

5-006-

Secretaría
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL.

~~0042~~
12

Magistrado ponente:

Dr. EDUARDO GARCIA SARMIENTO
Abogado Asistente Dr. Nicolás Echara Simanca.

Bogotá, veintidós de enero de mil novecientos
noventa y uno.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario promovido por SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. y SEGUROS FENIX S.A. frente a la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A.

I - ANTECEDENTES

1.- Por demanda cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, la parte actora solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la demandada:

"PRIMERA. Se declare que la Flota Mercante - Gran Colombiana incumplió parcialmente el contrato de transporte marítimo que celebró con Tubos de Vinilo de Soledad S. A. Tuvisol S. A. el día 14 de enero de 1980.

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior determinación se profieran las siguientes condenas en contra de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A.; 1a. Por la suma de OCHO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIEN-

TOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$8'231.596.00) en favor de Seguros Comerciales Bolívar dada en calidad de subrogataria del 45% de los derechos de Tuvisol en el citado contrato de transporte...2a. Por la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS (\$5'487.730.00) en favor de Seguros Fénix S.A. dada su calidad de subrogataria del 30% de los derechos de Tuvisol S.A. en el contrato de transporte citado...3a. Por CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO - NUEVE MIL PESOS (\$4'573.109.00) en favor de Compañía Suramericana de Seguros dada su calidad de subrogataria del 25% de los derechos de Tuvisol S. A. en el citado contrato de transporte...4a.- Que sobre las sumas anteriores en favor de cada una de las empresas aseguradoras citas se imponga la obligación de pagar intereses de mora a la tasa del 35% anual a partir del 1o. de julio de 1981 y hasta cuando se efectúe el pago 5a. Se condene a la Empresa demandada al pago de las costas del juicio".

2.- Las peticiones anteriores se fundamentaron en - los siguientes hechos:

"Primero. La Flota Mercante Gran Colombiana S.A. celebró el día 14 de enero de 1980 con la Empresa Tubos de Vinilo S.A., Tuvisol S.A. contrato de transporte marítimo.

"Segundo. La Flota Mercante Gran Colombiana S.A. se obligó a transportar de Hamburgo a Barranquilla cinco contenedores con un peso total de 35880 kilos en los que venían cinco máquinas extrusoras para el procesamiento de tubería plástica en P.V.C.

y tres sistemas de extrusión para el mismo material, todos de marca American Maplan modelos D-S. 80 y DS 100.

"Tercero. Como contraprestación por el transporte de la mercancía citada Tubos de Vinillo de Soledad, Tuvisol S. A. pagó a la Flota Mercante Gran Colombiana por concepto de Fletes la suma de UN MILLON DOSCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$1'207.392.00).

"Cuarto. La Flota Mercante Gran Colombiana no destinó ninguno de sus barcos a la realización de este contrato de transporte sino que subcontrató con nave que no era de su propiedad ese transporte, la motonave Regina.

"Quinto.- Sin autorización del remitente y en forma imprudente la nave que contratara la Flota Mercante Gran Colombiana S. A. para realizar el cumplimiento del contrato colocó sobre cubierta la valiosa carga encomendada.

"Sexto.- Al arribar el barco Regina, ...dejó de entregar dos containers que contenían dos sistemas de extrusión DS 80 y dos sistemas de extrusión DS 100 con sus respectivos accesorios, los cuales cayeron al mar durante la travesía.

"Séptimo. Tubos de Vinilo la Soledad S. A. Tuvisol S. A., tenía contratada con Seguros Comerciales Bolívar, Seguros Fénix y Compañía Suramericana de Seguros póliza automática de transporte No.700412 en la cual las citadas Empresas sin ser solidarias participaban del 45%, el 30% y el 25% de los riesgos así como de las primas.

"Octavo. Las aseguradoras Seguros Fénix S.A. y compañía Suramericana de Seguros S. A. autorizacon expresamente que la administración y atención de la póliza la llevara a cabo Seguros Comerciales Bolívar S.A. razón por la cual esta Empresa recibió la reclamación y previa autorización de las restantes aseguradoras pagó el siniestro por un valor de DIECIOCHO MILLONES DOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$18'292.435.00) así como expidió el certificado de seguro No.354735 por un valor asegurado total de TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 33'594.690.00).

"Noveno. Como la pérdida de las máquinas extrusoras, ocurrida durante la travesía era uno de los hechos amparados, Tubos de Vinilo de Soledad, Tuvisol S.A. presentó a Seguros Comerciales Bolívar S.A. encargada de la administración el correspondiente reclamo y al establecerse el valor de lo perdido se le indemnizó la suma de DIECIOCHO MILLONES DOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$18'292.435.00) por las aseguradoras.

"Décimo. En consideración al pago realizado el representante legal de Tubos de Vinilo de Soledad, Tuvisol S. A. subrogó todos los derechos de la citada Empresa en el contrato de transporte , en favor de Seguros Comerciales Bolívar S. A. por el 45%, de seguros Fénix por el 30% y de la Compañía Suramericana de Seguros por 25% ".

3. La Flota Mercante Gran Colombiana se opuso a las pretensiones de las demandantes, manifestando respecto a los hechos que es cierta la pérdida de dos de los contenedores, cuyo contenido ignora; - que la nave "Regina S" fue operada directamente por la Flota y no subcontratada como lo manifestó la parte actora; y que estibó ciertamente sobre cubierta los cinco contenedores de que se trata en el conocimiento de embarque No.28 de 1979, pero un temporal en alta mar de grado 11 en la escala BEAUFORT, que no era posible controlar ni prever, abatió la embarcación haciendo que las olas se llevaran dos de ellos, tal como lo relató el capitán en la protesta respectiva. Además formuló las excepciones de mérito que denominó "prescripción", "falta de interés jurídico e inexistencia del derecho a reclamar o ser indemnizado", "inexistencia de la obligación a exoneración de responsabilidad" y "limitación de responsabilidad".

4. El a quo le puso término a la instancia mediante sentencia de 11 de junio de 1987, en la que hizo los siguientes proveimientos:

"Primero: DECLARAR no probadas las - excepciones perentorias formuladas por el extremo pasivo.

"Segundo: DECLARAR que la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A.; incumplió parcialmente el contrato de transporte celebrado con TUBOS DE VINILO DE SOLEDAD S.A. TUVISOL S.A., resultando por en-

de contractualmente responsable de la pérdida de que da cuenta la parte motiva de este fallo.

Tercero: CONDENAR a la demandada FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A., a pagar en favor de las demandantes como subrogatarias por ministerio de la ley de TUVISOL S.A., la cantidad de DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$ 18'292.435.00), condena que ha de distribuirse así:

a) Para SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., el equivalente al 45%, o sea la cantidad de OCHO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS NOVENTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$8'231.596.00);

b) Para SEGUROS FENIX S.A., el equivalente al 30%, esto es, la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS (\$5'487.730.00):

c) Para la COMPANIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO NUEVE PESOS M/cte., (\$4'573.109.00), o sea el equivalente al 25%.

Cuarto: CONDENAR a la sociedad demandada a pagar a sus demandantes sobre los guarismos a que se

contrae el ordenamiento que precede, el valor del reajuste que resulte por concepto de depreciación monetaria - desde el primero (1o.) de julio de mil novecientos ochenta (1980) y hasta que el pago se verifique.

Parágrafo: La liquidación del reajuste monetario se verificará por el procedimiento señalado en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

"Quinto: CONDENAR a la demandada en las costas del proceso. Tásense".

5. Apelada la anterior decisión por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó mediante sentencia de 28 de junio de 1988 y condenó en costas de la segunda instancia a la parte recurrente.

II - LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

6. Una vez refirió los antecedentes del litigio y afirmó que en el proceso no concurren nulidades y están reunidos los presupuestos procesales, el sentenciador ad quem hizo las siguientes consideraciones:

Parte de que el "conocimiento de embarque", no obstante no reunir los requisitos exigidos por los artículos 768 y 1637 del C. de Co., sí prueba la existencia del - contrato de transporte celebrado entre Tubos de Vinilo de Soledad, Tuvisol S.A. y la Flota Mercante Gran Colombiana

S.A., no solo porque así lo determina el artículo 1603 ibídem, sino porque el documento que lo contiene no fue tachado de falso, circunstancia que amerita su valoración probatoria conforme lo enseña el artículo 252 del C. de P.C.; y, a continuación, se ocupa del estudio de las pruebas del proceso, ya que advierte que el apelante circunscribe su actividad en el recurso a demostrar que se dieron los fundamentos para la prosperidad de las excepciones, que sin embargo se despacharon desfavorablemente. Al hacer, pues, el Tribunal el pertinente estudio de "cargos", refiere lo siguiente:

1o. Rechaza, en primer término, la excepción de limitación de responsabilidad del transportador, aduciendo - una vez transcribe el artículo 1644 del C.de Co. y la cláusula correspondiente del punto segundo del conocimiento de embarque- que "En el documento que da cuenta el folio 12 del cuaderno principal, no se expresó el precio de la mercancía transportada, indicándose la naturaleza de la misma, esto es, cinco máquinas extrusoras y tres sistemas de extrusión tara (sic), que de acuerdo al texto expreso del documento citado, (conocimiento de embarque, se agrega) no aparece claro el número de contenedores en que fueron transportadas. Así se lee: "520 container" o "520 contenedor (sic), bajo el acápite de No. y clase de paquetes.... En ese orden tenemos, que la cláusula respectiva (sic) se habla de "paquetes o contraparte del mismo, en el preimpreso del conocimiento se ha-

bla de "No. y clase de paquetes" para luego indicarse "520 container: Todo ello atendiendo los principios rectores de - la interpretación de contratos en nuestro país (arts.1618 a 1624 del C.C.) y teniendo en cuenta que las reglas preestablecidas, que conforman el contrato de transporte que nos - ocupa, tipifican un contrato de adhesión, lo cual impone in - terpretar la cláusula pertinente en detrimento o perjuicio de quien la incorporó, esto es, el transportador, y en esa medida concluir que la restricción ya conocida no es de recibo para el caso que nos ocupa". Puntualiza luego que las "Reglas de la Haya" no son predicables por vía directa en nuestro país.

2o. Relativo a la exoneración de responsabilidad del transportador que, anota, se hace descansar en los numerales 3o. y 4o. del artículo 1609 del C. de Co., el Tribunal manifiesta que dicha disposición fue tomada literalmente - del artículo 1843 del proyecto de Código de Comercio de 1958, trasunto del convenio de Bruselas de 1924; por lo que es "evidente, que su razón de ser, enmarcado en las circunstancias de otrora, no se compadece con la realidad de los días que - discurren". Asevera, de otra parte, que "En todo caso, y teniendo en cuenta lo normado (se refiere a los artículos 1495 a 1503 del C. de Co., se agrega), precisamos dos aspectos que nos imponen desechar la excepción propuesta. De una parte, no aparece acreditado en parte alguna por la autoridad portuaria que - le correspondiere, que el señor Ardavanis Nikolaos, fuese el capitán del buque de bandera griega M/V Regina, matriculado en los Pirineos, con el número oficial 6527 G. R.T. 9.416.88. El - documento que corre a folio 99, se constituye en una declaración del citado señor ante un juez civil y comercial de la Re -

pública de Venezuela, no desprendiéndose de tal diligencia que se hubiere acreditado esa calidad".

0051

Puntualiza más adelante el Tribunal, que los citados documentos no determinan que la pérdida de la mercancía - tenga como causa los numerales 3o. y 4o. del artículo 1609 del C. de Co., aspecto del que nada se probó.

3o. Expresa del mismo modo el sentenciador al referirse a la excepción de inexistencia del contrato de seguro, que "resulta descaminado el cargo presentado bajo el presente rubro, por cuanto las acciones incoadas encuentran fundamento en un contrato de transporte marítimo, de donde el contrato de seguro se hace exótico"; y, agrega: "Los demandantes, son subrogatarios por ministerio de la ley del correspondiente destinatario en el contrato de transporte que nos ocupa, evento debidamente probado en el proceso lo que por ende impone la legitimación requerida de las pertinentes acciones ... El transportador, es un tercero extraño al contrato de seguro, de donde no es dable, oponer circunstancias propias de tal relación jurídica ... En esa medida, sólo le sería pertinente argumentar la falta de legitimidad por activa, habido caso que no apareciere acreditada la subrogación de que trata el artículo 1096 del C. de Co., circunstancia esta, alejada de nuestra realidad procesal".

Finalmente anota el fallador, que "vale resaltar, que teniendo en cuenta el contenido del artículo 357 del C. de P.C., armonizado con el artículo 57 de la ley 2a. de 1984, nos hemos referido de manera especial, a los cargos presentados por el impugnante, visibles a folios 144 y 145 del cuaderno principal".

III - LA DEMANDA DE CASACION

Seis cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cinco inicialés al amparo de la causal primera del art. 368 del C. de P.C., y el sexto con apoyo en la causal segunda de la misma disposición, cargos que la Corte estudiará en el orden en que fueron propuestos, advirtiéndole que el último de ellos no será materia de examen por cuanto, y como adelante se verá, al prosperar el quinto la consideración de aquel queda sin objeto.

CARCO PRIMERO

Se hace consistir en el quebranto directo de los ar-

títulos 1036 inc. 1o., 1765, 1054, 1045, 1047 del C. de Co., 1530, 1502, 1517, 1524 del C.C., por falta de aplicación; 1050, 1765, 1036 inc. 2o. del C. de Co., 1666, 1667, 1670 del C.C., 2, 822, 1096, 1765 y 1080 del C. de Co., por aplicación indebida.

8. Comienza a desarrollarlo el casacionista, advirtiendo que el Tribunal no tuvo el comportamiento de un juez de apelación que como tal lo obligaba a hacer un estudio general de la cuestión litigiosa sin más límite que el impuesto por el artículo 357 del C. de P.C., sino que asumió el papel de juzgador del recurso extraordinario, vale decir, limitado a los motivos de inconformidad planteados por el recurrente, - "para dentro de ese temperamento eludir con ínfulas a los 'cargos presentados por el impugnante' y a la 'censura' que son expresiones de uso común en el lenguaje propio del recurso de casación".

Sigue diciendo el recurrente, que "ante el impulso - de una alegación defensiva que la parte que represento intituló 'inexistencia del contrato de seguro', llegó ocasionalmente y de manera más - que fugaz el Tribunal a asomarse a la cuestión de fondo ... pero en - ningún caso para analizarlo sino apenas para tenerlo como intocable"; pues, agrega más adelante, "lo hizo apenas para decir que la 'inexistencia del contrato de seguro' invocada por la parte demandada es 'cargo' que resulta descaminado 'por cuanto las acciones incoadas encuentran fundamento en un contrato de transporte marítimo, de donde el contrato de seguro se hace exótico'".

Plantea en este orden de ideas el impugnante, que se advierten dos razones por las cuales el Tribunal se abstuvo de estudiar la citada excepción: la primera, que los argumentos están descaminados por cuanto se apoyan en el contrato de seguro, frente al cual la demandada es un tercero, que no le permite apoyar en él su-

defensa; y la segunda, consistente en que "si aquellos planteamientos de la Flota se rechazaban de entrada por 'descaminados' y carentes de interés jurídico que los respaldara, no era caso que el Tribunal entrara oficiosamente a examinarlos".

Después de combatir la segunda de las razones dichas, respecto a la cual afirma que el artículo 350 del C. de P.C. le imponía al Tribunal el deber de examinar el litigio en toda su extensión, que éste no observó, el censor se ocupa de la primera de dichas motivaciones, para aseverar que constituye otro yerro jurídico del sentenciador haber considerado que, en el caso de este proceso, el transportador es un tercero frente al contrato de seguro y que carece de interés jurídico para apearse de él, puesto que una vez ocurrido el siniestro y pagada la indemnización por parte del asegurador, el contrato de seguro deja de ser indiferente para el transportador, ya que en razón de la subrogación legal que en consecuencia se produce, a él se traspasan los derechos, acciones y privilegios del antiguo acreedor, hasta el monto del crédito pagado (art. 1096 del C. de Co.) .

En tal situación, prosigue el recurrente, "el contrato de seguro es vehículo que conduce al asegurador al contrato de transporte, convirtiéndolo en parte del mismo y en relacionarlo jurídicamente con el transportador. El asegurador entra a ser acreedor del transportador, y éste deudor de aquel, con causa en el contrato de seguro de transporte, o sea que el contrato de seguro es antecedente necesario para que el transportador haya venido a ser deudor del asegurador. Así las cosas, aparece como error jurídico mayúsculo sostener, como lo hizo el Tribunal en el caso de autos, que el transportador sea un tercero sin

interés ninguno en el contrato de seguro que ha generado su vinculación al asegurador como deudor de éste. Y un contrasentido inexplicable admitir, como se admite en la sentencia que se acusa, que el contrato de seguro pueda ser invocado por el asegurador para accionar contra el transportador, pero que no pueda serlo por el transportador para ejercitar su derecho sustancial de defensa frente al asegurador que lo demanda como subrogatario legal".

Advierte, sin embargo el censor, que cuando el contrato de seguro no ha tenido existencia o presenta "alguna debilidad que obstruya o rompa la sucesión en el crédito que supone la subrogación legal, el transportador puede alegar el defecto frente al asegurador demandante, pues de ningún modo cabe aceptar que el defecto que sea susceptible de sufrir el seguro, y aún su misma nulidad o inexistencia, desaparezcan y queden superadas o solucionadas con el hecho de que el asegurador pague, que sería lo que a la postre ocurriría negándole al transportador el derecho a atacar el contrato de seguro, origen del crédito del asegurador demandante".

Congruente con lo anterior, sigue anotando el casacionista, el Tribunal no tuvo ningún fundamento serio para desatender la impugnación que a través de todo el proceso hizo la parte demandada contra el contrato de seguro, ni para desconocer la legitimación en causa de dicha parte, ni para dejar de resolver de oficio la impugnación, como le correspondía en su condición de juez de instancia. Añade, entonces, que a la confirmación del fallo de primer grado llegó el Tribunal "a consecuencia de haber incurrido en los yerros jurídicos que se han dejado demostrados, y solo por eso. No como resultado de haber incurrido en errores de hecho o de

derecho en la apreciación de la prueba, pues si no analizó la cuestión litigiosa, como tantas veces se ha dicho, ninguna oportunidad hubo para él de cometer esa clase de yerros".

El fallo del sentenciador, sigue discurrendo el censor, consideró como contrato completo, perfecto y eficaz el contenido en la póliza automática traída al proceso, de suerte que, al tener por ocurrida la subrogación, estimó al asegurador como adquirente de los derechos de Tuvisol S. A., y en esta forma confirmó la sentencia de primera instancia; cuando la verdad es que si hubiera analizado los reparos formulados por la parte demandada, habría concluido que el contrato de seguro no alcanzó a existir ni a ser eficaz y, por consiguiente, no nació de él obligación para las compañías aseguradoras, que hicieron así un pago de lo no debido, que no originó subrogación y, por ende, no las convirtió en acreedoras de la Flota Mercante Gran Colombiana.

La inexistencia o ineficacia del contrato de seguro la deriva el recurrente de que la POLIZA FLOTANTE o AUTOMATICA, visible a folios 29 y ss. del Q. No. 1, se limita, según los términos del artículo 1050 del C. de Co., a "describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores", las cuales deben hacerse constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbres; requisitos frente a los cuales no es válido entonces sostener que en la póliza automática subyace un contrato completo y perfecto de seguro. Desde luego, insiste el impugnante, en dicha póliza faltan aún los elementos esenciales a que alu-

de el artículo 1050 del C. de Co. y que tienen que ver con la concreción de cada envío, el interés asegurable y la prima o precio del seguro. Cita en respaldo de sus aseveraciones el artículo 1045 in fine, aplicable en concordancia con el 1766 ibídem, según el cual son elementos esenciales de dicho contrato: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador; pero que del mismo modo, en su inciso segundo, sanciona la falta de cualquiera de esos elementos con la no producción de efecto alguno.

En este orden de ideas, el casacionista señala que aun cuando el artículo 1036 del C. de Co., dispone que el contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza y el 1050 ejusden nada dice acerca de que su perfección queda condicionada al otorgamiento del respectivo certificado de seguro, es evidente que en la póliza automática o flotante no subsiste, jurídicamente, un contrato de seguro perfecto y eficaz, puesto que "la ley no tiene que decirlo todo de manera expresa...." y porque en el artículo 1045 de la misma obra están fijados los elementos esenciales de este contrato.

Dice expresamente el impugnador, que "lo que sucede con la póliza automática es, simplemente, que si la ley le reconoce eficacia jurídica, es solo en las condiciones que el artículo 1050 describe, que corresponden al primer momento de un contrato incompleto, a la etapa inicial de la formación de un contrato de seguro. El mismo texto así lo pone de manifiesto cuando expresa que en esa hipótesis las partes dejan para ser individualizados posteriormente, elementos esenciales al seguro, como son los intereses del mismo y otros datos indispensables al efecto. Es decir, que por ser abstracta la llamada póliza automática,

no puede en ella determinarse de antemano algo que apenas en el futuro, en un segundo momento y con ocasión de darle aplicación efectiva, habrá lugar a determinar y precisar, como es identificar lo que habrá de ser objeto del transporte que la póliza ha de amparar, su valor y el monto de la prima respectiva".

" Véase cómo la tesis, acogida en el caso de autos por el Tribunal, según la cual en la póliza automática está contenido, sin más, un contrato de seguro perfecto y eficaz, da lugar a consecuencias anómalas, v.gr., a que el asegurado se apresure a dar aviso del despacho, si hubo siniestro, y a pagar la prima respectiva, para hacer efectiva la indemnización correspondiente; o a que se abstenga de dárselo, para ahorrarse el pago de la prima, -es decir, para obrar según sus conveniencias y beneficiarse de la desaparición del alea. Igualmente, dentro de la tesis que aquí se combate no es posible el control de la reticencia prevista en el artículo 1058 del C. de Co., puesto que este control supone la identificación de la cosa asegurada, que en la póliza automática se excluye. Así como, también, por la misma razón, se hace imposible la conservación del estado del riesgo y la notificación sobre cambios en el mismo a que alude el artículo 1060, y en general dársele aplicación a otras situaciones, como por ejemplo las previstas en los artículos 1062, 1065, 1064, del C. de Co., que suponen igualmente la identificación de la cosa asegurada. La tesis censurada produce, pues, trastornos evidentes en la disciplina legal del contrato de seguros, lo que es signo inequívoco de su precariedad.

"La póliza automática está proyectada a la satisfacción de necesidades de economía de procedimientos. Hay, ciertamente, hipóte-

sis en que para una misma persona se dan situaciones reiteradas de riesgo que hacen engorroso e inconveniente celebrar contratos autónomos e independientes de seguro respecto de cada una. La póliza automática, entonces, permite convenir de una vez y globalmente para todas esas situaciones abstractamente previstas, las reglas o condiciones generales comunes a todas ellas, pero lo que son las condiciones particulares propias de cada situación, las que precisa individualizar respecto de cada situación para que se configure debidamente el contrato de seguro específico y concreto, esa es indispensable que se fijen en algún momento, con la anticipación debida. Anticipación que tiene que ser anterior a la ocurrencia del siniestro, mediante el correspondiente anexo a la póliza, certificado de seguro u otro medio sancionado por la costumbre, como lo previene la parte final del tantas veces citado artículo 1050 del C. de Co.

"A propósito de lo dicho en la parte final del número anterior, es de observar que la tesis que se intenta refutar, acogida, como se ha dicho antes, por el sentenciador de segunda instancia, impone por si misma la necesidad de admitir, como en efecto admiten quienes la defienden, que las declaraciones posteriores para la identificación y valorización de los intereses del contrato y de otros datos necesarios para su individualización, pueden hacerse en cualquier momento inclusive ulteriormente a la ocurrencia del siniestro objeto del seguro. En lo cual hay un manifiesto desconocimiento de principios esenciales del seguro, como son el de su aleatoriedad, que tal tesis compromete, (art. 1036 del C. de Co.) el de la naturaleza condicional de la obligación del asegurador, corolario de la aleatoriedad del contrato (numeral 4o. artículo 1045 del C. de Co.), y si del riesgo como hecho condicionante, futuro e incierto por lo mismo (art. 1530 del C.C.),

a cuya realización quede subordinado el nacimiento de la obligación del asegurador (art. 1054 del C. de Co.). Porque si, como ha quedado dicho, las declaraciones de individualización pueden producirse después de ocurrido el siniestro, es obvio que ya no hay alea alguno de que esté pendiente la obligación del asegurador; ni será condicional, sino pura y simple, la obligación del asegurador; ni habrá riesgo porque él no es concebible en relación con lo que ya ha sucedido; ni en una palabra existiría hecho futuro e incierto a cuya realización queden subordinados los intereses contractuales de las partes. En otros términos, el contrato carece de causa y de objeto (arts. 1502, 1517 y 1524 del C.C.). Es esta la principal flaqueza que ofrece la tesis que se controvierte, y por ella pasan como por sobre ascuas sus defensores".

En apoyo a la tesis que esgrime, el casacionista transcribe a continuación jurisprudencia del Consejo de Estado, que rigió, agrega, hasta el año de 1986.

SE CONSIDERA

Mediante el contrato de seguro se busca, por regla general, la indemnización del perjuicio sufrido por el asegurado con ocasión de la ocurrencia del siniestro. El cumplimiento de esa obligación indemnizatoria coloca al asegurador, por ministerio del artículo 1096 del C. de Co., en la posición de subrogatario de todos los derechos del asegurado frente al responsable del siniestro; evitando que el damnificado pueda reclamar igual indemnización al mismo responsa-

ble, y que éste a su turno quede exonerado de las acciones civiles a que da origen el hecho . -

Por manera que la subrogación, producida en este - evento ope legis, introduce una regla de equidad que no solo le permite al asegurador adelantar contra el responsable del siniestro las acciones tendientes a obtener el reembolso de lo que pagó por concepto de la indemnización, incluso contra la voluntad del asegurado (art.1668 del C. C.), sino que también faculta a este último para reclamar frente al mismo responsable del siniestro el excedente del daño que sufrió y que no le fué resarcido por el asegurador. En efecto, reza así el artículo 1096 del C. de Co.: "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.... . Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando este, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada".

"En virtud de la subrogación legal que este texto consagra (art.1096 del C.de Co.), -ha dicho la Corte- el asegurador que ha indemnizado el siniestro ocupa, ipso jure, el lugar del asegurado - frente al tercero responsable de la pérdida asegurada. Si así no fuera, como lo ha destacado la doctrina, se propiciarían situaciones enteramente incompatibles con el orden jurídico, a saber: a) el asegurado, además de la indemnización a que le da derecho el contrato de seguro, obtendría la que tiene su fuente en el acto ilícito del tercero responsable;y,

b) éste, por la sola existencia del contrato de seguro, a cuya gestación y perfeccionamiento ha sido totalmente ajeno, quedaría exento de las sanciones civiles a que da nacimiento el hecho ilícito; situaciones éstas que a más de repugnar a la doctrina del enriquecimiento sin causa, pecarían, la primera contra el carácter indenizatorio del seguro y al principio de la relatividad de los efectos del contrato, la segunda." (sentencia del 6 de agosto de 1985 - G.J.CLXXX, pag.229).

Correlativamente a las acciones que por virtud de la subrogación surgen para el asegurador, el responsable del siniestro podrá oponer contra éste las excepciones que tendría contra el asegurado si hubiera accionado directamente; pero, además, podrá alegar contra él las excepciones que conduzcan a desvirtuar la subrogación, v.gr., las relativas a la invalidez e ineficacia del contrato de seguro, que le sirve de causa al pago de la indemnización. Por consiguiente, el responsable de un siniestro que represente el extremo pasivo de una acción de repetición iniciada por un asegurador que pagó una indemnización, no es sujeto extraño al contrato de seguro, si limita su derecho de defensa a demostrar las razones por las cuales no se produjo la subrogación.

Por eso ha manifestado esta Corporación que "Aunque del texto del referido artículo 1096 pareciera deducirse que el único requisito exigido para el ejercicio de la acción subrogataria fuera el de que el asegurador hubiere efectuado un pago, es lo cierto - que la doctrina, teniendo en cuenta la noción misma que de subrogación da el artículo 1666 del Código Civil, ha señalado los siguientes: a) existencia de un contrato de seguro; b) un pago válido en virtud

del referido contrato; c) que el daño producido por el tercero sea de los cubiertos o amparados por la póliza; y d) que una vez - ocurrido el siniestro surja para el asegurado una acción contra el responsable" (sentencia antes citada).

No es, sin embargo, excepción acogible en este litigio la que propuesta por el responsable del siniestro con el nombre de "ineficacia de la póliza automática", versa o se hace consistir en que la expedición del certificado de seguro no fue anterior a la ocurrencia del hecho dañoso, máxime cuando se señala esta sola circunstancia como impeditiva de la perfección del contrato de seguro, por aparejar ella la ausencia de interés y riesgo asegurables, así como la carencia de una obligación condicional del asegurador y la falta de valor de la prima o precio del seguro, que -dice- son elementos esenciales al mismo, como más adelante se demostrará.

La regulación de la póliza flotante o automática en el derecho patrio es producto de la evolución alcanzada por la actividad comercial en nuestro país, fiel reflejo de lo ocurrido a su turno en otras latitudes, que experimentó nuevas y variadas formas de desarrollo, cuya complejidad trajo aparejada la aparición de otros riesgos no amparados por el contrato de seguro tradicional, que se tornó así insuficiente para cubrirlos e hizo imperiosa la necesidad de diversificar su cobertura para adecuarla a las más recientes necesidades del mercado. Entendióse por el legislador que el seguro individual, específico o referente a un bien particularizado, no atendía la totalidad de los anhelos de los comerciantes, y por eso diseñó una modalidad contractual en la que el marco de protección no solo estuviera ceñido a un bien específico o individualizado, sino en el que se comprendieran todos los efectos económicos de una actividad o em

presa determinada; y en el que pudieran convenirse en abstracto las condiciones generales de cobertura, para ser definidas en posterior oportunidad. Así surgió, pues, esta especie de contrato de seguro, que nuestro ordenamiento recogió en el artículo 1050 del C. de Co., al prescribir que "La póliza flotante o automática se limitará a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Esta se hará constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o - por medios sancionados por la costumbre".

Mirada así de manera muy esquemática la evolución del contrato de seguro, no puede sustraerse a la cabal hermenéutica de la póliza automática la finalidad que con ella se persigue y, naturalmente, es bajo esta orientación que deben estudiarse sus alcances e implicaciones en derecho positivo, no para afirmar que dentro de esta figura no se dan los elementos esenciales del contrato, sino, por el contrario, para ver en su regulación legal que estos componentes se trazan de una manera general o abstracta - para, simplemente, ser concretados mediante unos comportamientos posteriores.

En este orden de ideas, si por interés asegurable es menester entender la relación de contenido patrimonial existente entre quien solicita el seguro y el bien sobre el cual éste ha de recaer, legal es admitir que este elemento está presente en la póliza automática desde cuando ella se suscribe por el asegurador, pues desde entonces se convienen con éste, así sea de manera general, los efectos de carácter económico que se van a proteger, v.gr. la importación de ma

terias primas que constituyen el giro ordinario de un establecimiento comercial o industrial. Por otra parte, antes de su suscripción, el asegurador tiene la posibilidad de conocer el alcance de la relación de esos bienes con el asegurado, y en esta forma no puede hablarse de desconocimiento de ese interés, fuera de que como claramente lo dice el artículo 1083 del C. de Co., "tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo...". Por eso, cuando en una póliza automática se contrata, por ejemplo, la cobertura del transporte de mercancías - que le remiten a un comerciante desde el exterior, ya existe un interés asegurable que es real y no mera expectativa; y si bien es verdad que ellos no están individualizados, lo que de acuerdo con el artículo 1050 del C. de Co. se puede hacer posteriormente, es lo cierto que de allí no se puede deducir la falta de interés asegurable en el contrato.

Tal como acontece con el interés asegurable, el álea que caracteriza al contrato de seguro (art. 1036 del C. de Co.), tampoco está ausente cuando se suscribe una póliza automática, pues él radica en que el siniestro llegue a presentarse o no, eventualidad frente a la cual se le brinda al asegurado - una protección, mas no en que una vez ocurrido éste se concreten los aspectos particulares del contrato para su indemnización, que es hecho independiente de aquel. Por ende, si el siniestro ocurre antes o después de haberse expedido el certificado de seguro, no por eso el contrato pierde su carácter de aleatorio,

cosa que en cambio ocurriría si fuera la propia póliza la que se suscribiera una vez acaecido éste. Por la misma razón, forzoso es admitir que en esta modalidad de contrato también concurre, así sea en forma abstracta, la obligación condicional del asegurador, de pagar una indemnización, determinada por la ocurrencia del siniestro.

Reunidos así por la póliza automática el interés y el riesgo asegurables, lo mismo que la obligación condicional del asegurador, que se concretan de manera particular al ser expedido el certificado de seguro, cuando también se hace posible la concreción de la prima o valor del seguro, limitada o determinada en un principio por los alcances generales de la cobertura y el límite máximo de la responsabilidad, es indudable que el contrato se perfecciona desde el momento mismo en que el asegurador suscribe la póliza (art. 1036 del C. de Co.), y no cuando se produce el acto de su concreción.

Por otra parte, no habiéndose dispuesto nada en el artículo 1050 del C. de Co. acerca de la oportunidad en que los intereses y otros aspectos del contrato deben individualizarse, y teniendo en cuenta principalmente que la finalidad y el carácter automático de la póliza radican precisamente en que el cubrimiento del seguro - opera incluso cuando no se hayan definido aquellos aspectos pendientes de concreción, resulta palmar y lógicamente procedente la tesis - de que el contrato automático de seguro se estructura y tiene vida jurídica desde el momento en que se firma la póliza por el asegurador. Por tanto, es indiferente que el anexo a aquélla o el certificado

de seguro hayan sido expedidos antes o después de la ocurrencia del siniestro, que en toda forma sí debe ser posterior a la firma de la póliza.

Entonces, si descritas las condiciones generales del seguro en la póliza automática, no se concretan luego en declaraciones posteriores los aspectos que interesan al contrato y en este estado acaece el siniestro, no puede afirmarse que el contrato no existió o que es inválido, pues se repite, éste toma cuerpo y existencia jurídica desde cuando se suscribe la póliza por el asegurador, y nada obsta para que esa individualización pueda hacerse efectiva después de la ocurrencia del siniestro; circunstancia sobre la cual no puede edificarse excepción alguna.

Refiriéndose a la configuración automática de este contrato, ha dicho J. Efrén Ossa que el certificado de seguro "puede emitirse, y es válido, aún después que ha ocurrido el riesgo y ocurrido o podido ocurrir el siniestro. Porque el seguro mismo es el 'contrato automático' en cuanto celebrado en consideración a elementos esenciales susceptibles de futura individualización. Es, en otras palabras, el documento mediante el cual se identifican las condiciones particulares del seguro, de cada seguro individualmente considerado, y se liquida y hace efectiva la prima respectiva. Aún más, es un 'anexo a la póliza', y de él hace mención específica el artículo 1050 del Código de Comercio... Este certificado no es, pues, el documento justificativo del seguro, ni siquiera su prueba, porque aquel debe entenderse perfeccionado con la póliza misma a que accede como instrumento de ejecución del contrato. (Teoría General del Seguro, Temis, 1984, pag. 246).

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 17 de junio de 1988, y así lo dejó dicho también esta Corporación en sentencia de 24 de noviembre de 1989, al expresar que "en tratándose de las pólizas denominadas flotante y automática, en ellas apenas si se describen las condiciones generales de la convención '..... dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificados de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre.....' A esta clase de pólizas, también llamadas de abono, se les ha asignado enorme importancia en la actualidad, toda vez que responden a la necesidad de un comercio cada vez más rápido y complejo. Hoy día resulta engorroso, en efecto, que las personas naturales o jurídicas, por cada operación de las muchas que quizás realizan (sic), pueden contratar un seguro individual para cada caso, razón por la cual fue sentida la necesidad de crear un mecanismo que viniera a simplificar la contratación del seguro, hallándose precisamente en las pólizas analizadas. Ahora bien, en vista de que en ellas se determinan las condiciones generales uniformes, comprendiendo así los elementos que son de su esencia, en esa fase negocial donde justamente se perfecciona el contrato. De donde dimana que los certificados o anexos que en aplicación de dichas pólizas se expidan en su desarrollo, ninguna injerencia tienen en punto de la validez y existencia misma del contrato, pues se limitan ellos a concretar lo que abstractamente se ha plasmado en la póliza. Por ello es que la ley misma enfatiza que se trata de documentos que acceden a la póliza (art. 1094 del C. de Co.)" (no publicada). Este mismo criterio lo reiteró la Sala en decisión de 27 de septiembre de 1990, que tampoco ha sido publicada.

Habiéndose propuesto en el caso litigado por parte de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. la excepción de invalidez -

del contrato de seguro que sirvió de causa a la subrogación de los actores, con base en que el certificado de seguro que concretó las condiciones generales de la póliza automática fue expedido con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, forzoso es concluir que el ataque en este cargo formulado no prospera.

CARGO SEGUNDO

Por este acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 871 del C. de Co., 1602, 1603, 1536 segunda parte (sic), y 1544 del C.C., por falta de aplicación; 1096 del C. de Co., 1666, 1667, 1670 del C.C., 2, 822 y 1765 del C. de Co., por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba.

9. Para demostrarlo, el recurrente parte de que la confirmación dada a la sentencia del a-quo evidencia, por lo menos tácitamente, que el Tribunal "sí aceptó y dió por probado que se celebraron los contratos de transporte y seguro invocados en la demanda". Tomando por punto de mira este postulado, afirma entonces el censor, que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación del contenido material de la póliza automática No.700412 (fls.29 y ss.del C.#1) al no tener en cuenta las condiciones generales, particulares y especiales en él contenidas. Acerca de las particulares, menciona la cláusula de la letra f), según la cual "la omisión de la declaración de seguro

de un despacho conocido por el asegurado y amparado por esta póliza o la cesión del mismo a otra compañía invalidará la condición automática de esta póliza"; y la de la letra h), que señala que "el asegurado queda obligado a dar instrucciones a sus despachadores para que comuniquen a Seguros Bolívar todos y cada uno de los despachos que han de quedar asegurados bajo esta póliza, para efectos de la expedición del certificado de seguro. Es entendido que el aviso se dará con anterioridad al despacho".

Del mismo modo destaca el censor, que en la parte introductoria de la póliza se expresa con claridad que el contrato de seguro en ella contenido se rige por las condiciones generales impresas, por las condiciones particulares y especiales que consten en la póliza, en los certificados que se expidan en aplicación a la misma. Es decir, "que las condiciones referidas, entre ellas las particulares de los literales f) y h) antes transcritas, constituyen el contrato mismo y determinan y precisan el vínculo contractual entre las aseguradoras y el asegurado".

Advierte de este modo el casacionista, que era deber del asegurado hacer saber a Seguros Bolívar todos los despachos de mercancía que pretendía quedaran amparados por la póliza, o instruir a sus despachadores a dar por él ese aviso, que conforme al último párrafo de la condición h) tenía que darse con anterioridad al correspondiente despacho, so pena de que, por la cláusula h), la omisión invalidara "la condición automática de la póliza, es decir, expresadas las cosas en for-

ma más explícita, que esa omisión sustraería el respectivo despacho del amparo genérica mente pactado en la póliza".

En orden a lo ya anotado, agrega seguidamente el impugnante, que ni el asegurado, ni sus despachadores dieron aviso a los aseguradores acerca del envío de la mercancía, que obviamente el primero estaba llamado a conocer, como se desprende de las facturas de compras, del manifiesto de importación y del contrato de transporte (fls.26, 27, 28 C. No.1; 20 C. No.2). Puntualiza, entonces, que como el único aviso dado al respecto fué el certificado de seguro visible al folio 38 del C. No. 1 y este es de fecha posterior al arribo del barco que transportó la mercancía (fl. 28 C. No. 1), se impone la conclusión de que las referidas cláusulas f) y h) no fueron cumplidas.

Congruente con lo dicho, señala pues el censor a continuación, que el Tribunal "no vió las cláusulas f) y h) del contrato de seguro, ni los documentos antes mencionados, ni se dió cuenta de que el certificado de seguro de fls. 38: cdno, # 1 fué expedido en febrero de 1980, mucho después de llegado el barco que transportaba la mercancía perdida, ni en general de que en el proceso no existe prueba que acredite el cumplimiento de lo pactado en aquellas cláusulas .Si no hubiera incurrido en esas omisiones constitutivas de error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal hubiera llegado a la conclusión correcta, que es contraria a la que llegó: a la de que por faltar el asegurado al cumplimiento de lo pactado en esas cláusulas, y no haber tenido el asegurador conocimiento oportuno, mediante aviso del asegurado, del despacho de las mercancías, faltó esa condición prevista en la póliza para que se produjeran los efectos del contrato de seguro en -

relación con ese despacho, y por consiguiente para que naciese a cargo del asegurador la obligación de pagar la indemnización genéricamente prevista en la póliza automática".

Anota para concluir, que el pago hecho en tales circunstancias por las aseguradoras no puede constituir subrogación legal, porque a términos del artículo 1096 del C. de Co. esta supone necesaria y esencialmente que el asegurador sea efectivamente deudor del asegurado, si no se da esa vinculación, termina, hay un pago de lo no debido que no genera subrogación legal.

S E C O N S I D E R A

Como quedó expuesto en la cédula que se hi-

plantear como arma exitosa del ataque solo las cuestiones fácticas debatidas en las instancias, pues si así no fuera, si se permitiera a través de este recurso la aducción de hechos distintos a los ya controvertidos, la parte favorecida con tal procedimiento sorprendería a la colocada en el otro extremo del litigio, que a tan tardío momento del debate ya estaría desprovista de las herramientas procesales para contradecir. Fuera de eso, tan peculiar procedimiento se convertiría en fórmula o instrumento de triunfo al servicio de los desleales que, a manera de as, siempre dejarían un último argumento de sorpresa para el final.

Solo, pues, los hechos debatidos en las instancias del proceso son valederos para fundar en ellos la expectativa del quiebre de la sentencia, porque los que no son de esta condición se colocan al margen de toda posibilidad, razón por la que se les conoce dentro de la técnica del recurso como medios nuevos.

Esta Corporación ha explicado que "Descontados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, los demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados ni alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario, un planteamiento legal o una alegación de determinada situación jurídica, no son mero razonamiento, espacio en el cual -como se vió antes- no hay límites que demarquen la investigación.... Mas un planteamiento que, según se ha visto, no puede confundirse con las razones de puro derecho ni con los medios de orden público, se refiere directa o indirectamente a los hechos" (G. J. LXXXIII, pag. 78).

Siendo precisamente ese el defecto de que adolece la presente censura, el cargo no se ajusta a los requerimientos de técnica del recurso y, por ende, no se abre paso.

CARGO TERCERO

En él se acusa la sentencia de quebrantar de manera directa los artículos 993 del C. de Co., 15, 1602, 1603, 1625-10, 2512, 2513, 2514 del C.C., 2, 822 del C: de Co., por falta de aplicación; 16 del C. C. y 899-1 del C. de Co., por aplicación indebida.

10. Dice el recurrente, para desarrollarlo, que al ser confirmada en su totalidad por el Tribunal la sentencia de primera instancia, éste respaldó con su decisión las razones que tuvo el a-
quo para despachar negativamente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, consistentes esas razones en que las normas regulativas de esta materia son de orden público por estar - inspiradas en el interés general, y por ese motivo se hacen ineficaces los convenios a que sobre el particular lleguen las partes, que de esa manera tienen que someterse a los términos fijados por el - artículo 993 del C. de Co.. Que como en este caso, continúa, la demanda de este proceso se presentó contra el transportador después de un año pero dentro de los dos a que alude la citada disposición, no se consumó por esta razón la prescripción alegada, sin importar que en la cláusula 11 del contrato de transporte se hubiera estipulado que las acciones contra el transportador se debían iniciar dentro del año siguiente a la fecha de entrega de la mercancía.

Con relación a dicha decisión y referente a "si la fijación del término para la prescripción de las acciones civiles es - accesible o no a la libertad contractual", el recurrente plantea a con-

tinuación, que la jurisprudencia ha sido inestable, porque unas veces lo ha aceptado, aunque con limitaciones, y otras la ha repudiado como contraria al orden público. Respecto a los pactos que aumentan los términos de prescripción, el casacionista se muestra partidario de que éstos atentan contra el orden público y son por lo tanto inválidos, porque frente a este fenómeno se parte de la idea generalizada de que la conservación de la paz social y el sosiego público hacen "indispensable que situaciones creadas a lo largo del tiempo adquieran solidez y firmeza definitivas ..."; pero, frente a la reducción de dicho lapso, es de la opinión que dichos pactos no "suscitan reto o desafío al orden público, pues de ningún modo puede decirse que son opuestos a la consolidación, estabilidad definitiva y firmeza de las situaciones particulares a que en cada caso se refieran, sino que llevan a todo lo contrario: a que se acelere y precipite la obtención de esos resultados, a que el beneficio común que tras ellos se esconde se realice con mayor rapidez que la indicada por la ley".

Continúa manifestando el casacionista que los pactos reductores del término de prescripción no contrarían entonces el orden público, ni la moral ni las buenas costumbres, sino únicamente los intereses privados de quienes los suscriben, lo cual no se constituye en obstáculo para su validez, pues los artículos 15 y 16 del C. C. contemplan la posibilidad de que se renuncien los derechos otorgados por la ley, siempre que esa renuncia no esté prohibida por el ordenamiento, mire el interés particular del renunciante y no se refiera a preceptos en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres; disposiciones estas, dice, "entre las cuales -

media una relación íntima, tan intensa que el primero no puede tener aplicación sino en tanto el segundo lo permita".

Distingue, pues, el casacionista, en las normas que gobiernan el término de prescripción, aquellas que miran el interés público de las que tienden a proteger el interés privado, diciendo de las primeras que son fijas e inamovibles, y de las segundas que no existe inconveniente para que se reduzcan porque en ese caso es el interés particular el que está siendo alterado, lo cual no es otra cosa que una renuncia de una de las partes al mayor término legal, con consecuencias eventuales para ella.

En otro aparte de su censura manifiesta el impugnante, que conoce plenamente el contenido de la sentencia dictada por la Corte el 4 de marzo de 1988, en la que se sostiene la tesis contraria a la que él defiende en la fundamentación del cargo, y con respecto a la cual agrega textualmente que "este es tema que todavía no puede considerarse pacificado, y por lo mismo la propia conveniencia pública aconseja revivir, sobre todo si es ante la entidad llamada constitucionalmente a unificar la jurisprudencia nacional, sobre todo si, - no obstante la respetabilidad de la sentencia antes citada, siguen subsistentes dudas muy importantes sobre la fuerza de los argumentos en ella esgrimidos Están, por ejemplo, las dudas que frente a los argumentos de la H. Corte suscitan las consideraciones que se han venido haciendo en este cargo. Porque, ciertamente, en la sentencia comentada se parte de la base de que la elucidación del problema que plantea el presente cargo, depende de que las normas que determinan los plazos de la prescripción se califiquen como supletorias o como im-

perativas, calidad esta última que es la que la H. Corte les atribuye. Pero si, como arriba se demostró, esas normas especiales tocan por un lado con el interés público, en lo que indudablemente tienen el carácter de imperativas, y están por eso sustraídas a la libre disposición de las partes, por otro extremo tocan con el interés privado y adquieren por ahí la condición de supletorias, que las pone al alcance de ser modificadas por los particulares. Si esa es la peculiaridad de esas normas, pues entonces la calificación de su naturaleza imperativa o supletoria debe acomodarse a esas circunstancias, para concluir, en consecuencia, que son imperativas en el sentido de que el plazo máximo que señalan no es susceptible de ser aumentado mediante pactos privados, pero supletorias en el sentido de que el señalamiento de plazos menores a los indicados por la ley simplemente significa una renuncia parcial de su derecho, por parte de quien acepta la reducción, que en esa medida ve afectados sus intereses particulares, pero permaneciendo intactos los públicos involucrados en la prescripción".

SE CONSIDERA

Por sabido se tiene que la prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos cuando no se ejercitan dentro de cierto tiempo fijado por la ley.

De vieja data discuten los doctrinantes si los términos de prescripción pueden ser modificados por convenios de las partes, habiéndose logrado el consenso casi unánime en torno a que las normas que regulan esta materia son de orden público y que no son admisibles los convenios que amplían estos límites temporales fijados por la ley. Em-

pero, en lo que concierne a la reducción de esos plazos, el criterio no ha sido uniforme, pues mientras algunos expositores los admiten como posibles, entre ellos Ospina Fernández, Alessandri-Somarriva y Fernando Vélez; otros como Von Tuhr y José J. Gómez coinciden en afirmar que los plazos de prescripción adquisitiva o extintiva no pueden ser modificados ni para aumentarse ni para reducirse, porque no lo permite el carácter de orden público que revisten las normas que los reglamentan; y algunos más como Josserand, Planiol y Ripert aceptan, basados en la jurisprudencia, los pactos reductores, pero los critican por los perjuicios que puedan reportar para la parte colocada en situación de inferioridad.

La validez y admisión de los pactos modificadores de la prescripción en el derecho patrio debe medirse consultando los alcances de los artículos 15 y 16 del C.C., según los cuales: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia" y "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres". Al tenor de estas disposiciones, solo cuando la ley es de naturaleza dispositiva o supletoria podrá ser objeto de derogación por acuerdo de los contratantes, distinto de lo que sucede cuando ella reviste el carácter de imperativa, pues en este evento es forzoso el sometimiento de éstos a las regulaciones de la misma.

Son, pues, las propias leyes las que, en nuestro ordenamiento positivo, determinan, acorde con la naturaleza de su contenido, su condición de normas imperativas, dispositivas o

supletorias, según la manera como aborden el fenómeno jurídico que regulan, toda vez que es el Estado el llamado a definir la prioridad de los intereses económicos, políticos y sociales que han de protegerse, en beneficio de los asociados. No son entonces los particulares quienes tienen la facultad de determinar por su cuenta y antes de que lo haga el legislador cuáles son los mandamientos de orden público y en qué medida ellos son imperativos o supletorios, observación que es particularmente atañadera a la prescripción. Por manera que únicamente cuando los diferentes asuntos que regula la ley dan opción para que los particulares asuman, por convenio, determinado comportamiento, es decir, cuando la propia norma abre el camino para que un específico punto de derecho se resuelva por el recíproco querer de los interesados, cabe hablar de disposiciones permisivas, dispositivas o supletorias, por contraposición a las que ninguna libertad de comportamiento convencional señalan, y que por lo tanto son de derecho estricto.

Trasladados los anteriores conceptos al fenómeno prescriptivo, síguese necesariamente que solo cuando el ordenamiento permite a los particulares señalar los plazos de su consumación o cuando fijados por la ley ésta les permite modificarlos a su libre conveniencia, ya sea para ampliarlos o para reducirlos, es cuando se puede hablar de normas supletorias de esta estirpe, como quiera que en todos los demás eventos se produce una regulación imperativa sobre esta materia, a la cual tendrán que estarse todos los gobernados.

Dígase entonces que las normas regulativas

de la prescripción en el derecho colombiano son todas de orden público, menos aquellas en que la propia ley consienta que las partes puedan señalar o modificar los períodos por ella establecidos, evento éste último en el que es por voluntad del orden jurídico que se tornan supletorias. Solo pues por vía de excepción dejan de ser imperativas las normas que gobiernan la prescripción, tal como acontece por ejemplo frente a lo que prevén los artículos 1923 y 1938 del C.C., normas claramente dispositivas.

(i)
Con fundamento en lo anterior, no es de recibo la afirmación hecha por el censor en el sentido de que el artículo 993 del C. de Co. pertenece a la categoría de norma supletoria, pues tan solo se limita a disponer que "las acciones provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años", sin conceder a las partes ninguna facultad para aumentar o disminuir dicho término. Por contrario imperio, esta norma encarna un mandato obligatorio del Estado, al cual se tienen que acoger todos sus súbditos.

()
José J. Gómez dice sobre el particular que "La doctrina sostiene que la prescripción es de orden público, es decir, que pertenece a aquellas instituciones vinculadas al fundamento jurídico, político, social y económico del Estado. Se sigue de ello que las normas legales sobre prescripción tanto adquisitiva como extintiva, no pueden ser derogadas por convenios particulares, como lo enseña el artículo 16 del Código Civil. Así por ejemplo, sería inadmisibles la estipulación que redujese o aumentase los lapsos exigidos por la ley para prescribir, como la que tratase de suprimir la suspensión en la ordinaria, o la adición de posesiones. Se justi-

fica desde todo punto de vista esta doctrina, dados los fines de la misma, a los cuales nos referimos antes Siendo lo tocante a la prescripción de orden público, no puede renunciarse, por mandato del citado artículo 16. Bastaría detenernos a imaginar un mundo en que se pudiese renunciar la prescripción, de modo que en los actos jurídicos de toda índole las partes se comprometieron a no alegarla. Sería la era de los conflictos permanentes, de la plaga de los pleitos siempre amenazante, de las reclamaciones a toda hora, de las acciones permanentes vivas, trasmitiéndose, por activa y por pasiva, de generación en generación; la propiedad sin estabilizarse jamás, las obligaciones sin extinguirse nunca, a pesar del abandono del acreedor, y las relaciones patrimoniales sometidas a la más completa incertidumbre y al más fecundo malestar. A ello se llegaría si se permitiese que en los contratos se renunciara a la prescripción, esto es, que las partes pactaran de antemano la existencia perpetua de recursos y acciones de los hombres contra los hombres. De aquí que la doctrina admite: la renuncia después de realizada la prescripción, pero no antes. El artículo 2514 reza que "puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero solo después de cumplida". (Bienes, Ed. U. Externado de Colombia, pág. 426. 1983).

La Corte, atribuyendo plenos efectos de orden público a las normas que fijan los plazos de prescripción, ha considerado que estos no pueden ampliarse ni reducirse por convenio particular tanto cuando se trata de adquisitiva, como de la extintiva o liberatoria, y que además, la prescripción no puede ser objeto de renuncia, salvo cuando esta se produce después de estar cumplida (art. 2514 del C.C.), pues en este evento se está frente a un interés particular del renunciante. Ese carácter

de orden público impide, pues que, como sucede con las normas dispositivas, pueda estipularse en contrario, porque es evidente el interés de orden social en que este fenómeno sea controlado por la ley. Tanto perjuicio puede derivarse de la ampliación convencional de estos plazos como de su reducción, con mayor razón si se tiene en cuenta que por el inusitado crecimiento de los contratos de adhesión siempre habrá una parte colocada en situación de inferioridad, a quien existe la posibilidad de que lo afecte, y otra animada de sacar el máximo provecho a la situación ventajosa en que se encuentra.

(1) De ninguna manera es admisible entonces la tesis de que los pactos reductores del término de prescripción no contrarían el orden público, ni la moral, ni las buenas costumbres, porque visto está, gracias a la enseñanza que brinda la experiencia, que son generalmente las partes colocadas en situación de inferioridad las que tienen que hacer esta concesión o a las que la "convención" perjudica; y en esto no hay, como bien

El cargo es, por lo consiguiente impróspero.

CARGO CUARTO

() En este ataque se le endilga a la sentencia la violación indirecta de los artículos 1644, 2, 822, 871 del C. de Co., 1602 y 1603 del C. C. por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal al apreciar la prueba.

mera excepción propuesta por el demandado contra la demanda fué la que denominó de limitación de responsabilidad, que basó en lo acordado en la cláusula segunda del contrato de transporte, según la cual el transportador solo respondería por US\$ 350.00 por bulto o paquete extraviado. El Tribunal, continúa el casacionista, declaró impróspera esta excepción - porque "al individualizarse los paquetes objeto de dicho contrato, no se dijo, en el preimpreso del documento original y en los apartes respectivos el número de paquetes y su clase", pues en tales espacios apenas se dijo '520 container'. Por no hallar claro el contrato en ese punto, apeló a su interpretación mediante los artículos 1618 a 1624 del C.C., para concluir en lo ya dicho: en que la cláusula en referencia debía interpretarse en perjuicio del transportador, y en que por lo tanto la limitación de responsabilidad alegada no era de recibo.

El error del Tribunal, continúa afirmando el impugnante, estuvo en que no vió que en el conocimiento de embarque se indica suficientemente el número de paquetes y su clase, permitiendo conocer que son cinco, y que se identifican con los números 103332-8, 125359-6, 048685-0, 11-6410-1 y 101303-9. Tampoco apreció, prosigue, que en el hecho segundo de la demanda la parte actora indicó que los contenedores eran cinco y que tal afirmación fue aceptada por la parte demandada (fls. 43 v. y 73 v.); ni que en la certificación expedida por Puertos de Colombia (fl:20 v.) reza también que la carga consistía en cinco contenedores, "allí también - identificados con los mismos números con que se singularizan en el conocimiento de embarque".

Señala más adelante el censor, que en el mismo error de apreciación incurrió el Tribunal, al no percatarse que en el conocimiento de embarque el transportador hizo reserva acerca de la naturaleza de la mercancía declarada por el cargador, "pues no otra cosa puede significar la constancia del transportador, visible en la página 3 de la traducción del conocimiento de embarque, folio 23 del cuaderno número 2, según el cual las declaraciones sobre marcas, números, contenido, naturaleza, calidad, peso y cantidad indicados en el conocimiento, figuran allí 'con base en declaración del expedidor sin responsabilidad del transportador: o sea que el transportador no adhirió a esas declaraciones, que quedaron allí como constancias del expedidor o cargador, en fin, que el transportador hizo reserva de ellas'".

Por lo anterior, señala el recurrente, se hace posible la limitación de responsabilidad, autorizada en el artículo 1644 del C. de Co., cuyo texto violó el Tribunal por falta de aplicación al no haberla reconocido. También infringió, por el mismo concepto, sigue apuntando, los arts. 871 del C. de Co. y 1602 y 1603 del C.C., que indican que los contratos son ley para las partes, y tienen aplicación frente al contrato de seguro por mandato de los arts. 2 y 822 del C. de Co. Pide en consecuencia, se case la sentencia acusada, para que, en la sustitutiva, se declare que la responsabilidad de la parte demandada "está limitada cuantitativamente en los términos pactados en el contrato de transporte".

SE CONSIDERA

La labor interpretativa de un contrato por parte del juez, goza de autonomía o discrecionalidad, y desde este punto de vista sus conclusiones escapan al control del recurso de casación, así puedan ensayarse variadas y más sutiles interpretaciones del mismo. Sólo cuando esa labor hermenéutica ha sido acompañada de un error evidente de hecho cometido por el juez, puede ser modificada en casación, error que al decir de la Corte únicamente se presenta "o bien cuando el sentenciador supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen, o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o el sentido común". (Cas. de 21 de noviembre de 1969, CXXXII, 179; 15 de junio de 1972. CXLII, 219; 7 de octubre de 1976 y 6 de agosto de 1985, aún no publicadas).

En el caso de este proceso la cláusula limitativa de responsabilidad no arroja ciertamente la claridad y precisión deseadas, pues que mientras en ella se pactó por la pérdida del cargamento transportado un tope de US\$ 350 "por paquete o la contrapartida del mismo", como lo indicó el Tribunal, en el propio conocimiento de embarque se manifiesta que lo recibido para transportar fueron CONTAINERS. Por modo que, frente a la diversidad de esas expresiones, el sentenciador no podía menos que acudir a las reglas interpretativas de los contratos a que alude el Título XIII, Libro 4o. del Código Civil, como en efecto lo hizo, y por eso al concluir él, luego de su

labor hermenéutica, que la citada cláusula limitativa de responsabilidad es pertinente entenderla en contra de la entidad transportadora, por haber sido ella quien la introdujo en el contrato, aquel no cometió el error de hecho evidente que se le endilga, porque en la conclusión a que llegó no se advierte ni la suposición de alguna estipulación ni la ignorancia de la limitativa de responsabilidad que fue consagrada ni, en fin, deducción opuesta a la lógica elemental o al sentido común. Desde luego que no es lo mismo paquete que containers, y por contrapartida de lo primero, expresión ésta equívoca, no puede entenderse lo segundo, respecto de lo cual se sabe además que está compuesto por un número plural pero indeterminado de paquetes.

Lo anterior es suficiente para que se declare que el ataque formulado a través de este cargo resulta fallido.

CARGO QUINTO

Por el se denuncia la sentencia del Tribunal de infringir directamente los artículos 1.096, 1.765 del C. de Co., por interpretación errónea.

Dice, para sustentarlo, el casacionista que el sentenciador de primera instancia consideró que "empero no ocurre lo mismo con la desvalorización monetaria que se reclama, pues la condena si debe comprender la depreciación de la moneda....", y por eso conderó a la demandada al pago de corrección moneta-

ria, suponiendo que esa petición se efectuó en la demanda, sin serlo. El Tribunal, agrega, no hizo comentario alguno sobre esta decisión del a-quo, pero como mantuvo en su totalidad el fallo dictado por aquel, es de entender que esta circunstancia particular de lo resuelto quedó comprendida dentro de la confirmación plena que impartió a la sentencia.

Sigue aseverando el impugnante, que la Corte ha manifestado en forma reiterada (cita sentencia de 20 de octubre de 1988), que la acción subrogatoria consagrada por el artículo 1096 del C. de Co. en favor del asegurador que paga la indemnización pactada en el contrato de seguro, "tiene un alcance limitado y restringido en el sentido de que dicha acción se concreta al valor del importe pagado por el asegurador"; por lo que, añade, la interpretación de esta norma en el caso litigado no podría tener efectos diferentes, máxime cuando ella constituye una acción de mero reembolso y no de indemnización de perjuicios. Observa, por lo tanto, el recurrente, que el sentenciador interpretó erróneamente dicho precepto al atribuirle alcances económicos superiores a los que él autoriza, disposición cuya aplicación al seguro marítimo es viable gracias al artículo 1765 *ibídem*.

Pide por último el censor, se case la sentencia recurrida, "para que se excluya de ella lo relativo al reajuste monetario que impuso".

SE CONSIDERA

La violación de la norma de derecho sustancial

se puede producir, ya de manera directa, cuando se infringe rectamente, esto es, sin consideración a los hechos del proceso, ora de manera indirecta, cuando a ella se llega a través de la apreciación o valoración errónea de las pruebas que en él militan. En ambos casos el quebranto de la norma puede darse por aplicación indebida o por falta de aplicación; y en el primero, además, por interpretación errónea;

Por consiguiente este último concepto de violación supone entonces, que el juez, apartándose del problema probatorio seleccione correctamente el precepto que debe ser aplicado, pero al hacerlo actuar en el proceso le de un entendimiento que no es el indicado; o como también lo ha dicho la doctrina de la Corte "es, pues, en casación aplicarlo al caso litigado por ser pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde" (Sentencia de 22 de septiembre de 1972, G. J. CXLIII, pag. 168).

Al precisar los alcances del artículo 1096 del C. de Co., la Corte ha dicho que la acción que esta norma otorga al subrogatario del asegurado, solo lo faculta para reclamar al responsable del siniestro únicamente el valor de lo que, por concepto del contrato, haya pagado el beneficiario del seguro.

Así lo expresó esta Corporación en sentencia de 9 de Octubre de 1980 al afirmar que "cuando por presentarse el siniestro la compañía aseguradora cubre el valor de la respectiva indemnización, por ministerio de la ley, o sea, sin concurrencia de las partes contratantes, el asegurador se subroga

en los derechos del asegurado indemnizado contra el autor del daño, pero solo hasta el valor de la suma pagada, como quiera que al respecto establece la ley que el 'asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro' (artículos 1096 y 1121 del Código de Comercio)... Como ha sido principio rector en materia de seguros que este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio (artículo 1088 Código de Comercio), es apenas, que circunscribe el derecho del asegurador que ha pagado el valor del seguro a obtener, del autor del daño, apenas el monto de la suma pagada y no una cantidad superior" (G.J.t.CLXVI, pag. 149).

Resulta de lo anteriormente anotado, que si en ejercicio de la acción subrogatoria prevista por el artículo 1096 del C. de Co., un asegurador obtiene el beneficio de una condena judicial por concepto diferente al de la restitución del pago efectuado al asegurado, esa decisión - solo es explicable por un mal entendimiento del precepto, que da derecho, por ende a su revisión en casación.

Siendo que en la especie de esta litis el sentenciador ad-quem ratificó la condena a pagar corrección monetaria impuesta en favor de las subrogatarias actoras, es lógico concluir que interpretó erróneamente el artículo 1096 del C. de Co., y por esa razón la acusación formulada en

el cargo es próspero, lo que determina, a su turno, que la acusación del cargo sexto sobre este mismo aspecto jurídico, aunque por error in procedendo, se torne inocua, razón por la cual, como se advirtió, se omite su estudio.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

Al prosperar el cargo quinto atinente a la condena impuesta a la demandada de pagar corrección monetaria, se quiebra, pues, la sentencia impugnada por lo que la Corte, en sede de instancia debe resolver la apelación que contra el fallo del a-quo interpuso la Flota Mercante Gran Colombiana S.A.

Como en el despacho del cargo quinto se hizo ver, no procedía imponer a la demandada como prestación adicional a la de reintegrar a las demandantes las sumas de dinero que éstas pagaron por concepto de seguros, la corrección monetaria. Por lo tanto, como las demás peticiones previstas en el fallo del ad-quem se mantienen incólumes, salvo la de costas, la sentencia de remplazo se limitará a revocar la condena que por corrección monetaria impuso a la demandada el juzgador de primer grado y a condenarlo en lo demás. Por prosperarle parcialmente la alzada a la parte demandada se le impondrán costas en un sesenta por ciento (60%).

Como el recurso extraordinario prosperó, no se impondrán costas en él.

DECISION

En virtud de lo discurredo, la Corte Suprema de Justi-

cía, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 28 de junio de 1988 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en sede de instancia,

R e s u e l v e :

1o. CONFIRMAR los ordinales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia apelada de 11 de junio de 1987 proferida por el Juez 9o. Civil del Circuito de Bogotá.

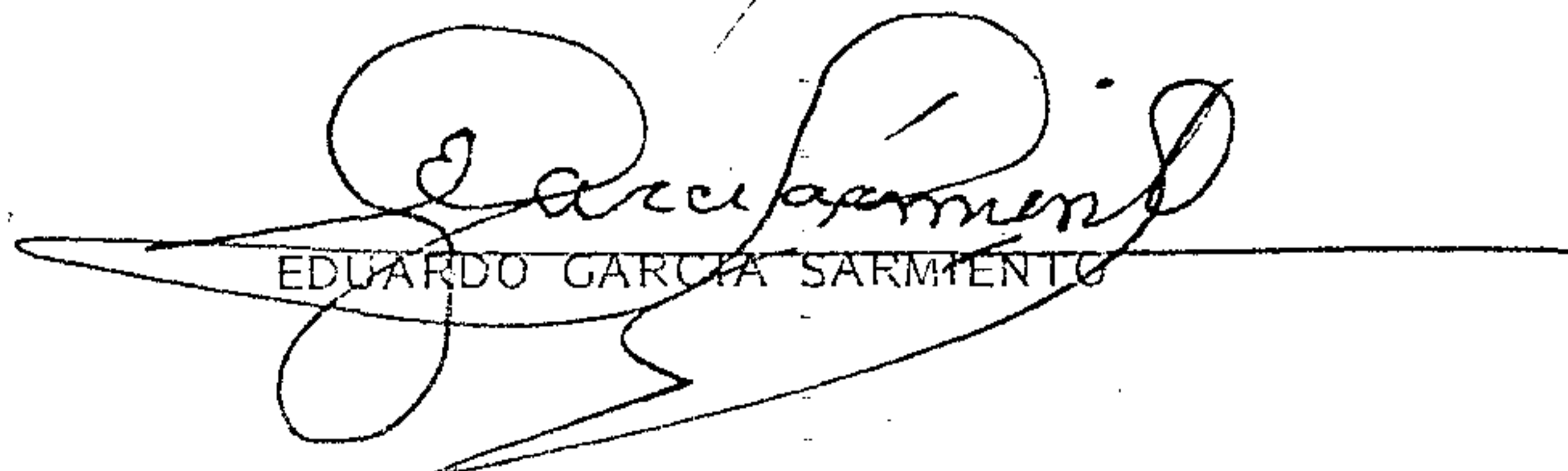
2o. REVOCAR el ordinal cuarto y su párrafo de dicha sentencia apelada y, en su lugar, NO IMPONER a la parte demandada el pago de corrección monetaria.

Condénase en costas de la segunda instancia a la parte demandada en un 60%.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase oportunamente y publíquese.


CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS


EDUARDO GARCÍA SARMIENTO

Pedro Lafont Pianetta
PEDRO LAFONT PIANETTA

Hector Marin Naranjo
HECTOR MARIN NARANJO

Alberto Ospina Botero
ALBERTO OSPINA BOTERO

~~*Rafael Romero Sierra*~~
RAFAEL ROMERO SIERRA