

CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Criterios para determinar el monto de la indemnización

Lo que se sigue entonces es determinar cuál es el monto de la indemnización en caso de siniestro en esta clase de seguros. Para responder a esta cuestión precisa revisar lo que indican las normas del Código de Comercio frente al seguro de daños en general y, en particular, respecto del seguro de transporte, así: En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el seguro de daños es de naturaleza indemnizatoria y, por ende, no puede constituir fuente de enriquecimiento. Con todo, puede comprender tanto daño emergente como lucro cesante, requiriendo en este último evento pacto expreso. Sin embargo, esa excepción confirma la regla general de indemnización en este tipo de seguros atada a las mercancías transportadas. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la indemnización tiene límites en (i) el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, que se presume corresponde al acordado entre las partes del contrato de seguro, evento en el cual el asegurador puede alegar que lo acordado es excesivo pero no que es inferior al valor real del interés asegurado, y en (ii) el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado. En tercer lugar, las partes pueden pactar que la indemnización corresponda a dinero o al valor de la reparación, reposición o el reemplazo del bien asegurado, pero en todo caso sujeto al límite de la suma asegurada y a la elección que haga el asegurador. De lo hasta aquí expuesto, se concluye que (i) la naturaleza del seguro de daños es indemnizatoria y, por ende, el monto a reconocer debe ser directamente proporcional al perjuicio causado para evitar enriquecimientos injustificados; (ii) por esa razón la indemnización tiene dos limitantes: el valor real del riesgo asegurado y el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido, los cuales (iii) bien pueden pagarse en dinero o en especie. (...) De suerte que la indemnización en el seguro de transporte está atada a los daños efectivos que se concreten en las mercancías. (...) En consecuencia, el límite máximo se contrae al monto de las mercancías aseguradas más el lucro cesante pactado; ahora, en el seguro de transporte terrestre el daño emergente a reconocer estará integrado por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar o el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario, cuando no se suministre el valor de la mercancía o declare un mayor valor. (...) Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de que esa indemnización pudiera ser en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador - esto último permitido en el *sub lite*, toda vez que las partes así lo pactaron-. Esas posibilidades deberán observar el binomio de indemnización efectiva y enriquecimiento injustificado, toda vez que la opción que escoja el asegurador no solamente deberá consultar su situación, sino la de una indemnización plena, supeditada, claro está, a la suma asegurada, y que en los contratos de seguros de transporte se encamina a garantizar la funcionalidad de la mercancía. Con todo, las formas de indemnización no serán acumulables - por el contrario, escoger una de ellas supone la improcedencia de las otras-, pero entre ellas deberá escogerse la que mejor corresponda a lo pactado en el contrato de seguro, a su objeto y finalidad legales.

CONTRATO DE TRANSPORTE - Póliza de seguro de transporte. Características / POLIZA - Características: Específica, automática, flotante / POLIZA - Contrato de seguro de transporte. Cubrimiento automático / POLIZA - Establece las condiciones generales del contrato de seguro y señala genéricamente las mercancías objeto del amparo

Es oportuno señalar que la póliza que se puede expedir en esta clase de contratos tiene las siguientes características: (i) Es específica, puesto que permiten al asegurado consignar un cargamento en particular establecido para un solo transporte de una o varias mercancías, siendo necesario que la aseguradora reciba del asegurado información sobre la cantidad y clase de mercancías, el peso y número de unidades, el valor, el embalaje, el comienzo y fin de los riesgos. (...) (ii) Es automática, toda vez que ampara de modo simple y rápido las mercancías que de modo continuo se transportan y que se hallan sometidas a una constante modificación en su identificación, valor y cantidad. En este evento, se permite, como su nombre lo indica, amparar automáticamente los bienes sin necesidad de agotar todos los trámites necesarios para que el asegurador asuma un riesgo. Es así como la póliza establece las condiciones generales del contrato de seguro y señala genéricamente las mercancías objeto del amparo, difiriendo sus especificaciones al certificado de seguro de transporte, el cual puede emitirse aún después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro. Esta modalidad es la que corresponde a la póliza objeto de estudio en este proceso. (iii) Es flotante, puesto que en esta modalidad las partes fijan un límite máximo de valor asegurado y se cobra inicialmente un porcentaje de la prima. Es utilizada comúnmente para amparar materias primas de factorías. Son de uso frecuente de quienes remiten frecuentes despachos - industria de cemento, bebidas o textiles-, habida consideración de la agilidad que brinda. A través de esta modalidad se cubren pluralidad de intereses, esto es, despachos sucesivos de mercancías para el transporte. Las especificaciones de cada despacho se individualizaran por medio de anexos a la póliza, certificados de seguro u otros medios permitidos por la costumbre.

POLIZA EN CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Responsabilidad frente a las mercancías / PRIMA DEL ASEGURADOR - La prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta

La responsabilidad del asegurado en este tipo de contratos de seguros inicia desde el momento en que el transportador recibe o ha debido hacerse cargo de las mercancías y concluye con la entrega al destinatario, sin perjuicio de que puede extenderse más allá de esos extremos por voluntad de la partes; por otro lado, la prima se devenga de forma proporcional al tiempo corrido del seguro, con la obligación de restituir la prima no devengada si el contrato de seguro termina antes de expirar su vigencia. El asegurador ganará la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta y en caso de siniestro total se entenderá totalmente devengada por el asegurador y si es parcial se entenderá por devengada la correspondiente a la indemnización, sin consideración al tiempo transcurrido.

CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Cobertura en siniestro total / CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Cobertura en pérdida parcial, avería particular, falta de entrega, saqueo / CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Principio de cobertura de todos los riesgos inherentes al transporte

Los riesgos que generalmente cubre este seguro son: (i) pérdida total, que incorpora las pérdidas y daños causados a los bienes por incendio, rayo y explosión o por los hechos tendientes a extinguir el fuego, las caídas accidentales de bultos durante las operaciones de carga y descargue, trasbordo, vuelco, caídas y colisión, desaparición de bultos por inundación, desbordamiento de ríos, hundimiento o derrumbes, de muelles, terremotos, maremotos y demás fenómenos sísmicos (para indicar este amparo se hace con el signo convencional

P.T); (ii) avería particular, que cubre los daños inherentes a la constitución física del objeto asegurado, verbigracia, maltrato, agua salada, ácido, de modo que hacen referencia estos daños a su contenido y no a su empaque (para indicar este amparo se hace con el signo convenio A.P.); (iii) falta de entrega, como su nombre lo indica asegura la no entrega, extravío, hurto de unidades completas, empaques y contenido (para indicar este amparo se hace con el signo convencional F.E.); (iv) saqueo, por la sustracción por medios violentos o cautelosos de los contenidos o parte de ellos. (...) En todo caso, huelga advertir que en el contrato de seguros de transporte rige el principio de cobertura de todos los riesgos inherentes al transporte, en los términos del artículo 1120 del Código de Comercio, a diferencia de lo que ocurre en términos generales en el seguro de daños, donde bien puede el asegurador asumir a su arbitrio todos o algunos riesgos que estén expuestos en el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, artículo 1056 ejusdem.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1120 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1056 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1124 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1117

CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Tipos: Daño real y daño patrimonial

Precisa señalar que la normatividad comercial admite que dependiendo de si se asegura las mercancías o al transportador podrá ser un contrato de seguro de daños real o patrimonial.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1047 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1070 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1071 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1107

CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Indemnización efectiva / CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS - Naturaleza indemnizatoria. No puede constituir fuente de enriquecimiento / CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS - Real o patrimonial / CONTRATO DE SEGURO DE DAÑO REAL - Bienes muebles o inmuebles / CONTRATO DE SEGURO DE DAÑO PATRIMONIAL - Integridad del patrimonio de la persona

El interés asegurable en los seguros de daños se concreta en el patrimonio de la persona, en el caso en estudio, por riesgos relacionados con el transporte. Ese interés asegurable a su vez puede recaer sobre determinados o determinables bienes muebles o inmuebles, o sobre la integridad del patrimonio. En el primer evento, el seguro de daños será real y, en el otro, patrimonial. (...) Bien puede afirmarse que el contrato de seguro de transporte es un contrato real, en tanto recae sobre las mercancías aseguradas. (...) Lo que se sigue entonces es determinar cuál es el monto de la indemnización en caso de siniestro en esta clase de seguros. Para responder a esta cuestión precisa revisar lo que indican las normas del Código de Comercio frente al seguro de daños en general y, en particular, respecto del seguro de transporte. (...) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el seguro de daños es de naturaleza indemnizatoria y, por ende, no puede constituir fuente de enriquecimiento. Con todo, puede comprender tanto daño emergente como lucro cesante, requiriendo en este último evento pacto expreso. Sin embargo, esa excepción confirma la regla general de indemnización en este tipo de seguros atada a las mercancías transportadas. (...) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la indemnización tiene límites en (i) el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, que se presume corresponde al

acordado entre las partes del contrato de seguro, evento en el cual el asegurador puede alegar que lo acordado es excesivo pero no que es inferior al valor real del interés asegurado, y en (ii) el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado. (...) En tercer lugar, las partes pueden pactar que la indemnización corresponda a dinero o al valor de la reparación, reposición o el reemplazo del bien asegurado, pero en todo caso sujeto al límite de la suma asegurada y a la elección que haga el asegurador. (...) De lo hasta aquí expuesto, se concluye que (i) la naturaleza del seguro de daños es indemnizatoria y, por ende, el monto a reconocer debe ser directamente proporcional al perjuicio causado para evitar enriquecimientos injustificados; (ii) por esa razón la indemnización tiene dos limitantes: el valor real del riesgo asegurado y el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido, los cuales (iii) bien pueden pagarse en dinero o en especie. (...) El límite máximo se contrae al monto de las mercancías aseguradas más el lucro cesante pactado; ahora, en el seguro de transporte terrestre el daño emergente a reconocer estará integrado por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar o el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario, cuando no se suministre el valor de la mercancía o declare un mayor valor.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1120 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1088 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1089 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1090

CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Pérdida de las mercancías / CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Mercancías. Pérdida real o efectiva o una pérdida constructiva o asimilada, cuando el bien deja de funcionar o la reparación va más allá de su valor / FORMAS DE INDEMNIZACION - Pago en dinero, reparación, reposición o reconstrucción de la mercancía / FORMA DE INDEMNIZACION - Se excluyen entre sí / CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE - Daño del bien asegurado. Utilidad

Ni la normatividad sobre seguros de transporte ni la de seguros de daños se ocupa de definir eventos de pérdidas totales o parciales de las mercancías, como sí ocurre en el contrato de seguro marítimo, normas a la cuales remite el artículo 1126 del Código de Comercio. (...) En aquellos casos en los cuales se produzca una pérdida real o efectiva o una pérdida constructiva o asimilada, cuando el bien deja de funcionar o la reparación va más allá de su valor, estaremos en el campo de la pérdida total. (...) Ahora, las demandadas estiman que la remisión al contrato de transporte para definir la cuestión de pérdidas o averías de mercancías, particularmente, al artículo 1032 del Código de Comercio, no es técnica. En tal sentido, se observa que en la normatividad del seguro de transporte, el artículo 1122 ejusdem regula el monto de la indemnización y remite sólo a ciertas disposiciones que hacen parte del contrato de transporte, en concreto, al inciso 3 del artículo 1010 y al inciso 6 del artículo 1031 de la codificación en cita, sin que extienda más allá su remisión; por el contrario, el artículo 1126 remite los vacíos del seguro de transporte a las disposiciones del contrato de seguro marítimo. (...) El anterior análisis llevaría a pensar que les asiste razón a las demandadas; sin embargo, esa remisión restringida encuentra explicación en el hecho de que el interés asegurable del contrato de seguro de transporte, generalmente, lo son las mercancías y, por ende, el titular de ese interés lo será el dueño del bien transportado, como ocurre en el contrato sub iudice; mientras que en las relaciones del contrato de transporte se regulan las obligaciones entre el remitente y el transportador y, en particular, el artículo 1032 precitado fija las obligaciones de

este último en caso de daños en la mercancía objeto del contrato de transporte, es decir, se trata de un titular e interés asegurable diferentes. (...) En conclusión, (i) la pérdida total y la inutilidad de las cosas tiene una relación inescindible, tanto en el contrato de seguro de daños como en el seguro de transporte, siendo que ambas generan la pérdida del bien para el asegurado; (ii) el pago en dinero y la reparación, reposición o reconstrucción de la cosa son formas de indemnización que se excluyen, pero bien sea que se paguen unas u otras, se debe garantizar al asegurado la funcionalidad de la cosa, como pago efectivo y (iii) si se produce el daño de un componente esencial e imprescindible del objeto asegurado presupone o bien una pérdida total real o efectiva, cuando pierde la utilidad para la cual fue destinado, o pérdida total constructiva asimilada, en caso de que su reparación cueste más que su valor.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1010 INCISO 3 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1031 INCISO 6 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1032 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1122 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1124 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1126 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1734

COSTAS - No condena

Como la conducta de las aseguradoras no da cuenta de temeridad sino del despliegue de su derecho de defensa y contradicción, se impone revocar la condena en costas.

SENTENCIA - Cumplimiento. Normatividad procesal

Precisa indicar que le asiste razón a la E.P.M. cuando sostiene que la remisión a los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo resulta improcedente, toda vez que la condena está dirigida en contra de particulares. Por esa razón se dispondrá que se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 177 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 334 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 335

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA - SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02078-01(21027)

Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN

Demandado: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. Y OTROS

Referencia: ACCION CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia del 3 de enero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, mediante la cual resolvió:

1. Declárese que las sociedades Aseguradoras Colseguros S.A., la Andina S.A. y Antorcha S.A., incumplieron el contrato de seguros de transporte que consta en la póliza automática de transporte No. 106472-4, expedida a favor de las Empresas Públicas de Medellín.

2. Como consecuencia de la declaración anterior las sociedades Aseguradoras Colseguros S.A., la Andina S.A. y Antorcha S.A. deben pagar a Empresas Públicas de Medellín, las siguientes sumas:

A) MIL SEISCIENTOS SETENTA MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS M/L (\$1.670.128.804.00) que es el monto debidamente actualizado en la parte motiva de este proveído, dejado de pagar al liquidarse el siniestro.

B) CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS M/L (\$453.741.444.50), a título de lucro cesante, conforme a lo establecido en la parte motiva de este proveído (...) (fl. 507, c. ppal 3).

SÍNTESIS DEL CASO

Empresas Públicas de Medellín y las aseguradoras Colseguros S.A., La Andina S.A. y La Antorcha de Colombia S.A. suscribieron la póliza automática de transporte 106472-4 para asegurar el traslado de toda clase de maquinarias, equipos, repuestos, accesorios, etc., incluidos aquellos en tránsito por devolución o reexportación, desde cualquier lugar en el exterior o desde Colombia. Con cargo a esa póliza se transportó un estartor desde Italia. En el momento del desembarque en el puerto de Cartagena, uno de los elementos del estartor sufrió graves averías que no se han indemnizado en su totalidad a la actora.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 8 de julio de 1994 (fl. 276 rev., c. ppal), Empresas Públicas de Medellín presentó demanda en contra de la Aseguradora Colseguros S.A. y las compañías de seguros La Andina S.A. y La Antorcha de Colombia S.A. (fls. 239 a 276, c. ppal)¹.

1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 240 a 247, c. ppal):

1.1.1. El 20 de septiembre de 1991, Empresas Públicas de Medellín y las aseguradoras Colseguros S.A., La Andina S.A. y La Antorcha de Colombia S.A. suscribieron la póliza automática de transporte 106472-4 para asegurar el traslado de toda clase de maquinarias, equipos, repuestos, accesorios, etc., incluidos aquellos en tránsito por devolución o reexportación, desde cualquier lugar en el exterior o desde Colombia. La cobertura máxima por despacho era de cinco millones de dólares, más un diez por ciento (10%) del valor asegurado por concepto de lucro cesante y con una vigencia hasta el 25 de agosto de 1992.

1.1.2. La participación de las aseguradoras en el contrato de seguros de transporte arriba descrito fue de 60% para Colseguros S.A., 25% a cargo de La Andina S.A. y el 15% restante de La Antorcha de Colombia S.A.

1.1.3. La actora y la sociedad italiana Ansaldo Componenti suscribieron el contrato 3844 E, sin fecha, para el diseño, fabricación y suministro de los generadores y equipos asociados para las centrales La Tasajera y Niquía del proyecto Río Grande II, localizado en el departamento de Antioquia.

1.1.4. La mercancía por transportar fue asegurada por la póliza automática descrita en el numeral 1.1.1. de esta providencia, según certificado 402657 del 5 de enero de 1993, expedido por la aseguradora líder.

1.1.5. La mercancía fue embarcada en un puerto italiano para ser entregada en el muelle de Cartagena, Colombia.

¹ Precisa advertir que la demanda fue presentada ante la jurisdicción ordinaria en ejercicio de la acción ordinaria de mayor cuantía. El reparto le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado de Medellín, aunque después asumió el conocimiento el Juzgado Segundo del mismo Circuito. Como más adelante se verá, el asunto fue remitido por falta de jurisdicción.

1.1.6. Cada generador cuenta con un estartor que costó 1.924.500 marcos alemanes, en adelante D.M. Debido a su tamaño y dificultad para transportar sus componentes se construyen en tres partes separadas, pero que integran un todo. Cada parte por separado no es funcional.

1.1.7. El 25 de agosto de 1992, en momentos en que estaba siendo descargada en el puerto de Cartagena, cayó accidentalmente la parte de un estartor produciéndose graves averías, las cuales pudo inspeccionar directamente la sociedad COLPREVI, mandataria de las compañías aseguradoras en el referido puerto.

1.1.8. El 14 de septiembre siguiente, la actora y representantes de las aseguradoras realizaron inspección a los bienes siniestrados, y levantaron un acta donde llegaron a un acuerdo para llevar a cabo la reparación de la parte del estartor averiada.

1.1.9. La sociedad italiana Ansaldo Componenti, encargada del diseño y fabricación del estartor, informó que la reparación de la parte averiada costaba más que la construcción de un nuevo estartor, toda vez que no se trataba de una producción en serie sino por pedido.

1.1.10. En todo caso, el valor de la reparación, con deducible y sumado el 10% de lucro cesante, ascendió a \$799.581.303.66, en moneda colombiana, valor que fue aceptado por las aseguradoras.

1.1.11. Sin embargo, las compañías aseguradoras, bajo el argumento de que sólo una parte del estartor se averió, que equivalía a la tercera parte del valor de ese elemento, tan sólo reconocieron \$336.579.830. En resumen, las demandadas dejaron de pagar la suma de \$463.001.474 a la actora.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 247 y 248, c. ppal):

PRIMERA: Declárese que las sociedades demandadas incumplieron el contrato de seguros que consta en la póliza 106472-4, al no pagar la totalidad de la indemnización a que tenía derecho la entidad

demandante, como consecuencia del siniestro a que se refieren los hechos de esta demanda.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior las sociedades demandadas están obligadas, de acuerdo con los porcentajes del riesgo asumido por cada una de ellas, a pagar a la entidad demandante la indemnización total del siniestro por ésta sufrido (sic), de acuerdo con las coberturas de la póliza y las correspondientes deducciones.

Al momento de liquidarse el siniestro, la indemnización dejada de pagar por las sociedades demandadas ascendía a la suma de \$463.001.474 moneda colombiana.

TERCERA PRINCIPAL: Las sociedades demandadas deberán pagar adicionalmente, y según los porcentajes del riesgo asumido por cada una de ellas, la corrección monetaria del valor del siniestro, desde cuando este ocurrió hasta cuando se pague la correspondiente indemnización. Adicionalmente pagarán los intereses moratorios establecidos por la ley, según lo previsto en el art. 1080 del C. de Co.

TERCERA SUBSIDIARIA: Si el señor juez considera que no es procedente cobrar acumulativamente la corrección monetaria y los intereses moratorios, tal y conforme se pide en la pretensión se pide en la pretensión TERCERA PRINCIPAL, en forma subsidiaria solicito que sean condenadas únicamente al pago de los intereses moratorios a que se refiere el art. 1080 del C. de Co.

CUARTA: Condénese a las sociedades demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La aseguradora La Andina S.A. (fls. 306 a 310, c. ppal) estimó que los perjuicios causados fueron indemnizados en los términos pactados en la póliza 106472-4, particularmente, en la condición general 2, riesgos asegurados, así como en las normas legales que rigen la indemnización por siniestros. Con base en lo anterior, (i) adujo la inexistencia de la obligación reclamada; (ii) la falta de legitimación en la causa por activa, toda vez que el actor no tiene el derecho reclamado; (iii) la indebida formulación de las pretensiones, en tanto en parte alguna se demuestra el débito incumplido y, por último, (iv) el pago total de la obligación.

2.2. Las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha de Colombia S.A., a través del mismo apoderado (fls. 431 a 444, c. ppal), manifestaron que cada parte del estartor se tiene como un bulto y atendiendo a la naturaleza de daños, que no patrimonial, del seguro de transporte el riesgo asegurado corresponde a la pérdida

parcial o total que sufra cada bulto durante el trayecto asegurado, razón por la cual la indemnización correspondió a lo pactado.

Aclararon que ninguna de las aseguradoras firmó el acta del 14 de septiembre de 1992, como se afirma en la demanda, al punto que el ajustador de las aseguradoras carecía de facultades para comprometerlas, tal como se advirtió en escrito dirigido a la actora del 8 del mismo mes y año; que la parte averiada está siendo utilizada por la asegurada, razón por la cual no es cierto que se perdió toda su utilidad; que la decisión de reparar la pieza fue una decisión unilateral de la actora, prueba de ello es que la hizo ella directamente, ante la negativa del fabricante de que lo hicieran las aseguradoras, siendo que en otros contratos entre las mismas partes así lo habían hecho; que la reparación, sin autorización, costó mas de la tercera parte del valor total del estartor, razón por la cual las demandadas optaron por pagarlo como pérdida total; que el valor del estartor fue de 1.500.000 marcos alemanes según factura comercial AO-1140, por consiguiente se canceló lo que correspondía a la tercera parte de ese valor que fue lo siniestrado.

Aclararon que como los otros dos tercios se embarcaron y no sufrieron daños, el contrato de seguro de transporte se cumplió frente a esas partes, de lo que se imponía la reparación frente a la parte averiada no sobre la totalidad del estartor; lo contrario significaba indemnizar más allá del riesgo amparado, toda vez que se indemnizarían bienes que no resultaron dañados con el traslado. Con todo, en el caso de indemnizarse la totalidad del estartor, las aseguradoras tendrían derecho al salvamento compuesto por los otros dos tercios que no resultaron averiados.

3. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Las compañías aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha de Colombia S.A. llamaron en garantía a la sociedad Industrial de Productos Siderúrgicos S.A. - SIPSA-, empresa dueña de la grúa que contrató la actora para el desembarque de la mercancía, toda vez que estimaron que esta operación fue inapropiada (fls. 8 a 10, c. llamamiento en garantía).

Aceptado el llamamiento en garantía², SIPSA (fls. 19 a 29, c. llamamiento en garantía) puso de presente que las Empresas Públicas de Medellín se limitaron a solicitar una grúa para el descargue de unas piezas de 47 toneladas en el terminal marítimo de Cartagena, sin que se advirtiera que se trataba de un estartor; además, la operación de la grúa fue asumida directamente por la actora, lo que de suyo comporta la inimputabilidad de los daños causados a la llamada en garantía por el descargue de la mercancía.

Propusieron como excepciones (i) la de contrato no cumplido, en tanto la actora no pagó por el uso de la grúa, y (ii) la de prescripción extintiva, toda vez que el “*transcurso del tiempo ha extinguido ya la responsabilidad si es que existió*” (fl. 24, c. llamamiento en garantía).

4. NULIDAD PROCESAL

El 12 de julio de 1996, el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado de Medellín declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio, para lo cual sostuvo³:

El contrato sobre el cual versa el objeto de este proceso de acuerdo con tal regulación se califica como estatal, ya que en él es parte un establecimiento público, por lo cual el conocimiento de la controversia surgida del mismo es atribuible a la jurisdicción contenciosa administrativa, que debió conocer el proceso desde la admisión de la demanda, ya que esta fue presentada el 17 de agosto de 1994, cuando ya estaba en vigencia la Ley 80 de 1993. Así que de acuerdo con el numeral primero del artículo 140 del C. de P. C. la actuación surtida está viciada de nulidad, lo que debe declarar oficiosamente este juzgado pues la nulidad por falta de jurisdicción es insaneable según lo prescribe el inciso final del artículo 144 ibídem. Pero es preciso aportar que la nulidad no afecta la prueba recaudada, ya que el artículo 146 del C. de P. C. dispone que la prueba practicada dentro de la actuación posterior al motivo de nulidad, conservará su validez (...).

No procede enviar el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, ya que el artículo 148 del C. de P. C. contempla la remisión al competente cuando éste corresponda a la misma jurisdicción del que se declara incompetente (fl. 739 y 740, c. ppal 2).

² Así procedió mediante auto del 5 de octubre de 1994 (fls. 15 y 16, c. llamamiento en garantía).

³ Decisión que fue confirmada mediante providencia del 26 de agosto de 1996 al desatar el recurso de reposición y se concedió la alzada ante el Superior (fls. 765 a 768, c. ppal 2).

El 7 de octubre de 1996, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, revocó la decisión anterior en cuanto decretó la nulidad de lo actuado, para en su lugar mantener su eficacia, en tanto se entendió el auto apelado como uno que declaraba la incompetencia del juez *a quo*. En consecuencia, se remitió al competente, esto es al Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia (fls. 17 a 24, c. actuación del Tribunal).

En esa oportunidad se consideró:

Como puede verse, la situación procesal exacta que se da en este proceso, es una declaración de INCOMPETENCIA que formula oficiosamente el juez civil del circuito especializado que viene conociendo de este proceso porque considera que el competente para conocer del mismo, es el Tribunal de lo contencioso administrativo. La sola dificultad que se hallaría para aplicar el artículo 216 del Código Contencioso Administrativo, sería la falta de una solicitud en ese sentido, de PARTE. Las partes en sus alegaciones han evidenciado, la demandante, que considera que el competente es el juez común y la demandada y la llamada en garantía, que consideran que la competencia radica en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Es pues perfectamente admisible entender que las últimas, de manera litisconsorcial, están proponiendo un conflicto negativo de competencia al juez común, el especializado de comercio, sobre todo después de que se produjeron las alegaciones de estas partes y con apoyo en sus expresiones.

Otras consideraciones llevan a conclusiones menos justas y menos lógicas. De todas maneras este es un caso definitivamente PROBLEMÁTICO que reclama una solución tópica, argumentativa, extraída de la normatividad sí, pero no sin dificultades interpretativas de consideración. Cualquier solución por la que se opte se logrará un gran esfuerzo por suavizar fuertes tensiones (fls. 23 y rev., c. actuación ante el Tribunal).

El 3 de febrero de 1997, el Tribunal Administrativo de Antioquia avocó el conocimiento del proceso (fl. 777, c. ppal 2).

El 17 de marzo siguiente, el *a quo* ordenó que se adecuara la demanda al artículo 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (fl. 777, c. ppal 2). El 13 de mayo de 1997 revocó esa decisión, en tanto estimó que estaban satisfechos los requisitos requeridos, tal como lo expuso la parte actora en su reposición y, en consecuencia, ordenó continuar con el trámite del proceso (fl. 781, c. ppal), sin que esa decisión fuera controvertida por las partes.

5. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha de Colombia S.A. propusieron (i) la nulidad de lo actuado y, por ende, la prescripción de la acción intentada, siendo que el *a quo* debió proceder así cuando avocó el conocimiento del asunto, toda vez que lo que se configuró con la remisión ordenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín fue la falta de jurisdicción y, por consiguiente, una causal de anulación insaneable. Ahora, estimaron que esa irregularidad generó que la actuación judicial iniciada por la parte actora careciera de la entidad jurídica para interrumpir el término de prescripción, de lo que se sigue su configuración; (ii) en lo demás, reiteró los argumentos de su contestación (fls. 830 a 865, c. ppal 2).

Empresas Públicas de Medellín, el llamado en garantía y Seguros Generales S.A., antes Seguros La Andina S.A., reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 866 a 912, c. ppal 2).

6. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

El 30 de junio de 2000, el Tribunal *a quo* consideró:

Si bien es cierto que debido al conflicto de jurisdicciones iniciado, la actuación cumplida ante la jurisdiccional inicial y que es compatible con la nueva, conserva su validez, no puede dejarse de cumplir con la parte omitida de la admisión de la demanda, la notificación al Ministerio Pública, la fijación en lista y demás fases procesales conducentes, antes de que el proceso sea decidido.

Lo anterior significa que la actuación cumplida a partir del auto de julio 14 de 1997, mediante la cual se cita a audiencia de conciliación, se hizo pretermitiendo etapas procesales necesarias para la validez del proceso que, sin embargo, no afectan las actuaciones cumplidas por cuanto las partes han participado y controvertido las decisiones y han actuado sin alegar la nulidad.

De acuerdo con el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, se pone en conocimiento de las partes las irregularidades mencionadas. Si dentro de los tres días siguientes, la parte afectada no alega la nulidad, quedará saneada y el proceso continuará (fl. 918 y 919, c. ppal 2).

Las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha de Colombia S.A. manifestaron que no les asistía interés de alegar la nulidad procesal por la falta de fijación en lista, la notificación al Ministerio Público y, en general, por lo advertido en la decisión arriba citada, pero insistieron en que se anulara la actuación en los términos expuestos en sus alegaciones finales, siendo que el *a quo* al avocar el

conocimiento debió declarar la nulidad de lo actuado, como se impone ante la falta de jurisdicción (fl. 921, c. ppal 2).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 3 de enero de 2001 (fls. 462 a 508, c. ppal 3), el *a quo* resolvió las excepciones de (i) inexistencia del derecho del demandante, (ii) falta de legitimación por activa y (iii) petición de modo indebido, en el sentido de declararlas infundadas, toda vez que sus razonamientos tienen que ver con el fondo del presente asunto; desató la nulidad propuesta en los alegatos, en los mismos términos que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, en la providencia del 7 de octubre de 1997, y accedió a las pretensiones, así:

La excepción de nulidad

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN presentó demanda en el Juzgado Civil del Circuito Especializado, correspondiéndole por reparto el Juzgado Tercero (hoy Segundo) Civil del Circuito Especializado, mediante auto de julio 16 de 1996, se declara la nulidad de lo actuado desde la admisión de la demanda, decisión que no afecta la prueba.

Manifiesta el apoderado de la aseguradora Colseguros S.A. y Compañía de Seguros La Antorcha de Colombia S.A. en el alegato de conclusión la posibilidad de que exista nulidad de todo lo actuado y prescripción de la acción, a dicha argumentación no es posible acogerse, tal como bien lo afirma el Tribunal Superior Sala de Decisión, en sentencia del siete de octubre de 1996, con ponencia de la Dra. Beatriz Quintero de Prieto, que hoy prohíja esta Sala en los siguientes términos (se transcribe lo pertinente).

5. El incumplimiento del contrato

Para la Sala resulta probado que el valor total asegurado es correlativo al equipo objeto del contrato de seguro, sin que en ninguna de las cláusulas contractuales las partes hubiesen limitado o desglosado este o el equipo para efecto alguno; menos aún para la liquidación o ajuste de la indemnización a que hubiere lugar durante la ejecución del contrato, así mismo que la cobertura de la tan mencionada póliza es completa.

También se encuentra probada la unidad del equipo asegurado, el cual requiere para su normal y correcto funcionamiento de todas las partes que le son inherentes, lo cual no puede desconocerse en virtud de que para su transporte hubiere tenido que ser despachado en diferentes partes, para su posterior ensamblaje e instalación.

Igualmente se encuentra probado que el siniestro se causó durante las operaciones relacionadas con el transporte del equipo e igualmente que la asegurada dio aviso oportuno a la aseguradora líder de su causación, quien intervino en todas las diligencias inherentes al

siniestro, tales como la inspección y verificación del alcance del daño sufrido en un tercio del estator, cuyo valor de reparación reclama la demandante.

No echa de menos la Sala, la complejidad técnica del equipo asegurado, y la prestación del servicio público al cual estaba destinado, circunstancias estas que no permitían, de un lado su reparación a manos diferentes a la de su fabricante, decisión en la que intervinieron tanto el corredor de seguros como el ajustador designado por las aseguradoras, y de otro, la dilación de la reparación del mismo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no existía limitación convencional alguna para el pago de la indemnización, toda vez que las Empresas Públicas compraron y aseguraron el equipo objeto de esta controversia por un valor único, debieron las sociedades aseguradoras proceder al pago total de la reparación del daño causado en el mismo, como así no lo hicieron, la Sala concluye que las aseguradoras incumplieron el contrato de seguro celebrado con la demandante.

6. Perjuicios (...)

En este orden de ideas, la Sala teniendo en cuenta que las sociedades demandadas incumplieron el contrato de seguro objeto de la controversia, ordenará el pago de \$463.001.474.00 moneda colombiana, que es el monto dejado de pagar a título de indemnización al liquidarse el siniestro por las sociedades demandadas, suma que será actualizada a partir del 26 de octubre de 1992, fecha en que se cumplen los sesenta días siguientes al siniestro, conforme a lo estipulado en el art. 1080 del Código de Comercio con el I.P.C. certificado por el DANE, a título de lucro cesante los intereses moratorios previstos en el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1 del decreto reglamentario 679/94 (...).

V.P. (valor presente de los \$463.001.474) = \$1.670.128.804 (...).

Como ya se dijo el valor sobre el cual se pagará el interés es de \$463.001.474 y el interés aplicable equivale al 1% mensual sobre 98 meses, entonces (...):

En consecuencia, el valor total a pagar por concepto de lucro cesante será de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$453.741.444.50).

7. El llamamiento en garantía (...)

En este orden de ideas, no encuentra la Sala ningún elemento probatorio que permita inferir que el siniestro se haya causado por una deficiente operación de la grúa de propiedad de la empresa Sipsa, en consecuencia, es menester eximirla de responsabilidad en su calidad de arrendadora de la grúa, y por ende de toda obligación que derive en tal calidad en este proceso, pues la parte que hizo el llamamiento en garantía no cumplió con la carga de la prueba impuesta por el artículo 177 del C.P.C. que consagra la obligación al demandante de demostrar

los fundamentos de sus afirmaciones (fls. 484, 501 a 503, 505 y 506, c. ppal 3).

La parte actora solicitó complementación de la sentencia en el sentido de (i) disponer la actualización monetaria del valor de la indemnización y que el cálculo de los intereses de mora se haga hasta el momento en que se realice el pago de la misma y (ii) se condene en costas a las demandadas (fls. 527 y 528, c. ppal 3).

En sentencia complementaria, el *a quo* dispuso:

(...) por la conducta desplegada por parte vencida amerita la condena en costas y agencias en derecho de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, rebajadas en un cincuenta por ciento (50%) (no se dan más explicaciones de esta decisión).

1. Que la actualización monetaria del valor de la indemnización y el cálculo de los intereses de mora se haga hasta el momento en que se realice el pago de la misma.

2. Se condene en costas y agencias en derecho a favor de la demandante, en un cincuenta por ciento (50%) (aclara la Sala) (fls. 531 y 532, c. ppal 3).

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes apelaron así:

1.1. Seguros Generales S.A., antes Seguros La Andina S.A., insistió que la indemnización reconocida a la actora correspondió al siniestro causado, razón por la cual debe estarse al valor de la parte afectada y no al de la reparación del estartor (fls. 510 y 511, c. ppal 3).

1.2. Las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha S.A. reiteraron (i) la solicitud de nulidad procesal, en tanto así se imponía por la falta de jurisdicción, de lo que se seguía la prescripción de la acción indemnizatoria; (ii) insistieron en sus argumentos de defensa de primera instancia; (iii) agregaron que los intereses moratorios se acumularon indebidamente a la indexación y, además, sin la demostración del monto del siniestro, acreditada sólo en sede judicial, razón por la cual no se podía acceder a esos intereses; (iv) solicitaron condenar a la llamada en garantía en caso de una sentencia adversa y, por último, (v) estimaron que la

condena en costas fue infundada, toda vez que no se demostró una conducta temeraria (fls. 512 a 520 y 534 a 536, c. ppal 3).

1.3. La parte actora adujo (i) que las normas de la Ley 80 de 1993 resultan ajenas a la relación contractual en estudio en lo que concierne a la determinación de los intereses moratorios, toda vez que esa disposición no estaba en vigencia a la fecha de suscripción del contrato y, si así fuera, la misma ley excluía a los contratos de seguros de su campo de aplicación. En consecuencia, atendiendo a la naturaleza comercial de la actividad en estudio, se imponían lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, con sus respectivas modificaciones, así: desde la mora de las aseguradoras hasta el 5 de agosto de 1999 (fecha de modificación de la Ley 510 de 1999), la tasa máxima de interés moratorio que estuvo vigente durante cada mes en ese período y a partir de la última fecha hasta el día del pago, los intereses de mora a la tasa certificada por la Superfinanciera como interés corriente, aumentado en la mitad; (ii) los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo no son aplicables, toda vez que la condena fue en contra de particulares y (iii) la condena en costas debe hacerse por el 100% de la condena, sin que el *a quo* explique la reducción realizada en la aclaración de su sentencia (fls. 537 a 544, c. ppal 3).

1.4. SIPSA S.A., en su calidad de llamada en garantía, adhirió a la apelación de la parte actora, en el sentido de que se condenara en costas a las demandadas (fls. 589 a 607, c. ppal 3).

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, SIPSA S.A., en su calidad de llamada en garantía, las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha S.A. y Empresas Públicas de Medellín reiteraron sus argumentos (fls. 589 a 687, c. ppal 3).

El Ministerio Público (fls. 689 a 729, c. ppal 3), frente a la nulidad procesal propuesta por dos de las demandadas, advirtió que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, sin que se afectara el trámite anterior, tal como lo reconoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil; en todo caso, estimó que de prosperar la nulidad sólo afectaría hasta el auto admisorio, por lo que se mantendría la fecha de la presentación de la demanda y, por ende,

la interrupción de la prescripción de la acción se daría en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al fondo de la cuestión, sostuvo que riñe con la lógica que el asegurado se limitara a resguardar bultos o cajas, como lo proponen las aseguradoras, cuando lo que se pretendía con el contrato de seguro era cubrir los riesgos que llegare a sufrir la mercancía, un equipo denominado estartor, siendo este el objeto del contrato de seguro de transporte y, por consiguiente, el valor asegurado debía corresponder al daño materializado en este bien, sin que pudiera alegarse la falta de autorización para adelantar la reparación de la maquinaria, toda vez que las aseguradoras no se opusieron y, además, correspondía a lo pactado por las partes en la cláusula 18 de las condiciones generales de la póliza.

Por último, sostuvo que los intereses moratorios debieron calcularse con base en lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio y que se debían revocar las referencias a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para ordenar a los particulares cumplir la sentencia dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria.

IV. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

Atendiendo a que en el recurso de apelación las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha S.A. reiteraron la solicitud de nulidad procesal, en tanto así se imponía por la supuesta falta de jurisdicción, de lo que se seguía la prescripción de la acción indemnizatoria, precisa señalar que, a diferencia de lo manifestado por los apelantes, la sentencia de primera instancia sí se pronunció sobre el punto, en el sentido de negarla en los términos del auto del 7 de octubre de 1996 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil (fls. 484 a 486, c. ppal 3). En consecuencia, como se trata de una controversia frente a la providencia objeto de la alzada, se procede a su resolución, así:

(i) La Sala precisa que el auto del 7 de octubre de 1996 arriba citado declaró la eficacia de lo actuado y procedió a remitir el proceso al Tribunal Administrativo de Antioquia (fls. 17 a 24, c. actuación ante el Tribunal), quien a su vez el 3 de febrero de 1997 avocó el conocimiento del asunto (fl. 777, c. ppal 2) y el 17 de marzo siguiente ordenó adecuar la demanda al artículo 137 y siguientes del Código

Contencioso Administrativo, decisión que revocó el 13 de mayo de 1997 en tanto estimó que estaban satisfechos los requisitos requeridos y, en consecuencia, ordenó continuar con el trámite del proceso (fl. 781, c. ppal), sin que esa decisión fuera controvertida por las partes, sino hasta los alegatos de conclusión, es decir, constituye ley del proceso por tratarse de una decisión en firme.

(ii) Ahora, aunque la Sala no desconoce que la falta de jurisdicción constituye causal de nulidad procesal insaneable, lo cierto es que sus consecuencias no pueden rayar con la invalidez absoluta de todo lo actuado, en aras a honrar el efectivo acceso a la administración de justicia, tal como lo explica la doctrina nacional, en palabras del profesor LÓPEZ BLANCO, así⁴:

Es así como el panorama colombiano mostraba que siempre que existiera una rama llamada a conocer de un proceso adelantado en otra, la nulidad dejaba sin efecto todo lo actuado incluyendo los efectos propios de la interrupción de la prescripción o de la caducidad.

Fui el primero en advertir el grave error de este proceder, máxime luego de la Constitución de 1991, para señalar que si se adelantaba un proceso ante un juez de rama diferente y este no era el llamado, se debía declarar la nulidad pero conservando la validez de todo lo actuado en primera instancia, con exclusión tan sólo de la sentencia, sólo que restringí la tesis y sus fundamentos al caso de un proceso conocido por la justicia civil y que correspondía a la rama de familia o viceversa.

Ciertamente, en las dos ediciones anteriores de esta obra y en parte que denominé "El especial alcance de la carencia de jurisdicción entre las ramas civil y de familia", puse de presente los argumentos siguientes que conservan plena vigencia, solo que ahora los hago extensivos, con algunas precisiones adicionales, a cualquier otro y tanto más si los mismos fueron acogidos y ampliado su espectro por interpretaciones judiciales, no solo frente a la rama de familia, sino a cualquier otra, en especial la contencioso administrativa o la laboral.

Lo primero es recordar que no existen reglas absolutas dentro del derecho y menos en el procesal, donde siempre se debe estar presto a considerar que prima por sobre todo la efectividad de los derechos sustanciales, de ahí que cuando el proceso corresponde a la rama de familia y lo está conociendo un juez civil, o viceversa, lo adelanta un juez de familia y debe ser uno civil, no obstante ser este un caso de falta de jurisdicción por ser del conocimiento de otra rama, la declaración de la nulidad tan solo afectaría a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, en adelante, pero no la totalidad de la actuación como usualmente acontece si de aplicar el frío texto legal, sin otra consideración diversa a su existencia, se tratase.

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I*, Novena Edición, Dupré Editores, Bogotá, pp. 896 a 898.

En ese orden de ideas se tiene que si, aún no se ha dictado la sentencia de primera instancia y se declara la falta de jurisdicción por corresponder a la otra rama, todo lo actuado hasta ese momento conserva plena validez y pasará a ser conocido por el otro juez de manera idéntica a como sucede en los casos de falta de competencia, o sea actuado de allí en adelante y sobre la base de que lo ya surtido conserva plena validez (...).

Es una concepción que sale del enfoque rutinario, tradicional del tema, pero sin duda es un evento en el cual es menester aceptar el proceder, pues sobre el supuesto de que le correspondía adelantar el proceso a la otra rama, se tuviera que perder todo el trabajo surtido, con notorio detrimento de los intereses de las partes y de la justicia, por eso la tesis que pregonó acerca de que en estos casos tan sólo sería susceptible de ser anulado lo actuado luego del fallo de la primera instancia por corresponder su proferimiento de manera privativa al juez de la rama respectiva.

Pues bien, estos argumentos los hago extensivos a cualquier otro evento donde el proceso sea conocido por un juez de rama diferente a la civil, llámase laboral o contencioso administrativa, o viceversa, que son las dos únicas donde realmente se pueden presentar y en la práctica así ha ocurrido, circunstancias discutibles en cuanto a quien debe ser el juez del conocimiento y únicamente realizó una ampliación, cual es la de que el hecho de que el proceso no sea de trámite idéntico (una de las razones dadas para con el caso de familia), no impide el proceder advertido pues lo que interesa no es la identidad de trámites sino el respeto al debido proceso, al ejercicio del derecho de defensa.

(iii) Vale agregar que en el *sub lite*, el *a quo*, mediante auto del 30 de junio de 2000 (fls. 917 a 919, c. ppal 3), puso de presente a las partes las irregularidades en el trámite, en particular por la falta de notificación al Ministerio Público, sin que alguna de ellas alegara nulidad, tan sólo las aseguradoras insistieron en el tema que aquí se estudia; sin embargo, es relevante que la propia vista Fiscal, en este estadio, se atuvo a lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil (fl. 717 y 718, c. ppal 3).

En esos términos, la Sala no encuentra vicio que de lugar a la nulidad de lo actuado; por el contrario, las actuaciones surtidas honran los principios constitucionales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso, al derecho de defensa y de contradicción, razón por la cual se procederá a definir de fondo el presente asunto.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

Atendiendo a la naturaleza de la denominada Empresas Públicas de Medellín E.P.M., en tanto se trata de una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal⁵, otrora establecimiento público del mismo orden, sus controversias son de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁶, siendo esta Corporación la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos⁷.

De otro lado, el 27 de junio de 1994, cuando se presentó la demanda (fl. 268, c. ppal), el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), en su parte pertinente, disponía:

Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones

En esos términos, las controversias derivadas de un contrato administrativo o de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad tenían como acción procedente la de controversias contractuales, en los términos arriba señalados; sin embargo, a partir de la Ley 80 de 1993, norma vigente a la

⁵ Mediante Acuerdo 58 de 1955 fue organizada como un establecimiento público del orden municipal, con personería jurídica y patrimonio autónomo, según certificación del Secretario General de las Empresas Públicas de Medellín (fl. 461, c. ppal). En la actualidad organizada como una empresa industrial y comercial del Estado, mediante Acuerdo 069 de 1997 (fl. 815, c. ppal 2).

⁶ “Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”.

⁷ El numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos de contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, celebrados por la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes. Además, como los perjuicios materiales se calcularon en \$463.001.474, siendo esta la mayor pretensión (fl. 247, c. ppal), es claro que para 1994 (fl. 268, c. ppal), cuando se presentó la demanda, la controversia contractual tenía un valor superior a \$9.610.000 y, por consiguiente, tenía vocación de doble instancia.

presentación de la demanda (27 de junio de 1994), las controversias de los contratos estatales serían de conocimiento de esta jurisdicción (artículo 75) a través de las acciones que el Código Contencioso Administrativo regulaba para el efecto. En esos términos, se impone interpretar las normas que regulaban las acciones y que se referían a los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, como si se tratara de una única categoría contractual denominada contratos estatales, en los términos de la modificación introducida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal como lo ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación, al definir el tema procesal de la jurisdicción, así⁸:

Sin embargo, como quiera que lo que determina la escogencia de jurisdicción no es la época en que hubieran tenido ocurrencia los hechos o la celebración del contrato, sino la oportunidad en que se presente la demanda y las normas vigentes para entonces, puesto que se trata de un asunto procedimental de aplicación o efecto inmediato a su vigencia⁹ (art. 40 de la Ley 153 de 1887¹⁰), de orden público y de obligatorio cumplimiento (art. 6 C. de P. Civil¹¹), se observa que, no obstante que en este caso con posterioridad a la suscripción del contrato sub examen hubo cambio de legislación regulatoria en materia de contratación de la administración pública, la jurisdicción para el conocimiento de los conflictos generados en virtud del mismo no sufrió ninguna modificación o alteración.

*En efecto, luego del Decreto ley 222 de 1983, se expidió la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en su artículo 32¹² unificó los contratos celebrados por las entidades de la administración enlistadas en el artículo 2 *ibídem*¹³ sin hacer distinción alguna, bajo la denominación de contratos estatales y*

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24.710, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Cita original: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de febrero de 1994, Exp. 91.82, C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁰ Cita Original: “Artículo 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

¹¹ Cita original: “Artículo 6. “Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y e ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas”.

¹² Cita original: Ahora, en relación con los contratos celebrados por la administración el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que son “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales” que se celebren por una de las entidades a que se refiere ese estatuto.

¹³ Cita original: Eliminó todas las distinciones que le fueron propias al decreto 222 de 1983, en el cual la jurisdicción competente para resolver los conflictos derivados de un contrato celebrados por una entidad pública, estaba signada por la naturaleza del contrato.

el artículo 75 de aquel estatuto, en concordancia con el artículo 87 del C.C.A. -que establece la acción de controversias contractuales-, asignaron a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento sobre las controversias originadas de los mismos.

Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación¹⁴, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993¹⁵, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia¹⁶, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción (...).

En consecuencia, cuando el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, se refiere a los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, precisa entenderlos en el caso en estudio como los estatales de que trata la Ley 80 de 1993. Por consiguiente, como la controversia en el presente asunto recae sobre un contrato suscrito por una entidad estatal, un establecimiento público del orden municipal, en la actualidad empresa industrial y comercial del mismo orden, se sigue que se trata de un contrato estatal de conocimiento de esta jurisdicción y cuyo ejercicio está circunscrito a la acción contractual.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual cuestionada (fls. 1 a 43, c. ppal).

1.3. La caducidad

El artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), dispuso que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los

¹⁴ Cita original: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de noviembre de 1995, Exp. 11.310., C.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁵ Cita original: La Ley 80 de 1993 empezó a regir en este aspecto, el 1 de enero de 1994, conforme lo señaló expresamente en su artículo 81.

¹⁶ Cita original: En la enunciación de los sujetos a los cuales se les aplica el estatuto contractual, el art. 2 No. 1 de la Ley 80 de 1993, se relaciona, entre otros, a la Nación.

motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento, sin que la relación contractual estuviera sometida al trámite de liquidación, por cuanto el régimen jurídico privado no lo imponía ni las partes lo pactaron. Así las cosas, es claro que ocurrido el siniestro el 25 de agosto de 1992 y presentada la demanda el 27 de junio de 1994, el bienio mencionado no había expirado.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si en el contrato de seguro de transporte contenido en la póliza 106472-4 del 20 de septiembre de 1991, suscrito entre las Empresas Públicas de Medellín y las aseguradoras Colseguros S.A., Antorcha S.A. y Seguros Generales S.A., antes Seguros La Andina S.A., estas últimas incumplieron lo pactado por no pagar a la primera el costo de las reparaciones del estator que resultó averiado al ser transportado desde Italia. Igualmente, habrá de definirse la responsabilidad de la llamada en garantía, como lo solicitaron las aseguradoras Colseguros S.A. y Antorcha S.A. (fls. 519 y 520, c. ppal 3).

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

3.1. Del régimen jurídico del contrato de seguro de transporte

De antemano es preciso señalar que los contratos suscritos por entidades territoriales no quedaron, en principio¹⁷, regulados por el Decreto Ley 222 de 1983, en tanto el artículo 1¹⁸ establecía como objeto de dicha normatividad las relaciones contractuales de las entidades del orden nacional. En esos términos, puede afirmarse que le corresponde a la Sala estudiar la cuestión conforme al derecho privado, en especial, por el derecho comercial que es el que regula la materia de los contratos de seguro objeto de debate.

¹⁷ Se dice en principio, porque las normas sobre tipología de contratos y sobre responsabilidad contractual del Decreto Ley 222 de 1983 se aplicaban al orden municipal. El mismo decreto en su artículo 80 refería al contrato de seguro y lo desarrollaba en su capítulo XVIII; sin embargo, el problema jurídico no impone el estudio de tales normas ni tampoco las partes advirtieron su necesidad.

¹⁸ “De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto. (...) Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios”.

3.2. De los hechos probados

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido¹⁹.

Con todo, vale aclarar que la declaración del ingeniero y economista Guillermo Peñuela Ramos, quien afirma que los dos tercios no dañados conservan su valor (fl. 9, c. 4, pruebas demandada), sin desconocer la necesidad de la reparación para asegurar la funcionalidad del estartor (fl. 8 rev., c. 4, pruebas demanda), no puede ser tenida en cuenta, en tanto no intervino en el contrato en estudio ni conoció directamente los daños causados al estartor, por lo que sus apreciaciones técnicas se confunden con el objeto de una prueba pericial, pero sin haberse surtido las formas propias de este medio probatorio²⁰. El mismo defecto se predica de lo depuesto por los señores Lucio Paul Gamboa Pinilla, Álvaro Enrique Lascarro Leal y Víctor Julio Calderón Fonseca (fls. 31 a 33, 69 a 76 y 77 a 80, c. 4, pruebas demandada).

De las pruebas allegadas y legalmente aportadas y practicadas se tiene:

3.2.1. El 20 de septiembre de 1991, Empresas Públicas de Medellín y las aseguradoras Colseguros S.A., Antorcha S.A. y Seguros Generales S.A., antes Seguros La Andina S.A.²¹ suscribieron el contrato de seguros de transporte contenido en la póliza 106472-4, que empezó a regir desde el 1 de septiembre de

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de marzo de 2010, exp. 37.061, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad se precisó: “Al respecto la doctrina ha definido al testigo técnico como aquel que “está en condiciones de efectuar deducciones o inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto. Por razón de su profesión, oficio o afición” y es precisamente esa experiencia específica la que le permite “efectuar deducciones sobre las causas determinantes de ciertos hechos materia de la litis, que es donde reside la esencia o distintivo básico de ese tipo de testimonio”. Cabe destacar que “el testigo técnico no es llamado a declarar sobre aspectos que requieren conocimientos especiales, porque eso encaja en la prueba pericial, sino que quien presencié los hechos tiene con respecto a estos y en razón de su profesión conocimientos que le permiten suministrar una información completa”, que es precisamente la que aclarará aspectos importantes todavía no confirmados”.

²¹ En la póliza se estableció que el amparo lo otorgaban Colseguros S.A., Andina S.A. y Antorcha S.A., en porcentajes del 60%, 25% y 15%, respectivamente. La administración y atención de la póliza quedó en cabeza de la primera de las mencionadas (fl. 43, ppal).

1991, con un valor asegurado de US\$5.000.000 (fls. 1 a 43, c. ppal, original allegada por E.P.M.). En lo pertinente pactaron:

BIENES ASEGURADOS TODA CLASE DE MAQUINARIA, EQUIPOS, REPUESTOS, ACCESORIOS Y MERCANCÍAS INCLUYENDO AQUELLAS EN DEVOLUCIÓN O REEXPORTACIÓN.

TRAYECTOS ASEGURADOS DESDE CUALQUIER LUGAR EN EL EXTERIOR Y LO RECIBIDO O DESPACHADO DESDE CUALQUIER LUGAR DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (...).

LUCRO CESANTE 10%

CONDICIONES GENERALES

1. AUTOMATICIDAD DE LA PÓLIZA

El carácter automático del contrato consagrado en esta póliza, consiste en que durante su vigencia, la compañía asegura en las condiciones aquí estipuladas todos los despachos de bienes indicados en la carátula, que le sean avisados por el asegurado dentro de los términos también aquí prescritos, es decir, sin necesidad de celebrar previamente un contrato de seguro para cada despacho.

La compañía sólo será responsable por los despachos que le sean avisados por escrito por el asegurado, dentro del mes siguiente al día en que conozca su embarque²². Con dicho aviso el asegurado suministrará la siguiente información necesaria para la expedición del correspondiente certificado de seguro (...).

2. RIESGOS ASEGURADOS

La presente póliza asegura contra los riesgos de pérdida o daño material de los bienes, que se produzcan con ocasión de su transporte, salvo las excepciones que se indican en las condiciones 3ª "Riesgos Excluíbles" y 4ª "Riesgos Excluidos".

Además, asegura en el transporte marítimo fluvial, la contribución definitiva por avería gruesa o común, de conformidad con el Código de Comercio y con sujeción a las Reglas de York y Amberes, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de transporte, hasta el límite del valor asegurado señalado en el correspondiente certificado de seguro.

3. RIESGOS EXCLUIBLES

Por estipulación expresa de las partes, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1120 del Código de Comercio, podrán excluirse del seguro otorgado por la presente póliza, las pérdidas o daños provenientes de los siguientes riesgos.

²² El plazo de un mes para el aviso del despacho fue modificado por el de 90 días, contados a partir del embarque (fl. 17, c. ppal, cláusula de aviso de despacho, suscrita el 20 de septiembre de 1991, es decir, el mismo día en que se suscribió el contrato de seguro de transporte en estudio).

a) *AVERÍA PARTICULAR, entendiéndose por tal, los daños a los bienes asegurados que sean consecuencia de eventos diferentes a:*

1. *Incendio, rayo, explosión o hechos tendientes a extinguir el fuego originado por tales causas.*

2. *Caídas accidentales al mar o al río de bultos durante la navegación o durante las operación de cargue, descargue o transbordo.*

b) *SAQUEO, entendiéndose por tal: 1) La sustracción parcial o total del contenido de los bultos. 2) la sustracción de alguna parte integrante de los bienes asegurados cuando no tengan empaque.*

c) *FALTA DE ENTREGA, entendiéndose por tal, la no entrega por extravío o por hurto y hurto calificado, según definición legal, de uno o más bultos completos (contenido y empaque) en que se halle dividido el despacho, de acuerdo con los documentos de transporte.*

4. RIESGOS EXCLUIDOS

La presente póliza no asegura las pérdidas o daños materiales a los bienes que tuvieren por causa o fueron consecuencia de:

a) *Guerra internacional, guerra civil, rebelión, insurrección, acto hostil de un poder beligerante o contra dicho poder, aprehensión proveniente de los anteriores riesgos, minas, torpedos, bombas u otros artefactos de guerra abandonados.*

b) *Huelga, suspensión de hecho de labores, suspensión de trabajo por cierre patronal, disturbios de trabajo, motines, conmociones civiles, terrorismo y apoderamiento o desvío de naves o aeronaves.*

c) *Toma de muestras por autoridad competente. Comiso, embargo y secuestro, retención, aprehensión o, en general, acto de autoridad sobre las mercancías o sobre el medio de transporte.*

d) *Vicio propio, combustión espontánea, mermas, evaporaciones o filtraciones que no se originen en rotura o daño del empaque.*

e) *Las pérdidas o daños que se originen en variaciones naturales climatológicas y de los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo.*

f) *Las pérdidas o daños causados por roedores, comején, gorgojo, polilla u otras plagas.*

g) *Las pérdidas o daños causados como consecuencia directa o indirecta de reacción o radiación nucleares o contaminación radioactiva.*

h) *Las pérdidas por errores o faltas en el despacho y los daños y pérdidas por haberse despachado los bienes en mal estado (...).*

8. VIGENCIA DE LAS COBERTURAS PARA CADA DESPACHO

a) **PARA DESPACHOS DE IMPORTACIÓN**

La cobertura de los riesgos se inicia desde el momento en que los bienes quedan a disposición del transportador y concluye con la entrega al asegurado o a sus representantes en el lugar final de destino indicado en el certificado de seguro, o al vencimiento de 45 días comunes, contados a partir de la fecha de llegada del vehículo que los haya transportado desde el exterior, lo que ocurra primero (...).

9. SUMA ASEGURADA

La suma máxima por despacho establecida en las condiciones particulares de esta póliza constituye el límite máximo de responsabilidad de la compañía para cada despacho.

La suma asegurada para cada despacho se determinará y se liquidará en el correspondiente certificado de seguro, así:

a) PARA IMPORTACIONES

1. En el trayecto exterior

El equivalente en moneda colombiana de la factura comercial y fletes exteriores, más el porcentaje convenido sobre estas sumas para gastos adicionales.

2. En el trayecto interior

A la suma asegurada del trayecto exterior se le agrega el valor de los impuestos de nacionalización y fletes interiores, más el porcentaje convenido sobre estas dos últimas sumas para gastos adicionales (...).

10. LUCRO CESANTE

Si el asegurado lo solicita, y la compañía lo acepta, ésta pagará por concepto de lucro cesante, el porcentaje convenido, sobre el valor de la indemnización respectiva.

18. PAGO DEL SINIESTRO (...)

La compañía pagará la indemnización en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados o cualquier parte de ellos, a su elección. Dentro de los límites de la suma asegurada y de acuerdo con las normas que regulan el importe de la indemnización, ésta no excederá en ningún caso, del valor real de los bienes asegurados ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario (...).

19. DEDUCIBLE

Es el porcentaje que invariablemente se deduce del monto de la pérdida indemnizable por avería particular o saqueo de los bienes aplicable, bien al valor total del despacho o bien el valor de cada bulto, de acuerdo con la tabla de deducibles de la tarifa autorizada por la Superintendencia Bancaria (...).

21. DERECHOS SOBRE EL SALVAMENTO

El asegurado participará proporcionalmente en la venta del salvamento neto, teniendo en cuenta el deducible y el infraseguro, cuando hubiere lugar a este último.

Se entiende por salvamento neto el valor resultante de descontar del valor de venta del mismo los gastos realizados por la compañía, tales como los necesarios para la recuperación y comercialización de dicho salvamento (fls. 1, 2 y rev., 3 rev., 4, 5 rev. y 6, c. ppal, original de la póliza).

3.2.2. El 17 de julio de 1992, la sociedad Ansaldo Componenti S.P.A. despachó unos "GENERADORES PARA TASAJERA"²³, en 68 bultos, en empaques de madera, con los siguientes trayectos (i) Genova (Italia) y puerto de Cartagena y (ii) desde este último a Medellín, cada uno asegurado por US\$2.426.861 y con cargo a la póliza arriba citada; el transporte fue informado a Colseguros el 30 de noviembre del mismo año (fl. 44, c. ppal, original del certificado de seguro 402657 del 5 de enero de 1993).

3.2.3. El 25 de agosto de 1992 cayó accidentalmente un tercio de la maquinaria denominada estator del generador sincrónico de 109 MVA, en momentos en que estaba siendo descargado en el puerto de Cartagena, según el informe del señor Rodrigo Arango Tobón, Supervisor de Transportes de E.P.M.. En dicho documento se consignó:

Se contrata una grúa de 65T perteneciente a la firma Sipsa de Cartagena, para descargue de los tercios de la segunda unidad de la central de Tasajera, para el 25 de agosto/92, según oficio No. 386529 del 24 de agosto/92. Con esta misma grúa se había descargado y cargado los tercios del estator de la primera unidad, operando satisfactoriamente.

*La grúa llega al terminal marítimo e inicia el descargue en el sitio señalado por Colpuertos, se coloca en posición de levante, dejando espacio para la entrada de la camabaja; alza la pieza 5 cm por encima del trailer y cuando el operador acciona el freno para suspender la pieza, **ocurre la falla de la zapata**, cayendo el tercio del estator sobre el trailer y luego inclinándose sobre la grúa (se destaca) (fl. 153, c. ppal, copia simple allegada con la demanda).*

²³ El despacho se hizo en cumplimiento del contrato 3844-E, sin fecha, suscrito entre E.P.M. y la sociedad Ansaldo Componenti S.P.A., que tenía como objeto el diseño, fabricación, prueba, pintura, embalaje, suministro de los equipos y materiales necesarios para el funcionamiento de la central eléctrica de Tasajera (fls. 46 a 129, c. ppal, originales). Vale anotar que según el convenio adicional 2 del 13 de febrero de 1992, el contrato se perfeccionó el 23 de septiembre de 1988 y los precios inicialmente pactados se incrementaron en un 28.3%, debido a que las demoras en los trámites para la ejecución del contrato alteraron la ecuación financiera (fls. 102 a 115, c. ppal).

3.2.4. El 26 de agosto siguiente, la E.P.M., a través del ingeniero mecánico Luis Javier Vélez efectuó el reporte de inspección al bien siniestrado, así:

4. RESULTADOS DE LA INSPECCIÓN

Se observa un aplastamiento y destrucción parcial de láminas del núcleo estatórico, más o menos a la mitad de la altura del sector y en su lado derecho, mirando desde el eje de máquina. El aplastamiento afecto por lo menos tres ranuras de bobinas de campo, en una extensión, en altura de núcleo, de unos 50 cms.

Se observa, además, aplastamiento de láminas del núcleo en la cara izquierda del sector, sobre la superficie que acopla con el tercio de estartor antiguo. Estos aplastamientos están ubicados aproximadamente a la mitad de la altura del estartor, en una zona de 20 a 30 cms. y demuestran profundidad hasta de 10-15 mms.

Las bobinas aparentemente están en buen estado. Otras zonas de la pieza, como la carcasa, no pudieron ser inspeccionadas debido a que la caja de madera que la contiene no permite el acceso (fl. 156, c. ppal, copia simple allegada con la demanda).

3.2.5. En la misma fecha, Delima & Cía. Medellín Limitada, en su calidad de corredor de seguros de la E.P.M., comunicó a Colseguros S.A. sobre la ocurrencia del siniestro (fl. 160, c. ppal, original).

3.2.6. El 14 de septiembre de 1992, con la intervención de dos funcionarios de la E.P.M., uno de Delima y la sociedad Hernán Zúñiga y Cía. Ltda., como ajustadora, en el acta respectiva, se dejaron sentadas las siguientes cuestiones:

1. En presencia de los participantes, se realizó la inspección de los daños ocasionados al tercio del estartor del generador sincrónico de 109 MVA, asignado a la central hidroeléctrica de Río Grande II, unidad No. 2, para lo cual se retiró completamente el empaque de madera.

2. Los señores de Ansaldo, Bruno Toncelli y Salvatore Derio, que se encuentran en el sitio, en la fase de Montaje, participaron en la inspección, con el objeto de evaluar los daños ocasionados al sector del estartor en el terminal marítimo de Cartagena, conjuntamente con el Ing. Luigi Mori, recientemente desplazado por Ansaldo para este caso en particular.

3. De la inspección, se desprende, por consenso unificado que:

-Las deformaciones de las láminas requieren de cambio total, para lo cual hay necesidad de desafilar el núcleo magnético hasta unos 300 mm de la base, sitio en donde se encuentra la última deformación.

-Para tal efecto, se requiere el retiro de la totalidad de las bobinas ensambladas del sector.

-Previamente se realizarán pruebas eléctricas de aislamiento a las bobinas.

- La carcaza, o estructura será revisada minuciosamente, para verificar el cierre del sector con sus otros tercios. Igualmente, se revisarán las soldaduras de la estructura estática con el sistema de partículas magnéticas.

4. Se aceptan las facilidades existentes y recursos humanos para realizar la reparación en Río Grande II, para lo cual, E.P.M., se encuentra en proceso de adquirir gatos hidráulicos para el proceso de prensado.

5. Ansaldo presentará oferta a E.P.M. por la reparación, con discriminación del personal técnico requerido, en tiempo y valor, la que se hará conocer de inmediato al ajustador.

6. Para la consecución de los materiales de importación, E.P.M., está en proceso de obtener las cotizaciones directamente de Ansaldo, Italia.

7. E.P.M. suministrará todos los recursos humanos y se encargará de la coordinación de la reparación.

8. E.P.M. mantendrá informada a la Compañía de Seguros, a través del ajustador de todas las fases del proyecto de reparación (fls. 164 y 165, c. ppal, original).

3.2.7. El 17 de septiembre de 1992, la sociedad Hernán Zúñiga y Cía. Ltda., ajustadora, informó a Colseguros sobre la reclamación de E.P.M. por el siniestro del estartor y la iniciación de las labores de su reparación, las cuales oscilaban entre USD \$700.000 y USD \$800.000, razón por la cual recomendaba dejar una reserva por el último de los valores indicados; valga señalar que en ese mismo escrito la ajustadora puso de presente que “[l]a compañía de seguros tuvo conocimiento del siniestro mediante comunicación vía facsímil de Delima, Medellín, el día 26 de agosto de 1992. El día 28 de agosto se nos encomendó la atención del caso” (fls. 67 a 72, c. 3, pruebas del demandante, en copia simple).

3.2.8. El 18 de septiembre de 1992, Delima & Cía. Medellín Ltda. informó a Colseguros S.A. que el 14 del mismo mes y año se realizó la inspección del estartor averiado y se constataron los daños sufridos, “[r]ecibiendo por parte del ajustador autorización para iniciar los trámites correspondientes a la reparación” (fl. 166, c. ppal, copia simple allegada con la demanda).

3.2.9. El 21 de octubre de 1992, E.P.M. puso en conocimiento de la sociedad ajustadora el estimativo de la reparación del estator por un total de DM 838.000 - marcos alemanes- (fls. 519 y 520, c. 3A, pruebas demandante, copia simple); este estimativo se fue incrementando paulatinamente, en tanto en el proceso se detectaron otros daños que obligaban a comprar unas bobinas por DM 440.336 (fl. 480, c. 3ª, pruebas demandante, copia simple); el 17 de febrero de 1993, E.P.M. efectuó otro estimativo de la reparación por D.M. 1.479.488 (fl. 401, c. 3A, pruebas demandante, en copia simple); por su parte, el 2 de marzo siguiente Delima & Cía. Medellín limitada envió una nueva proyección por D.M. 1.650.320.28 (fl. 398, c. 3A, pruebas demandante, en copia simple). La falta de claridad frente a este punto, la puso de presente la ajustadora a la aseguradora Colseguros el 22 de febrero de 1995 (fls. 642 a 648, c. 3, pruebas demandante, copia simple); vale llamar la atención que dentro del presente proceso la cuantificación de la reparación contenida en la demanda por **\$799.581.303.66** (fl. 247, c. ppal) **fue confirmada a través de prueba pericial** (fl. 799, c. ppal 2)²⁴.

3.2.10. El 9 de noviembre de 1992, la compañía ajustadora manifestó a E.P.M. que en la reunión del 29 octubre le solicitó mayor información sobre el proceso de reparación y, en consecuencia, requirió entregar algunos detalles de ese proceso (fls. 491 y 492, c. 3A, pruebas demandante, copia simple).

3.2.11. El 3 de enero de 1993, las aseguradoras expidieron el certificado de seguro 402657 por un valor asegurado de US\$2.426.861.03 (fl. 44, c. ppal, original).

3.2.12. El 18 de enero de 1993, la ajustadora comunicó a la corredora de seguros Delima & Cía. Medellín Ltda. lo siguiente:

1. Por las facturas comerciales, lista de empaque de ANSALDO COMPONENTI y conocimiento de embarque, B/L de la caja No. 75 del lote No. 8578, correspondiente al tercio del estator siniestrado, está facturada FOB en DM 500.000.

2. A la fecha del siniestro, la tasa de cambio del DM con respecto al USD era de 1.407 DM/USD.

3. El valor de la reparación, con la inclusión de las bobinas es de:

<i>Materiales cotizados por Ansaldo</i>	<i>DM</i>	<i>499.964</i>
<i>Bobinas adicionales</i>		<i>440.326</i>
<i>Total materiales</i>		<i>940.290</i>

²⁴ Valga anotar que de dicha prueba y su aclaración (fl. 785 a 788, c. ppal 2) se corrió traslado a las partes (fl. 795, c. ppal 2), sin que fuera objetado.

<i>Mano de obra extranjera estimada</i>	306.000
<i>Total materiales + mano de obra ext.</i>	1.246.290 (...)

4. Como los costos de la reparación son superiores al valor asegurado del tercio, la compañía de seguros, de acuerdo con los términos y condiciones de la póliza, responde hasta el límite del valor asegurado, que para efectos de la presente reclamación, es de DM 500.000, los cuales, a la tasa de 1.4875 DM/USD a la fecha del siniestro, corresponde a USD 336.134.45, tal como se relaciona en el anexo que se incluye.

5. Para trasladar el valor FOB al valor CIF Medellín, con los gastos extraordinarios del 10% incluidos, el factor del acuerdo con la declaración y anexo adjunto es del 16.6%. En estas condiciones, el valor CIF del tercio afectado es de USD 391.931.62.

6. Con los valores anteriores se determina la indemnización a lugar de USD 400.798.78, incluido el deducible de USD 27.569.09 establecido en el certificado de Seguro y el 10% por concepto de lucro cesante (fls. 184 y 185, c. ppal, copia simple allegada con la demanda).

3.2.13. El 24 de marzo de 1993, la sociedad ajustadora comunicó a Delima & Cía. Medellín Ltda. lo siguiente:

1. *Estamos completamente de acuerdo desde el punto de vista técnico del grado de dificultad existente para el transporte del estartor, el cual fue enviado y facturado como un solo conjunto. Desde el punto de vista del seguro contratado, la parte afectada corresponde a una caja o bulto, con un valor facturado FOB para los 3 bultos de DM 1.500.000, del cual por ser idénticos, se puede extraer el valor del bulto averiado corresponde a la máxima cuantía de la pérdida.*

2. *Hasta el presente, se ha tratado de llegar a un acuerdo en lo relacionado con la indemnización a que tiene derecho el asegurado a las luces del seguro de transporte. No se ha mencionado el salvamento a que tiene derecho la compañía de seguros.*

3. *En el supuesto de aceptarse como pérdida el valor de la reparación, para ser consecuentes, tendría que aceptarse un valor en proporción entre la pérdida y el valor asegurado de lo afectado, lo que es equivalente a decir que el estartor completo estaría del orden de USD 7.000.000.*

De lo contrario, estaríamos avocados a declarar una pérdida total constructiva, con todo el salvamento a favor de la compañía.

4. *El tercio averiado, fue sometido a reparación, con el firme convencimiento de que su reparación no sobrepasaría el valor real del mismo, que en este caso sería el valor declarado para el certificado de seguro, valor del cual se tuvo conocimiento tan sólo a finales de noviembre de 1992 y en forma definitiva en enero del presente.*

5. *De acuerdo con los términos y condiciones de la póliza, y de lo establecido en el Código de Comercio "La Compañía pagará la*

indemnización en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados o cualquier parte de ellos, a su elección, dentro de los límites de la suma asegurada y de acuerdo con las normas que regulan el importe de la indemnización, ésta no excederá en ningún caso, del valor real de los bienes asegurados ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario”, de acuerdo con el artículo 1089 del Código de Comercio. Ver también el artículo 1102, 1079 y 1074.

6. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la indemnización ofrecida en nuestra comunicación del pasado 18 de enero de 1993, continúa vigente. Esta, no tiene en cuenta el salvamento proporcional a que tiene derecho la compañía. En este caso, el salvamento correspondería a todo el tercio, por estar indemnizándose la totalidad del mismo al valor declarado, el cual corresponde al límite de la suma asegurada.

Como el salvamento lo necesita el asegurado, éste se negociaría utilizando los mismos parámetros porcentuales de pérdida y valores declarados, para ser consecuentes.

7. La indemnización solicitada por Uds. en su comunicación del 2 de marzo, se extiende al pago de la totalidad de la reparación, suma que al presente sería superior al límite máximo del valor asegurado, ya que el valor de la reparación al presente, con los datos suministrados el pasado 25 de febrero, y aplicando el mismo factor de importación del 16.6% esta ascendería a USD 1.195.643.53. Esto, si se aplicara la teoría de conjuntos, no contemplada en la póliza. En este supuesto caso, el salvamento sería la totalidad del estartor, tal como se le explicó al sr .Johan Jaramillo en nuestra reciente reunión del día 17 de marzo. En esta reunión se nos explicó la metodología de liquidaciones empleada por otras compañías, aplicando el concepto de porcentaje de pérdida, método conocido por nosotros, pero que no es recomendado por no ser aplicable en casos de supraseguro. En este sentido, la pérdida con relación al estartor completo sería: con relación al tercio, las partes dañadas (láminas y bobinas), corresponderían al 50% del tercio, equivalentes al 16.67% del estartor, el cual es aproximadamente el 50% del valor del embarque. En esta forma, el porcentaje de pérdida con relación al embarque sería del 8.07%.

De esta forma la indemnización sería de USD 185.236.39, con el salvamento proporcional de las partes dañadas.

En consecuencia, la indemnización planteada en su comunicación no es acorde con este planteamiento, debido a que el valor de la reparación, correspondiente al 50% del tercio, supera ampliamente el valor asegurado del tercio y del estartor completo. De indemnizarse la totalidad de la reparación, estaríamos ante el problema del salvamento total del estartor (fls. 196 a 198, c. ppal, copia simple allegada con la demanda).

3.2.14. El 21 de mayo de 1993, E.P.M., en comunicación dirigida a Colseguros S.A., manifestó:

Como puede desprenderse del anterior resumen, la magnitud de los daños y el monto de la reparación fue aumentando paulatinamente a medida que se adelantaban las labores de reparación. Esta posee además características muy especiales que fueron explicadas a ustedes por los funcionarios de Ansaldo en reunión llevada a cabo en nuestras instalaciones, y que ocasionan que el valor de la misma sea significativo frente al valor asegurado del bien, circunstancia que conduce en primer lugar a declarar una pérdida total constructiva.

En segundo término, evaluadas las distintas etapas del proceso en lo que siempre se contó con la autorización de ustedes y del ajustador, es claro que dentro de las opciones que la compañía tiene para indemnizar, optó por la de reparar el bien. Por lo tanto, es inaceptable que actualmente sus representantes propongan fórmulas indemnizatorias alternativas.

En ese momento ya se encuentran suscritos los contratos de reparación, e incluso Ansaldo ha suministrado parte de la piezas de repuesto y ordenado la fabricación de los restantes.

En nuestro criterio, considerando que el proceso seguido ha sido aceptado por la compañía aseguradora líder y por el ajustador, el salvamento, en este caso, se reduce a las partes que se cambiaron durante la reparación del equipo, las cuales quedan a disposición de la compañía asegurada (fl. 209, c. ppal, original).

3.2.15. El 22 de junio de 1993, Colseguros, en comunicación dirigida a E.P.M., respondió a lo arriba consignado, así:

1. Según el acta de inspección fechada el 14-09-92 y firmada por representantes de E.P.M., Delima y el ajustador, se aceptan las facilidades existentes y recursos humanos para que la firma fabricante Ansaldo Componenti, acometiera la reparación con la restitución de las garantías a nuevo del tercio averiado, para lo cual Ansaldo Componenti debía presentar de inmediato y directamente a E.P.M. las cotizaciones en firme debidamente discriminadas, situaciones que no compromete a la Aseguradora a optar por la vía de reparar como solución indemnizatoria a la reclamación por los daños sufridos al tercio del estartor averiado.

La decisión de reparación fue tomada y asumida por E.P.M., debido a la urgencia presentada por la emergencia energética que vivía el país en ese momento, los compromisos contraídos por el Gobierno y la posible afectación de la póliza de montaje, si se enviaba nuevamente el estartor a Génova, Italia, ya que además de resultar la reparación agravada monetariamente con la reexportación y reimportación, se debería esperar por lo menos dos años, situación que E.P.M. no estaba en condiciones de soportar.

2. Teniendo en cuenta que cada tercio del estartor se movilizó en cajas diferentes, de las cuales únicamente resultó averiada la No. 75, no estamos de acuerdo en considerar que las tres partes que forman el tercio se configuren un conjunto indivisible, ya que para efectos de su

transporte bien se hubiera podido despachar cada parte en embarques independientes.

Además, para la aplicación de la teoría de juegos tendría que considerarse también el rotor y otros accesorios como parte constitutiva del generador como tal, para ser funcional.

De acuerdo con la factura comercial se demuestra que existe un valor FOB de DM 1.500.000 para las cajas 73, 74 y 75, cuyos contenidos son idénticos, y en consecuencia el valor FOB que corresponde a la caja averiada es de DM 500.000, suma que se constituyó en el valor asegurado de la misma.

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad de la aseguradora, se limita a la avería de la caja identificada con el No. 075, única siniestrada entre 68 cajas que conformaron el pedido No. 3044C, lote No. 8578, según la liquidación que a continuación presentamos:

Valor asegurado FOB	USD 2.081.362.07
Suma asegurable FOB	2.017.013.11
Responsabilidad Cía. (%)	100
Valor asegurado CIF	2.426.681.03
Valor asegurado FOB caja 75	336.134.45
Valor reparaciones estimadas por el asegurado	1.263.052.15
Límite responsabilidad Cía.	391.931.62
Deducible	27.569.09
Subtotal indemnización	364.362.53
Lucro cesante (10%)	36.436.25
Indemnización final	400.798.78 (fls. 211 y 212, c. ppal, original).

3.2.16. En adelante, las pruebas dan cuenta de comunicaciones cruzadas donde las partes exponen sus argumentos frente al valor que debía corresponder a la indemnización por el siniestro en estudio (fls. 213 a 223, c. ppal, en copia simple), tal como se observa en la comunicación del 22 de febrero de 1995, que la firma ajustadora Hernán Zúñiga y Cía. Ltda. remitió a la aseguradora Colseguros (fls. 692 a 649, c. 3, pruebas demandante, copia simple).

3.2.17. A folio 646 del cuaderno principal 2, aparece un documento de la E.P.M. titulado "RELACIÓN DE DOCUMENTOS SOPORTE DE LA REPARACIÓN DEL ESTARTOR DEL PEDIDO 3844-E", sin fecha²⁵, en el cual, además de acompañarse con las facturas que lo respaldan (fls. 647 a 682, c. ppal, en original), se consignó:

²⁵ Valga anotar que en relación con los documentos aportados como soporte, el de la fecha más reciente es de enero de 1994 (fls. 670 y 671, c. ppal 2), razón por la cual llevaría a pensar que el documento en estudio fue suscrito con posterioridad a esa fecha.

1. MATERIALES			
FACTURA	VALOR DM	DOCUMENTO	VALOR \$
A02135-A02069- A02176-A02250 lotes 8682-8694- 8693 (DM 499.964)	449.967.59	NOTA DÉBITO 516 (90%)	223.976.528.10
TELEX			20.411
OTROS GASTOS			21.703
	49.996.41	NOTA DÉBITO 552 (10%)	24.103.012.23
TELEX			20.530
IVA			2.874
A00419-A00423 lote 8842 (DM 191.080)	171.972	NOTA DÉBITO 516 (90%)	85.016.194.09
IMPOVENTAS			210.315
COMISIÓN			29.444
IMPOVENTAS			
	19.108	NOTA DÉBITO 552 (10%)	9.179.773.23
A01300	270.698.40	NOTA DÉBITO 552 (90%)	129.723.154.20
Lote 8901 (DM 300.776)			223
	30.077.60	NOTA DÉBITO 552 (10%)	14.449.753.50
FACTURA	VALOR DM	DOCUMENTO	VALOR \$
IMPOVENTAS			10.762
2. MANO DE OBRA ANSALDO			
A00984-A00576- A00574	310.770.39	NOTA DÉBITO 535	151.917.768.81
A00017-A00018	198.968	PENDIENTE DE PAGO	92.321.481.44
3. MANO DE OBRA EE.PP. DE MEDELLÍN			
MEMORANDOS 514739-462093			13.709.219
4. GASTOS DE NACIONALIZACIÓN			
Se anexa relación de documentos			4.665.573.18
TOTAL			749.435.253.78²⁶

3.2.18. E.P.M. recibió de las aseguradoras demandadas como pago del siniestro en estudio la suma de \$336.579.830 (fls. 335 y 331, c. 3A, pruebas demandante, copia simple orden de pago 635183 del 22 de octubre de 1993 y cheque 5863888 del 19 de noviembre del mismo año).

²⁶ Sumatoria hecha por la Sala. El valor consignado en la demanda es de \$749.435.063.44 (fl. 246, c. ppal), es decir, dista muy poco.

3.2.19. El ingeniero Luis Enrique Coral Chamorro (fls. 1 a 7, c. 3, pruebas demandante), Jefe de Diseño de E.P.M. para el proyecto Río Grande 2, declaró en este proceso sobre la ocurrencia del siniestro y el trámite de la reclamación ante la aseguradora. Precisó que desde el punto de vista técnico, fue uno de los encargados de recomendar la mejor opción para enfrentar la avería del tercio del estartor, que no fue otra que la de repararlo por intermedio del fabricante, en tanto evitaba retrasos en la entrada en funcionamiento del proyecto, siendo que los tiempos se reducían respecto de otras soluciones, a su vez se aprovechaba la estructura que no fue dañada y a través del fabricante se mantenían vigentes todas las garantías de la maquinaria. Frente a la pregunta de si la parte siniestrada podía repararse, explicó:

Pues primero, como le dije al principio esta clase de máquinas debe ser construida por partes, esto se hace en razón de los problemas de transporte, no es posible técnicamente transportar unitariamente una máquina de ese tamaño y de ese peso, en segundo lugar las instalaciones de fabricación, están hechas para la fabricación por partes, en este sentido las tres partes en la que fueron construidos las máquinas de la tasajera, forman cada uno un conjunto coordinado de partes que deben ser ensambladas en el sitio para funcionar como un todo. De hecho ya lo dije es un conjunto coordinado de tres partes. A la segunda parte de la pregunta, el conjunto puede ser restaurado con una parte nueva, coordinada con las otras dos y para lograr esta coordinación, las otras dos partes no averiadas deben estar presentes en el sitio de la fabricación, o sea en la fábrica el conjunto, todo el conjunto, debe estar presente para ser ensamblado y probado con un todo, este detalle hacía que la fabricación completa, además del tiempo fuera mucho más costosa que la forma adoptada por la necesidad de volver toda la máquina otra vez al país de origen (fl. 5, c. 3, pruebas demandante).

En similares términos, declaró el ingeniero mecánico de la E.P.M. Luis Javier Vélez Duque (fls. 594 a 601, c. 3, cuaderno de pruebas).

3.2.20. El señor Joaquín Alberto Jaramillo Mesa (fls. 8 a 14, c. 3, pruebas demandante), quien trabajaba para la corredora de seguros Delima y Cía. Medellín Ltda., explicó que en sus proyecciones económicas del siniestro tuvieron en cuenta como valor del estartor el incremento del 28.3%, como consecuencia de la modificación del contrato de fabricación suscrito entre E.P.M. y Ansaldo Componenti S.P.A.; afirmó que el estartor era una sola pieza y así fue facturado y que ni las aseguradoras ni el ajustador mostraron oposición frente a la reparación del bien siniestrado, aunque aclaró que, en su concepto, el último no representaba a las primeras; en términos generales, el señor Jhoan Humberto Jaramillo Franco,

trabajador de la misma corredora de seguros, declaró en similares términos (fls. 35 a 39, c. 2).

3.2.21. Los testigos Amparo Gallego Morales y Luz Stella Bermúdez González, quienes laboraron para E.P.M. en el área de riesgos y seguros, y nacionalización de mercancías (fls. 22 a 31, c. 3, pruebas demandante), respectivamente; igualmente, los señores Pedro Ignacio Soto Gaviria, Subgerente de Colseguros Regional Nororiental; Diego Uribe Uribe, Gerente de E.P.M. entre junio de 1992 y diciembre de 1994; Darío Fernando Arango Diez, Gerente Financiero de E.P.M.; Luis Eduardo Rodríguez Corci, empleado de Colseguros, Jesús Antonio Londoño Buitrago, asesor de la firma Hernán Zúñiga y Cía. Ltda. (fls. 581 a 593, 602 a 627, c. 3, pruebas demandante); Guillermo de Jesús Bedoya Bedoya, Subgerente Técnico Administrativo de Colseguros; Carlos Fernando Gómez Jaramillo, Jefe del Departamento de Seguros de E.P.M.; Juan Carlos Palacios Cárdenas, Jefe de Siniestros de Colseguros; Carlos Hernando Rueda Eraso, corredor de seguros de las aseguradoras demandadas (fls. 1 a 6, 15 a 24, 37 a 43, c. 4, pruebas parte demandada), se limitaron a relatar algunos episodios sobre la ocurrencia del siniestro y el trámite de reclamación, además de opinar frente algunos de esos sucesos como el de la autorización de la reparación del tercio del estartor y el monto que debían pagar las aseguradoras.

3.2.22. El señor Hernán Zúñiga Aros, gerente de la firma ajustadora Hernán Zúñiga y Cía. Ltda., manifestó que no se le otorgaron facultades de representación de las aseguradoras y que su tarea se limitó a establecer las causas y las circunstancias del siniestro y determinar o corroborar la cuantía de la pérdida, además de recomendar un pago a la compañía de seguros; igualmente, aclaró que acompañó el trámite de reclamación y dio a conocer de la suerte del mismo a Colseguros, pero que la decisión de la reparación corresponde al dueño del bien siniestrado, con mayor razón en este caso donde se debían atender razones técnicas y de conveniencia pública, guardándose la aseguradora la posibilidad de indemnizar en dinero o a través de la reparación, atendiendo a la mejor opción desde el punto de vista económico; igualmente, manifestó que no se le informó sobre el valor final de la reparación del estartor (fls. 631 rev. a 633 y 636, c. 3, pruebas demandante).

3.3. DEL CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE

Antes de abordar el estudio de fondo de los cargos propuestos por los apelantes, se impone precisar la figura del contrato de seguro de transporte, así:

Es oportuno señalar que la póliza que se puede expedir en esta clase de contratos tiene las siguientes características:

(i) Es específica, puesto que permiten al asegurado consignar un cargamento en particular establecido para un solo transporte de una o varias mercancías, siendo necesario que la aseguradora reciba del asegurado información sobre la cantidad y clase de mercancías, el peso y número de unidades, el valor, el embalaje, el comienzo y fin de los riesgos.

(ii) Es automática, toda vez que ampara de modo simple y rápido las mercancías que de modo continuo se transportan y que se hallan sometidas a una constante modificación en su identificación, valor y cantidad. En este evento, se permite, como su nombre lo indica, amparar automáticamente los bienes sin necesidad de agotar todos los trámites necesarios para que el asegurador asuma un riesgo. Es así como la póliza establece las condiciones generales del contrato de seguro y señala genéricamente las mercancías objeto del amparo, difiriendo sus especificaciones al certificado de seguro de transporte, el cual puede emitirse aún después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro. Esta modalidad es la que corresponde a la póliza objeto de estudio en este proceso.

(iii) Es flotante, puesto que en esta modalidad las partes fijan un límite máximo de valor asegurado y se cobra inicialmente un porcentaje de la prima. Es utilizada comúnmente para amparar materias primas de factorías. Son de uso frecuente de quienes remiten frecuentes despachos - industria de cemento, bebidas o textiles-, habida consideración de la agilidad que brinda. A través de esta modalidad se cubren pluralidad de intereses, esto es, despachos sucesivos de mercancías para el transporte. Las especificaciones de cada despacho se individualizaran por medio de anexos a la póliza, certificados de seguro u otros medios permitidos por la costumbre²⁷.

²⁷ Cfr. ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando, Derecho de Transporte Terrestre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 312 y 313.

Como se observa dentro de las pólizas automáticas, en lo que aquí interesa, el certificado de seguro de transporte²⁸ resulta de vital importancia para determinar el riesgo asegurado. Frente al mismo, la doctrina ha advertido²⁹:

El Consejo de Estado, sostenía de tiempo atrás³⁰ que el certificado de seguro no podía cubrir riesgos anteriores, puesto que por definición el riesgo obedece a un hecho futuro e incierto. Por tanto, jamás se podía cubrir la ocurrencia de un siniestro pretérito. Este punto tenía particular relevancia para resolver las demandas que entonces se incoaban, en virtud de la subrogación de las compañías de seguro contra la empresa Puertos de Colombia. Con tal tesis, se invalidaban los efectos del certificado y se exoneraban a Puertos, de las pretensiones.

Esta tesis, contraria a toda la práctica internacional, convertía a Colombia en una ínsula en el derecho de seguros. Para el momento de la redacción de la nueva legislación, tal tesis apenas se estaba corrigiendo³¹, con fundamento en el concepto de que el amparo se otorga por la póliza y el certificado solamente cumple las funciones que fueron expresadas, esto es, especificar y valorar las mercancías genéricamente señaladas en la póliza.

Por ello, el certificado puede emitirse aún después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro³².

Se incorporaron en la legislación los principios de la doctrina contenida en la sentencia del 17 de junio de 1998, del Consejo de Estado, sobre el particular, en la cual se precisa que en el póliza marco está el contrato de seguros, con todos sus elementos esenciales y la finalidad del certificado individualizar y cuantificar el interés, pudiendo ser expedido en cualquier momento, sea antes o después de que se realice efectivamente el transporte de un determinado conjunto de mercancías y, en consecuencia, sea que se emita antes o después de ocurrido el siniestro.

²⁸ El artículo 1117 del Código de Comercio sobre el mismo prescribe: “CONTENIDO DEL CERTIFICADO DE SEGURO. <Artículo subrogado por el artículo 43 del Decreto extraordinario 01 de 1990. Además de las enunciaciones exigidas en el artículo 1047, el certificado de seguro deberá contener: 1) La forma como se haya hecho o deba hacerse el transporte; // 2) La designación del punto donde hayan sido o deban ser recibidas las mercancías aseguradas y el lugar de la entrega, es decir, el trayecto asegurado, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo siguiente, y // 3) Las calidades específicas de las mercancías aseguradas con expresión del número de bultos. // El certificado de seguro de transporte puede ser nominativo, a la orden o al portador. // La cesión de los certificados nominativos puede hacerse aún sin el consentimiento del asegurador, a menos que se estipule lo contrario. // PARÁGRAFO. En la póliza automática, el certificado de seguro tiene también la función de especificar y valorar las mercancías genéricamente señaladas en la póliza. **El certificado puede emitirse aún después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro**” (se destaca).

²⁹ ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando, op. cit., pp. 313 y 314.

³⁰ Cita original: Sentencia del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 1978.

³¹ Cita original: Corte Suprema de Justicia sentencia del 14 de junio de 1989, del 24 de noviembre de 1989.

³² Artículo 1117, modificado, artículo 43 Dcto . 1 de 1990.

El seguro en la modalidad automática se encuentra ínsito en la póliza marco, en la cual definidos en abstracto el interés y el riesgo asegurables y consignadas sus condiciones generales.

No obstante lo expuesto, la responsabilidad del asegurado en este tipo de contratos de seguros inicia desde el momento en que el transportador recibe o ha debido hacerse cargo de las mercancías y concluye con la entrega al destinatario, sin perjuicio de que puede extenderse más allá de esos extremos por voluntad de la partes³³; por otro lado, la prima se devenga de forma proporcional al tiempo corrido del seguro, con la obligación de restituir la prima no devengada si el contrato de seguro termina antes de expirar su vigencia. El asegurador ganará la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta y en caso de siniestro total se entenderá totalmente devengada por el asegurador y si es parcial se entenderá por devengada la correspondiente a la indemnización, sin consideración al tiempo transcurrido³⁴.

Los riesgos que generalmente cubre este seguro son: (i) pérdida total, que incorpora las pérdidas y daños causados a los bienes por incendio, rayo y explosión o por los hechos tendientes a extinguir el fuego, las caídas accidentales de bultos durante las operaciones de carga y descargue, trasbordo, vuelco, caídas y colisión, desaparición de bultos por inundación, desbordamiento de ríos, hundimiento o derrumbes, de muelles, terremotos, maremotos y demás fenómenos sísmicos (para indicar este amparo se hace con el signo convencional P.T); (ii) avería particular, que cubre los daños inherentes a la constitución física del objeto asegurado, *verbigracia*, maltrato, agua salada, ácido, de modo que hacen referencia estos daños a su contenido y no a su empaque (para indicar este amparo se hace con el signo convenio A.P.); (iii) falta de entrega, como su nombre lo indica asegura la no entrega, extravío, hurto de unidades completas, empaques y contenido (para indicar este amparo se hace con el signo convencional F.E.); (iv) saqueo, por la sustracción por medios violentos o cautelosos de los contenidos o parte de ellos (para indicar este amparo se hace con el signo convencional S)³⁵.

³³ “ARTÍCULO 1118. <RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR EN EL SEGURO DE TRANSPORTE>. <Artículo subrogado por el artículo 44 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990. La responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que el transportador recibe o ha debido hacerse cargo de las mercancías objeto del seguro y concluye con su entrega al destinatario. // Con todo, esta responsabilidad podrá extenderse, a voluntad de las partes, a cubrir la permanencia de los bienes asegurados en los lugares iniciales o finales del trayecto asegurado”.

³⁴ Cfr. ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando, op. cit. p. 315.

³⁵ *Ibíd.* p. 316.

En todo caso, huelga advertir que en el contrato de seguros de transporte rige el principio de cobertura de todos los riesgos inherentes al transporte, en los términos del artículo 1120 del Código de Comercio³⁶, a diferencia de lo que ocurre en términos generales en el seguro de daños, donde bien puede el asegurador asumir a su arbitrio todos o algunos riesgos que estén expuestos en el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, artículo 1056 *ejusdem*³⁷.

Precisa señalar que la normatividad comercial admite que dependiendo de si se asegura las mercancías o al transportador podrá ser un contrato de seguro de daños real o patrimonial³⁸; finalmente, las normas del contrato de seguros prohíben expresamente aplicar los artículos 1047³⁹, ordinal 6, 1070⁴⁰, 1071⁴¹ y 1107⁴² del Código de Comercio, siendo sus normas supletivas las previstas en el seguro marítimo⁴³, que a su vez se remiten a las normas de los seguros

³⁶ “<RIESGOS ASEGURABLES EN EL SEGURO DE TRANSPORTE>. 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”.

³⁷ “<RIESGOS ASEGURABLES EN EL SEGURO DE TRANSPORTE>. 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”.

³⁸ “ARTÍCULO 1124. PERSONAS QUE PUEDEN CONTRATAR EL SEGURO DE TRANSPORTE>. <Artículo subrogado por el artículo 46 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Podrá contratar el seguro de transporte no sólo el propietario de la mercancía, sino también todos aquellos 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”. En el mismo sentido, ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando, op. cit., p. 324.

³⁹ “ARTÍCULO 1047. CONDICIONES DE LA PÓLIZA. La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: Numeral 6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras”.

⁴⁰ ARTÍCULO 1070. Prima devengada.

⁴¹ ARTÍCULO 1071. Revocación.

⁴² ARTÍCULO 1107. Transferencia por acto entre vivos del interés asegurable.

⁴³ Artículo 1126 del Código de Comercio. En igual sentido, ver: ESCOBAR ESCOBAR, José Fernando, *op. cit.*, p. 330.

terrestres⁴⁴. Con todo, las normas del seguro de daños resultan aplicables en materia del contrato de seguro de transporte⁴⁵.

3.4. DE LOS CARGOS FORMULADOS POR LOS APELANTES EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con el fin de abordar todos los cargos formulados en las apelaciones, se analizarán primero los propuestos por las aseguradoras demandadas que se entrecruzan con los de la E.P.M. Después se estudiará la responsabilidad de SIPSA S.A. como llamada en garantía y, finalmente, la condena en costas.

Teniendo en cuenta que se trata del extremo pasivo de la litis, es claro que sus argumentos de alzada son coincidentes en negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, la Sala analizará los cargos frente a la sentencia siguiendo el siguiente orden:

3.4.1. El monto de la indemnización en los seguros reales

En este cargo se puso de presente (i) la diferencia entre los seguros reales y patrimoniales; (ii) la inaplicación de la teoría de los conjuntos y, por ende, del artículo 1032 del Código de Comercio, por cuanto el seguro de transporte cubre los riesgos que se concretan en los bultos transportados, en el presente asunto, el tercio averiado; y (iii) que el estartor se trataba de un bien divisible y así se transportó, razón por la cual se aseguró cada parte de él por separado y no en conjunto.

Para resolver sobre este cargo la Sala precisa:

⁴⁴ “ARTÍCULO 1765. <APLICACIÓN DE OTRAS NORMAS AL RÉGIMEN DE SEGUROS MARÍTIMOS>. En lo previsto en este Título, se aplicarán las disposiciones del Título V, Libro IV de este Código, relativo a los seguros terrestres en cuanto consulte la naturaleza del seguro marítimo”.

⁴⁵ Cfr. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, Derecho de Seguros, Tomo IV, Temis, Bogotá, 2013, p. 622. Dicho autor sostiene que la Comisión Revisora del Código de Comercio de 1958, en la exposición de motivos, expresó: “La Sección tercera comprende una breve regulación del seguro de transporte. Bien entendido que ella corresponde al transporte terrestre, porque el seguro de transporte marítimo es materia del título XII del libro VI. Al seguro de transporte, se aplican, como es obvio, las normas generales, especialmente las relativas a los seguros de daños y, en lo no previsto en unas y otras, en cuenta sean compatibles, las del seguro marítimo”.

(i) En relación con la definición del contrato de seguro, la jurisprudencia colombiana ha evidenciado el vacío de nuestro ordenamiento jurídico en esa vía⁴⁶; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha fijado la siguiente posición jurisprudencial⁴⁷:

Aun cuando el Código de Comercio vigente en el país desde 1.972 no contiene en el Título V de su Libro Cuarto ninguna definición expresa del contrato de seguro, lo cierto es que con apoyo en varias de las disposiciones que de dicho Título hacen parte, y de modo particular en los artículos 1037, 1045, 1047, 1054, 1066, 1072, 1077 y 1082, bien puede decirse, sin ahondar desde luego en mayores detalles técnicos para el caso impertinentes, que es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona - el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro.

(ii) Es necesario dilucidar si la anterior definición resulta extensible al seguro de transporte, toda vez que se construyó alrededor de los artículos 1036 a 1082, contenidos en el Título V, Capítulo I de los principios comunes a los seguros terrestres.

La respuesta tiene que ser positiva, primero, si se considera que el último de los artículos en cita, al regular los principios comunes a los contratos de seguros terrestres, refiere que estos podrán ser de daños o de personas⁴⁸, al tiempo que la Sección III del Capítulo II del Código de Comercio regula el seguro de transporte como parte de los primeros en mención, esto es, como de daños; segundo, si se atiende a que las normas que regulan el contrato de transporte remiten a las contenidas en el susodicho Título V, Capítulo I⁴⁹; tercero, porque el artículo 1125 *ejusdem* dispone expresamente qué normas son inaplicables al seguro en estudio,

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-751 del 6 de octubre de 2011, exp. T - 2927926, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 002 del 24 de enero de 1.994, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁴⁸ “ARTÍCULO 1082. <CLASES DE SEGUROS>. Los seguros podrán ser de daños o de personas; aquellos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales”.

⁴⁹ Verbigracia los artículos 1117 y 1122 (las anteriores normas con la modificación introducida por el artículo 43 del Decerto 01 de 1990, norma vigente el 20 de septiembre de 1991, cuando se expidió la póliza automática de transporte 106472-4 aquí en estudio).

particularmente, los artículos 1047, ordinal 6, 1070, 1071 y 1107; con todo, precisa aclarar que el artículo 1126 de la codificación en cita remite los casos no previstos al seguro marítimo, sin que en el Título XIII, Capítulo I del código (artículos 1703 a 1721) se defina la cuestión que aquí ocupa a la Sala.

(iii) Siendo así, es claro que todo contrato de seguro supone una parte, generalmente, el asegurador, que se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”.

(iv) De lo expuesto, precisa detenerse en que los seguros de daños, bien sean reales o patrimoniales, pretenden una indemnización efectiva y, por consiguiente, se impone analizar a qué equivale ese concepto en los primeros.

3.4.1.1. La indemnización efectiva en el contrato de seguro de transporte

El artículo 1083 del Código de Comercio, ubicado en el Capítulo II, Sección I, de los principios comunes a los seguros de daños, prescribe:

INTERÉS ASEGURABLE. 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.

Como se observa, el interés asegurable en los seguros de daños se concreta en el patrimonio de la persona, en el caso en estudio, por riesgos relacionados con el transporte⁵⁰. Ese interés asegurable a su vez puede recaer sobre determinados o determinables bienes muebles o inmuebles, o sobre la integridad del patrimonio.

⁵⁰ “ARTÍCULO 1120. RIESGOS ASEGURABLES EN EL SEGURO DE TRANSPORTE. 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”.

En el primer evento, el seguro de daños será real y, en el otro, patrimonial. La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de explicarlo así⁵¹:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros pueden ser de daños o de personas; y los de daños, a su vez, pueden ser reales o patrimoniales. Como su nombre lo indica, los seguros de daños son los destinados a brindar protección en relación con un eventual "daño patrimonial", recayendo los seguros reales sobre cosas muebles o inmuebles, que estén determinadas o sean determinables. Además, los seguros patrimoniales apuntan a la protección de la integridad del patrimonio económico y a tal categoría pertenece el denominado "seguro de responsabilidad" al cual se refieren las disposiciones acusadas.

En consecuencia, bien puede afirmarse que el contrato de seguro de transporte es un contrato real, en tanto recae sobre las mercancías aseguradas. La doctrina frente a su teleología y naturaleza, ha explicado⁵²:

De antiguo, desde una perspectiva teleológica, el seguro de transporte, per se, se ha caracterizado por brindar u otorgar cobertura, muy especial, 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 la materialización de numerosos riesgos susceptibles de afectar múltiples intereses, v.gr. el medio de transporte seleccionado; los fletes, etc. (riesgos inherentes al transporte).

Lo que se sigue entonces es determinar cuál es el monto de la indemnización en caso de siniestro en esta clase de seguros. Para responder a esta cuestión precisa revisar lo que indican las normas del Código de Comercio frente al seguro de daños en general y, en particular, respecto del seguro de transporte⁵³, así:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el seguro de daños es de naturaleza indemnizatoria y, por ende, no puede constituir fuente de enriquecimiento. Con todo, puede comprender tanto daño emergente como lucro cesante, requiriendo en este último evento pacto expreso. Sin embargo, esa excepción confirma la

⁵¹ Sentencia C-388 del 23 de abril de 2008, exp. D-7001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵² JARAMILLO J., Carlos Ignacio, op. cit., pp. 596 y 597. El aparte que se cita está fundado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 30 de septiembre de 2002, exp. 4799, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, como lo advierte el autor.

⁵³ *Ibíd.* p. 622. Dicho autor sostiene que la Comisión Revisora del Código de Comercio de 1958, en la exposición de motivos, admitió la aplicación de las normas del seguro de daños.

regla general de indemnización en este tipo de seguros atada a las mercancías transportadas⁵⁴.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la indemnización tiene límites en (i) el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, que se presume corresponde al acordado entre las partes del contrato de seguro, evento en el cual el asegurador puede alegar que lo acordado es excesivo pero no que es inferior al valor real del interés asegurado, y en (ii) el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado⁵⁵.

En tercer lugar, las partes pueden pactar que la indemnización corresponda a dinero o al valor de la reparación, reposición o el reemplazo del bien asegurado, pero en todo caso sujeto al límite de la suma asegurada y a la elección que haga el asegurador⁵⁶.

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que (i) la naturaleza del seguro de daños es indemnizatoria y, por ende, el monto a reconocer debe ser directamente proporcional al perjuicio causado para evitar enriquecimientos injustificados; (ii) por esa razón la indemnización tiene dos limitantes: el valor real del riesgo asegurado y el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido, los cuales (iii) bien pueden pagarse en dinero o en especie.

Aterrizando al contrato de seguro de transporte, la doctrina nacional, frente al alcance indemnizatorio de este tipo asegurativo, ha precisado⁵⁷:

⁵⁴ “ARTÍCULO 1088. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

⁵⁵ “ARTÍCULO 1089. LIMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN. 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. Este, 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”.

⁵⁶ “ARTÍCULO 1090. PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR EL VALOR DE REPOSICIÓN O DE REEMPLAZO Lo dispuesto en el artículo anterior no obsta para que las partes, al contratar el seguro, acuerden el pago de la indemnización por el valor de reposición o de reemplazo del bien asegurado, pero sujeto, si a ello hubiere lugar, al límite de la suma asegurada”. Asimismo, “ARTÍCULO 1110. FORMA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN. La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador”.

⁵⁷ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, op. cit., p. 597.

En ese este orden de ideas, importa memorar que, de vieja data - dado que el seguro irrumpió en el marco de la renovada edad medida específicamente el marítimo, el que luego le dio paso al terrestre, v. gr. al seguro de transporte, el que despunta con fisonomía propia en las legislaciones del siglo XIX-, 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 (C. de Co., art. 1082). 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

De suerte que la indemnización en el seguro de transporte está atada a los daños efectivos que se concreten en las mercancías. En esa vía, el artículo 1222 del Código de Comercio prescribe como límites de la indemnización los siguientes:

CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN. Subrogado por el art. 45, Decreto 01 de 1990. En la suma asegurada se entenderá incluido, además del costo de las mercancías aseguradas, en el lugar de destino, el lucro cesante si así se hubiere convenido.

En los seguros relativos al transporte terrestre, si éste lo realiza un tercero, salvo pacto en contrario, la indemnización por concepto de daño emergente a cargo del asegurador tendrá como límite máximo el valor declarado por el remitente según el inciso tercero del artículo 1010⁵⁸ o en su defecto, el valor determinado conforme al inciso sexto del artículo 1031⁵⁹, de este Código.

En consecuencia, el límite máximo se contrae al monto de las mercancías aseguradas más el lucro cesante pactado; ahora, en el seguro de transporte terrestre el daño emergente a reconocer estará integrado por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar o el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario, cuando no se suministre el valor de la mercancía o declare un mayor valor.

⁵⁸ “ARTÍCULO 1010. REMITENTE E INFORMACIÓN SOBRE LA COSA. Subrogado por el art. 20, Decreto 01 de 1990. (...) **El valor que deberá declarar el remitente estará compuesto por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar**” (se destaca).

⁵⁹ “ARTÍCULO 1031. VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN. Subrogado por el art. 39, Decreto 01 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: (...) **En el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a mas tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero el artículo 1010, el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante**” (se destaca).

Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de que esa indemnización pudiera ser en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador - esto último permitido en el *sub lite*, toda vez que las partes así lo pactaron⁶⁰-. Esas posibilidades deberán observar el binomio de indemnización efectiva y enriquecimiento injustificado, toda vez que la opción que escoja el asegurador no solamente deberá consultar su situación, sino la de una indemnización plena, supeditada, claro está, a la suma asegurada, y que en los contratos de seguros de transporte se encamina a garantizar la funcionalidad de la mercancía. Con todo, las formas de indemnización no serán acumulables - por el contrario, escoger una de ellas supone la improcedencia de las otras-, pero entre ellas deberá escogerse la que mejor corresponda a lo pactado en el contrato de seguro, a su objeto y finalidad legales.

3.4.1.2. Pérdida de las mercancías en el contrato de seguro de transporte

Ni la normatividad sobre seguros de transporte ni la de seguros de daños se ocupa de definir eventos de pérdidas totales o parciales de las mercancías, como sí ocurre en el contrato de seguro marítimo, normas a la cuales remite el artículo 1126 del Código de Comercio⁶¹. En ese orden, el artículo 1734 *ejusdem*⁶²(sic), respecto de los casos de pérdida total real o efectiva, prescribe:

<DEFINICIÓN DE PÉRDIDA TOTAL REAL O EFECTIVA>. Existirá pérdida total real o efectiva y, en tal caso, no será necesario dar aviso de abandono, cuando el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado que pierda la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinado o cuando el asegurado sea irreparablemente privado de él.

Igualmente, más adelante dentro de la regulación del seguro marítimo, el artículo 1736 de la misma normatividad prescribe:

⁶⁰ Efectivamente, en la condición general 18 se pactó: “18. PAGO DEL SINIESTRO (...) La compañía pagará la indemnización en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados o cualquier parte de ellos, a su elección. Dentro de los límites de la suma asegurada y de acuerdo con las normas que regulan el importe de la indemnización, ésta no excederá en ningún caso, del valor real de los bienes asegurados ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario (...)” (fl. 5 rev., c. ppal). En concordancia con lo permitido por el artículo 1110 del Código de Comercio.

⁶¹ “ARTÍCULO 1126. <REMISIÓN AL SEGURO MARÍTIMO>. En los casos no previstos en esta sección (se refiere a la del contrato de seguro de transporte) se aplicarán las disposiciones sobre el seguro marítimo”.

⁶² Del Título XIII, del seguro marítimo, Capítulo VI, pérdida.

<CASOS DE EXISTENCIA DE PÉRDIDA TOTAL CONSTRUCTIVA O ASIMILADA>. Existirá pérdida total constructiva o asimilada cuando el objeto asegurado sea razonablemente abandonado, bien porque aparezca inevitable su pérdida total o efectiva, o bien porque no sea posible preservarlo de ella sin incurrir en gastos que excederían su valor después de efectuados. Particularmente habrá pérdida total en los siguientes casos:

1) Cuando el asegurado sea privado de la nave o de las mercancías, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de la nave o de las mercancías una vez rescatadas;

2) Cuando el daño causado a la nave por peligro asegurado sea de tal magnitud que exceda el costo de la nave una vez reparada. Al efectuar la estimación del costo de las reparaciones no podrá hacerse deducción alguna por contribuciones de avería general a cargo de otros intereses. Pero se tendrán en cuenta los gastos de futuras operaciones de salvamento, lo mismo que cualesquiera contribuciones futuras de avería general a que la nave tuviere que atender en caso de ser reparada, y

3) Cuando la reparación de los daños de que sean objeto las mercancías aseguradas y el costo de su remisión a su lugar de destino excedan su valor a la fecha de arribo.

Sobre el alcance de la pérdida real o efectiva del objeto asegurado y sobre la denominada constructiva o asimilada, la Corte Suprema de Justicia ha precisado⁶³:

Distingue el artículo 1733 ibídem dos clases de pérdida, una que llama "real o efectiva" y otra que denomina "constructiva o asimilada". Se define que hay pérdida total real o efectiva "cuando el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado que pierde la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinado o cuando el asegurado sea irreparablemente privado de él" (artículo 1734 del C. de Co.) Y para este tipo de pérdida, el artículo 1734 ejúsdem excusa el aviso de abandono por dos razones fundamentales, primero porque nada podría hacer el asegurador, en tanto nada hay que pueda ser salvado, y porque en tal caso la única obligación a cargo del asegurador es la de pagar la indemnización. Además, el aviso de abandono carece de utilidad en esta hipótesis, pues el carácter irreparable de la pérdida y la destrucción definitiva de la cosa, por ser eminentemente objetivos, son demostrables en cualquier tiempo, de modo que el asegurador no

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2006, exp. 11001-3103-024-1994-22712-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla. En esa ocasión la situación fáctica se concretó así: "La sociedad 'Dragados Hidráulicos Ltda.' demandó a la 'Aseguradora Colseguros S.A.' con el fin de que se declarara que entre ellas se celebró un contrato de seguro, formalizado mediante la póliza No. NA-1788, que amparó, entre otras cosas, el casco de la draga 'Caño Limón', riesgo éste que tuvo ocurrencia por la pérdida total de dicha máquina el 26 de octubre de 1993; en consecuencia, pidió condenar a la demandada al pago de la suma de US\$1'500.000,00 más los intereses comerciales moratorios a partir del mes siguiente al día en que se produjo el siniestro".

podría resistirse a la pérdida y la prueba de la destrucción se mantendría en el tiempo a disposición de las partes.

Pero al lado de la pérdida "real o efectiva", hay otra que el Código llama pérdida "constructiva o asimilada". La forma como se nomina la institución, da cuenta que no se trata de un caso de destrucción "real" y "efectiva" de la cosa, ni de un caso de desapoderamiento de tal magnitud que haga irrecuperable el artefacto, sino de una ficción. La separación de las dos modalidades de pérdida, la efectiva y la asimilada, se explica por que la primera comporta destrucción o imposibilidad total de recuperación en manos de terceros, mientras que la pérdida "asimilada" es de carácter ficto, por ser un reconocimiento de que la cosa en verdad no fue destruida materialmente, en el sentido de que perdió su naturaleza, tampoco es fatalmente irrecuperable.

Dicho en compendio, en la pérdida "asimilada" no se trata de una destrucción objetiva, tampoco de una pérdida irrecuperable y definitiva, sino de una simple asimilación, lo que muestra la diversidad de esencias de las dos instituciones. Y la nota distintiva entre ellas básicamente reside en que la pérdida "constructiva o asimilada" no comporta pérdida efectiva, tampoco extravío definitivo, todo lo cual hace que se pueda examinar la magnitud y extensión del daño, para averiguar si es fatal e inexorable, o es apenas inminente, así como acerca de la posibilidad de recuperación de la cosa transitoriamente en manos de terceros, por ejemplo.

Y según el artículo 1736 del Código de Comercio, la pérdida es asimilada, cuando parece que se llegará de modo "inevitable" a una pérdida real o efectiva, es decir, cuando el daño o deterioro que afecta a la cosa evoluciona inevitablemente hacia la destrucción o la pérdida de su naturaleza, lo que acontece cuando deja de existir en función de los fines para los que fue creada; y dice el Código que aunque sea posible atajar ese deterioro o degradación de la cosa, habrá pérdida si el intento de recuperación vale más que la cosa misma, pues la labor de salvamento implicaría entonces el costo de una nueva creación del objeto.

Y como la pérdida en este último caso no es real o efectiva, sino "asimilada", la ley reconoce que hay una zona de penumbra en la que es posible la dubitación y la equivocidad, pues la cosa podría ser recuperable y el daño eventualmente detenido, sólo que salvar la cosa o recuperarla valdría más que la cosa misma.

Por esta circunstancia, es decir, por la posibilidad de recuperar la cosa o la de evitar su destrucción definitiva, la ley impuso al asegurado el deber de comunicar al asegurador el abandono, deber que no existe en la pérdida real o efectiva, porque expresamente fue excluido por el artículo 1734 del Código de Comercio. Dicho en pocas palabras, en la pérdida asimilada puede haber una divergencia de juicio entre asegurador y asegurado sobre el carácter irreversible del deterioro o sobre la posibilidad de salvación de la cosa y sobre la relación costo - beneficio de la salvación.

De lo expuesto se puede extraer para lo que aquí interesa, que en aquellos casos en los cuales se produzca una pérdida real o efectiva o una pérdida constructiva o asimilada, cuando el bien deja de funcionar o la reparación va más allá de su valor, estaremos en el campo de la pérdida total. En esa línea, el artículo 1032 de la misma codificación contiene una regulación que resulta similar a la de las normas anteriormente citadas. Efectivamente, la norma prescribe:

DAÑO EQUIPARABLE A PÉRDIDA DE LA COSA. Subrogado por el art. 40, Decreto 01 de 1990. El daño o avería que haga inútiles las cosas transportadas, se equiparará a pérdida de las mismas. Hallándose entre las cosas averiadas algunas piezas ilesas, el destinatario estará obligado a recibirlas, salvo que fuere de las que componen un juego.

En los demás casos de daño o avería, el destinatario deberá recibirlas y el transportador estará obligado a cubrir el importe del menoscabo o reducción, en forma proporcional y conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

Ahora, las demandadas estiman que la remisión al contrato de transporte para definir la cuestión de pérdidas o averías de mercancías, particularmente, al artículo 1032 del Código de Comercio, no es técnica. En tal sentido, se observa que en la normatividad del seguro de transporte, el artículo 1122 *ejusdem* regula el monto de la indemnización y remite sólo a ciertas disposiciones que hacen parte del contrato de transporte, en concreto, al inciso 3 del artículo 1010 y al inciso 6 del artículo 1031 de la codificación en cita, sin que extienda más allá su remisión; por el contrario, el artículo 1126 remite los vacíos del seguro de transporte a las disposiciones del contrato de seguro marítimo.

El anterior análisis llevaría a pensar que les asiste razón a las demandadas; sin embargo, esa remisión restringida encuentra explicación en el hecho de que el interés asegurable del contrato de seguro de transporte, generalmente⁶⁴, lo son las mercancías y, por ende, el titular de ese interés lo será el dueño del bien transportado, como ocurre en el contrato *sub judice*; mientras que en las relaciones del contrato de transporte se regulan las obligaciones entre el remitente y el transportador y, en particular, el artículo 1032 precitado fija las obligaciones de

⁶⁴ Se dice generalmente, porque el artículo 1124 del Código de Comercio advierte la posibilidad de que el contrato de seguro de transporte pueda ser contratado, entre otros, por el transportador. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 30 de septiembre de 2002, exp. 4799, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo ha explicado que ese tipo de seguros “puede albergar uno de responsabilidad civil, en el que obviamente, no estará asegurada la cosa, sino la responsabilidad del transportador”. Visto en: Cfr. JARAMILLO J. Carlos Ignacio, op. cit., Tomo IV, p. 603.

este último en caso de daños en la mercancía objeto del contrato de transporte, es decir, se trata de un titular e interés asegurable diferentes.

Con todo, bien puede sostenerse que las disposiciones que refieren al grado de afectación de las mercancías, aspecto objetivo -que aunque guarda conexidad con el titular e interés asegurable no se confunde con ellos-, en tanto permiten fijar la forma en la que pueden resultar afectadas y al tiempo ilustran la manera de indemnizar los perjuicios, no riñen con la naturaleza ni a la normatividad de los contratos de seguro de transporte y marítimo, siendo que también en el contrato de transporte su objeto se concreta en las mercancías, por lo que bien puede tomarse las normas citadas como complementarias o ilustrativas del tema de pérdidas de las mismas.

En conclusión, (i) la pérdida total y la inutilidad de las cosas tiene una relación inescindible, tanto en el contrato de seguro de daños como en el seguro de transporte, siendo que ambas generan la pérdida del bien para el asegurado; (ii) el pago en dinero y la reparación, reposición o reconstrucción de la cosa son formas de indemnización que se excluyen, pero bien sea que se paguen unas u otras, se debe garantizar al asegurado la funcionalidad de la cosa, como pago efectivo y (iii) si se produce el daño de un componente esencial e imprescindible del objeto asegurado presupone o bien una pérdida total real o efectiva, cuando pierde la utilidad para la cual fue destinado, o pérdida total constructiva asimilada, en caso de que su reparación cueste más que su valor.

3.4.1.3. El caso en concreto

Aterrizando lo expuesto al *sub judice*, se tiene que el ingeniero Luis Enrique Coral Chamorro (fls. 1 a 7, c. 3, pruebas demandante), Jefe de Diseño de E.P.M. para el proyecto Río Grande 2, declaró:

Preguntado: Puede afirmarse que averiada una sección del estartor los otros dos tercios perdían valor económico? Contestó: absolutamente es que la máquina es una sola, y no puede operarse con solamente dos de los tres tercios (fl. 3, c. 3, pruebas demandante).

En la misma dirección declaró el ingeniero mecánico Carlos Fernando Gómez Jaramillo, Jefe del Departamento de Seguros de E.P.M. para la época, quien

afirmó que “[e]videntemente los otros dos segmentos son inútiles sin la integridad y operatividad del segmento averiado” (fl. 16 rev., c. 4, pruebas demandada).

En este punto, es preciso aclarar que si bien el ingeniero Víctor Julio Calderón Fonseca declaró en sentido contrario, su dicho no tiene la suficiente fuerza probatoria, toda vez que no cumple con las condiciones de un testimonio técnico, sus aseveraciones son generales y no sobre el caso en particular, ni tampoco fue testigo directo de los hechos sobre los cuales depuso. Para ilustrar lo anterior, precisa citar apartes de su declaración donde se pone en evidencia la imprecisión de sus afirmaciones, tal como el mismo las pone de presente, así:

*PREGUNTADO. Si un estartor viene dividido en varias partes y solo una parte y sólo una parte se golpea. Le pregunto, es posible reparar o reconstruir la parte golpeada sin tener a la mano las dos partes buenas? CONTESTO. **Depende** el caso en el tipo de daño que presente la parte afectada por qué razón? Por que en algunos casos se puede reparar un daño menor en el sitio o en la parte afectada donde no haya dañado estructuralmente la parte global. PREGUNTADO. Si lo dañado son las láminas y las bobinas, se pueden hacer las pruebas de que quedó bien reparado el tercio sin tener a la mano los otros tercios. CONTESTÓ: Sí, sencillamente usando las medidas originales, planos, especificaciones de bobinas, longitudes, diámetros, estructura mecánica de cada componente y las pruebas se pueden hacer eléctricamente a esa parte sin contar con los otros dos elementos, cuando se trata de un daño de una magnitud muy grande donde se demuestre que el equipo afectado o la parte afectada materialmente no se puede habilitar o reparar en el sitio si se hace necesario enviarlo a la fabrica, **desconozco** nuevamente la magnitud del daño en las láminas y bobinas que cita el doctor para poderle precisar esta pregunta (se destaca) (fl. 79, c. 4, pruebas demandada).*

Así las cosas, la reparación del estartor en su tercio averiado resultaba imperiosa para viabilizar el funcionamiento de todo el conjunto, bien en el país o en el exterior; en caso contrario, se consumaba una pérdida total efectiva o real, toda vez que el daño que presentó impedía el uso y funcionamiento del bien asegurado para el fin a que estaba naturalmente destinado, en los términos del artículo 1734 del Código de Comercio y, por consiguiente, la indemnización efectiva en dinero debía corresponder al valor total del estartor y no a un tercio, como equivocadamente lo sostuvieron las aseguradoras.

Vale precisar que reemplazar la parte averiada por una nueva resultaba superior a la reparación y, por ende, se caía en el campo de la pérdida constructiva total o asimilada, tal como lo explicó el ingeniero Luis Enrique Coral Chamorro, sin que la aseguradora haya controvertido ni probado en contrario de lo depuesto, así:

*Pues primero, como le dije al principio esta clase de máquinas debe ser construida por partes, esto se hace en razón de los problemas de transporte, no es posible técnicamente transportar unitariamente una máquina de ese tamaño y de ese peso, en segundo lugar las instalaciones de fabricación, están hechas para la fabricación por partes, en este sentido las partes en la que fueron construidos las máquinas de la tasajera, forman cada uno un conjunto coordinado de partes que deben ser ensambladas en el sitio para funcionar como un todo. De hecho ya lo dije es un conjunto coordinado de tres partes. A la segunda parte de la pregunta, **el conjunto puede ser restaurado con una parte nueva**, coordinada con las otras dos y para lograr esta coordinación, las otras dos partes no averiadas deben estar presentes en el sitio de la fabricación, o sea en la fábrica el conjunto, todo el conjunto, debe estar presente para ser ensamblado y probado con un todo, este detalle hacía que la fabricación completa, además del tiempo fuera mucho más costosa que la forma adoptada por la necesidad de volver toda la máquina otra vez al país de origen (se destaca) (fl. 5, c. 3, pruebas demandante).*

En suma, la indemnización en el seguro de transporte en estudio bien podía corresponder a una suma de dinero o a la reparación, pero en el primer evento se debía concretar al valor total del bien asegurado y no a una sola parte del mismo, toda vez que atendiendo a sus especiales características, se trata de una unidad funcional necesaria constituida por partes esenciales, por lo cual la avería de una de ellas comportaba y, en tales circunstancias, la pérdida debía considerarse total, en los términos arriba explicados, sin que, claro está, se excediera el valor asegurado⁶⁵.

En otras palabras, la indemnización pagada por las aseguradoras no correspondió al daño efectivamente causado a la mercancía, toda vez que escoger la opción de pagar en dinero imponía el pago de su costo total, puesto que el bien quedaba inutilizable; solamente, como quedó demostrado en este proceso, la reparación dio lugar a su recuperación, incluso por un valor inferior al importe de la mercancía, lo que evitó caer en una pérdida constructiva total o asimilada. De suerte que el hecho de no adelantar tales labores ponía al bien en situación de pérdida total real y efectiva.

Ahora, cabe preguntarse si la iniciación de los trabajos de reparación impedía pagar en dinero, toda vez que reparado el bien no se podía optar por el salvamento y, además, la entidad demandante podría quedar indemnizada en

⁶⁵ El artículo 1079 del Código de Comercio prescribe: “<RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo [1074](#)”.

exceso, al tener un bien reparado y el valor de uno nuevo. Para tal fin se analizará el comportamiento contractual de las partes dentro de la relación contractual y sus consecuencias frente a las opciones de la aseguradora.

3.3.2. La reparación del tercio del estator fue una decisión unilateral de E.P.M.

Las pruebas dan cuenta que la decisión de reparar el estator fue de la E.P.M., tal como se lo permitía su calidad de dueña de la mercancía averiada. Decisión que fue conocida por la aseguradora líder, Colseguros, desde el 17 de septiembre de 1992 por comunicación que le hiciera la firma ajustadora Hernán Zúñiga y Cía. Ltda. (fls. 67 a 72, c. 3, pruebas del demandante, en copia simple), sin que en ningún momento se hubiera opuesto a esa acción de la asegurada; por el contrario, el ajustador estuvo al tanto de los trabajos (fls. 67 a 72, c. 3, pruebas del demandante, en copia simple y fl. 166, c. ppal, copia simple allegada con la demanda) y sin desconocer la discusión sobre las limitaciones de representación de dicho intermediario⁶⁶, sus comunicaciones y gestiones sí dan cuenta del pleno conocimiento de las aseguradoras.

Como lo ha precisado la doctrina nacional, conviene resaltar la fuerza vinculante que tiene el comportamiento contractual de las partes, así⁶⁷:

Tal será entonces la fuerza intrínseca de la regla comúnmente conocida con arreglo a la máxima latina: venire contra Factum proprium non valet, en lo pertinente, identificada con el Estoppel del derecho anglosajón, o con la verwirkung del derecho alemán, que la jurisprudencia y la doctrina comparadas, al unísono, no ahorran esfuerzo para destacar su especial relevancia, así sea puntual y no absoluta, como se anotó, sobre todo en el derecho contemporáneo en el que el principio de la buena fe campea aún con más solvencia y fluidez, pues se ha

⁶⁶ Cfr. JARAMILLO J., Carlos Ignacio, op. cit., Tomo I, pp. 308 a 347. Efectivamente, la doctrina pone de relieve la discusión sobre la naturaleza y alcance de la relación entre el asegurador y el ajustador, así: “Para ello examinaremos, en primera medida, aquella tesis que supone que el ajustador de pérdidas representa al asegurador, pues quienes así razonan parten del supuesto de un mandato inequívoco que, este, para el cabal desarrollo de sus funciones, le confiere a aquel. // Esta errática posición, que cuenta con el apoyo de la jurisprudencia nacional y de un reducido sector de la doctrina, se endereza a establecer que el mandato comercial es la fuente generatriz del vínculo que enlaza indistintamente al asegurador (mandante) y al ajustador de pérdidas (mandatario), de suerte que la gestión adelantada por el mandatario del seguro, en consideración a que por el fenómeno de la representación, el ajustador vendrá a ocupar el lugar o el escaño del asegurador”. Más adelante, después de explicar las razones para predicar lo contrario, concluye que “(...) [e]l ajustador, como resultado de lo que se afirma, no está en posibilidad jurídica de sustituir al asegurador, porque su actuación se proyecta dentro de un ámbito material o intelectual, carente, por tanto, de poder negocial vinculatorio; luego el asegurador conservará inalterablemente su capacidad para desarrollar a plenitud su objeto social”.

⁶⁷ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, Tomo II, pp. 638 y 640.

ensanchado sensiblemente. Tanto que, con razón, no se tolera que se erosione la confianza legítima irradiada en un contratante; que se estimule la sorpresa ajena, o que se torne impune la ausencia de coherencia negocial, todo lo cual se erige en fiable brújula que guía el derecho de los contratos. No en vano, no de ahora, sino incluso de antiguo, la contradicción comportamental, en asocio de la incoherencia conductual, han sido severamente censuradas, como da cuenta el propio derecho romano, merced a un número representativo de casos otrora individuales tomados en consideración, así como el derecho medieval, en donde se hizo célebre la referida máxima, gracias al señero aporte de la Escuela de los Glosadores, al igual que de la ulterior Escuela de los Comentaristas (...).

4. Expresado lo que antecede, desde una perspectiva más general, importa manifestar que en la esfera del derecho de seguros, en particular, así luzca natural y obvio, la doctrina que ocupa la atención de este tribunal, igualmente resulta predicable, tanto más cuanto que en el contrato de seguro, en el que tanta incidencia tiene el principio iluminante de la buena fe, como se acotó, él encuentra fértil y dilatada aplicación. Así lo ha entendido la jurisprudencia patria, concretamente en el fallo ya aludido del pasado 9 de agosto de 2007 dictado con motivo de un conflicto suscitado con ocasión de un seguro de transporte, a la vez que la doctrina especializada. Es así como el conocido autor RUBÉN STIGLITZ, al momento de ocuparse de la interpretación del contrato de seguro, pone de presente que “La conducta de las partes en todo iter contractual es indicativa de su genuina voluntad, a tal punto que se constituye en referente de cuestiones significativas [...]. De allí que se tenga decidido que “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro contratante”. Por ello el mismo doctrinante concluye aseverando que, “la circunstancia de que uno de los sujetos de la relación jurídica sustancial, intente verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, en tanto constituye un proceder injusto, es inadmisibles”.

En ese orden, es censurable que las demandadas alegaran que no conocían de la reparación del bien asegurado y que su comportamiento fuera distante frente a la ocurrencia del siniestro, tanto que guardaron silencio sobre la iniciación de las labores de reparación por parte de la actora, al punto de actuar a través de quien ponen en entredicho su capacidad de representación. Ese comportamiento no podría interpretarse de forma distinta que como de aceptación de que la reparación fuera adelantada por la entidad pública y, por consiguiente, que una de las opciones de indemnización fuera la de pagar el valor de esas actividades.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que optaron por el pago de la reparación del estartor como única forma de indemnización, toda vez que cuando se tomó la decisión de reparar, el 14 de septiembre de 1992 (fls. 164 y 165, c. ppal, original),

ni siquiera conocían el valor de esta última para proceder así - tan sólo tuvieron la primera cotización en octubre de la referida anualidad (fls. 519 y 520, c. 3A, pruebas demandante, copia simple)-, sin perder de vista que es al asegurado a quien le corresponde no sólo demostrar el siniestro sino su monto⁶⁸, tan es así que sólo cuando se demuestran estos extremos nace la obligación de pagar de la aseguradora⁶⁹.

Ahora, precisa señalar que el comportamiento de la actora tampoco quedó exento de efectos frente a la relación contractual enjuiciada, sin desconocer que su condición de propietaria de las mercancías la obligaba a actuar de la forma en que mejor honrara sus propios intereses, como finalmente lo hizo. En efecto, la actora quedó sujeta a que la aseguradora escogiera entre la opción más favorable, claro está, que indemnizara plenamente el siniestro. *Mutatis mutandi* el hecho de iniciar la reparación no obligaba a su contraparte a pagar necesariamente el valor de esta, entendimiento que eliminaría la posibilidad de escoger de la aseguradora, lo cual se muestra contrario al ordenamiento jurídico que resguarda esa posibilidad. Entonces, la aseguradora tenía la opción de pagar el menor valor entre el valor de la reparación y de la mercancía.

Siendo así, como se advirtió en renglones precedentes, la aseguradora contaba con varias opciones de indemnización, las cuales se excluían entre sí, para no superar el monto asegurado que es por lo único que finalmente responde la aseguradora⁷⁰. En todo caso, en el *sub judice* podían presentarse estos escenarios, a saber:

(i) La reparación del estartor por parte de la aseguradora y, por consiguiente, la imposibilidad de pagar en dinero, so pena de constituir un enriquecimiento injustificado para el asegurado.

⁶⁸ Prescribe el artículo 1077 del Código de Comercio: “CARGA DE LA PRUEBA. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. // El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

⁶⁹ El artículo 1080 del Código de Comercio así lo impone: “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago”.

⁷⁰ El artículo 1079 del Código de Comercio prescribe: “<RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo [1074](#)”.

Este escenario supone que la reparación la hubiera adelantado la misma aseguradora, lo cual nunca ocurrió. No puede olvidarse que bien puede la aseguradora adelantar las labores de reparación, evento en el cual la obligación sería de hacer. En ese caso, si la aseguradora decide reparar por su cuenta, mal se haría en exigírsele la obligación de dar dinero, so pena de incurrir en un enriquecimiento injustificado a favor del asegurado; sin embargo, esa situación no puede predicarse en este asunto, toda vez que el silencio de la aseguradora ante el inicio de las labores de reparación por parte de la propietaria de la mercancía comportó la aceptación de que así se llevaran a cabo. En todo caso, la conducta desplegada por la aseguradora da cuenta de que esperó las cotizaciones de la reparación para optar por indemnizar, por lo que consideró el valor de la mercancía averiada, comportamiento que confirma que nunca tuvo la intención de adelantar la reparación⁷¹.

En consecuencia, en el *sub lite* la forma de indemnización se satisfacía a través de una obligación de dar, en este caso, dinero, en otras palabras, el valor de la mercancía o de la reparación, de lo que sigue el otro escenario de indemnización.

(ii) Que la reparación la hiciera el asegurado, como ocurrió en el *sub judice*. En este escenario, el valor de la reparación podía ser superior al pago total del estartor(sic) o inferior a este último o viceversa. En tal evento, las aseguradoras siempre tendrían la opción de pagar en dinero el valor más bajo o, finalmente, el que ellas escogieran.

Este segundo escenario pone de presente que el valor de las labores de reparación y la opción de pagar la totalidad del estartor subsistían, en tanto ambas recaían en una obligación de dar dinero, aunque no podían concurrir. Siendo así, la cuestión siempre suponía un escenario en el que los montos resultaran diferentes - mayor o menor el valor de las reparaciones adelantadas por el asegurado o mayor o menor el valor del estartor- y de esa forma se garantizara el derecho de elección de la aseguradora. En todo caso, también subsistía la posibilidad, aunque remota, de que ambos valores resultaran iguales, evento en el cual bien podía indemnizarse a cualquier título, que no de ambos, sin que se

⁷¹ El artículo 1622 del Código Civil, aplicable a los contratos comerciales como el que nos ocupa en los términos del artículo 822 del Código de Comercio, prescribe como regla de interpretación de los contratos, entre otras, “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

siguiera el desconocimiento del derecho de escoger de las aseguradoras, toda vez que la ecuación sería el resultado de las gestiones propias para superar el siniestro y no del comportamiento unilateral o caprichoso de una de las partes del contrato. Lo expuesto pone en evidencia que el valor total del estartor no concurriría con el valor de la reparación, sino que siempre se escogería entre las dos opciones, claro está, teniendo en cuenta que las dos se reducían a un pago en dinero, que es el escenario que se viene explicando.

Ahora, conviene aclarar que en el evento de que las aseguradoras pagaran el valor total de la mercancía, tampoco se daría un pago en exceso ni se limitaría indebidamente el derecho de escogencia de las aseguradoras, como lo alegaron en su momento, aun cuando la propietaria quedara con el bien reparado e indemnizada con el valor de un bien nuevo, toda vez que la reparación sólo gravaría el patrimonio del asegurado, en tanto es quien asumiría en este hipotético todos los gastos que comportaría esa actividad, razón por la cual el valor de la indemnización del seguro por la totalidad del estartor, sólo cubriría algunos de los gastos en los que incurriría el asegurado, toda vez que la reparación siempre iría más allá de una pérdida total⁷², en tanto supondría superar el valor mismo del bien.

Siendo este el escenario donde se movieron las aseguradoras, les estaba vedado fijar el monto de la indemnización en dinero por el valor de una parte del estartor, cuando la pérdida del bien fue total, ante la imposibilidad del funcionamiento de la maquinaria con los dos tercios restantes, sin perder de vista que el ajuste del tercio nuevo resultaba superior al de la reparación y, claro está, a la indemnización en dinero que pagaron las demandadas. Así lo explica el ingeniero Luis Enrique

⁷² Frente al contrato de seguro marítimo el artículo 1733 del Código de Comercio prescribe: “<CLASIFICACIÓN DE PÉRDIDAS-TOTAL O PARCIAL>. La pérdida podrá ser total o parcial. La primera podrá ser pérdida total real o efectiva, **o pérdida total constructiva o asimilada**. Una y otra se considerarán incluidas en el seguro contra pérdida total. Promovida una acción de pérdida total, podrá hacerse efectiva la pérdida parcial si sólo ésta logra establecerse (se destaca)”. Por su parte, el artículo 1736 define: <CASOS DE EXISTENCIA DE PÉRDIDA TOTAL CONSTRUCTIVA O ASIMILADA>. Existirá pérdida total constructiva o asimilada cuando el objeto asegurado sea razonablemente abandonado, bien porque aparezca inevitable su pérdida total o efectiva, **o bien porque no sea posible preservarlo de ella sin incurrir en gastos que excederían su valor después de efectuados**. Particularmente habrá pérdida total en los siguientes casos: 1) Cuando el asegurado sea privado de la nave o de las mercancías, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de la nave o de las mercancías una vez rescatadas; 2) Cuando el daño causado a la nave por peligro asegurado sea de tal magnitud que exceda el costo de la nave una vez reparada. Al efectuar la estimación del costo de las reparaciones no podrá hacerse deducción alguna por contribuciones de avería general a cargo de otros intereses. Pero se tendrán en cuenta los gastos de futuras operaciones de salvamento, lo mismo que cualesquiera contribuciones futuras de avería general a que la nave tuviere que atender en caso de ser reparada, y 3) Cuando la reparación de los daños de que sean objeto las mercancías aseguradas y el costo de su remisión a su lugar de destino excedan su valor a la fecha de arribo”.

Coral Chamorro, Jefe de Diseño de E.P.M. para el proyecto Río Grande 2, frente a la pregunta de si la parte siniestrada podía repararse, versión que por su importancia, se reitera, así:

*Pues primero, como le dije al principio esta clase de máquinas debe ser construida por partes, esto se hace en razón de los problemas de transporte, no es posible técnicamente transportar unitariamente una máquina de ese tamaño y de ese peso, en segundo lugar las instalaciones de fabricación, están hechas para la fabricación por partes, en este sentido las tres partes en la que fueron construidos las máquinas de la tasajera, forman cada uno un conjunto coordinado de partes que deben ser ensambladas en el sitio para funcionar como un todo. De hecho ya lo dije es un conjunto coordinado de tres partes. A la segunda parte de la pregunta, **el conjunto puede ser restaurado con una parte nueva**, coordinada con las otras dos y para lograr esta coordinación, las otras dos partes no averiadas deben estar presentes en el sitio de la fabricación, o sea en la fábrica el conjunto, todo el conjunto, debe estar presente para ser ensamblado y probado con un todo, este detalle hacía que la fabricación completa, además del tiempo fuera mucho más costosa que la forma adoptada por la necesidad de volver toda la máquina otra vez al país de origen (se destaca) (fl. 5, c. 3, pruebas demandante).*

En consecuencia, aunque se pudiera reemplazar la parte averiada por una nueva, la indemnización en dinero no podía limitarse al valor de la parte, como lo hicieron las aseguradoras, sino al valor que garantizara la funcionalidad del estartor, atendiendo a que se trataba de un conjunto que debía integrarse para su funcionamiento, sin que esté demostrado que el monto pagado corresponda a ese interés asegurado; por el contrario, el referido testimonio, que no fue controvertido con las pruebas obrantes, afirma que se trataba de un valor superior al de la reparación.

Además, indemnizar la reparación del estartor resultaba ser la mejor opción para la asegurada, si se considera que la indemnización en dinero debió corresponder a la totalidad del bien siniestrado, que no al tercio averiado. Efectivamente, si se tiene que los \$336.579.830 (fls. 335 y 331, c. 3A, pruebas demandante, copia simple orden de pago 635183 del 22 de octubre de 1993 y cheque 5863888 del 19 de noviembre del mismo año), pagados por las aseguradoras correspondían al tercio que ellas mismas insisten en valorar en DM 500.000, se tendría que el valor de los tres tercios, es decir, la totalidad del bien en pesos sería de \$1.009.739.490, es decir que les faltaría por pagar la suma de \$673.159.660; mientras que la reparación reclamada por la actora ascendió a \$799.581.303.66 -

suma que fue corroborada pericialmente (fl. 799, c. ppal 2)⁷³-, de la cual adeudarían \$463.001.474, que se trata de una suma inferior a la que debieron cancelar por el valor de la indemnización en dinero. En consecuencia, bajo los anteriores argumentos, se impone confirmar la decisión de primera instancia, en cuanto ordenó el pago de la reparación efectuada por la E.P.M.

3.3.3. Los intereses moratorios

Para resolver, precisa recordar el contenido del artículo 1080 del Código de Comercio⁷⁴ que prescribe:

El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro (se destaca).

En ese orden, llama la atención de la Sala que el 22 de febrero de 1995 la firma ajustadora Hernán Zúñiga y Cía. Ltda. le manifestó a la aseguradora Colseguros que para esa fecha no se conocía el valor definitivo de la reparación (fls. 692 a 649, c. 3, pruebas demandante, copia simple). Afirmación que coincide con la postura esgrimida en esta sede por las demandadas y con lo que obra en el proceso así: (i) el 21 de octubre de 1992 E.P.M. puso en conocimiento de la sociedad ajustadora el estimativo de la reparación del estartor por un total de DM 838.000 (fls. 519 y 520, c. 3A, pruebas demandante, copia simple); (ii) esa primera aproximación se incrementó, en tanto en el proceso se detectaron otros daños que obligaban a comprar unas bobinas por DM 440.336 (fl. 480, c. 3ª, pruebas demandante, copia simple); (iii) el 17 de febrero de 1993, E.P.M. efectuó otra valoración por D.M. 1.479.488 (fl. 401, c. 3A, pruebas demandante, en copia simple) y (iv) el 2 de marzo siguiente, Delima & Cía. Medellín limitada envió a la firma ajustadora una nueva proyección por D.M. 1.650.320.28 (fl. 398, c. 3A, pruebas demandante, en copia simple).

⁷³ Huelga recordar que de dicha prueba y su aclaración (fl. 785 a 788, c. ppal 2) se corrió traslado a las partes (fl. 795, c. ppal 2), sin que fuera objetado.

⁷⁴ Con la subrogación introducida por la Ley 45 de 1990.

Como se observa, la cuestión no fue pacífica, situación que se extendió incluso hasta la presentación de la demanda, al punto que a folio 646 del cuaderno principal 2 aparece un documento de la E.P.M. titulado “*RELACIÓN DE DOCUMENTOS SOPORTE DE LA REPARACIÓN DEL ESTARTOR DEL PEDIDO 3844-E*”, sin fecha⁷⁵, en el cual se acompañó como respaldo, entre otros (fls. 647 a 682, c. ppal, en original), dos facturas que datan de enero de 1994 (fls. 670 y 671, c. ppal 2), lo que llevaría a pensar que el documento en estudio fue suscrito con posterioridad a esa fecha.

En todo caso, E.P.M. no demostró la fecha en que cumplió con el deber de probar su derecho ante las aseguradoras y todo apunta que es en este escenario donde se está definiendo la cuestión, tanto así que la cuantificación de la reparación contenida en la demanda por \$799.581.303.66 (fl. 247, c. ppal), tan sólo fue confirmada a través de prueba pericial (fl. 799, c. ppal 2)⁷⁶.

Tampoco se puede afirmar que los testimonios superen esas inconsistencias, toda vez que se limitan a referir probables fechas en que se conocieron los diferentes montos que arriba se citaron, además de no superar el hecho de que unas facturas son de 1994 (fls. 647 a 682, c. ppal, en original), mientras que los testimonios de los señores Carlos Rueda Erazo, Hernán Zúñiga y Pedro Ignacio Soto refieren en su orden a inicios de abril, febrero y finales de 1993, lo que demuestra su grado de imprecisión frente al hecho (fl. 41, c. 4 pruebas parte demanda; fls. 584 rev. y 631 rev., c. 3, pruebas parte demandante); además, lo más dicente es que el valor de la reparación no costó lo que se calculó para 1993 sino el valor que se consignó en la demanda, que como se vio atrás resulta bastante distante de la suma que arrojaron las primeras estimaciones, toda vez que los \$799.581.303.66 que deprecia la actora ni siquiera corresponden a los DM 1.500.000 por el que fue facturado todo el estator.

En ese orden, se impone modificar la sentencia de primera instancia frente al reconocimiento de intereses moratorios, para proceder en su lugar a negarlos; sin embargo, habrá lugar a actualizar la suma adeudada por las aseguradoras, esto

⁷⁵ Valga anotar que de los documentos aportados como soporte, el de la fecha más reciente es de enero de 1994 (fls. 670 y 671, c. ppal 2), razón por la cual llevaría a pensar que el documento en estudio fue suscrito con posterioridad a esa fecha.

⁷⁶ Huelga recordar que de dicha prueba y su aclaración (fl. 785 a 788, c. ppal 2) se corrió traslado a las partes (fl. 795, c. ppal 2), sin que fuera objetado.

es, los \$463.001.474, desde enero de 1994 (fls. 670 y 671, c. ppal 2), que es cuando datan las últimas facturas que obran como soporte de la reparación, así:

$$\$463.001.474 \times \frac{115.26 \text{ (IPC final, feb. 2014)}}{22.00 \text{ (IPC inicial, ene. 1994)}} = \$2.425.706.813.00$$

En consecuencia, la suma que deberán pagar las aseguradoras corresponderá a \$2.425.706.813.00, suma de la cual el 60% lo asumirá Colseguros S.A., el 25% a cargo de La Andina S.A. y el 15% restante de La Antorcha de Colombia S.A., siendo que en los términos de la cláusula de liderato no son solidarias (fl. 43, c. ppal).

No habrá lugar a declarar que existe salvamento a favor de las aseguradoras, toda vez que de la reparación sólo resultaron como sobrantes las piezas dañadas.

3.3.4. La responsabilidad de SIPSA S.A.

La afirmación de responsabilidad de SIPSA S.A. se fundamentó en que siendo la propietaria de la grúa que alquiló E.P.M. para la maniobra de desembarque, así como el hecho de que fueron sus operarios los que la manipularon (fls. 8 a 10, c. 2, llamamiento en garantía), le son imputables los daños ocasionados a la mercancía averiada.

Frente al llamamiento en garantía de la referida sociedad formulado por las aseguradoras en relación con el posible responsable del siniestro, debe tenerse en cuenta que en el seguro de daños, como el que aquí se analiza, opera la subrogación en los términos del artículo 1096 del Código de Comercio que prescribe:

SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR QUE PAGA LA INDEMNIZACIÓN. 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 éstas 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 éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

Sobre el tema, la doctrina nacional ha puesto de presente⁷⁷:

En derecho colombiano, cuando se trata de un seguro de daños, en el que expresamente opera la subrogación según el artículo 1096 del Código de Comercio, se vuela a la lógica del derecho francés. A pesar de que dicha postura pueda ser criticable desde el ámbito del derecho de seguros, en donde tradicionalmente se han enfrentado la teoría dualista y la monista, lo cierto es que, según el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, “nuestro legislador (...) optó por asignarle el carácter o naturaleza indemnizatoria al seguros de daños. No hizo lo mismo, en los que respecta al seguro de personas, por considerar que los presupuestos integradores de la regla indemnizatoria eran ciertamente extraños a esta clase de seguros”⁷⁸.

En consecuencia, como en el *sub lite* se demostró un pago parcial efectuado por la aseguradora con cargo al contrato de seguro de transporte en estudio (fls. 335 y 331, c. 3A, pruebas demandante, copia simple orden de pago 635183 del 22 de octubre de 1993 y cheque 5863888 del 19 de noviembre del mismo año), es clara la procedencia del llamamiento en garantía en virtud de la figura de la subrogación.

En tal sentido, de las pruebas allegadas se tiene:

(i) La grúa utilizada era de propiedad de SIPSA S.A. y el operador de la misma trabajaba para esta última, los cuales se pusieron a disposición de E.P.M. en razón del contrato de alquiler entre las dos empresas. Lo anterior fue confirmado por el propio representante legal de la llamada en garantía, quien confesó lo concerniente en su interrogatorio de parte e, incluso, refirió que el operario se llamaba José Beltrán (fls. 927 a 929, c. 5B, llamamiento en garantía).

(ii) El señor José Beltrán, operario de la grúa, narró:

(...) entonces los señores de EE.PP. de Medellín salieron a conseguir unos estobos y grilletes para amarrar la pieza en cuatro ganchos que trae el guacal, ellos comenzaron a amarrarla los estobos en los ganchos trajeron unos grilletes y alistaron todo para la maniobra, entonces me ordenaron que bajara la patecla de fuerza de la grúa, bajé la patecla ellos engancharon los estobos dejando lista ya ordenaron levantar el guacal que tenía en su rótulo que pesaba 44 toneladas,

⁷⁷ HENAO, Juan Carlos, El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 59 a 61.

⁷⁸ Cita original: Carlos Ignacio Jaramillo J. “Aspectos medulares del seguro sobre la vida en el derecho colombiano: visión comparada”, en XVII Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derechos de Seguros - Alcaldose-, Bogotá, Ed. Guadalupe, p. 124. Encuentro realizado en Paipa en octubre de 1992.

cuando ellos ordenaron yo comencé a subir el guacal, cuando lo subía a 20 centímetros me ordenaron que parara para sacar la cama-baja donde venía el guacal yo subí el guacal a 20 o más centímetros para que la cama-baja saliera, cuando ellos ordenaron a la cama-baja salir el camión que conduce la cama-baja demoró para prender, no sé qué pasó, al demorar la carga estaba en el aire con los frenos de seguridad puestos, pero el guacal comenzó a girar en el momento que se giró se reventó la zapata y se cayó la caja o el guacal, como se giró cayó una parte sobre la cama-baja y la otra si vino para sobre la grúa al caer rompió la panelita donde van las mangueras hidráulicas (...) (fl. 941, c. 5B).

(iii) El señor Rodrigo Arango Tobón, empleado de E.P.M. y encargado del desembarque de los tercios del estartor, declaró:

A mi se me ordenó trasladarme a la ciudad de Cartagena para descargar los estartores de las camas-bajas que los había recibido directamente del barco (...) se preparó la maniobra, bloquearla, nivelarla y procedimos al descargue del primer estartor, cuando la grúa cogió el estartor yo observé que él levantaba la pieza y se bajaba sola de nuevo, se colocó la pieza sobre el trailer de nuevo o sobre la camabaja, yo le sugerí al operador de la grúa que le diera más tensión al freno del malacate o el carreterl (sic) del cable porque estaba permitiendo que la pieza bajara de nuevo, él con su ayudante procedieron a tensionar las bandas del freno del malacate; procedimos de nuevo a levantar el estartor o la pieza, se levantó unos 10 cmt aproximadamente del trailer, en este momento la pieza cayó duro, se desprendió de la grúa a la altura de los gatos estabilizadores (...) comprobamos que las zapatas del freno del malacate se habían partido, se habían reventado, por consiguiente se soltó el cable de la grúa y eso causó el accidente (fl. 31 rev. y 32, c. 3, pruebas demandante)

(iv) El señor Mario Uribe López de Mesa, encargado del área de transporte de la E.P.M., depuso que el señor Rodrigo Arango tenía que supervisar las maniobras de desembarque para garantizar que se hicieran con seguridad y que los equipos no fueran golpeados (fl. 25, c. 4, llamamiento en garantía).

(v) Dentro del proceso ordinario adelantado por las aseguradoras aquí demandadas en contra de SIPSA S.A. ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena (exp. 950908C136), por los mismos hechos que aquí se juzgan, pero sólo por el monto de dinero que pagó a E.P.M. en sede extrajudicial, esto es, por fuera de la suma que aquí se reclama - sin que se conozcan los resultados del mismo, diferente a la referencia que hace la llamada en garantía en sus alegaciones finales de primera instancia, en el sentido de indicar que las pretensiones fueron negadas en primera y segunda instancia (fl. 891, c. ppal 2)-,

se tiene el dictamen pericial allí practicado, que no fue objetado, cuya valoración es posible en tanto intervinieron las mismas partes del presente proceso, en donde se concluyó:

7. Expresarán si la falla de la GRÚA en el día del siniestro pudo deberse a que el peso era superior a 45 toneladas, o una maniobra errónea del operador.

De acuerdo al proceso en mención, el día del siniestro conceptuamos que no hubo suficiente dirección e idoneidad en la maniobra, puesto que cuando se trabaja con grandes pesos y volúmenes de mercancía en guacales de maderas se debe tomar precauciones especiales para evitar el giro sobre el gancho, cuando el guacal se levante del sitio donde se encuentra, siendo indispensable colocar 4 vientos es decir, un cabo de nylon o manila a cada extremo del guacal y en cada extremo del cabo de nylon o de manila se coloca 3 o 4 hombres (estribadores) con la suficiente experiencia en el manejo y manipulación del cabo del guacal, todo esto en coordinación con el portalonero.

De acuerdo con lo anterior, el siniestro sucede por la mala dirección de la maniobra y no porque el peso era superior a 45 toneladas, ya que claramente la caja está marcada con 44 toneladas (fl. 157, c. 5, llamamiento en garantía).

De lo expuesto, está demostrado que (i) el funcionario de E.P.M. recomendó la tensión del freno que después se reventó; (ii) aunque de las pruebas no se puede establecer con exactitud quién tenía el control de la operación, lo cierto es que hubo indicaciones de los empleados de E.P.M. y su presencia se justificaba para garantizar la seguridad de la mercancía; (iii) el freno de la grúa se reventó porque la caja se giró sobre el gancho, como lo sugiere el peritaje y el operador de la grúa; (iv) las pruebas no dan cuenta de que el amarre fuera ejecutado por SIPSA sino por E.P.M. y (v) tampoco está demostrado que la grúa se encontraba en malas condiciones de operación.

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este sentido, pero se modificará en los términos expuestos en los renglones precedentes.

4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispone:

[e]n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el alcance de dicha norma, la Corte Constitucional⁷⁹ señaló:

*Por eso la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte **cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal** (se destaca).*

En consecuencia, como la conducta de las aseguradoras no da cuenta de temeridad sino del despliegue de su derecho de defensa y contradicción, se impone revocar la condena en costas.

Por último, precisa indicar que le asiste razón a la E.P.M. cuando sostiene que la remisión a los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo resulta improcedente, toda vez que la condena está dirigida en contra de particulares. Por esa razón se dispondrá que se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 3 de enero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de nulidad procesal, en los términos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento del contrato de seguro de transporte contenido en la póliza 106472-4 del 20 de septiembre de 1991, suscrito a favor de la E.P.M., por parte de las sociedades

⁷⁹ Sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, exp. D-4695, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

aseguradoras Colseguros S.A., la Andina S.A., en la actualidad Seguros Generales S.A. y Antorcha S.A.

TERCERO: CONDENAR a Colseguros S.A., la Andina S.A., en la actualidad Seguros Generales S.A. y Antorcha S.A. que paguen a las Empresas Públicas de Medellín la suma de dos mil cuatrocientos veinticinco millones setecientos seis mil ochocientos trece pesos (\$2.425.706.813.00), moneda corriente. De esa suma, el 60% lo asumirá Colseguros S.A., 25% a cargo de La Andina S.A., en la actualidad Seguros Generales S.A. y el 15% restante de La Antorcha de Colombia S.A., en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ABSOLVER de responsabilidad a la sociedad SIPSA S.A. en su condición de llamada en garantía.

SEXTO: Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 115 ejusdem.

SÉPTIMO: SIN COSTAS, toda vez que no aparecen probadas.

SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que no están probadas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado