelona: Librería Bosh, 2001. p. 21.

¹³Según Blas Simone, las averías gruesas o comunes son: *“las pérdidas extraordinarias (daños o gastos) que afectan a la comunidad navegante y que se reparten entre todos los titulares de los bienes que la integran (buque, flete y carga), si fueron realizadas razonable y voluntariamente por el capitán, ante el peligro, para la salvación y seguridad comunes”* GARCIA VALIÑAS, Mariana Soledad; ADLER, Martín Germán. Derecho de la Navegación Averías Gruesas. Disponible en Internet: <http://www.legislaw.com.ar/doctri/averiasgruesas.htm>

carga, que tradicionalmente ha influido en el seguro de transporte en sus otras modalidades y que aún hoy en día influencia de forma importante al seguro de transporte de carga,¹⁴ incluso el terrestre.

Los riesgos a los que se ve expuesta la mercancía también pueden variar según el modo de transporte utilizado. Con “modo de transporte” nos referimos a los medios empleados para el traslado físico de las mercancías desde el punto de origen al punto de destino, que pueden ser: por carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo, fluvial, oleoductos e inter-modal.¹⁵

Cada uno de los estos modos implica a su vez unos riesgos específicos para la mercancía a ser transportada. Por ejemplo, en el modo marítimo se puede presentar el riesgos de avería general, común o gruesa antes mencionado, además de riesgos relacionados con la mojadura de la mercancía, o su contaminación por efectos del contacto con el agua del mar. En el modo aéreo, los cambios en la presión pueden causar daños a determinadas mercancías.

En el modo terrestre son varios y de distinta naturaleza los riesgos a los que esta expuesta la mercancía durante su transporte; la ocurrencia de deslizamientos o derrumbes en las vías pueden afectar al transporte y por lo tanto a las mercancías transportadas; así mismo la accidentalidad de los vehículos de transporte automotor, la cual tiene una relación directa con el estado de las vías y la infraestructura vial nacional, que se ve afectada en muchos casos por las condiciones climáticas y condiciones geográficas, pueden incrementar los riesgos en esta modalidad; además del hurto de las mercancías, realizado por bandas criminales especializadas en este tipo de delitos durante el transporte terrestre, denominados en algunos casos “piratas terrestres”, modalidad frecuente en el transporte Colombiano y que constituye

¹⁴PULIDO BEGINES. Op. cit., p. 15-16.

¹⁵ ANAYA TEJERO, Julio Juan. El transporte de mercancías enfoque logístico de la distribución. Madrid: ESIC Editorial, 2009. p. 21.

uno de los riesgos que mayores pérdidas genera a los transportadores durante el transporte por carretera¹⁶.

Debemos además mencionar que los riesgos a los que se ve expuesta la mercancía no se limitan a los que puedan ocurrir durante el transporte como tal, entendido como la conducción de un lugar a otro, sino además con las actividades complementarias a este, como los cargues y descargues de las mercancías, el embalaje de las mismas, su manipulación y almacenamiento cuando este es necesario como parte del transporte.¹⁷

Para hacer frente a estos riesgos y que los mismos no afecten el normal desarrollo del sector transporte y por lo tanto de la industria, las empresas deben recurrir a mecanismos de control de los mismos. Dentro de las posibilidades de control de los riesgos se encuentran el traslado de los mismos a través de figuras como el contrato de seguros, donde a cambio de una prima, el Asegurador asume los costos que pueden implicar la materialización del riesgo. Es aquí donde transporte y seguro confluyen y surge la figura del contrato de seguro de transporte o de otras figuras del seguro que permiten trasladar los riesgos propios de esta actividad a una compañía de seguros.

En general podríamos decir que el transporte de mercancías es una actividad expuesta o múltiples riesgos, como lo es la actividad misma del transporte en general, que como ya lo dijimos, es catalogada como una actividad peligrosa. Ahora, la pregunta que surge es, ¿quién es responsable de los perjuicios consecuencia de la realización de los riesgos propios del transporte?, ¿es posible trasladar dichos riesgos a través del contrato de seguro? Y en caso tal ¿cuál es la figura de seguro indicada para trasladar dichos riesgos? Son estas las preguntas que nos aprestaremos a responder en el avance de este estudio.

¹⁶ UMAÑA. Op. cit., p. 42

¹⁷ BELIGES PULIDO. Op. cit., p. 43.

2.2. EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

Antes de entrar en el estudio de la responsabilidad en el transporte de las mercancías es necesario hacer referencia a algunos conceptos sobre el contrato de transporte de mercancías en Colombia y su regulación. Las condiciones del contrato de transporte son claves para establecer el alcance de la responsabilidad sobre los riesgos a los que se ve expuesta la mercancía durante el transporte. Son las condiciones del contrato y la legislación quienes determinan la responsabilidad del transportador.

2.2.1. Legislación aplicable al Contrato de Transporte de Mercancías

Es importante aclarar que nuestro estudio se circunscribe al seguro de transporte en Colombia y por lo tanto haremos referencia al contrato de transporte nacional, el cual tiene varias diferencias con el contrato de transporte de mercancías internacional¹⁸, en especial en cuanto a la responsabilidad del transportador¹⁹.

El libro IV, título IV, del código de comercio regula de forma general el contrato de transporte desde el punto de vista mercantil²⁰. En el capítulo I, artículos 981 a 999 hace referencia a las disposiciones generales del contrato de transporte.

El artículo 981 hace una definición general del contrato de transporte en los siguientes términos:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a

¹⁸GUZMAN E. Op. cit., p. 54.

¹⁹Ibíd., p. 132.

²⁰El transporte es considerada una actividad mercantil. Sin embargo, se puede diferenciar con el transporte gratuito, donde no existe una actividad onerosa.

otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.”

Es de aclarar que el termino “cosas”, se utiliza de forma indistinta con el termino mercancías o bienes en distintas legislaciones²¹. Para efectos de este estudio, nos referimos al termino “mercancías” entendido bajo la acepción que el código de comercio utiliza para el termino “cosas”.

El capitulo III, de los artículos 1008 a 1035 del código de comercio regula el transporte de cosas de forma particular. Adicionalmente, y según el tipo de transporte a realizar existen regulaciones particulares según el modo a utilizar. Sin embargo, para todos los modos y en lo no previsto por estos, se aplican los artículos del 981 a 1035 del código de comercio (artículo 999 Código de Comercio).

El contrato de transporte aéreo nacional se encuentra regulado de forma particular en el libro V del Código de Comercio, en los artículos 1874 a 1889. Los artículos 1884 a 1889 tratan del transporte de cosas y de equipajes.²²

El contrato de transporte marítimo tiene una regulación especial contenida en los artículos 1578 a 1665 libro V, título IX del código de comercio. En cuanto al transporte de cosas, el capitulo III artículos 1597 a 1665 contienen una regulación particular.

En cuanto al transporte fluvial, el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales (expedido mediante la Ley 1242 de 2008) estableció en su artículo 28:

²¹GUZMAN E., p. 41.

²²Ibíd., p. 50.

“El contrato de transporte fluvial se regirá por lo establecido en el Libro V del Código de Comercio para el contrato de transporte marítimo de personas y de cosas, en lo que le sea aplicable”

Debido a la norma anterior, el contrato de transporte fluvial de mercancías e regula por las misma norma que regulan el contrato de transporte marítimo de mercancías, contenidas en el título V del código de comercio.

Tanto el transporte terrestre por carretera como el transporte férreo, no cuentan con un régimen especial, por lo que se aplican las disposiciones generales establecidas en el libro IV capítulo IV del código de comercio.

2.2.2. Definición del Contrato de Transporte de Mercancías

Como lo mencionamos anteriormente, el contrato de transporte esta definido de forma general en el artículo 981 del código de comercio. Esta definición, para el caso del transporte de mercancías, se debe complementar con lo establecido por el artículo 982 del código de comercio:

“El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1. En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario, (...)”

De esta definición se puede diferir la obligación de custodia que tiene el transportador con respecto a las mercancías que le son entregadas para el transporte. Su obligación consiste no solo en transportar las mercancías de un

lugar a otro, sino además en entregarlas “en el estado que las reciba” al destinatario. En palabras de JOSÉ VICENTE GUZMÁN en su obra Contratos de Transporte:

*“Ello implica que el transportador **debe prever y asumir algunos de los riesgos propios de la conducción**, y lo cobija una obligación de custodia (cuidado y conservación) de las personas y de las cosas transportadas.*

*A nuestro juicio, esta es la verdadera esencia del contrato de transporte: la asunción por parte del transportador de una obligación de custodia de la persona o la cosa transportada, durante la operación de conducción o desplazamiento”.*²³

2.2.3. Partes del Contrato de Transporte de Mercancías

Es importante, para efectos de establecer quien asumirá los riesgos a los que están expuestas las mercancías durante el transporte, establecer quienes son las partes del contrato de transportes.

El artículo 1008 del código de comercio establece:

“Se tendrán como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador y el remitente. Hará parte el destinatario cuando acepte el respectivo contrato.

Por transportador se entenderá la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato; por remitente, la que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la

²³Ibid., p. 68 y 69.

conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos; y por destinatario aquélla a quien se envían las cosas.

Una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario.

El transporte bajo carta de porte, póliza o conocimiento de embarque, se regirá por las normas especiales.”

A partir de la norma anterior, podemos establecer que en principio son dos las partes del contrato de transporte: el transportador y el remitente. El destinatario solo será parte cuando “*acepte el respectivo contrato*”.

El remitente

El remitente es la persona que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la conducción en las condiciones, lugar y tiempo convenidos. De esta definición podemos inferir que remitente no es igual a propietario de la mercancía²⁴.

Para efectos del contrato de transporte, es indiferente si el remitente tiene la calidad de propietario o poseedor de las mercancías, lo que es relevante para el contrato de transporte es que esta persona se haya obligado a entregar las cosas o mercancías objeto del transporte para su conducción y que asuma y cumpla las demás obligaciones a su cargo, dentro del marco del contrato de transportes. Es decir, el remitente puede ser o no ser el propietario de la mercancía, podría ser un mero tenedor de la misma a quien simplemente se encargo por parte del verdadero propietario su envío, figura muy común en el caso de los agentes de carga o de los operadores logísticos.

²⁴Ibíd., p. 81

El Transportador

Por su parte, el transportador es la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las mercancías objeto del contrato. En Colombia, la actividad de transportador de mercancías no puede ser realizada por cualquier persona, es una actividad considerada servicio público esencial²⁵ según lo establece el artículo 5 de la ley 336 de 1996 (Estatuto Nacional del Transporte) y por lo mismo sometida a una regulación especial.

Lo primero que debemos decir es que el contrato de transporte al que hacemos referencia se presenta dentro del marco de la contratación del servicio de transporte público, a diferencia del servicio de transporte privado, el cual está orientado a satisfacer necesidades particulares dentro del ámbito exclusivo de las personas naturales o jurídicas²⁶. Es decir, en el transporte privado, es la misma empresa que cuenta con sus equipos quien realiza el transporte, no contrata a un tercero para realizar dicho transporte y por lo tanto no celebra un contrato de transporte como tal. Por lo tanto, cuando hablamos de transportador en el contrato de transporte, nos referimos a quien presta el servicio público de transporte de carga.

Ahora bien, quien quiera prestar el servicio público de transporte debe cumplir con una serie de condiciones, según lo establece el artículo 9 de la ley 336 de 1996, modificado por el artículo 130 del decreto 266 de 2000 en los siguientes términos:

²⁵“El transporte público cualquiera que sea su modo recibe dentro del ordenamiento jurídico Colombiano tratamiento de servicio público esencial, lo cual significa que dentro del marco jurídico, social y económico se encuentra enmarcado como un servicio de interés general que prevalece sobre el particular” RODRIGUEZ MUÑOZ, Juan Carlos; SIERRA FARJARDO, Yezid. Compendio de Normas de Transporte Terrestre Automotor de Carga. Concordancias, Jurisprudencia y Comentarios. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 61.

²⁶Art. 5 Ley 336 de 1996. (diciembre 20)

“El servicio público de transporte dentro del país se prestará por empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitadas por la autoridad de transporte competente.”

Es decir, debe cumplir tres condiciones: ser empresa, constituirse legalmente y ser habilitada por la autoridad competente. En palabras de JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MUÑOZ y YEZID SIERRA FAJARDO:

“En Colombia, al igual que en la mayoría de las legislaciones (caso excepcional son los E.E.U.U. donde existe el esquema del hombre camión, quien de manera independiente puede ejecutar el contrato de transporte), para prestar el servicio público esencial de transporte en todos los modos y las modalidades se requiere, primero ser empresa, entendida esta como la actividad económica organizada para la prestación de un servicio; estar legalmente constituida, lo cual implica ajustarse a cualquier de las formas societarias determinadas en la regulación mercantil; y habilitada, lo cual implica cumplir con las condiciones que impone el ente de transporte competente para prestar el servicio público esencial de transporte. Todo esto en razón a que está es una actividad delegada por el Estado al particular para satisfacer una necesidad general de manera permanente y continua.”²⁷

En cuanto al transporte público automotor de carga por carretera, que es objeto de nuestro estudio, esta reglamentado por el decreto 173 de 2001. Esta norma tiene como objeto reglamentar la habilitación de las empresas que quieran prestar el servicio de Transporte Público Terrestre Automotor de Carga.²⁸ El servicio de transporte público automotor de carga por carretera no puede ser prestado por cualquier persona natural o jurídica, sino que debe ser prestado

²⁷RODRÍGUEZ MUÑOZ y SIERRA FAJARDO. Op. cit., p. 66.

²⁸Art. 1 Decreto 173 de 2001. Febrero 5 de 2001.

por personas que deberán contar con una habilitación legal otorgada por el Ministerio de Transporte. El artículo 10 del Decreto 173 de 2001 establece:

“Las empresas legalmente constituidas, interesadas en prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Carga, deberán solicitar y obtener habilitación para operar. La habilitación lleva implícita la autorización para la prestación del servicio público de transporte en esta modalidad.”

El artículo 13 del mismo decreto establece los requisitos que debe cumplir una empresa legalmente constituida para ser habilitada y prestar el servicio y los artículos posteriores reglamentan el trámite, vigencia y operación de la habilitación otorgada a la empresa respectiva.

Existe sin embargo, una excepción a la regla anterior para cierto tipo de mercancías y productos de primera necesidad, que por su corto recorrido y alta frecuencia de viajes pueden ser contratados directamente entre el usuario y el propietario del vehículo de carga para evitar costos en el consumidor final²⁹. Estos están reglamentados en el artículo 1 del decreto 2044 de 1988 que establece:

“El ganado menor en pie, aves, peces y productos que a continuación se relacionan en forma enunciativa, por sus singulares características de producción y acarreo, podrán movilizarse mediante contratación directa entre el usuario y el propietario del vehículo de servicio público o su representante.

1- Animales: ganado menor en pie, aves vivas y peces.

2- Productos de origen animal: huevos, leche cruda o pasteurizada y lácteos en general

²⁹Decreto 2044 de 1988 (Septiembre 30).

- 3- *Empaques y recipientes usados: envases, huacales, tambores vacíos.*
- 4- *Productos elaborados: cerveza, gaseosa y panela.*
- 5- *Productos del agro: aquellos cuyo origen se de en el campo con destino a un centro urbano, excepto el café y productos procesados.*
- 6- *Materiales de construcción: ladrillo, teja de barro, piedra, grave, arena, tierra, yeso, balasto, mármol y madera.*
- 7- *Derivados del petróleo: gas propano, kerosene, cocinol, carbones minerales, vegetales envasados y empacados para la venta al consumidor.”*

En conclusión y con respecto al transportador como parte del contrato de transporte de mercancías por carretera, podemos decir que en Colombia este debe ser una empresa legalmente constituida y habilitada por el Ministerio de Transporte, con la excepción del artículo 1 del decreto 2044 de 1998, en cuyo caso el transportador (como parte del contrato de transporte) podrá ser directamente el propietario del vehículo que realiza el transporte, es decir, no requiere estar constituido como empresa ni contar con la habilitación del Ministerio de Transporte.

El Destinatario

Por último, el destinatario es la persona a quien se envían las mercancías. Solo se considera parte del contrato cuando lo acepta, normalmente mediante el acto jurídico de reclamo de la carga y/o del pago del flete³⁰. A partir de este momento adquiere obligaciones con respecto al transportador.

La legislación no distingue si debe ser o no propietario o poseedor de la mercancía, por lo que entendemos que ocurre lo mismo que con el remitente, es decir, puede ser propietario o poseedor de la mercancía o un simple tenedor de la misma a quien se ha encargado que la reciba.

³⁰GUZMAN E. Op. cit., p. 85.

La calidad de propietario o poseedor en la que con tanta insistencia se ha hecho referencia en este apartado tiene relevancia para efectos del contrato de seguro, por cuanto en los contratos de seguros de daños reales, categoría a la que pertenecen los seguros de transporte, el interés asegurable se determina por la relación jurídico-económica directa que exista entre el asegurado y el bien objeto del seguro, que para el caso de estudio sería la relación existente entre la mercancía y su propietario o poseedor.

2.3. LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

Siguiendo con nuestra línea de estudio, haremos una referencia a los aspectos más relevantes de la responsabilidad del transportador frente al incumplimiento del contrato de transporte, es decir, a su responsabilidad contractual³¹.

Entendemos la responsabilidad civil contractual como la obligación de indemnizar el daño sufrido por otro (Art. 1494 C.C.), derivado del incumplimiento de un contrato. (Art. 1546, 1604, 1612, 1613, 1615, 1616 y 1730 a 1739 C.C. y 870 C. de Co.).³² Aunque podríamos decir más específicamente que esta surge por el incumplimiento de una de las obligaciones surgidas del contrato.

2.3.1. Régimen de Responsabilidad en el Contrato de Transporte de Mercancías

El artículo 992 del Código de Comercio (modificado por el artículo 10 del Decreto E. 01 de 1990) establece los lineamientos que permiten identificar cual

³¹No haremos referencia a la responsabilidad extracontractual, porque como lo mencionamos en el capítulo 2.1. esta hace referencia a un tipo de seguro distinto al que es objeto de este estudio.

³²GUZMAN E. Op. cit., p 129.

es el régimen de responsabilidad contractual aplicable para el transporte de mercancías en Colombia. Establece dicho artículo:

“El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos.

A partir de lo establecido en el artículo anterior, existen posiciones diversas sobre si la responsabilidad contractual del transportador es una responsabilidad subjetiva, con culpa presunta y que se exonera mediante la prueba de la causa extraña³³ o si es una responsabilidad objetiva donde la prueba de una causa extraña junto con la adopción de medidas de precaución permiten exonerar de responsabilidad al transportador.

Quienes consideran que la legislación ha consagrado un verdadero régimen de responsabilidad objetiva, manifiestan que en la responsabilidad de corte subjetivo la prueba de la diligencia y cuidado sería suficiente para exonerar de responsabilidad contractual al transportador. No obstante, en el régimen actual

³³ *Ibíd.*, p. 134.

y de acuerdo a lo establecido en el artículo 992 del Código de Comercio antes mencionado, además de la causa extraña se requiere la prueba de diligencia.

Valga aclarar que la Corte Suprema de Justicia ha insistido que las actividades peligrosas se rigen por un régimen de culpa presunta. No obstante, en defensa de la posición del régimen de culpa objetiva, se considera que la razón de ser de la exigencia de estándares de diligencia a cargo del transportador obedece a que la causa extraña no lo será si ha intervenido negligencia de parte del transportador, pues no sería exógena, ni muchos menos imprevisible e irresistible.

Quienes defienden la posición del régimen subjetivo de responsabilidad del transportador, mencionan que la legislación actual sigue exigiendo aportar una prueba de no imputabilidad (que equivaldría a una ausencia de culpa “calificada”) lo que implica en todo caso una evaluación de la conducta del transportador. En palabras de GUZMAN E.:

“En efecto, no basta con probar “en abstracto” la ausencia de culpa, sino que se debe probar la adopción de las medidas razonables que se adoptaron para evitar el hecho que determinó el incumplimiento o sus consecuencias”

Por medio del régimen de responsabilidad subjetiva para establecer la responsabilidad del agente se tendrá en cuenta la culpa (forma de actuar o de comportarse) por parte del agente causante del daño (o en este caso del incumplimiento) y cuando decimos que esta es presunta nos referimos a que la carga de la prueba recae sobre el agente que causa el daño (o el incumplimiento), es decir, que es este quien debe probar que su conducta fue prudente y diligente para evitar la ocurrencia del daño. Pero además, en el caso del transportador, este deberá probar que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicio propio o inherente a la mercancía.

En otras palabras, bajo el régimen de responsabilidad subjetiva en el caso de la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa por parte del transportador de sus obligaciones que genere daños, se presume que el transportador es culpable de las mismas y por lo tanto responsable de los perjuicios generados, ante lo cual deberá demostrar, para exonerarse de la responsabilidad, que la causa de los mismos fue extraña o se debió a vicios propios o inherentes de la mercancía y además que fue prudente o diligente para evitar los daños ocurridos, atendiendo, como lo hemos mencionado anteriormente, a lo establecido por el artículo 992 del código de comercio. Sin embargo, para quienes consideran que el régimen es de responsabilidad objetiva, la prueba de la causa extraña es suficiente para la exoneración de la responsabilidad del transportador.

La redacción actual del artículo 992 del código de comercio es ampliamente criticada por la doctrina nacional, quien considera que pedirle al transportador que demuestre la existencia de causa extraña o de vicio propio o inherente a la mercancía además de su prudencia y diligencia para exonerarse de su responsabilidad es redundante.

En palabras de JAVIER TAMAYO JARAMILLO:

“Se nos hace ilógico que el nuevo artículo 992, luego de exigir la causa extraña como causal de exoneración del transportador, agregue que éste debe probar además, que adoptó las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio y su agravación.”

En efecto, la causa extraña es absolutamente incompatible con la culpa del demandado. Ningún fenómeno por sí sólo constituye causa extraña. Es preciso demostrar además que ese fenómeno o por lo menos sus efectos, fueron irresistibles y no imputables a culpa del demandado. Si estas dos circunstancias adicionales no se prueban, simplemente hay

*que decir que el demandado no ha demostrado la causa extraña. Exigir esta última, y a renglón seguido la prueba de la ausencia de culpa (haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño), es pedir dos veces la prueba de que la culpa no existió. Desde el punto de vista lógico entonces, el nuevo artículo 992 incurre en una tautología innecesaria. De allí nuestra propuesta de que el texto legal, hable de pura y simplemente de causa extraña, concepto que lleva implícito el de ausencia de culpa.”*³⁴

Muchos consideran, además, para efectos prácticos, que el transportador podrá exonerarse solamente demostrando la existencia de causa extraña. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1 de Junio de 2001 se manifiesta esta idea:

*“Tiene definido la jurisprudencia que, en verdad, la del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplir no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una “causa extraña”, vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron “todas las medidas razonables” de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación”*³⁵.

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *El contrato de transporte*; Bogotá: Colombo Editores, 1996, p. 329

³⁵ C.S.J., Sala de Casación Civil; Sentencia de junio 1 de 2001; Almacafé S.A. vs. Coonorte Ltda.; M.P: MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ; Exp. 0666.

Existen varias causales de exoneración de la responsabilidad contractual, que han sido clasificados generalmente por la doctrina como³⁶:

- La fuerza mayor o caso fortuito.
- El hecho de un tercero.
- La culpa exclusiva de la víctima.
- El vicio propio de la cosa (cuando se trata, como en el caso del contrato de transporte, de una obligación que implique la custodia de los bienes)

A partir de todo lo anterior, podríamos decir que el transportador cuando celebra un contrato de transporte, adquiere una serie de obligaciones, dentro de las cuales se encuentra la de entregar la mercancía en el sitio de destino en las mismas condiciones en que le fue entregada en el origen, obligación que se considera de resultados³⁷. Esta obligación se puede ver incumplida cuando no se entrega la mercancía, o esta se entrega averiada o incluso cuando esta no se entrega dentro de los plazos pactados. El incumplimiento de esta obligación, puede generar un perjuicio para las otras partes del contrato (remitente y según el caso destinatario, cuando es parte del contrato de transporte), lo que genera una responsabilidad de parte del transportador. Para efectos prácticos, y como ya lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, el transportador solo se podrá exonerar de dicha responsabilidad demostrando que el incumplimiento se debió a una causa extraña.

Para efectos de la efectividad indemnizatoria del contrato de seguro este aspecto es relevante por cuanto el incumplimiento del contrato de transporte es el que determina cuando opera la cobertura de la póliza del seguro de responsabilidad civil contractual. El siniestro se configura si el asegurado (en este caso la transportadora) es responsable del daño causado (esto es, no cumplió la obligación) y no operaría si el transportador se exonera de su

³⁶ GUZMAN E. Op. cit., p 140.

³⁷ Art. 982 numeral 1 C. de Com. "...recibir las, conducir las y entregar las en el estado en que las reciba..."

responsabilidad demostrando la causa extraña, es decir, que el incumplimiento de la obligación no fue su responsabilidad.

Para el seguro de daños a la mercancía (seguro de transporte), en la configuración del siniestro lo relevante es la pérdida o daño que sufre el bien objeto del seguro, en este caso la mercancía transportada. Aún cuando haya existido un hecho extraño, el siniestro se configura y se debe pagar por parte del asegurador. Esta es una de las principales diferencias entre estas figuras del seguro, que abordaremos con más detalle durante el estudio.

En cuanto a la discusión de si el régimen al que esta sometido el transportador es de responsabilidad objetiva o subjetiva, nos parece acertada la conclusión que expresa GUZMAN E. al respecto:

“En fin, se trata de una discusión terminológica, que cada quien podrá adoptar según su propio convencimiento. Lo importante, para efectos prácticos, es que el transportador únicamente puede exonerarse demostrando la causa extraña.”³⁸

2.3.2. Elementos de la Responsabilidad Contractual en el Transporte de Mercancías

Además de tener claridad sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad contractual del transportador, es importante identificar los elementos que permiten establecer si existe o no responsabilidad del transportador.

³⁸ GUZMAN E. Op. cit., p. 138

Acogiéndonos al criterio establecido por JOSE VICENTE GUZMAN es su obra Contratos de Transporte, son 5 los elementos a tener en cuenta para establecer la responsabilidad contractual del transportador³⁹:

1. El periodo de responsabilidad
2. El fundamento de la responsabilidad
3. Las causales exonerativas de la responsabilidad
4. Los limites de indemnización
5. La prescripción de la acción

Explicaremos cada uno de estos elementos, aplicándolos a la responsabilidad del transportador terrestre de carga.

El periodo de responsabilidad

Hace referencia al tiempo durante el cual es responsable el transportador terrestre de carga de la mercancía objeto del transporte.

El artículo 1030 del código de comercio subrogado por el artículo 38 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990, establece los momentos de inicio y terminación de la responsabilidad del transportador con respecto a la mercancía objeto del transporte:

“El transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que la recibe o ha debido hacerse cargo de ella. Esta responsabilidad sólo cesará cuando la cosa sea entregada al destinatario o a la persona designada para recibirla, en el sitio convenido y conforme lo determina este código.

³⁹ Ibid., p. 130.

También cesará cuando haya transcurrido el término de cinco días contados a partir del fijado para la entrega o del aviso de que trata el artículo anterior, sin que el interesado se haya presentado a retirarla o recibirla. En este caso el transportador tendrá derecho a que se le pague el bodegaje acostumbrado en la plaza.”

Establece por lo tanto el código de comercio que el periodo de responsabilidad del transportador puede iniciar desde dos momentos distintos:

- **Desde el momento que recibe la mercancía.** Esto es cuando efectivamente el remitente ha hecho entrega de la mercancía al transportador, bien sea en las instalaciones del transportador, como ocurre frecuentemente en las operaciones de envío de paquetes, o cuando estas han sido recogidas por el transportador en el lugar designado por el remitente.
- **Desde el momento que ha debido hacerse cargo de ella.** Esto es, aunque el transportador no tenga la custodia física de las mercancías, puede iniciar su periodo de responsabilidad sobre las mismas, como cuando se pacta que se recogerán en determinado sitio, fecha y hora, aunque el transportador no las haya recogido se iniciará su periodo de responsabilidad. Así operará también en aquellos casos en que el transportista subcontrata los servicios de un tercero para hacer la recogida de la mercancía, aún cuando no tienen la custodia física de la mercancía, inicia su periodo de responsabilidad y será responsable ante el remitente.

Así mismo con respecto a la terminación del periodo de responsabilidad, este puede darse de dos maneras:

- **Cuando la cosa sea entregada al destinatario o a la persona designada para recibirla.** Esto es cuando se hace la entrega efectiva

de la mercancía a quien se ha designado como destinatario o persona designada para recibirla. Del mismo modo, la entrega puede realizarse en las instalaciones del transportista, donde el destinatario puede reclamar la mercancía o en el sitio designado por el remitente, de acuerdo a lo que hayan pactado las partes.

Con respecto a la entrega de la mercancía, el artículo 1026 del código de comercio subrogado por el artículo 34 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990 establece:

“Salvo estipulación en contrario, el transportador deberá avisar al destinatario la llegada de la mercancía.

A falta de indicación sobre el sitio y fecha en los cuales debe entregarse la cosa, la entrega se efectuará en las oficinas o bodegas que el transportador determine en el lugar de destino, tan pronto como la cosa haya llegado.

Cuando no sea posible hacer la entrega en el sitio y fecha convenidos, el transportador deberá informar al destinatario acerca del día y lugar en que pueda entregar la mercancía.”

- Cuando hayan transcurrido cinco días contados a partir de fijado para la entrega o del aviso dado por el transportador el remitente para el entrega.

2.4. DISTRIBUCION DE LOS RIESGOS EN EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

A partir de los análisis anteriores sobre la responsabilidad del transportador de carga que surgen a partir la celebración de un contrato de transporte,

podríamos identificar que existe una distribución de riesgos entre el transportador de carga y el propietario de la misma.

El propietario de la mercancía es el principal interesado en su conservación, incluso durante su transporte, ya que, como lo establece el aforismo romano *res perit domino* (la cosa perece para su dueño), en caso de daño o pérdida de la mercancía quien sufre una afectación directa de su patrimonio es el propietario de esta.⁴⁰

Sin embargo, cuando se celebra un contrato de transporte, el remitente de la mercancía traslada este riesgo al transportador de carga, aunque como ya lo analizamos anteriormente⁴¹ el traslado de este riesgo no es completo, ya que esta limitado por las causales de exoneración de responsabilidad y los límites indemnizatorios que se aplican en el marco del régimen de responsabilidad del transportador de carga, antes analizados.

Esto quiere decir que aunque el propietario de la mercancía celebre un contrato de transporte, seguirá asumiendo una parte de los riesgos que puedan afectar a la mercancía durante su transporte.

Para cubrir la totalidad de dichos riesgos el propietario de la mercancía puede acudir a la figura del seguro de transporte, que analizaremos con más detalle más adelante. Bajo esta figura, los riesgos que pueda sufrir la mercancía durante el transporte serán asumidos por una compañía de seguros. Si dichos riesgos son responsabilidad del transportador de carga que ejecuta el contrato de transportes, la compañía de seguros del propietario de la mercancía podrá subrogarse contra este.

Ahora bien, el transportador de carga asumirá los riesgos cuando sea responsable de los daños o pérdidas que haya sufrido la mercancía durante el

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 128.

⁴¹ Capítulo 2.3. Responsabilidad del Transportador. Pág. 21.

transporte y en desarrollo del contrato de transporte que ha celebrado, pero no si estos daños o perdidas no son su responsabilidad.

Si el transportador de carga no es responsable de los daños o perdidas que haya sufrido la mercancía por la existencia de una causa extraña (por ejemplo el daño de la mercancía por la caída de un rayo) o solo parcialmente, por el limite indemnizatorio aplicable (por ejemplo, porque el remitente sólo declaró la mitad del valor total de la mercancía afectada), la compañía de seguros que asegura al propietario de la mercancía asumirá el valor de dicha perdida a través del seguro de transporte que este ha contratado.

En el caso en que el transportador de carga sí sea responsable de los daños o perdidas sufridas por la mercancía durante el transporte, deberá indemnizar al propietario de la mercancía o a la compañía de seguros de ésta, si es que esta última ya ha indemnizado al propietario de la mercancía (su asegurado) y se subroga contra la transportadora responsable. En este caso, el transportador de carga podrá responder directamente con su patrimonio o trasladar dicho riesgo a una compañía de seguros a través de la figura de un seguro de responsabilidad civil contractual, que analizaremos más adelante.

Ahora bien, si el transportador de carga quisiera cubrir los riesgos que pueda sufrir la mercancía durante el transporte incluso en aquellos eventos en los cuales no sea responsable, ¿lo puede hacer?. La respuesta es si. Bajo la figura del seguro de transporte por cuenta ajena, que estudiaremos con detalle más adelante; por ahora valga destacar, que en virtud de esta figura, el transportador de carga puede contratar una póliza de seguros por cuenta del propietario de la mercancía, la cual otorga cobertura incluso en los eventos en los cuales el transportador de carga no sea responsable de los daños o perdidas que sufra la mercancía. Es importante aclarar en este punto que el transportador de carga será en este caso el tomador del seguro, pero el

asegurado y beneficiario será el remitente o propietario de la mercancía, no el transportador, ya que éste no tiene un interés asegurable sobre la mercancía⁴².

En conclusión, entre el propietario de la mercancía y el transportador de carga existe una distribución de los riesgos propios del transporte y en medio de esta distribución de riesgos interviene la figura del contrato de seguro, la cual, bajo la modalidad del seguro de transporte o del seguro de responsabilidad civil contractual, puede trasladar en últimas dichos riesgos a una compañía de seguros, que es la finalidad misma del seguro, asumir los riesgos de sus asegurados. A continuación entraremos a estudiar con detalle dichas figuras.

⁴² El punto de si el transportador de carga tiene o no interés asegurable sobre la mercancía es de amplia discusión en la doctrina. En efecto, como se analizará en el capítulo sobre el interés asegurable, la mayoría de la doctrina se inclina por sostener que el transportador de carga no tiene un interés asegurable sobre la mercancía.

3. EL CONTRATO DE SEGUROS Y LOS RIESGOS DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

Ahora que hemos analizado los conceptos de contrato de transporte y su particularidad en el caso del transporte terrestre de carga, es importante revisar los conceptos de contrato de seguros, su clasificación y elementos relevantes para el tema del estudio.

De esta forma podremos vincular con conceptos de contrato de transporte y contrato de seguro y sus incidencias en el seguro de transporte y el seguro de responsabilidad civil contractual.

3.1. Clasificación de los Seguros

La legislación Colombiana en el artículo 1082 del código de comercio, hace una clasificación de los seguros. Los divide en seguros de personas y seguros de daños y estos a su vez en reales y patrimoniales:

“Los seguros podrán ser de daños o de personas; aquéllos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales.”

Los seguros de daños en palabras de J. EFREN OSSA *“implican protección contra un perjuicio patrimonial en la acepción económico-jurídica de este vocablo”*⁴³. Se inspiran en el concepto de daño patrimonial, es decir, el daño que implica una afectación del patrimonio de quien sufre el riesgo, bien sea en un bien determinado o en una parte indeterminada de su patrimonio. De allí que también se califiquen estos seguros de daños en reales y patrimoniales.

⁴³ OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro, El Contrato. Bogotá: Editorial Temis, 1991. p. 60.

Los seguros de daños reales hacen referencia a aquellos que cubren los riesgos con respecto a una cosa o bien determinado (por ejemplo, la mercancía objeto de transporte); los seguros de daños patrimoniales protegen en general el patrimonio del asegurado y no hacen referencia a una cosa o bien en particular.⁴⁴

Para efecto de nuestro estudio, nos interesan dos tipos de seguros en particular, que nacen de las categorías antes enunciadas.

Encontramos, en primer término, el seguro de transporte, que pertenece a la categoría de los seguros de daños reales (los cuales buscan cubrir los daños que sufra un bien en particular, en este caso las mercancías objeto del transporte) y el seguro de responsabilidad contractual que pertenece a la categoría de los seguros de daños patrimoniales, es decir, están orientados a cubrir el patrimonio del asegurado (transportador) en virtud de la obligación de resarcir los perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de transporte.

Ambas figuras son utilizadas para dar coberturas a los riesgos que pueden tener origen en la operación del transporte de mercancías, pero con alcance distintos que nos aprestamos a examinar.

3.2. Seguro de Transporte

Como una clasificación aún más específica de los seguros de daños reales, se encuentran el seguro de transporte⁴⁵, que tiene como fin proteger los bienes objeto del transporte, esto es, las mercancías.

⁴⁴ DÍAZ GRANADOS, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 9.

⁴⁵ OSSA G. Op. cit., p 62.

La sección III del capítulo II “Seguros de Daños” del Código de Comercio, del artículo 1117 al 1126, regulan de forma particular el seguro de transporte. Establece el artículo 1120 del Código de Comercio con respecto a los riesgos objeto de este seguro:

“El seguro de transporte comprenderá todos los riesgos inherentes al transporte. Pero el asegurador no está obligado a responder por los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo, ni por los riesgos expresamente excluidos del amparo.”

Si bien la expresión “comprenderá todos los riesgos inherentes al transporte” no es específica en cuanto a los riesgos objeto del mismo, es posible establecer que hace referencia a los bienes objeto del transporte, esto es, a la mercancías, por cuanto la sección se ubica dentro del capítulo de seguro de daños.

En sentencia del 30 de septiembre de 2002, con ponencia de CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, la Corte Suprema de Justicia hace un análisis detallado y profundo del seguro de transporte y hace referencia específicamente al seguro de transporte de mercancías⁴⁶:

“De antiguo, desde una perspectiva teleológica, el seguro de transporte, per se, se ha caracterizado por brindar u otorgar cobertura, muy especialmente, en punto tocante con la cosa transportada (dimensión real o ex re), lo que explica que, en algunos círculos, también se le identifique a este negocio jurídico como 'seguro de mercancías' -o mercaderías-, en prueba adamantina de su típico rol ontológico: 'seguro de la cosa material transportada', o 'seguro de facultades', sin perjuicio, ciertamente, de la pervivencia de sendos amparos enderezados a paliar

⁴⁶ C.S.J., Sala de Casación Civil; Sentencia de septiembre 30 de 2002: NOE GUCOVSHI MILLAR vs. Intermoving Ltda. y Seguros La Andina S.A. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; Exp.: 4799.

la materialización de numerosos riesgos susceptibles de afectar múltiples intereses, v.gr: el medio de transporte seleccionado; los fletes, etc (riesgos inherentes al transporte)."

Y complementa:

"(...)se ha estimado que este seguro en sí mismo considerado, es un prototípico seguro de daños -o de cosas-, in concreto, real, al tenor de la división existente -en Colombia- entre seguros: reales y patrimoniales, expressis verbis, de estirpe normativa (art. 1082, C. de Co.). De allí que "...la limitación a los daños materiales -o reales, se agrega- excluye no sólo la indemnización de los perjuicios, daños indirectos y demás supuestos de lucro cesante, sino también los daños corporales y personales, así como la responsabilidad civil"

En conclusión, podemos decir que en el seguro de transporte recae sobre las mercancías, esto es, el interés del propietario de la mercancía frente a los riesgos que se pueden presentar durante su transporte. Es un seguro real o de cosas determinadas, que opera haya o no contrato de transporte⁴⁷, ya que cubre incluso el transporte realizado con vehículos propios del propietario de la mercancía, que como ya lo mencionamos antes, hace referencia al transporte privado, en el cual no media ningún contrato de transporte⁴⁸.

De la misma forma, opera incluso si hay o no responsabilidad del transportador de carga, ya que lo que se cubre son los daños o pérdidas que sufra la mercancía, independientemente de quien haya sido responsable de dicho daño o pérdida, por supuesto, siempre y cuando los daños o pérdidas no provengan de la voluntad directa del asegurado⁴⁹. Como consecuencia de lo anterior, en el

⁴⁷ DÍAZ GRANADOS. Op. cit., p 17.

⁴⁸ Pág. 18.

⁴⁹ Con esto nos referimos a los daños generados por la voluntad directa del asegurado o por su culpa grave o dolo.

seguro de transporte se cubre la causa extraña⁵⁰ así como los eventos en los cuales efectivamente haya responsabilidad del transportador de carga.

En caso de ocurrencia de un riesgo cubierto por el seguro de transporte, la aseguradora pagará al titular de la mercancía objeto del seguro (el titular del interés asegurable) el valor parcial o total del daño o pérdida ocurrida y si existe responsabilidad de un tercero en la ocurrencia del riesgo (del transportador de carga terrestre por ejemplo) se subrogará contra este.

Del análisis anterior, podríamos deducir que el seguro de transporte es un seguro cuyo interés asegurable recae sobre el propietario de la mercancía o generador de carga, como se conoce en la terminología aseguradora⁵¹. Sin embargo, en la práctica es común en el mercado Colombiano, como ya lo hemos mencionado en el desarrollo de este estudio, que los transportadores de carga tomen coberturas de seguro de transporte para cubrirse frente a los riesgos que pueden afectar las mercancías que transportan.

Surge entonces el interrogante, ¿es posible que el transportador de carga, aunque no tiene un interés asegurable directo sobre la mercancía transportada, tome un seguro de transporte? La respuesta a esta pregunta es afirmativa. El transportador de carga si puede ser tomador de una póliza de seguro de transporte, pero lo puede hacer bajo la figura de una póliza por cuenta ajena, esto es, por cuenta del propietario de la mercancía o generador de carga. En el capítulo sobre el seguro por cuenta ajena daremos una respuesta más concreta a este punto.

3.3. El Seguro de Responsabilidad Civil Contractual

⁵⁰ Pág. 24.

⁵¹ UMAÑA. Op. cit., p. 42.

A su vez, dentro de la clasificación de los seguros de daños patrimoniales se encuentran los seguros de responsabilidad. El artículo 1127 del Código de Comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, define al seguro de responsabilidad en los siguientes términos:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.”

Mediante este seguro, no se protege un bien o bienes determinados como por ejemplo la mercancía en el seguro de transportes, sino que se protege de forma integral el patrimonio del asegurado.

Este seguro opera tanto para la responsabilidad civil extracontractual como contractual. Para definir ambos tipos de responsabilidades haremos referencia a la definición que al respecto hace JUAN MANUEL DIAZ GRANADOS en su obra El Seguro de Responsabilidad⁵²:

“La responsabilidad contractual tiene lugar por el incumplimiento de una obligación preexistente; en la extracontractual el daño no se causa por el incumplimiento de una obligación previa nacida de un contrato”

Es decir, la responsabilidad civil contractual nace por los perjuicios que puede causar quien incumple una obligación originada precisamente en un contrato,

⁵² DÍAZ GRANADOS. Op. cit., p 35.

como puede ser para el caso de nuestro estudio, el incumplimiento de las obligaciones que se desprenden del contrato de transporte, entre ellas, la que tiene el transportador de carga de conducir y entregar la mercancía a su destinatario en el estado en que las reciba, según lo establece al artículo 982 del código de comercio.

De lo anterior podemos concluir que, en caso de que el transportador de carga terrestre incumpla las obligaciones que se desprenden de un contrato de transporte y por esa razón cause perjuicios al propietario de la carga, como sería el caso en el que entregue la mercancía averiada o dañada o incluso que no la entregue, deberá indemnizar a este por los perjuicios causados, riesgo que puede ser cubierto bajo la figura del seguro de responsabilidad civil contractual, salvo que demuestre que no fue responsable, por la existencia de una causa extraña.

A diferencia del seguro de transporte, bajo la figura del seguro de responsabilidad contractual debe existir un contrato de transporte a partir del cual se establecen las obligaciones que en caso de ser incumplidas (y en caso de que exista responsabilidad del asegurado, esto es, del transportador de carga) darían lugar al siniestro.

No cubre los daños o pérdidas que en general pueda sufrir la mercancía, sino los perjuicios directos y ciertos por los que puede ser responsable el asegurado (el transportador de carga) cuando estos hayan sido consecuencia del incumplimiento del contrato de transporte y que lo obligan a indemnizar al propietario de la mercancía, con cargo a su patrimonio. Por el contrario, si el asegurado (el transportador de carga) demuestra que operó una causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor, hechos de terceros o cumpla exclusiva de la víctima), se exonera de su responsabilidad y por lo tanto el seguro de responsabilidad civil contractual no operaría.

Lo anterior significa que en caso de ocurrencia de un daño o pérdida de la mercancía, la aseguradora solo responderá cuando exista responsabilidad por parte del asegurado (transportador de carga). Pero si el daño o la pérdida se originó en una causa extraña (como pueden ser los hechos de la naturaleza, como: derrumbes, inundaciones, rayos, entre otros), el seguro de responsabilidad civil contractual no tendría cobertura.

Esta es una diferencia importante con respecto al seguro de transporte, que como lo mencionamos en el aparte anterior, sí cubre las pérdidas incluso cuando ocurre una causa extraña. Y es esta una de las razones por las cuales los transportadores de carga en Colombia prefieren tomar una póliza de transporte a una póliza de responsabilidad civil contractual. Los transportadores de carga prefieren tener una cobertura aún en aquellos casos en los cuales no sean responsables frente a los daños o pérdidas que puede sufrir la mercancía objeto del transporte (como sería en los casos de causa extraña antes mencionados), porque sabe que aún en aquellos casos podrán responder ante sus clientes (propietarios de la mercancía) por los daños o pérdidas que pueda sufrir la mercancía. Comercialmente esto se convierte en una ventaja competitiva. El propietario de una mercancía va a preferir enviarla a través de una empresa de transporte de carga que le puede responder en todos los casos a aquella que sólo le responde cuando se pruebe su responsabilidad.

Ahora bien, si los transportadores de carga, como ya se ha mencionado, no tienen un interés asegurable sobre la mercancía, solo podrían cubrir estos riesgos a través de un seguro de transportes por cuenta ajena, figura que entraremos a analizar a continuación.

3.4. El Seguro por Cuenta Ajena y el Seguro de Transporte

La figura del seguro por cuenta ajena es reconocida en la legislación Colombiana en el artículo 1038 del Código de Comercio, donde se establece

que el seguro podrá ser estipulado a nombre de un tercero aún sin que exista un poder para representarlo⁵³:

“Si el tomador estipula el seguro en nombre de un tercero sin poder para representarlo, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de ocurrido el siniestro. El tomador está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, hasta el momento en que el asegurador haya tenido noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado.

Desde el momento en que el asegurador haya recibido la noticia de rechazo, cesarán los riesgos a su cargo y el tomador quedará liberado de sus obligaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119.”

De acuerdo con el artículo 1039 del código de comercio, el tercero a favor del cual se contrata el seguro puede estar determinado o puede ser determinable, figura esta última conocida también como seguro por cuenta de quien corresponda:⁵⁴

“El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.”

⁵³ En consideración de HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO “El citado artículo 1038 no consagra cosa diferente de una innecesaria repetición de la estipulación para otro prevista con características generales para todos los contratos, en el art. 1506 del C.C.” LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentario al Contrato de Seguro. Bogotá: Dupre Editores. 2010. Pág. 120.

⁵⁴ *Ibíd.*, p 120.

Esta figura encaja perfectamente en el seguro de transporte que toma un transportador de carga a favor de su remitente o destinatario bajo la figura de una póliza automática, en la cual no se conoce, al momento de la suscripción de la póliza, cual será el remitente o destinatario de la misma (serán muchos en la medida que se vaya ejecutando cada transporte) y por lo tanto el asegurado será aquel que haya contratado un determinado despacho y que solo se conoce cuando este se realiza o cuando se concreta la realización de un siniestro.

La figura de seguro por cuenta ajena solo puede darse bajo el supuesto de que existe ausencia de poder para realizarlo, porque si existe por medio dicho poder –es decir, si se da la figura de un mandato- es claro que el tomador no es el mandatario –representante- sino el mandante –representado-. En este caso no se podría hablar de seguro por cuenta ajena sino de seguro en nombre propio.⁵⁵

Lo anterior significa, en el caso del seguro de transporte, si el transportador fue solo un intermediario para la contratación del seguro y el remitente le otorgo un poder para contratar dicho seguro, el tomador del seguro sería el remitente y hablaríamos de un seguro en nombre del remitente. Pero si el transportador contrato el seguro sin que existiera un poder específico otorgado en este sentido al transportador, estaríamos hablando de un seguro de transportes por cuenta ajena, ya que lo contrata el transportador, quien asume como tomador de la póliza, pero a favor del remitente, quien sería el asegurado de la misma.

Además de lo anterior, es importante tener en cuenta sobre quien recae la titularidad del interés asegurable.⁵⁶ Si el interés recae sobre quien contrata el seguro estamos hablando de un seguro en cuenta propia, pero si el interés recae sobre un tercero y no sobre quien contrata el seguro estamos hablando

⁵⁵ LOPEZ BLANCO. Op. cit., p 121

⁵⁶ MORATI, Juan Carlos. Estudios de derecho de seguros. Buenos Aires: Edit. Pannedille, 1971. Pág. 261.

de un seguro por cuenta ajena.⁵⁷ Esto traducido en el seguro de transporte contratado por una transportadora equivale a que el seguro lo será por cuenta ajena, es decir, a favor del remitente o destinatario de la mercancía, titulares del interés asegurable, frente al transportador que no es titular de algún interés en particular con relación a la mercancía objeto del seguro y del transporte.

Ahora, si el seguro de transportes se está tomando por cuenta del propietario de la mercancía, ¿qué pasa con la responsabilidad del transportador de carga con respecto a los daños que sufra la mercancía objeto del transporte? La respuesta se encuentra en el artículo 1042 del Código de Comercio, que reconoce una figura que se podría llamar mixta⁵⁸, la cual permite al tomador (en este caso al transportador de carga) salvaguardar su propio interés y el de terceros (en este caso los propietarios de la mercancía) frente a los riesgos a los que se vea expuesto el interés asegurado. Establece el artículo 1042 del Código de Comercio:

“Salvo estipulación en contrario, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, con la misma limitación, como estipulación en provecho de tercero”

Esta figura es especialmente relevante para el seguro de transporte, por cuanto el transportador tiene un interés sobre la mercancía objeto del transporte (derivada del contrato de transporte) lo mismo que quien contrata el transporte (remitente) o su destinatario. De allí que no solo busque proteger su interés sino el de los terceros que tienen interés en la conservación de la mercancía, figura que encaja con lo establecido por el artículo 1042 antes mencionado.

⁵⁷ LOPEZ BLANCO. Op. cit., p 121.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 122.

En la ya mencionada sentencia del 30 de septiembre de 2002, con ponencia de CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, se menciona precisamente esta posibilidad:

“Si tiene lugar lo primero, esto es que de alguna manera se explicita -o se haga inteligible- que el interés asegurable recae sobre la mercancía, es dable partir de que el seguro tomado por el transportador, por regla, gracias al régimen especial colombiano, tiene un doble cometido: proteger un interés propio y, al mismo tiempo, en forma preferente, a la par que convergente, uno ajeno (seguro por cuenta ajena, art 1042 del C. de Co.), tal y como luego se aludirá, a espacio, dado que en Colombia esta modalidad de contratación, que se opone a la que se realiza por cuenta propia (arts 1037 y 1040 C. de Co.), tiene un radio de acción mayor, al punto que si no se estipula lo contrario, “...el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, con la misma limitación, como estipulación en provecho de tercero” (art 1042, C. de Co).”⁵⁹

Esta es de hecho una de las opciones de seguro que permite el seguro de transporte, con base en la establecido por el artículo 1124 del código de comercio modificado por el D.E. 01/90, art. 46, que establece:

“Podrán contratar el seguro de transporte no sólo el propietario de la mercancía, sino también todos aquéllos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte, expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de la mercancía.”

⁵⁹ C.S.J., Sala de Casación Civil; Sentencia de septiembre 30 de 2002: NOE GUCOVSHI MILLAR vs. Intermoving Ltda. y Seguros La Andina S.A. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; Exp.: 4799.

A partir de lo anterior podemos concluir, que el Colombia, bajo el régimen vigente del artículo 1124 del código de comercio, el transportador de carga puede contratar una póliza de seguro de transporte donde indique si su interés es la mercancía (caso en el cual lo puede hacer bajo la figura de seguro por cuenta ajena, esto es, a favor del propietario de la mercancía) o la responsabilidad por dicho transporte.

Sobre el particular, reproducimos de nuevo, lo establecido al respecto en la sentencia del 30 de septiembre de 2002, con ponencia de CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO:

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

Lo anterior, en la medida en que, ministerio legis, hoy es viable que en la envoltura de un seguro de transporte, según el caso, se entronicen, separada o conjuntamente, dos seguros de daños: uno que cobije la cosa transportada (seguro de facultad o de la cosa material transportada), como tal de carácter real, y otro que concierna, únicamente, a la responsabilidad del transportador, a su turno, de índole patrimonial (...)”

Y complementa:

“Expresado en forma más sucinta, se advierte que de cara a la nueva preceptiva imperante, el transportador puede trasladar -figuradamente- riesgos ajenos, con miras a proteger intereses de otro u otros (seguro por

cuenta ajena), o también riesgos propios, exclusivamente, emergentes del negocio jurídico celebrado entre las partes contratantes.”⁶⁰

En conclusión, bajo la figura vigente, el contrato de transporte puede comprender tanto la cobertura de transportes como tal como la cobertura de responsabilidad civil contractual del transportador, orientada en últimas a cubrir los daños o pérdidas que pueda sufrir la mercancía objeto del transporte.

3.5. El interés asegurable del transportador de carga

El interés asegurable es definido por J. EFREN OSSA GOMEZ como:

“La relación económica amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”⁶¹.

El mismo OSSA GOMEZ establece que el interés asegurado tiene tres elementos que lo componen:

*“**el sujeto**, que es la persona natural o jurídica amenazada en la integridad de su patrimonio, **el objeto**, que es un bien sobre el que recae la amenaza del riesgo y **la relación económica** entre uno y otro que puede resultar afectada por la realización del riesgo”⁶².*

Para el objeto de nuestro estudio y desde la perspectiva del transportador de carga, podríamos afirmar que el sujeto es la empresa de transporte de carga que realiza la movilización de la mercancía, el objeto es el patrimonio del

⁶⁰ C.S.J., Sala de Casación Civil; Sentencia de septiembre 30 de 2002: NOE GUCOVSHI MILLAR vs. Intermoving Ltda. y Seguros La Andina S.A. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO; Exp.: 4799.

⁶¹ OSSA. Op. cit., p 73.

⁶² *Ibíd.*, p 74.

transportador de carga que se puede ver afectado por su eventual responsabilidad civil contractual y la relación económica es el contrato de transporte que celebra el transportador de carga con el remitente de la mercancía para realizar su transporte, que implica el pago de un flete al transportador pero también un riesgo para este, por cuanto el eventual daño o pérdida que sufra la mercancía durante su transporte puede dar lugar al pago de una indemnización, afectando su patrimonio (realización del riesgo).

Ahora, si vemos el interés asegurable desde la perspectiva del propietario de la mercancía, el sujeto sería el dueño de la mercancía, la mercancía transportada sería el objeto y la relación económica es el derecho real que tiene dicho dueño sobre la mercancía, esto es, el derecho de propiedad mismo, que puede resultar afectado si sobre el bien se materializa un riesgo (el daño o pérdida de la mercancía durante el transporte).

El interés asegurable tiene criterios distintos si se aplica en el seguro de personas o en el seguro de daños. En el seguro de daños, el artículo 1083 hace referencia al mismo en los siguientes términos:

“Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.

Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.”

OSSA GOMEZ hace así mismo una diferenciación entre el objeto del interés asegurable en el seguro de daños reales y el seguro de daños patrimoniales⁶³. Establece OSSA GOMEZ que en los seguros reales:

⁶³ *Ibíd.*, p 75.

*“El objeto del interés asegurable es la cosa misma amenazada por el siniestro eventual. Cualquiera sea el interés: el del dueño, el del usufructuario, el del acreedor hipotecario, el del acreedor prendario, el del comunero, el del “vendedor con reserva de dominio”, el del arrendatario, depositario o **transportador** interesados en su conservación o, de un modo u otro, responsables por su devolución o entrega.”⁶⁴ (negritas fuera de texto).*

Como vemos, para OSSA GOMEZ el interés asegurable en los seguros reales surge de cualquier relación económica que pueda tener el sujeto del interés asegurable y el objeto de dicho interés, independientemente del tipo de relación que sea, siempre y cuando esta pueda tener alguna repercusión en su patrimonio.

Bajo esta premisa podríamos considerar que el transportador de carga si tendría un interés asegurable sobre la mercancía, por tener un interés en su conservación o ser responsable de su devolución o entrega según la definición que hace OSSA GOMEZ del interés asegurable.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que el transportador de carga no tiene un interés asegurable sobre la mercancía y que el interés que podría tener sobre la operación de transporte no puede ser otro que el de su responsabilidad contractual.

Al respecto ANDRÉS ORDOÑEZ menciona:

Una primera observación importante: el interés asegurable del transportador no está radicado realmente sobre las mercancías o el equipaje (...); esta radicado sobre su patrimonio como ente abstracto (...)⁶⁵

⁶⁴ *Ibíd.*, p 76.

⁶⁵ ORDOÑEZ. *Op. cit.*, p 81.

Y continua:

Consecuencia de los claros postulados anteriores, es que en el seguro de transporte, entendiendo por tal el que esta dirigido a cubrir el interés radicado en la cosa o persona transportados, no puede ser asegurado el transportador mismo por cuenta propia. Se repite: su interés no radica en lo transportado, sino en el eventual y abstracto daño patrimonial que pueda derivar en su contra el serle imputable una responsabilidad civil.”⁶⁶

Al respecto JOSÉ VICENTE GUZMÁN comenta:

“Pero la cobertura de seguros que ampara el interés del remitente es totalmente distinta – y nos atreveríamos a decir que excluyente – de la cobertura de seguros que ampara el interés del transportador. En efecto, el interés del remitente debe ser cubierto por un seguro de transporte, mientras que el interés del transportador debe estar amparado por un seguro de responsabilidad.”⁶⁷

Por su parte TAMAYO JARAMILLO nos da una definición distinta de interés asegurable:

*“Podemos entonces definir el interés asegurable como **el beneficio económico** que tiene una persona en relación con un bien, beneficio que puede afectarse negativamente al siniestrarse dicho bien”⁶⁸ (negrillas fuera de texto).*

⁶⁶ Ibíd., p 81.

⁶⁷ GUZMAN. Op. cit., p 162.

⁶⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. "El interés asegurable del transportador en el seguro de transporte" en *Revista Ibero - Latinoamericana de seguros Vol. 1 no. 1*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992. p. 166.

A partir de esta definición podríamos decir que aunque la mercancía es el objeto del contrato de transporte, el **beneficio económico** del transportador no se origina en la mercancía, es decir, su beneficio económico no proviene directamente de la mercancía, sino del contrato de transporte que ha celebrado. Por lo tanto, el interés asegurable del transportador no radica en la mercancía (y en su relación con ésta) sino en el contrato de transporte, que en caso de producirse el siniestro (esto es, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, que da lugar a una responsabilidad civil contractual) implica una afectación negativa de dicho beneficio económico del que nos habla TAMAYO JARAMILLO en su definición de interés asegurable.

Pero además TAMAYO JARAMILLO menciona los argumentos que considera razones validas por las cuales el transportador de carga no tiene un interés asegurable sobre la mercancía⁶⁹:

a.) Si el transportador tuviera interés asegurable en un seguro de transportes, podría enriquecerse de forma indebida y por lo tanto iría en contra de lo dispuesto por el artículo 1088 del Código de Comercio, que establece que los seguros de daños son de mera indemnización. Lo anterior, por cuanto los seguros de transporte, como ya lo mencionamos, implican que se debe indemnizar si existe algún daño o pérdida de la mercancía, independientemente de la responsabilidad del transportador (como por ejemplo, si existió causa extraña).

En este caso, si el transportador no fue responsable, en todo caso recibiría un pago por parte del asegurador, por el valor de la mercancía dañada o perdida, aún cuando dicho daño o pérdida no afectó su patrimonio, ya que el bien no era de su propiedad. Esto implicaría un enriquecimiento injustificado del transportador, que riñe con uno de los principios del seguro de daños.

⁶⁹ *Ibíd.*, p 167.

b.) Si la mercancía es asegurada por el propietario de la mercancía y por el transportador de carga de forma independiente (bajo la premisa de que ambos tienen interés asegurable sobre la mercancía y por lo tanto pueden contratar un seguro de transporte por cuenta propia cada uno), ninguno de los dos podría recibir la totalidad del pago de la indemnización, generando a la larga un perjuicio para el propietario de la mercancías, que si se vería afectado directamente por el daño o pérdida del bien. Lo anterior teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 1084 del Código de Comercio sobre concurrencia de intereses asegurables, que dice:

“Sobre una misma cosa podrán concurrir distintos intereses, todos los cuales son asegurables, simultánea o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos. Pero la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total de la cosa en el momento del siniestro. Su distribución entre los interesados se hará teniendo en cuenta el principio consignado en el artículo 1089.”

Y establece el artículo 1089:

“Dentro de los límites indicados, en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

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

Como consecuencia de lo anterior, ni el propietario de la mercancía ni el transportador de carga podrán cobrar la totalidad de la indemnización, lo que representa finalmente un perjuicio para el propietario de la mercancía.

c.) Menciona TAMAYO JARAMILLO como tercera razón⁷⁰, la situación absurda en la cual si tanto el propietario de la mercancía como el transportador de carga contratan seguros de transporte por cuenta propia de forma independiente, en aseguradoras independientes y existe un tercero responsable de los daños o pérdidas a la mercancía, podrían las aseguradoras tanto del propietario de la mercancía como del transportador de carga, subrogarse contra este tercero, teniendo este tercero que pagar doble indemnización por los perjuicios generados tanto al propietario de la mercancía como al transportador de carga.

d.) Como último argumento menciona TAMAYO JARAMILLO⁷¹, que si el transportador de carga tuviera un interés asegurable sobre la mercancía, y por lo tanto pudiera contratar un seguro de transporte por cuenta propia, sería inaplicable el artículo 1121 del código de comercio, que establece:

“El asegurador responderá de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados, sin perjuicio de la subrogación a que tiene derecho de conformidad con el artículo 1096.”

A juicio de TAMAYO JARAMILLO, el artículo 1096 está concebido sobre la base de que el interés asegurable en el seguro de transportes no lo tiene el transportador, porque se considera precisamente que el encargado del transporte es distinto al asegurado del seguro de transporte.

⁷⁰ Ibid., p. 168.

⁷¹ Ibid., p. 168.

Menciona TAMAYO JARAMILLO, como conclusión:

“Es innegable que el transportador que no es dueño de las mercancías transportadas, o que no tiene ningún derecho real sobre las mismas, solo tiene un interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil, pues solo siendo responsable de su patrimonio se verá afectado.”⁷²

A nuestro parecer, sin lugar a dudas son distintos el interés que tiene el propietario de la mercancía y el transportador de la carga. El propietario de la mercancía tiene un interés directo sobre la mercancía, ya que su eventual daño o pérdida le genera un perjuicio directo en su patrimonio. En cambio, en el caso del transportador de carga, el daño o pérdida de la mercancía solo genera un perjuicio a su patrimonio cuando se haya declarado que es responsable de dicho daño o pérdida y por lo tanto que tendrá que indemnizar al propietario de la mercancía. Es decir, su interés asegurable proviene en este caso, del cumplimiento o no del contrato de transporte, pero no directamente de la mercancía.

En efecto, tal como lo pone de presente TAMAYO JARAMILLO⁷³, puede acontecer que el daño o la pérdida de la mercancía no afecte en nada al transportador de carga, por cuanto se ha exonerado de la responsabilidad por dicho daño o pérdida o, incluso, solo se ha hecho responsable por parte de dicho perjuicio debido a los montos indemnizatorios que consagra la ley del contrato de transporte a su favor.

⁷² Ibid., p. 169

⁷³ Ibid., p. 169.

4. CONCLUSIÓN

Como lo analizamos durante el desarrollo de este estudio, la conclusión de si el seguro que debe tomar una empresa de transporte de carga debe ser un seguro de transportes o un seguro de responsabilidad civil contractual, no esta libre de discusión y polémica.

Sin embargo, estimamos que de acuerdo a lo establecido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, es claro que actualmente existen tres figuras posibles que se pueden dar para que una empresa de transporte de carga opte por asegurarse frente a los riesgos propios del seguro de transporte:

a.) Seguro de Responsabilidad Civil Contractual. Como lo vimos durante el desarrollo del estudio, el interés asegurable del transportador de carga recae directamente sobre su responsabilidad frente a los daños o perdidas que pueda sufrir la mercancía, y no sobre la mercancía directamente. Es por ello, que la figura natural, si así la pudiéramos llamar, bajo la cual el transportador de carga puede asegurarse frente a los riesgos del transporte, es la del seguro de responsabilidad civil contractual.

Esta es además la figura común bajo la cual se aseguran los transportadores de carga y otros actores del transporte a nivel internacional. Sin embargo, a pesar de ser la figura que se acomoda de forma más estricta a lo establecido por ley y la jurisprudencia, en la practica no son muchos los transportadores que en Colombia optan por esta figura, lo cual se refleja en el hecho de que no existan ofertas claras de este tipo de póliza en el mercado nacional, sino que se opte por una póliza de transporte de mercancías.

b.) Seguro de Transportes por Cuenta Ajena. La segunda figura a la que hacemos referencia es precisamente la del seguro de transporte tomado por el transportador pero por cuenta del propietario de la mercancía. Esta figura,

como lo vimos en el desarrollo del estudio, se acomoda a la legislación vigente y permite, para efectos prácticos del transportador, tener una mayor cobertura frente a los riesgos que pueden ocurrir durante el transporte de las mercancías, porque cubre incluso aquellos eventos en los cuales los daños o pérdidas sean consecuencia de un hecho extraño al actuar del transportador.

En todo caso, esta no es una figura exenta de polémica y discusiones, pero que aún así ha sido acogida también como viable por la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Espero que los resultados de esta investigación aporten claridad sobre el tema de discusión y permitan identificar si es necesario un ajuste normativo con respecto a este tipo de seguro. También espero que permitan generar alguna conciencia sobre la necesidad de abordar este tema, no solo al interior del sector asegurador sino de la mano con el sector transportador, principal interesado en contar con coberturas adecuadas para sus riesgos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ANAYA TEJERO, Julio Juan. *El transporte de mercancías enfoque logístico de la distribución*. Madrid: ESIC Editorial, 2009.

BOQUERA MATARREDONDA, Josefina. *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*. Valencia: Tirant Lo Blach, 2002.

DÍAZ GRANADOS, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

GUZMAN ESCOBAR, José Vicente. *Contratos de Transporte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

LOPÉZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Bogotá: Dupre Editores Ltda., 2010.

MORATI, Juan Carlos. *Estudios de derecho de seguros*. Buenos Aires: Edit. Pannedille, 1971.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. *Seguro de transporte y de responsabilidad del transportador. Bosquejo General y problemas usuales. Estudios de derecho comercial. t. III*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. *El interés asegurable en el seguro de responsabilidad civil del transportador, dentro del marco del seguro de transporte y otros problemas relativos al seguro de transporte en los diferentes medios* En *Estudios de Seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

OSSA G., J. Efrén. *Teoría General del Seguro, El Contrato*. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

PULIDO BEGINES, Juan Luis. *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil del Porteador Terrestre*. Barcelona: Librería Bosh, 2001.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, Juan Carlos, y SIERRA FAJARDO, Yezid. *Compendio de Normas de Transporte Terrestre Automotor de Carga*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. "El interés asegurable del transportador en el seguro de transporte" en *Revista Ibero - Latinoamericana de seguros Vol. 1 no. 1*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *El contrato de transporte*; Bogotá: Colombo Editores, 1996.

UMAÑA, Leonardo, VARGAS, María José, y CONCHA, Angela. *El Seguro de Transporte en Colombia*. Bogotá: Fasecolda - Federación de Aseguradores Colombianos, 2011.