

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE AQUAMAR S.A. vs. SEGUROS
BOLIVAR S.A.**

FECHA LAUDO: 13 de septiembre de 2010

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: AQUAMAR S.A

PARTE CONVOCADA: SEGUROS BOLIVAR S.A.

FECHA LAUDO: 13 de septiembre de 2010

ÁRBITRO (S): JUAN GUILLERMO HINCAPIE MOLINA, ALFONSO HERNANDEZ TOUS Y CARLOS PONCE CABALLERO.

SECRETARIO (A): LILIANA BUSTILLO ARRIETA

PROTOCOLIZACIÓN: ESCRITURA PÚBLICA No. 2.045 del 3 de noviembre de 2.011 - Notaría Quinta del Circuito de Cartagena.

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS:

Constitución Política de Colombia, Artículo 228; Código Civil, artículos 1604, 2142,2518; Código de Comercio, artículos 1039,1042, 1043, 1044,1053-3,1054, 1058, 1077, 1080, 1083,1088, 1104, 1120,1434, 1473,1492, 1529, 1704, 1705,1732, 1734, 1765; Código de procedimiento Civil, artículos 75-6 , 305, 488; Decreto 1818 de 1998 Parágrafo del artículo 118, Ley 446/98 artículo 116, Ley de seguro marítimo inglesa de 1906 artículo 3.

DOCTRINA:

- BIAS SIMONE, Osvaldo, Seguros Marítimos.2002.
- HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones, Concepto Estructura Vicisitudes, Tomo 1, 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2002, 2003, pág. 41
- MORANDI, Juan Carlos, Seguro por cuenta ajena. P.277.
- OSSA, Effren, Teoría General del Seguro.Editorial Temis, 1.984
- RUIZ, Jose Maria y otros, Manual de Derecho del Seguro Marítimo, Escuela de administración marítima.1993.
- SORNOZA PRIETO, Hilda Esperanza, Las partes en el Contrato de Seguro, memoria encuentro de Acoldese 40 años, septiembre 2001

JURISPRUDENCIA:

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 30/04/1976 M.P Humberto Murcia Ballén.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 15/12/1970
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 27/04/1978
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 30/07/1996
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 26/06/1986 y 28/02/1992 M.P José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 27 de marzo de 1939, 16 de febrero de 1959, 4 de noviembre de 1970 y 6 de mayo de 1985 MP. Nicolás Bechara Simancas.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil junio 28 de 1993.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 25 de octubre de 2000, exp. 5618.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 30 de septiembre de 2002, Exp. No. 4799.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 21 de marzo de 2003, Exp, 6642.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 16 de septiembre de 2003, Exp. No. 6704.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 16 de mayo de 2008 M.P Edgardo Villamil Portilla. Exp. No. 11001-3103-007-1993-06332-01
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 30 de septiembre de 2002, exp. No.4799.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 24 de mayo de 2000, exp.5349.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 19 de diciembre de 3 2006. M.P Pedro Octavio Munar. Expediente 68001310300120000031 I 01.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 30 de septiembre de 2002, exp. No. 4799, reiterada en el fallo del 15 de abril de 2004, exp. No. 7008.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 27 de febrero de 1974.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 4 de julio de 2002, M.P José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil ago. 31/42, G.J 1989, pág. 376, reiterada entre otras en Cas. Cid nov. 20/89.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 7 de octubre de 1993 M.P Rafael Romero Sierra.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil 5 de julio 1985.
- Corte Constitucional, Sentencia C-183 de marzo 14 de 2000, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

TEMAS: Contrato de Seguro de Casco – Navegación. Principio de la Universalidad de los riesgos. Principio de Imprevisibilidad. Fuerza mayor y caso fortuito en contrato de Seguro de Casco – Navegación.

(TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO)

AQUAMAR S.A. vs. SEGUROS BOLIVAR S.A.

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, 13 de septiembre de 2010.-

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre las sociedades AOUAMAR S.A Y SEGUROS BOLIVAR profiere el presente laudo arbitral después de haber surtido en su integridad las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide, dentro del término legal la controversia en mención, planteada en la demanda y en su contestación.

CAPÍTULO PRIMERO

12

ANTECEDENTES

1. Partes y representantes

La parte convocante está constituida por la sociedad AQUAMAR S.A , que se encuentra legalmente representada por el señor William Daniel Ordóñez Villamil , condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, documento que obra a folios 26 a 29 del cuaderno principal, compañía que compareció a este proceso por medio de su apoderado judicial quien le reconoció personería para actuar, de conformidad con el poder obrante a folio 5 del mismo cuaderno principal.

La parte convocada es la sociedad SEGUROS BOLIVAR S.A., que se encuentra legalmente representada por la señora María de las Mercedes Ibáñez Castillo; condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, documento que obra a folio 202 del Cuaderno Principal, que compareció por medio de su apoderado judicial a quien se le reconoció personería para actuar en el presente proceso, de conformidad con el poder obrante a folio 201 del mismo cuaderno principal.

2. El pacto arbitral

El pacto arbitral que sirve de fundamento del presente proceso está contenido en el denominado ANEXO DE POLIZA NUMERO 1510 - 1005968 - 01, dentro de las cláusulas adicionales, expedida

por Seguros Bolívar S. A con fecha 13 de diciembre de 2007 renovada el 12 de diciembre de 2.008. La cláusula compromisoria en cita es del siguiente tenor:

"ARBITRAMENTO CIUDAD DE CARTAGENA".

Esta cláusula fue ratificada mediante la manifestación de las partes en audiencia de instalación celebrada el día 14 de diciembre de 2.009 (folio 204). Sobre este tema el Tribunal se pronunciará de manera más amplia al referirse a la competencia.

3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso

La integración del Tribunal de Arbitramento convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

3.1 La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Comercio de Cartagena el 16 de Octubre de 2009 y se fundamenta el trámite de este proceso en la cláusula compromisoria contenida en la Póliza N° 1510 - 1005968 - 01 expedida por Seguros Bolívar S.A. con fecha 13 de diciembre de 2007 y renovada en fecha 12 de diciembre de 2.008 (ver folios 1 a 35 incluidos anexos).

El 29 de octubre de 2009 el apoderado de la Convocante, mediante memorial que se encuentra a folios 59 a 159 incluidos los anexos, sustituyó dicha demanda debidamente integrada, con los anexos de la demanda inicialmente presentada, anexos que reposan en los folios 5 a 35.

Mediante escrito presentado en la secretaría del Tribunal de arbitramento el 17 de diciembre de 2009 (folios 208 al 213 del expediente), el apoderado convocante manifestó sustituir por segunda ocasión la demanda, para lo cual presentó una nueva integrada, conservando los mismos documentos aportados con los memoriales anteriores (folio 213), con el objeto de que la misma guardara armonía con lo dispuesto por las partes en la audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2.009, en el sentido de precisarle al Tribunal el trámite a seguir.

3.2 En audiencia del 29 de octubre de 2009 las partes de común acuerdo, designaron los siguientes Árbitros: Jorge Hernán Gil Echeverry, Juan Guillermo Hincapié Molina y Jesús Vall de Rutten Ruiz y allí previeron que si alguno de ellos rechazaba la designación, se nombrarían en estricto orden como suplentes a los doctores Carlos Ponce Caballero, Alfonso Hernández Tous, Liliana Bustillo Arrieta y Jorge Ceballos Acosta.

El Centro de Arbitraje procedió a comunicar dichos nombramientos a los árbitros y en oportunidad legal aceptaron los doctores Juan Guillermo Hincapié Molina, y Jorge Hernán Gil Echeverry; en cuanto al doctor Jesús Vall de Rutten no aceptó la designación en tiempo, razón por la cual fue designado Carlos Ponce Caballero. Antes de la audiencia de instalación el doctor Gil Echeverri, mediante comunicación de fecha 10 de diciembre de 2.009 renunció al cargo por ser coarbitro del doctor Felipe Royet en un Tribunal que funcionaba en ese momento por conducto del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla. En vista de lo anterior correspondió la designación al doctor Alfonso Hernández Tous, quien aceptó en oportunidad legal, quedando

integrado de manera definitiva el Tribunal por los doctores JUAN GUILLERMO HINCAPIE MOLINA, ALFONSO HERNANDEZ TOUS Y CARLOS PONCE CABALLERO.

3.3 El 14 de diciembre de 2009, se dio inicio a la audiencia de instalación (folio 204 y 205) en la cual se nombró como presidente del Tribunal al doctor Juan Guillermo Hincapié Molina.

Acto seguido toma la palabra el presidente del Tribunal para solicitarle a las partes su habilitación expresa, con la finalidad de que el trámite que se le imprima a este proceso sea el declarativo propio del Arbitraje y no el de ejecución que propone la parte convocante en su solicitud de convocatoria. Respecto a lo anterior, las partes sentaron puntos de vista en cuanto a la existencia o inexistencia de título ejecutivo, acordaron habilitar al Tribunal para que dirima todo tipo de controversias resultantes del contrato de seguros celebrado entre ellas. Igualmente de común acuerdo concedieron al Tribunal la facultad de sesionar privadamente mediante utilización de medios tecnológicos de comunicación no presencial, se suspendió la audiencia para continuarla el 14 de enero de 2010.

3.4 En audiencia del 14 de enero de 2010 el Tribunal profirió el auto N° 1, en cual se declaró legalmente instalado, designó como Secretaria a la Dra. Liliana Bustillo Arrieta, quien posteriormente aceptó la designación. Adicionalmente admitió la demanda sustituida e integrada, ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada (folio 221) y procedió a la notificación personal de la parte convocada que se surtió en la misma audiencia. Así mismo, reconoció personería jurídica a los señores apoderados de las partes (folio 214 a 215).

3.5 Estando dentro de la oportunidad legal, el 28 de enero de 2010, la sociedad convocada SEGUROS BOLIVAR S.A., contestó la demanda arbitral, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó “Falta o ausencia de cobertura” “Falta de legitimación en la causa por activa” “Ausencia de Cobertura” “Cobro de más de lo Debido”(Folios 222 a 296 incluidos anexos).

3.6 Mediante fijación en lista, el 1 de febrero de 2010 por vía secretarial, se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.

3.7 El día 4 de febrero de 2010, dentro del término legal, la parte convocante presentó memorial en el que se pronuncia respecto de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda y las pruebas pedidas por la convocada.

3.8 El día 11 de febrero de 2010, se llevó a cabo la audiencia de fijación del monto de gastos y honorarios del trámite arbitral, con presencia de las partes, quienes no interpusieron recurso alguno, dentro de los términos legales.

La parte Convocada en término legal asumió el pago del 100% de las sumas fijadas como gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal, pues la Convocante no consignó el 50 % que le correspondía, pero con posterioridad reintegró dicha suma a la Convocada (Folio 332 a 340).

3.9 El día 19 de febrero de 2010, se llevó a cabo la audiencia de conciliación en la cual no se produjo acuerdo entre las partes y se fijó como fecha para la primera audiencia de trámite el día 11 de marzo de 2.010. (Folio 315 y 316)

4. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1 El 11 de marzo de 2.010 se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la que, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante providencia, asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento.

Este auto fue recurrido por la parte Convocante y fueron escuchadas las argumentaciones de las partes, suspendiéndose dicha audiencia para continuarla el 16 de marzo de 2010. En esta oportunidad el Tribunal resolvió el recurso de reposición denegándolo y ratificando su competencia para dirimir las controversias sometidas a decisión del Tribunal. Seguidamente el Tribunal decretó las pruebas solicitadas, teniendo en cuenta la demanda arbitral sustituida e integrada, su contestación y excepciones de mérito, el escrito presentado por el apoderado de la parte convocante mediante el cual descorre el traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada en la contestación a la demanda arbitral y las que de oficio estimó el Tribunal.

4.2 La etapa probatoria se desarrolló de la siguiente forma:

4.2.1 El Tribunal ordenó tener como pruebas los documentos enunciados en la demanda arbitral (folio 211), así como aquellos enunciados y aportados con la contestación de la demanda y ¹⁵ excepciones de mérito, y dentro de lo cual se incluye dos dictámenes provenientes de las firmas PROSERPUERTOS LTDA. E INCOMAR AJUSTADORES LTDA., que fueron aportadas por la parte Convocada solicitando que fueran decretados como dictamen pericial pero que el Tribunal desestimó como tal por las razones expuestas en el auto que decretó las pruebas (folios 242 y 243).

4.2.2 Respecto a las pruebas testimoniales solicitadas por la parte Convocada y decretadas, para ser recepcionadas a los señores JUAN MANUEL BARRERA Y LUZ PIEDAD CACERES, la convocada desistió de las mismas mediante escrito presentado en fecha 31 de marzo de 2.010 (folio 359) lo cual aceptó el Tribunal en auto de fecha 8 de abril de 2010 (folio 364 al 366).

4.2.3 El dictamen pericial decretado oficiosamente por el Tribunal de Arbitramento para ser rendido por el perito técnico, ingeniero naval mecánico, se practicó conforme a las disposiciones legales que la rigen, con la intervención del señor CAPITAN DE NAVIO RETIRADO JORGE LUIS VELEZ BALLESTEROS, quien conforme al listado de peritos suministrado por la Capitanía de Puertos de Cartagena, ostenta la especialidad de Ingeniero Naval especializado en maquinaria.

El citado perito, previa comunicación de su designación y la posesión realizada el 8 de abril de 2.010 (folio 364), presentó su dictamen el 28 de mayo de 2.010. (folios 403 al 484), surtiéndose el traslado a las partes mediante providencia de fecha 9 de junio de 2.010 (folio 485 y 486); las partes no presentaron escrito de aclaración u objeción respecto al dictamen.

4.2.4 El tribunal ordenó de oficio el testimonio de ANDRÉS GRANADOS MORA jefe ingeniero MOTONAVE Tarú III quien se desempeñó en su cargo el mes de octubre de 2.008, no siendo posible recepcionarlo puesto que no se llegó al proceso información cierta de su dirección de ubicación aportada por las partes, tal como se declaró en providencia de fecha de fecha 9 de julio de 2.010 (folio 491), aunque se hicieron los requerimientos respectivos (folio 355, 362 y 363).

4.2.5 Respecto al oficio solicitado por la parte Convocada para la Dirección General Marítima, Capitanía de Puerto de Barranquilla, a fin que allegara al proceso copia autentica del certificado de propiedad de la Motonave Taru III, existente para el mes de octubre 2.008, previo oficio respectivo se recibió comunicación de fecha 17 de junio de 2.010 de la Capitanía de Puerto de San Andrés a la que adjuntan copia autentica del certificado de matrícula vigente para la fecha 2.008 (folios 489, 490, 490 bis)

5. Del término de duración del proceso.

El término de duración del presente proceso es de seis meses por mandato del artículo 103 de la ley 23 de 1.991 y como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, su cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, del 16 de marzo de 2010, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley vencería el 16 de septiembre de 2010. Sin embargo a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes, de ahí que en esos lapsos no corrieron los términos. En ¹⁶ efecto, por auto de fecha 2 de agosto de 2010 se aceptó la petición de suspensión del proceso, de común acuerdo de las partes, durante el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2010 hasta el 12 de septiembre de 2.010.

En consecuencia, al sumar/e los días de suspensión del proceso que son cuarenta (40), el término para proferir el laudo vence el 26 de octubre de 2.010.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna, se hace dentro del término consagrado en la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. La demanda arbitral y el pronunciamiento de la parte convocada en la contestación.

La parte Convocante por medio de apoderado especial, en la solicitud de convocatoria debidamente sustituida e integrada, estableció como hechos que fundamentan sus pretensiones los siguientes, descritos literalmente:

“La sociedad convocada SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A expidió el día 12 de diciembre de 2.007 la póliza de Navegación número 1510-1005968-01 mediante la cual el objeto asegurado fue la embarcación denominada a TARÚ III con los amparos de Pérdida Total Absoluta y Constructiva y Avería particular, entre otros y una cobertura básica de OCHOCIENTOS

MILLONES DE PESOS (\$800.000.000,00) Esta póliza fue renovada el 12 de diciembre de 2.008 con vencimiento 12 de marzo de 2.009."

"La tomadora y beneficiaria del seguro es la sociedad AOUAMAR S.A, operadora del buque asegurado, la motonave "TARU III"

"El día 27 de octubre de 2. 008 el buque presentó averías sufridas en la maquina cuando navegaba desde el puerto de San Andrés Isla hacia Barranquilla. Por tal evento, la motonave quedó a la deriva (latitud 12° 38.6 N longitud 080° 12.6 W) y tuvo que ser remolcada hasta San Andrés"

"La reclamación correspondiente fue presentada por mi cliente el día 30 de enero de 2.009, mediante comunicación AQ-2009 000091, aparejada de los documentos que la sustentaron, indicando el alcance real de la pérdida imputable a siniestro, por un valor de CUATROCIENTOS MILONES DE PESOS (\$400.000.000,00)"

"En marzo 18 de 2.009, la convocada SEGUROS COMERCIALES BOUVAR S.A. contestó la referida reclamación, objetándola, pero lo hizo fuera del termino señalado en artículo 1.053 del Código de Comercio, circunstancia que debe considerarse como una la reclamación no objetada. En tal virtud, la póliza presta mérito ejecutivo por sí sola, según dicha norma. Trátese, en consecuencia de una obligación expresa, clara, exigible y proveniente de la deudora, la sociedad convocada."

"Es pertinente destacar que el suscrito apoderado de la sociedad convocante intentó hacer efectivo el cobro de la obligación de que trata esta demanda ante la justicia ordinaria, debido al convencimiento que tenía de que los procesos ejecutivos no se tramitaban por miedo de tribunales de arbitramento, y en el curso del proceso ejecutivo que se venía adelantando en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cartagena admití ante el recurso de reposición que interpuso la apoderada de la sociedad demandada, donde alegó falta de jurisdicción, que las altas Cortes del país ya se han pronunciado a favor del trámite de estos procesos por esa vía arbitral. El señor Juez, en consecuencia, resolvió dar por terminado el proceso y conceder a las partes un (1) mes de plazo para que se iniciara el proceso ante el Tribunal de Arbitramento que correspondiera, término dentro del cual mis mandantes le dieron cumplimiento a lo ordenado por el juez."

1.2 La misma parte Convocante formuló las siguientes pretensiones que a continuación se transcriben:

"Primera. Que se declare que la póliza de navegación número 15101005968-01, expedida por la sociedad Convocada, SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., expedida el día 12 de diciembre de 2007, y renovada el 12 de diciembre de 2008, mediante la cual el objeto asegurado fue la embarcación denominada "TARU III" con los amparos de Pérdida Total Absoluta y Constructiva y Avería Particular, entre otros y una cobertura básica de OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000), presta mérito ejecutivo, por sí sola, por no haber sido objetada la

reclamación de la sociedad asegurada dentro del término señalado en el ordinal 3° del artículo 1053 del Código de Comercio.

"Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene en el laudo arbitral el pago de la cantidad de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000) moneda legal colombiana, a título de indemnización amparada por la referida póliza de navegación, expedida por la convocada SEGUROS BOLIVAR S.A., a favor de AQUAMAR S.A., más los intereses bancarios corrientes correspondientes, desde el día 2 de marzo de 2009, fecha en que la demandada debió cumplir con la obligación de indemnizar a mis mandantes.

"Tercera. Se condene en costas a la demandada."

1.3 A su vez, la parte convocada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., en su contestación a la demanda de convocatoria, se pronunció aceptando algunos hechos, negando la mayor parte de ellos, planteando sus puntos de vista, se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda por la sociedad AQUAMAR S.A. en los siguientes términos que literalmente se transcriben:

"SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., se opone a las pretensiones presentadas por la sociedad AQUAMAR S.A. en los siguientes términos: 1. Dentro del Trámite Arbitral dada su naturaleza, no es viable emitir un pronunciamiento como el que pretende el demandante, es decir la pretensión presentada carece de fundamento a la luz de las normas que regulan el procedimiento arbitral, no obedece a la técnica procesal de los procesos declarativos. Adicionalmente SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., se opone al fundamento que menciona el demandante relativo a 18 la supuesta objeción extemporánea del siniestro de la motonave TARU III, toda vez que tal y como se dijo anteriormente, AQUAMAR S.A. accedió a la realización de una inspección en el motor de la motonave durante los días 26 y 27 de febrero de 2009, con el fin de determinar las circunstancias que rodearon el hecho reclamado, es decir determinar de acuerdo al artículo 1077 del Código de Comercio, las circunstancias de ocurrencia del siniestro, en consecuencia es a partir de esta fecha que operaría el término establecido en el artículo 1053 del Código de Comercio numeral 3 y es por ello que la objeción remitida a AQUAMAR SA., el día 18 de marzo de 2009, estuvo dentro del término estipulado por la norma. 2. De igual manera SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. se opone al pago de los \$400.000.000,00 más los intereses bancarios corrientes solicitados en la segunda pretensión, por cuanto, al no operar técnicamente y de acuerdo a las normas procesales, la declaración del mérito ejecutivo de la póliza, de manera consecencial no puede considerarse el pago de la suma reclamada, y así mismo, al no haberse enmarcado el riesgo acaecido dentro de la cobertura otorgada por la póliza, es un hecho que no existe ninguna obligación indemnizatoria a cargo de mi representada. Por otro lado el daño realmente causado al motor de la nave TARU III de acuerdo a la documentación aportada por AQUAMAR S.A. es de un valor inferior al solicitado en esta pretensión y por lo tanto de acceder el Honorable Tribunal al pago de dicha suma, se estaría contraviniendo el principio indemnizatorio del seguro contratado e igualmente se incurriría en una condena que no es proporcional con el daño sufrido en la motonave. 3. Al no prosperar las pretensiones anteriores, solicito condenar en costas a la parte demandante."

1.4 Propuso la Parte Convocada como excepciones de fondo las de "Falta de competencia" con fundamento en que la parte convocante ha solicitado un mandamiento ejecutivo y el Tribunal de Arbitramento no sería competente para adelantar un proceso de este tipo, solo declarativos. "Falta de Legitimación en la causa por activa" cuestionando si en este caso se dan los presupuestos de la acción, por cuanto Aquamar S. A no es la persona titular del derecho a reclamar indemnización. "Ausencia de cobertura" por cuanto los hechos acaecidos en este caso, no están contemplados en la cobertura de la póliza de navegación No. 1510-1005968, razón por la cual, no constituyeron el acaecimiento del riesgo asegurado y en consecuencia no generaron la obligación indemnizatoria a cargo de la Aseguradora, lo cual sustenta en varios argumentos. Por último propone la excepción de cobro de más de lo debido, que igualmente sustenta en que la indemnización reclamada resulta excesiva conforme a las normas que regulan el contrato de seguros, pues el valor real de la pérdida patrimonial presentada con ocasión de los hechos acaecidos, asciende a una cifra mucho menor a la reclamada por la sociedad asegurada.

CAPÍTULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

El Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente, las personas jurídicas que conforman las partes en este proceso, se encuentran legalmente constituidas y tienen existencia legal, con domicilios en la ciudad de Barranquilla la parte Convocante y en la ciudad de Bogotá la parte Convocada, los representantes legales de las partes son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes y las dos partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante auto proferido en la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día 11 de marzo de 2.010, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; señaló que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción; que las partes tenían capacidad para transigir; que el pacto arbitral reunía los requisitos legales y que, en consecuencia, el Tribunal es competente para tramitar y decidir el litigio.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre circunstancia irregular alguna que afecte la presente actuación.

CAPÍTULO CUARTO

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Tribunal mediante providencia de fecha 11 de marzo de 2.010, se declaró competente para conocer del conflicto que se ha suscitado entre las partes, por las siguientes razones: entre las partes convocante y la convocada se celebró contrato de seguro de embarcaciones, que consta en la póliza No. 1510-1005968 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, en cuyos anexos incluyen como cláusula adicional: "Arbitramento Ciudad Cartagena ."; El presente conflicto se generó por causa del contrato de seguros de embarcaciones que sirve de soporte a las pretensiones de la convocante, es decir, se trata de un asunto contractual, cuyas diferencias las partes resolvieron someter al proceso arbitral, habida consideración de la incorporación en el texto contractual de la cláusula adicional denominada "Arbitramento Ciudad de Cartagena".

Posteriormente, en la audiencia de instalación de este Tribunal, celebrada el día 14 de diciembre de 2009, las partes convocante y convocada, de manera expresa habilitaron a este tribunal de la siguiente manera: " No obstante ello acuerdan ambas estando expresamente facultadas para ello, que habilitan a este Tribunal de arbitraje para que dirima todo tipo de controversias resultantes del contrato de seguros que los vincula a través del procedimiento declarativo arbitral, en la forma como lo dispone la ley ". Igualmente, en la última sustitución de demanda presentada en término por la parte convocante, se dejaron planteadas peticiones a este Tribunal, todas ellas de carácter declarativo, tal como consta a folios 208 y 209 del expediente; los asuntos sometidos a este Tribunal de Arbitramento son susceptibles de transacción, por cuanto se trata de intereses económicos o ²⁰ patrimoniales disponibles por las partes. Estos argumentos fueron expuestos al desatar este tribunal un recurso de reposición que interpuso la parte Convocante, contra el auto que fijó la competencia, lo cual se hizo en audiencia de fecha 16 de marzo de 2.010, argumentos que ahora reitera el tribunal (folios 341 al 353).

Basados en lo anterior, este Tribunal declara la improcedencia de la excepción planteada por la convocada, denominada "falta de competencia", tal como lo reconoce de manera expresa la parte convocante en su alegato de conclusión.

2. INTERPRETACION DE LA DEMANDA Y NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION PLANTEADA.

La parte convocante en su primera pretensión solicita a este Tribunal que "**se declare** que la Póliza de Navegación número 1510-1005968-01 expedida por la sociedad convocada, SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A expedida el día 12 de diciembre de 2.007, y renovada el 12 de diciembre de 2008, mediante la cual el objeto asegurado fue la embarcación denominada "TARU III" con los amparos de Pérdida Total Absoluta y Constructiva y Avería Particular, entre otros y una cobertura básica de OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000, oo), presta mérito ejecutivo, por sí sola, por no haber sido objetada la reclamación de la sociedad asegurada dentro del término señalado en el ordinal 3° del artículo 1053 del Código de Comercio". Y en la segunda pretensión pide la convocante AQUAMAR S.A. "que como consecuencia de la declaración anterior, **se ordene en el laudo arbitral el pago de la cantidad de CUATROCIENTOS MILLONES DE**

PESOS (\$400.000.000,00) moneda legal colombiana, a título de indemnización amparada por la referida póliza de navegación, expedida por la convocada SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., a favor de AQUAMAR S.A., más los intereses bancarios corrientes correspondientes, desde el día 2 de marzo de 2009, fecha en que la demandada debió cumplir con la obligación de indemnizar a mis mandantes" (las negrillas no corresponden al texto).

La pretensión procesal determina los hitos en que la actividad decisoria del Juez debe desenvolverse. Y es así como la jurisprudencia patria ha manifestado en reiteradas ocasiones, que el juez está facultado para interpretar la demanda de manera racional y lógica; especialmente cuando ésta es oscura e imprecisa. En ese orden de ideas la misión de tal interpretación no es otra que precisar su verdadero alcance mediante una operación con la que se verifica el significado Jurídicamente relevante del libelo introductorio.

De antemano el Tribunal desea dejar sentado, luego del estudio y análisis del acto de declaración de voluntad, mediante el cual la parte convocante se auto atribuyó un derecho, que las pretensiones contentivas en el libelo introductorio, no están lo suficientemente claras y carecen de precisión. Se pide en primer lugar que el Tribunal declare que la póliza de casco navegación presta mérito ejecutivo por sí sola, toda vez que la convocada no objetó una reclamación de manera oportuna y, como consecuencia de ello, se ordene en el laudo el pago de una suma de dinero a "título de indemnización" amparada según la parte actora por la referida póliza.

Es decir, se pide que por vía de una acción de cumplimiento –de una obligación dineraria ²¹ consignada en una póliza de seguros-, la cual se sabe es propia del proceso ejecutivo singular, se declare consecuentemente un derecho a recibir una indemnización. Por lo que frente a dos acciones rogadas contrapuestas y que encuentran su génesis en una supuesta conducta antijurídica contractual, es menester interpretar la demanda que contiene ambas pretensiones.

"Ciertamente, según lo tiene averiguado la doctrina del derecho procesal, cuando al tiempo de fallar el juez se encuentra frente a una demanda que adolece de imprecisión, bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas o en los otros está en el deber de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tomar en cuenta todo el conjunto de ese libelo, y además, en los casos en que ello fuere menester para precisar su verdadero alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Solo así puede llegar, frente a la demanda, a su procedente interpretación racional y lógica (...)" Sentencia de casación civil del 30 de Abril de 1976. Mag. Pon. Humberto Murcia Ballen.

En la operación o actividad desplegada por el Juzgador que va hasta poder cambiar la denominación dada por el demandante, éste no podrá variar o modificar los hechos o supuestos fácticos expuestos en la demanda hasta hacer tornar la pretensión procesal en otra. Y es que frente a las postulaciones pretendidas no necesariamente debe exigírsele al juez una referencia textual de las mismas, él debe escudriñarla como se ha dicho, de manera lógica y racional sin que caiga en un formalismo que peca por exceso.

"La conformidad o consonancia que debe existir entre el petitum y la sentencia estimatoria no debe ser de tal naturaleza que el fallo tenga que reproducir textualmente las peticiones del libelo. El deber que tiene el sentenciador al interpretar la demanda para conocer el verdadero alcance de ella, está acorde con lo que le impone el artículo 471 del Código Judicial, en su último inciso, al establecer que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancias con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Estos dos deberes no se rechazan o se excluyen; por el contrario, se complementan en el logro del común destino de los procedimientos que es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial (...)" Sentencia de Diciembre 15 de 1970, Tomo CXXXVI, Pág. 177, 1ª.

Reza el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil en punto de la denominada "congruencia", que la sentencia deberá estar en consonancia, es decir, en relación de conformidad con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código Procesal contempla. Sin perder de vista que la aplicación () precisamente una interpretación cuya etimología se remonta a la idea de desentrañar, de explicar o de exponer

En sentencia del 27 de abril de 1.978, la Corte Suprema de Justicia anotó sabiamente que:

"La sentencia para ser congruente debe decidir solo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado la oportunidad para contradecirlos. Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir con fundamentos de hechos no alegarlos".

La Corte Suprema de Justicia ha venido insistiendo en su jurisprudencia sobre la interpretación de la demanda y en sentencia del 30 de julio de 1996, dejó nuevamente sentado que:

"La demanda por ser presupuesto procesal, como que incoa materialmente la acción, mide la tutela jurídica reclamada, y en fin, es un proyecto de sentencia que el demandante presenta al juez, el que a su vez determina los extremos de defensa del demandado, está sujeta a unos requisitos de forma (CPC, arts. 75 y ss.), que de no cumplirse la hacen inepta. Sin embargo, cuando al fin del proceso se enfrenta una demanda ambigua, oscura o dudosa, el juez con el fin de hacer eficaz la jurisdicción debe interpretarla desentrañando la realidad de sus hechos y pretensiones, para así por contera no sacrificar el derecho sustancial. La interpretación, empero, debe hacerse en forma sistemática, razonada y lógica, respetándose en todo caso el principio dispositivo con el fin de no caer en la incongruencia por la suposición de hechos y pretensiones (subrayas son nuestras) según lo dicho por la Corte en sentencias del 26 de junio de 1986 y 28 de febrero de 1992". (M.P. José Fernando Ramírez Gómez). En la segunda sentencia dice que "de conformidad con el artículo 368 del Código de Procedimiento civil el error fáctico como motivo de casación puede presentarse respecto de la demanda, de su contestación, o de determinada prueba". Ocurrirá lo primero, al tenor de la jurisprudencia de esta corporación, cuando al interpretar esa pieza del proceso el

juzgador se equivoca en relación con los alcances de la causa petendi o del petitum, resolviendo en contraevidencia con ellos, a consecuencia de lo cual aplica indebidamente o deja de aplicar preceptos sustanciales, que de ese modo infringe”.

La facultad interpretativa de la demanda, según lo ha indicado esta corporación, emerge para el sentenciador cuando esta no viene ajustada a la más absoluta precisión y claridad, lo que sucede de manera general en los eventos en que están ausentes la debida formulación y determinación de los hechos o la expresión clara y precisa de lo que se pretende. Cuando así sucede, le corresponde al Juzgador dentro de un criterio razonado y lógico, interpretarla en su conjunto, para desentrañar la verdadera pretensión o pretensiones que lo lleven a decidir de fondo, en procura de no sacrificar el derecho sustancial.

Precisamente la Corte, en presencia de demandas que adolecen de cierta vaguedad o imprecisión, ha sostenido que:

“Existe para el juzgador el poder necesario para desentrañar en el conjunto de la misma, la intención del libelista, puesto que la torpe expresión de las ideas no alcanza a ser motivo de repudiación del derecho cuando este alcanza a percibirse en la exposición de ideas del demandante”. (Cas. de 27 de marzo de 1939, XLVII, pág. 753; 16 de febrero de 1959, LC, pág. 51; 4 de noviembre de 1970, CXXXVJ, pág. 82; y 6 de mayo de 1985)”. (MP. Nicolás Bechara Simancas).

Finalmente diremos que la facultad de interpretar, desentrañar y verificar el sentido jurídico ²³ de la pretensión encuentra otro soporte de mayor valor y nos referimos al artículo 228 de la Constitución Política que al hacer mención de las decisiones de la administración de Justicia destaca como prevalentes a ellas el derecho sustancial “Artículo 228: La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. (.) (lo subrayado es nuestro).

“Por consiguiente, el acceso a la justicia y los procedimientos que lo desarrollan, deben cumplirse a partir de un criterio de interpretación sistemática, que obligue al operador a fijar su alcance consultando los principios, derechos y garantías que consagra la Constitución Política, los cuales, como es sabido constituyen a su vez la base o punto de partida de todo el ordenamiento jurídico”

“En este punto resulta entonces relevante, la referencia consagrada en el artículo 228 de la Carta, sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, en la medida en que la interpretación que se haga de las normas procesales que consolidan el acceso a la justicia, en virtud de este principio, debe entenderse ‘en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancia, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la Ley”(C. Const, Sent C-183, mar. 14/2000 M.P.Manuel José Cepeda Espinosa).

En punto de la primera pretensión de la convocante, en la que solicita se declare que el contrato de seguros presta mérito ejecutivo por sí solo, este Tribunal reitera lo expresado en la audiencia de fecha 16 de marzo de 2.010, al desatar el recurso de reposición que interpuso la parte Convocante contra la providencia que determine la competencia del () claro para este operador de justicia, que las pretensiones rogadas y las excepciones propuestas: rectius la controversia, se desatarán en el laudo declarando o no la existencia de un derecho, utilizando por supuesto la vía procesal prescrita en la ley para el trámite arbitral.

Se dijo en aquella ocasión:

"Luego de observar los argumentos de las partes, este Tribunal estima que el problema jurídico que se ha planteado en este recurso, consiste básicamente en dos temas : el primero, relacionado con el tipo de pretensiones que ha esbozado la parte convocante, si de carácter declarativa, o de tipo ejecutiva, que permitan inferir la competencia del Tribunal y el segundo, si el pacto arbitral reúne las condiciones de existencia y validez que son necesarias para que opere este Tribunal de Arbitramento y por lo mismo para que se pueda declarar la competencia del mismo. En síntesis, ambos problemas tienen relación directa con la determinación de la competencia que es la etapa procesal actual de este arbitraje. Veamos cada uno de estos aspectos.

La naturaleza jurídica de las pretensiones esbozadas por la parte convocante.

Conforme lo señala el expediente, la parte convocante presentó tres solicitudes de convocatoria o demandas arbitrales, en este proceso: una recibida el 16 de octubre de 2009 (folios 1 a 4 del 24 expediente); una primera sustitución de demanda presentada el 29 de octubre de 2009 (folios 59 a 62 del expediente) y una segunda sustitución de demanda presentada el 14 de enero de 2010 (folios 208 a 212 del expediente).

Las dos primeras demandas estaban cimentadas sobre la base de que se adelantara el proceso arbitral por la vía de un proceso ejecutivo, con todas las consecuencias que ello amerita, lo cual se advierte en los hechos y las pretensiones de las mismas pues piden librar mandamiento de pago.

La segunda sustitución de demanda arbitral, sin lugar a dudas cambió el espectro de las pretensiones y por lo mismo habilita a este Tribunal para que funcione por la vía de un proceso declarativo, que es el apropiado y permitido para el proceso arbitral. Ello se desprende claramente del contenido de la demanda, cuando la parte convocante, a través de su apoderado, expresa:

"...., me permito sustituir por segunda ocasión la demanda e integrarla debidamente con la documentación que reposa en el expediente en el sentido de que el trámite de este proceso arbitral se adelante conforme las prescripciones del decreto 1818 de 1998, como proceso declarativo contra la sociedad convocada... de conformidad con las siguientes PRETENSIONES, modificadas de la siguiente manera:

PRIMERA: Que se declare que...

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene en el laudo arbitral el pago de..."

El cambio de enfoque que hizo la parte convocante, no es fruto de la coincidencia ni del azar, es un acto voluntario y consciente que se derivó de la audiencia que se realizó el 14 de diciembre de 2009 en que se puso en conocimiento de las partes, la circunstancia de que el proceso arbitral no es el escenario para plantear procesos ejecutivos, sino controversias por la vía declarativa. En esa audiencia, que, se insiste, es previa a la presentación de la segunda sustitución de demanda, las partes dijeron de manera expresa que:

"...habilitan a este Tribunal de arbitraje para que dirima todo ocio tipo de controversia resultante del contrato de seguros que les vincula a través del procedimiento declarativo arbitral, en fa forma como lo dispone la ley (Folio 204).

Con estas simples y precisas consideraciones, concluye este Tribunal que tiene habilitación expresa de las partes para continuar con el trámite del proceso arbitral, de conformidad con el procedimiento propio de este tipo de actuación procesal razón por la cual la competencia de este Tribunal debe confirmarse."

Se ha insistido por la jurisprudencia en que la Jurisdicción, es entendida como la función pública de administrar justicia que le corresponde al Estado y como una emanación de su soberanía, se divide por la ley en diversas clases según sea la naturaleza del derecho objetivo cuya aplicación se demanda. En tales condiciones corresponde a la jurisdicción ordinaria o a la ²⁵ jurisdicción civil el conocimiento de las controversias de derecho privado.

El parágrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1.998 señala que "La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato, y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea nulo o inexistente. (Artículo 116 de la Ley 446 de 1.998). En presencia de un pacto de esa naturaleza, se entiende la sustracción válida de la jurisdicción del Estado para conocer y decidir las controversias que en aquella se determinan no así frente a pretensiones ejecutivas, donde su base fundamental no radica en una diferencia de tipo contractual, sino en la falta de solución de los derechos de crédito derivados de una omisión relativa al pago, circunstancia que escapa a las competencias que tendría el Tribunal de Arbitramento, pues no se encuentra facultado para decretar y practicar medidas cautelares o seguir adelante una ejecución en los términos del Código de Procedimiento Civil, además de ello la característica propia del arbitramento es que es transitorio, lo cual impide predicarlo de las ejecuciones coactivas que culminan con el pago de la obligación y no con la sentencia, por tanto es un momento incierto en cuanto a su ocurrencia.

Por su naturaleza, en los procesos de ejecución la demanda ejecutiva debe ir acompañada del título, es decir del documento o los documentos que constituyen el presunto título ejecutivo, de cuya existencia pende la procedibilidad del proceso ejecutivo, los cuales contienen la obligación clara, expresa y exigible, por cuya efectiva satisfacción se acude a la jurisdicción; pues el fundamento del

proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación. Es por ello que, en ejercicio de la acción ejecutiva, el demandante o ejecutante, tiene la carga de demostrar ab initio su condición de acreedor de una obligación clara, expresa y exigible (art. 488 del C. de P. C.).

En los procesos ejecutivos, el operador de la justicia no define en la orden de apremio o del auto admisorio si el beneficiario del mismo tiene derecho a una obligación dineraria, por ejemplo, ya que solo en ese momento procesal, el juez establecerá -si se dan los requisitos de ley- la apariencia del derecho, el cual podrá ser confirmado o no en la sentencia respectiva.

La parte actora ha insistido, a partir del libelo introductorio, sustituido en dos ocasiones (folios 208 al 212), que su reclamo proviene de una obligación a cargo de la aseguradora convocada y de la cual predica que ella es expresa, clara y exigible; toda vez que la objeción que hiciera la aseguradora el 18 de marzo de 2.009 al reclamo presentado por el tomador y asegurado fue extemporáneo, razón por la cual colige de ser tenido como no objetado. Con fundamento en el anterior aserto, al momento de pronunciamiento sobre la contestación de la demanda y las excepciones de mérito (que obra a folios 298 al 308 del expediente) expresa su inconformidad frente a las defensas presentada por la aseguradora Seguros Comerciales Bolívar S.A. en su oportunidad:

“El escrito que nos ocupa contiene una constante que es la siguiente: trata de retrotraer una situación que existía antes de la reclamación, cuando ya las circunstancias y los hechos que dieron lugar a ella, no son del resorte de este Tribunal, pues la ley expresamente no los tiene en cuenta al determinar que de ninguna manera es el caso hacer análisis de documentos que por negligencia de la aseguradora se colocó en el caso contemplado en el ordinal 3° del art. 1053 del C. de Ca. De modo que al cuestionar el valor de la reclamación, pretende que todo el proceso reclamatorio, por decirlo así, se re-inicie en el seno del tribunal para que éste supla la negligencia de la aseguradora, cosa que () AQUAMAR resulte sacrificando un derecho adquirido conforme lo consagra el artículo 1053 citado. *“Nulla auditur propiam turpitudinem alegans”*, decían los romanos”.

Frente a estos argumentos, el Tribunal hace eco de lo expuesto con brillantez por nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha Junio 28 de 1993, acerca de las consecuencias sobrevenidas con ocasión de la ausencia de objeción por parte de la aseguradora o, por su objeción inoportuna, y al respecto manifiesta:

“Sí el beneficiario reclama pago ante el asegurador, con base en un riesgo no amparado, ya sea porque el siniestro ocurrido es totalmente ajeno al contrato ora porque fa especie reclamada está excluida contractualmente del género constitutivo del siniestro, ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en el derecho colombiano fuente de obligaciones. Por lo mismo el juzgador, frente a la inexistencia de un contrato que recaiga sobre el riesgo específico en que se apoye la demanda, ninguna obligación puede deducir a cargo con la compañía aseguradora, ni siquiera pretextando que esta se abstuvo de objetar extrajudicialmente la reclamación. No tiene aquí otro camino el tallador que admitir la defensa correspondiente pues la ausencia de objeción no es óbice para reconocer los hechos exceptivos relacionados con la

obligación demandada, o sea aquellos que tiendan a establecer que el derecho del asegurado no existe por no haber nacido a la vida jurídica o por haberse extinguido una vez nacido o por haber sufrido modificaciones, o por inexigibilidad actual del mismo. Así, por ejemplo, un seguro que ya fue totalmente pagado no revive por la sola circunstancia de que frente a una segunda reclamación el asegurador por negligencia u olvido guarde silencio dentro del plazo legal. En realidad la objeción oportuna y seria al reclamo impide considerar la obligación del asegurador como ejecutable, al tenor del artículo 1053 del C. de Ca., por estimarse el derecho del beneficiario como discutido y, al contrario, la falta de objeción permite la ejecución de la obligación, por aparecer el derecho del beneficiario, en principio, como indiscutido, lo cual sin embargo no lo coloca en la categoría de indiscutible. Ningún derecho puesto a consideración de los jueces puede estimarse incontrovertible por la vía de las excepciones, salvo, como se había mencionado, limitación expresa y clara de la ley.

Así, pues, el silencio del asegurador no modifica los términos del contrato, por lo cual si un riesgo en general o una especie dentro del riesgo general, no fue amparada por la póliza, mal puede prosperar la demanda del presunto beneficiario y así puede y debe declararlo el juez por la vía exceptiva"

En igual sentido, pero en ocasión posterior esa misma Corporación en sentencia del 25 de Octubre del año 2000, exp. 5618 precisó que:

"En realidad, la objeción oportuna y seria al reclamo impide considerar la obligación del asegurador ²⁷ como ejecutable, al tenor del artículo 1053 N°3 del C de Co. por estimarse el derecho del beneficiario como discutido y, al contrario, la falta de objeción permite la ejecución de la obligación, por aparecer el derecho del beneficiario en principio como indiscutido, lo cual, sin embargo, no lo coloca en la categoría de indiscutible. Ningún derecho puesto a consideración de los Jueces puede estimarse incontrovertible por la vía de las excepciones, salvo. limitación expresa y clara de la ley".

Así las cosas, no es de recibo para este Tribunal la situación y efectos jurídicos expuestas por la parte convocante, en el sentido de que por tratarse de una reclamación no objetada en su oportunidad, la póliza presta mérito ejecutivo por sí sola y, en consecuencia, según su dicho, no le es dado a la sociedad aseguradora y convocada cuestionar el valor de la reclamación y pretender "que todo el proceso reclamatorio, por decirlo así, se re-inicie(sic) en el seno del tribunal, para que este supla la negligencia de la aseguradora". Se ha insistido hasta el cansancio *repetita iuvant*, que las pretensiones incoadas y el conflicto que ocupa este tribunal se tramitarán y resolverán mediante proceso declarativo, en el que caben como defensa todas excepciones perentorias o de fondo que proponga el demandado. Es obligación de este tribunal garantizar el derecho de defensa.

Amén de ello, y según las voces del artículo 1077 del C. de Ce., inciso 2°, corresponderá al asegurador demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. En igual sentido, tiene cabal aplicación lo señalado en el artículo 1044 del C. de Ca., que señala "*salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere*

podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador"

De cara al deber que asiste a este operador de justicia de interpretar la demanda y sus pretensiones en forma sistemática, razonada y lógica como lo reitera la jurisprudencia antes mencionada, este Tribunal antes de señalar sentido del escrito introductorio, se permite hacer las siguientes precisiones:

2.1 En toda situación jurídica se encuentra enclavada una relación igualmente jurídica, "esto es, un nexo entre dos sujetos en torno de un objeto, regulado por el derecho y surgido a propósito de la detentación de bienes y de la utilización servicios (...)". (HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones, Concepto Estructura Vicisitudes, Tomo 1, 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, 2002, 2003, pág. 41), y en el enlace jurídico siempre hay alguien que puede y otro que debe.

2.2 Es de la esencia de la pretensión procesal que ella tenga, por lo menos la auto atribución de un derecho por quien reclama su satisfacción, que no puede ser otro que el sujeto activo de la misma. Es suficiente para darle contenido a la pretensión procesal que el invocante se atribuya el derecho, sin importar que éste al final del proceso se obtenga o no, pues, si se exigiera desde el inicio del proceso la prueba de la existencia del derecho, no sería necesario el proceso mismo. Toda vez que el proceso judicial verificará si tal auto atribución corresponde a la realidad o no. Por ello, le corresponderá al invocante probar los supuestos fácticos y jurídicos en que funda et derecho reclamado.

2.3 De otro lado, ningún administrador de justicia podrá exigir la prueba del derecho desde el inicio del proceso. Sin embargo, la ley en muchos casos exige pruebas de la aptitud que puede tener el sujeto activo. Por ejemplo, para un proceso de divorcio se exige como prueba para invocar la pretensión procesal el registro civil de matrimonio, pero ello no quiere decir que con tal documento se está probando la causal alegada, ni que se tiene el derecho a pedir rompimiento del vínculo matrimonial. No, con tal anexo sólo se está demostrando una aptitud para pedir divorcio, pero le corresponderá al pretendiente demostrar que es el cónyuge inocente y que su contraparte, el otro cónyuge, dio lugar a la causal invocada. Sólo en la sentencia podremos saber si el derecho reclamado se tenía o no. Asimismo, podemos encontrar casos en donde el derecho invocado inicialmente, no se tiene ni se ha tenido nunca. Tales son los casos en donde se reclama una sentencia declarativa contra una persona y ella resulta absoluta. Podríamos mencionar también casos en donde se tuvo el derecho y este se extinguió, como cuando alguien alega ser acreedor de una obligación, y el demandado excepciona con pago y demuestra que dicha obligación se extinguió. En todos estos casos se invoca tener el derecho, pero no siempre él se tiene. Pero en todos los casos existió reclamación y por tanto la pretensión procesal quedó debidamente estructurada.

2.4 Como relación jurídica que es, la obligación exige la presencia de dos posiciones correlativas: el derecho que es la esperanza que se convierte en pretensión en caso de renuencia del sujeto

pasivo. Lo que indica que el derecho y la pretensión del sujeto activo van enlazados en caso de que el deudor se niegue a pagar o cumplir con su obligación como se dijo.

Una lectura minuciosa de las pretensiones que la parte actora presenta a consideración de este operador de justicia y que obra a folios 208 al 212 del expediente y de la causa petendi que hace referencia a la fundamentación mediante la postulación de 6 hechos clasificados conforme al numeral 6° del artículo 75 del C. P.C., permite colegir al Tribunal de manera lógica y racional y aplicando las reglas de la hermenéutica, aunado a la apreciación objetiva del contrato de seguros No. 1510-1005968, que AQUAMAR S.A. se atribuye un derecho de crédito como parte activa y correlativa de la relación negocial frente a quien considera su deudor, la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S.A.

El asegurado está haciendo efectivo el derecho a solicitar la indemnización, con el propósito de obtener una declaración en el laudo de que se le pague la cantidad de \$400.000.000,00 a título de indemnización con ocasión de la póliza de navegación expedida por la convocada y del siniestro a que hace mención en el hecho tercero de la demanda.

Procede a renglón seguido el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas a fin de establecer si alguna de ellas está o no llamada a enervar las pretensiones de la convocante, abordando en primer lugar la que atañe a un elemento esencial del contrato de seguro, como lo es, el interés asegurable, en este caso, el interés asegurable de la convocante respecto de la embarcación Taru III, objeto del seguro de casco convenido, sobre el cual recae igualmente su ²⁹ legitimación para actuar en 8ª sede arbitral. A renglón seguido, se analizará, si es del caso, la cobertura contratada, su naturaleza y alcance.

3. LEGITIMACION EN LA CAUSA ACTIVA. EL INTERES ASEGUABLE EN EL SEGURO DE CASCO NAVEGACION

La legitimación en la causa por activa y por pasiva, tiene dirección hacia la decisión del fondo del proceso, es decir, es un presupuesto de orden sustancial y no procesal, pues la ausencia de la facultad de alguna de las partes para estar presentes en el debate bajo esas condiciones, conducen a que las decisiones que definan el debate judicial sea de mérito, como que tienen dirección bajo esas circunstancias a que las pretensiones no puedan alcanzar decisión positiva.

La legitimación en la causa por activa, está señalada para quien pretende reclamar un derecho que presuntamente tiene y que para su reconocimiento debe acudir al debate jurídico, mientras que la legitimación por pasiva es aquella que debe tener quien se cita para que tenga el derecho correlativo de controvertir lo perseguido con la demanda, o por la parte actora.

Dilucidado lo anterior y en punto a la controversia contractual que nos ocupa derivada de las posturas asumidas entorno a un contrato de seguro de daños se tiene a nivel general que, uno de sus extremos es el tomador, la persona natural o jurídica que interviene como parte en la formación del contrato de seguro y su capacidad y conducta precontractual son factores determinantes conforme al artículo 1058 del Código de Comercio para la validez del negocio jurídico y a su cargo corren las cargas, deberes u obligaciones respectivas aunque en muchas coincida o sea también el

beneficiario o asegurado. Es pues función del tomador, bien sea por cuenta propia o por cuenta ajena señalando como beneficiario a un tercero, concurrir con su consentimiento a la formación de un contrato, cumplir el deber precontractual, declarar el estado del riesgo, pagar la prima y estar atento a todos los hechos y circunstancias que condicionan la subsistencia del riesgo y el seguro durante su vigencia.

El asegurado, por su parte, es la persona titular del interés asegurado, o sea aquella cuyo patrimonio pueda resultar afectado directa o indirectamente por la realización del riesgo, por lo que por su condición de sujeto pasivo del daño, es quien cumplida la condición, o sea ocurrido el siniestro, adquiere el derecho a la indemnización conforme a lo estipulado en el contrato, es decir, que al beneficiario o asegurado es a quien le corresponde el derecho a la prestación asegurada, por lo mismo a quien le corresponde demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía dentro o fuera de un proceso judicial.

La convocada, al contestar la demanda, propuso como excepción de mérito la que denominó falta de legitimación por activa del convocante, y la plantea como un asunto de derecho sustancial, ya que de acuerdo con las normas que regulan el contrato de seguro, en especial el de daños, es solamente la persona titular del derecho a percibir el pago de la indemnización quien se encuentra judicialmente legitimada a reclamar su pago, siempre y cuando, concurra en ella el interés asegurable. En esencia, la parte convocada reclama del Tribunal, determine si el convocante es el titular o no del derecho a la indemnización, ya que, en su sentir, conforme a lo desarrollado en el alegato de conclusión, AQUAMAR no es la persona que se encuentra legitimada conforme al contrato de ³⁰ seguro a percibir el pago de la indemnización, por cuanto quien ostenta la condición de beneficiario bajo esta póliza, en atención al interés asegurable que le correspondía, era la Dirección Nacional de Estupefacientes.

El seguro de Casco Navegación, conocido como seguro de casco y Maquinaria (Hull and Machinery en su acepción inglesa) es un seguro de daños de carácter real, por cuanto se refiere al cubrimiento de los riesgos propios de la navegación que puedan afectar en su condición física y operacional a una embarcación, cualquiera que sea su sistema de propulsión y cuya realización genera un menoscabo en el patrimonio de quien ostenta un legítimo interés asegurable sobre ella.

El interés asegurable, elemento esencial en los contratos de seguro de daños se define como la relación económica amenazada en su integralidad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla con las cosas o derechos tomados en sentido general o particular.¹

La jurisprudencia enseña que respecto de un mismo derecho o bien pueden concurrir varios intereses asegurables, sin que resulte indispensable que coincida la persona o personas involucradas en ellos, *“con quienes son los titulares del derecho de dominio como principal relación jurídica predicable del bien afectado con la realización del riesgo mucho más, si inclusive el*

¹ (Teoría General del Seguro - Effren Ossa. Editorial Temis, 1.984)

interés puede ser indirecto como expresamente lo consignó la ley comercial" (Sent. Cas. Civ. de 30 de septiembre de 2002, Exp. No. 4799).

La Corte ha definido el concepto de interés asegurable como la "relación -relatio- de carácter económico que liga -o vincula- a una persona con una cosa, con una universalidad, consigo misma, etc, in potentia amenazadas por la realización del riesgo cubierto (arts. 1045, nral 1º, 1083 y 1137 ib)" (Sent. de Cas, Civ, de 21 de marzo de 2003, Exp, 6642).

Así que, nada impediría que cualquiera de los concernidos pretendiera cubrir sus riesgos patrimoniales a través de la celebración de un contrato de seguro, en la medida en que aquellos tuvieran un interés pecuniario y lícito. En particular, en materia de seguros de daños en que rige con vigor el principio indemnizatorio, el artículo 1083 de Código de Comercio dispone que "*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*" sin que dicha relación dependa indefectiblemente de la propiedad, pues ella puede darse respecto de vínculos de diversa naturaleza².

Conforme a lo dicho, respecto de una embarcación, tendrá interés asegurable, todo aquel de cuyos daños, de cuya realización de los riesgos propios de la navegación o de los que sobre ella se convengan, derive un perjuicio o menoscabo patrimonial directo o indirecto. Lo tendrán no solamente el propietario registrado en el puerto de matrícula de la nave (artículo 1.441 del C.de Co), el acreedor hipotecario o prendario (artículo 1.570 y sgtes del C.Co) sino también quien ostente la ³¹ calidad de armador según lo define el artículo 1.473 del mismo estatuto, *como la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.*

La jurisprudencia igualmente reconoce como intervinientes en el contrato de seguro, al tomador, quien traslada los riesgos al asegurador que a su vez asume estos, a cambio de una contraprestación determinada -prima-; el asegurado, que es el titular del interés asegurado - en los seguros de daños-, y el beneficiario, persona a quien se atribuye el derecho a reclamar y a percibir la prestación el asegurada, una vez se acredite la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida según el caso (arts. 1077 y 1080 ib.).

De los nombrados, es el beneficiario quien, en línea de principio, está legitimado para reclamar del asegurador el pago de la prestación asegurada (art. 1080 del C. de Co., en la redacción de la Ley 45 de 1990), sin que necesariamente deba concurrir en él las calidades de tomador o asegurado, pues basta que se encuentre debidamente identificado como beneficiario en la póliza.

²Sent. Cas. Civ. de 16 de septiembre de 2003, Exp. No. 6704).CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Bogotá D.C., dieciséis de mayo de dos mil ocho Magistrado Ponente: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA Ref.: Exp. No. 11001-3103-007-1993-06332-01.

En los seguros de daños reales, lo más usual es que el titular del interés asegurable, es decir, el asegurado, sea igualmente el beneficiario, esto es, se confunden en una sola persona, pero nada obsta para que el beneficiario sea distinto del asegurado, caso en el cual, deberá el primero (el beneficiario) necesariamente poseer o ser titular de un legítimo interés asegurable, ya que de lo contrario, sería inaplicable y por ende inane, el principio indemnizatorio propio de los seguros de daños. De allí que la condición de beneficiario en este tipo de seguros, no se deriva, como en los seguros de personas, de la mera liberalidad del tomador o asegurado. La legitimidad de la designación depende de la existencia del interés asegurable en cabeza del beneficiario, el cual a la luz del artículo 1086, deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo.

Ahora bien, sí el tomador es el titular del interés asegurable, el seguro será tomado por cuenta propia. En ese mismo sentido, si el tomador actúa en nombre de un tercero con o sin poder para representarte, el seguro seguirá siendo tomado por cuenta propia (en este caso del tercero), ya que en esta hipótesis el tomador mandatario obra en nombre, con representación o sin ella, del mandante y no adquiere obligación alguna a nombre propio.

Si el tomador obra en ejercicio de un mandato representativo surgido de la ley o de un contrato, lo que hay es un seguro suscrito en nombre de un tercero, en cuyo caso la póliza distingue de manera objetiva al tomador del asegurado, pero este hecho carece de relevancia jurídica debido a que los actos realizados por el representante se imputan al representado³. El mandatario tomador no adquiere por tanto obligaciones a nombre propio, no adquiere la obligación del pago de la prima para sí, sino que aun en este caso, la obligación radicarán en cabeza del mandante, siendo el mandatario apenas un instrumento para ello.

Cuando el tomador obra a nombre propio y el interés asegurable se encuentra radicado en un tercero determinado o determinable, nos encontraremos frente a un seguro por cuenta, tal como lo estipula el artículo 1039 del C.Co⁴.

Característico es entonces de esta modalidad aseguraticia el que se suscriba el seguro en nombre propio por cuenta ajena.

Si el tomador actúa “por cuenta ajena”, quien asume el rol de asegurado es el tercero quien tiene, como tal, el derecho a la prestación asegurada, sin que, valga reiterarlo una vez más, adquiera la calidad de parte en el contrato y, por ende, tampoco asuma las obligaciones que de él emanan,

³ Hilda Esperanza Sornoza Prieto, Las partes en el Contrato de Seguro, memoria encuentro de Acoldece 40 años, septiembre 2001.

⁴ Art. 1039. Seguro por cuenta de un tercero y obligaciones de las partes. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada. No obstante, al asegurado le corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

salvo por vía subsidiaria, aunque si tiene que afrontar las excepciones que pueda oponer el asegurador contra el tomador (artículos 1043 y 1044 de la codificación en cita).

Al respecto, la Corte tiene dicho que *“en el seguro por cuenta ajena en, en línea de principio, no hay concordancia entre la persona del tomador y el asegurado – por lo menos al momento de la celebración del negocio-. El asegurador, es el cocontratante del tomador y, en particular su acreedor, respecto de la prima o precio del seguro, ya que le corresponden las obligaciones. Y el asegurado, sin ser parte en el contrato (art. 1037, C. de Co.), es el acreedor -en potencia- de la entidad aseguradora” (sentencia del 30 de septiembre de 2002, exp. No.4799).*

Empero, y esto es particularmente relevante, el aludido tercero que interviene en la comentada especie de contratación, en su condición de asegurado, necesariamente debe tener interés asegurable en los bienes, o respecto de ellos sobre los cuales recae el seguro; aunque es claro, dicho sea de paso, que el tomador también puede tener un interés propio en el contrato, en cuanto satisfaga una obligación derivada de su relación subyacente con el tercero asegurado.

La precedente elucidación encuentra respaldo en las prescripciones del artículo 1042 del Código de Comercio, según el cual

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

Lo anterior significa, entonces, que en el seguro por cuenta de un tercero si bien es innegable que éste es el titular del interés asegurable, también lo es que el tomador a su turno, puede tener un interés propio en el contrato, razón por la cual cabe concluir que, en principio el seguro bajo esta modalidad protege tanto el interés del tomador como el del asegurado” (sentencia del 24 de mayo de 2000, exp.5349). Tal conclusión fue reiterada por esta Corporación en el fallo proferido el 30 de septiembre de 2002, en el que luego de un amplio estudio del tema precisó:

“(…) es enteramente posible -amén que lícito- que, con estribo en un seguro por cuenta ajena, se protejan, simultáneamente, el interés del tomador en el contrato, y el del tercero, sin que para ello exista incompatibilidad -insalvable- alguna. Por consiguiente, si el contratante tiene un interés lícito, el recipiente reservado al seguro por cuenta ajena, fe servirá para tutelar/o, sin perjuicio de la protección negocial (ex contractu) dispensada al tercero. En este caso, con diferente abolengo, tomador y tercero, serán asegurados, pues si bien es cierto la ratio de esta forma de contratación finca en la salvaguardia de intereses ajenos, ello no se opone, según el caso, a que los del tomador corran idéntica suerte, aun cuando respetando la principalidad del tercero”.

De modo, pues, que el tomador, concretamente en el seguro de daños, será acreedor de la prestación asegurada (indemnización) hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato, según el caso, salvo estipulación en contrario; no obstante, si tal seguro fuere expresión de su liberalidad, es patente que el mismo no puede ser fuente de una prestación económica en su favor,

pues esta, por definición, corresponde al tercero - asegurado. Que las cosas sean así, es cuestión que encuentra estribo en el carácter indemnizatorio de esa especie de negocio asegurativo, ya que su designio medular es la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro⁵.

En el caso que nos ocupa AQUAMAR S.A. actúa como tomador y asegurado en la póliza de Navegación suscrita con Seguros Comerciales Bolívar. Según obra a folio 254 mediante resolución 1342 de 30 de Noviembre de 2.007, el subdirector de bienes de la Dirección Nacional de Estupefacientes, nombra como depositario provisional de la embarcación Taru III, a la empresa AQUAMAR S.A, compañía ésta que deberá ejercer las atribuciones administrativas que la ley confiere a los secuestres (Artículo de la citada resolución). Nótese que la Dirección de Estupefacientes según se desprende del acto administrativo citado y aportado por la convocada en la contestación de la demanda, recibió de la Dirección Nacional de Fiscalías la citada embarcación dentro del contexto de una acción de extinción de dominio en contra de sus propietarios. Igualmente que en su condición de entidad receptora de los bienes sometidos a proceso de extinción de dominio, le corresponde, de conformidad con la Ley 785 de 2.002 y el Decreto 1461 de 2.000, el ejercicio de todos los actos necesarios para la correcta disposición, mantenimiento y conservación de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, uso y destino, procurando mantener su productividad y calidad de generadores de empleo.

Aquamar S.A, entonces deviene como depositario provisional de la embarcación Taru III, calidad otorgada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, a través del acto administrativo citado, ³⁴ entidad esta que a su turno ostenta la misma condición, dadas las facultades, deberes y obligaciones que le otorgan la Ley 333 de 1.996 y la Ley 785 de 2.002. Es decir, que la Dirección Nacional de Estupefacientes en virtud de la acción de extinción de dominio instaurada en contra de los propietarios de la embarcación, ostenta la calidad de administradora de la misma, teniendo incluso facultades de enajenación al tenor de las mencionadas normas.

Una y otra entidad, por disposición de la ley, les corresponde entonces cuidar, administrar y permitir que la embarcación, en su función navegable de embarcación destinada al transporte de mercancías, continúe en uso, se evite su deterioro y le produzca réditos al estado para los fines descritos en la ley.

Es claro entonces que la Dirección Nacional de Estupefacientes ostenta en sentido material, un decidido interés asegurable sobre la embarcación Taru III, toda vez que de reportarse un daño a la embarcación bien puede estar comprometida su responsabilidad frente al propietario sometido al proceso de extinción de dominio y frente al estado mismo por no haberle dado el uso adecuado, la administración correcta y la explotación económica, acorde a la naturaleza misma de la embarcación. El patrimonio de la Entidad se vería menoscabado por el daño físico de la

⁵ CSJ Expediente 68001310300120000031 I O 1, magistrado ponente PEDRO OCTA VIO MUNAR, 19 de Diciembre de 2.006

embarcación al vérsese imposibilitado el uso y administración y por ende verse privado de los frutos que para la función social que ha dispuesto la Ley, sean destinados los ingresos.

AQUAMAR S.A., acorde a las obligaciones adquiridas según la resolución 1342 del 30 de Noviembre de 2007 en su condición de depositario provisional, se obligó a constituir una póliza Todo Riesgo-daño material por un monto equivalente al 100% del valor comercial de la nave, dejándose en claro que en la póliza debía figurar como beneficiario la Dirección Nacional de Estupefacientes. Punto de importante relevancia es que la prima causada por este concepto, quedo establecido, seria asumida con cargo al producto de los bienes (Literal e, artículo segundo Resolución 1342 de 2.007, folios 254 y SGTs)

Significa entonces lo anterior, que AQUAMAR S.A. contrató la póliza de navegación con la convocada actuando en virtud de un encargo a todas luces mandato toda vez que la Dirección Nacional de Estupefacientes confió la gestión de constituir la póliza a AQUAMAR S.A, acto este de carácter jurídico, por cuenta y riesgo de ella. La póliza fue contratada por cuenta de la Dirección Nacional de Estupefacientes ya que como se observó, la prima seria pagada con cargo al producto de la misma embarcación y bajo su riesgo, ya que sustancialmente es titular del interés asegurable como arriba se explicó, a más de haberse consignado expresamente la condición de beneficiaria de la póliza⁶. Es que AQUAMAR S.A. se obligó a desarrollar actividades sobre la embarcación que le son propias a un mandato, en los términos del artículo 2.518 del Código Civil, esto es administrar el bien, contratar sus reparaciones, contratar el seguro, etc, acciones estas que ejecutadas, se radicaban en cabeza del mandante.

Bajo este presupuesto, el que AQUAMAR fuese tomador y asegurado en la póliza de Casco Navegación no implicó jamás que lo fuese en nombre propio. No tomó el seguro en nombre propio y por cuenta de la Dirección de Estupefacientes, sino que toda la actuación se hizo en nombre y representación de la Dirección Nacional de Estupefacientes. La condición de tomador obligado al pago de la prima, en virtud del mandato jamás se desprendió de la Dirección Nacional de Estupefacientes y en igual sentido la titularidad del interés asegurable. No obstante existir un interés asegurable sobre la embarcación en cabeza de AQUAMAR S.A. precisamente por su condición de depositario provisional, administrador y explotador comercial del bien, en sentido amplio, armador de la misma al tenor del artículo 1.492 del C. de Co lo relevante en puno a la contratación del seguro con la convocada es que, AQUAMAR actuó en nombre y representación de la Dirección Nacional de Estupefacientes y en ese sentido mal podría decirse que carece de legitimación por activa por ausencia de interés asegurable para reclamar el pago indemnizatorio en caso de que el siniestro gozase de cobertura.

La titularidad sustancial del interés radicó en cabeza de la Dirección Nacional de Estupefacientes, titularidad esta que en su condición de mandatario hizo saber y expresó AQUAMAR S.A. ante la

⁶ ARTICULO 2142 del Código Civil. Definición de mandato. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

aseguradora convocada al tomar el seguro y figurar en la póliza como asegurado. La condición de asegurado, titular este del riesgo objeto del seguro y parte legitimada para trasladar sus efectos patrimoniales nocivos a la aseguradora en el contrato de seguro, está en cabeza de la Dirección Nacional de Estupeficientes de quien AQUAMAR S.A. funge como mandatario. Es claro entonces que al no haber contratado el seguro AQUAMAR S.A., por cuenta propia sino en nombre y representación de la DNE, en manera alguna se puede hablar de falta de interés asegurable y por ende en ausencia de legitimación por activa.

No obstante lo anterior, y como ya viene dicho, a AQUAMAR le asiste un interés asegurable propio en su condición de depositario de la embarcación, basado en el menoscabo patrimonial que puede sufrir ante la paralización o no uso de la embarcación en virtud de la operancia de uno cualquiera de los riesgos propios de la navegación, incluyendo el daño a los motores, de tal forma que, aun si se observa su condición de tomados del seguro bajo enfoque propio. Le sigue asistiendo interés asegurable, condición esta de carácter sustancial, también reflejada en la póliza al figurar como tomador y asegurado. Y ese interés, tal como se expresó, convive perfectamente con el de un tercero, hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y en lo demás como estipulación en provecho de un tercero. (Artículo 1042 C. de Co).

El principio indemnizatorio estaría siempre a salvo en el contrato, ya que en el evento en que se reconociese un pago indemnizatorio en favor de la convocante, la recepción que de la indemnización hiciese, la haría con la finalidad exclusiva de reparar el motor de la embarcación, a fin de cumplir con sus obligaciones como secuestre de la misma haciendo preservar el bien para la Dirección Nacional de estupeficientes, conservando su productividad y en ese sentido, reparando el menoscabo patrimonial sufrido esencialmente por dicha entidad.

Finalmente a fin de soslayar el hecho de que no se haya hecho constar en la póliza expresamente la contratación en nombre, por cuenta y en representación de la Dirección Nacional de Estupeficientes, no obstante su designación como beneficiaria y dado que la ley desestimó cualquier presunción, debiendo entenderse que el seguro corresponde al que lo ha contratado, acoge este Tribunal la concepción doctrinaria y de reconocimiento jurisprudencial, en virtud de la cual, no es necesario que esa declaración de voluntad “aparezca a través de la factura de fórmulas preestablecidas” “o mediante el diligenciamiento de espacios -o casillas especiales-”, en razón a que lo fundamental es que, “luego de un reflexivo y cuidadoso proceso hermenéutico, aflore que las partes, *in concreto*, quisieron separarse del esquema trazado por el referido artículo 1040 del C. de Co., con independencia de la fraseología empleada -o de la utilizada-, como único criterio interpretativo (...). Eso es lo neurálgico. Por ello “no es indispensable que en la póliza se haga uso expreso de la cláusula ‘por cuenta ni que se efectúe una declaración categórica del carácter ajeno que reviste el interés para el tomador, porque puede resultar de una interpretación de las circunstancias que rodean el caso y del contenido de las cláusulas del contrato en su conjunto’ (Juan Carlos F. Morandi. Seguro por cuenta ajena, op. Cit, p.277)”⁷

⁷ (sentencia del 30 de septiembre de 2002, exp. No. 4799, reiterada en el fallo del 15 de abril de

Si ello se predica entonces para el seguro por cuenta ajena, por lógica y contera, puede igualmente predicarse sin restricción del seguro contratado en nombre y representación de un tercero.

Por las anteriores razones sustanciales, reitera este Tribunal que la excepción invocada por la convocada denominada "falta de legitimación en la causa activa", por carencia de interés asegurable no está llamada a prosperar.

4. LA COBERTURA CONTRATADA EN LA POLIZA DE SEGURO DE EMBARCACIONES No. 1510-1005968-01. NATURALEZA Y ALCANCE

Corresponde ahora analizar la excepción rotulada como Ausencia de Cobertura invocada por la convocada en este trámite arbitral. Para abordar de fondo su análisis el Tribunal destaca que son situaciones de hecho y de valoración Jurídica, son en esencia las que con enfoque sustancial han sido puestas a consideración de este Tribunal por las partes. De un lado, la operación de la cobertura de seguro contratada por el asegurado la empresa AQUAMAR S. A. plasmada ésta en la póliza de seguro de embarcaciones No 1510-1005968-01, en virtud de la avería que sufrió la máquina de la embarcación asegurada de nombre Taru III, cuyo texto y condiciones particulares figuran a folios 6 a 19 (prueba aportada por el actor) y a folios 246 a 253 (prueba documental aportada por la convocada, con la contestación de la demanda); y de otro el rechazo que de la misma ha hecho la convocada, por considerar en esencia que no es procedente el pago de indemnización alguna con cargo a la citada póliza, toda vez que el daño que sufrió la máquina de la embarcación no tiene como causa un riesgo propio de la navegación y fue consecuencia de uso y/o desgaste natural y/o falta de mantenimiento y no se contrató el amparo adicional de daños a la maquinaria.

No obstante el *petitum* de la demanda referirse literalmente a que se declare que la citada póliza presta mérito ejecutivo por si sola al haberse objetado el reclamo por fuera del término establecido en el literal 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, y que como consecuencia de ello, se condene a la convocada al pago de una suma dineraria Col\$400.000.000 a título de indemnización más intereses bancarios, cierto es que, las partes habilitaron al Tribunal en audiencia del 14 de Diciembre de 2.009, para que dirimieran cualquier tipo de controversia resultante del contrato de seguro que les vincula y de otra parte, la convocada propuso, al contestar la demanda, excepción de mérito que centran la discusión y análisis en los dos extremos arriba mencionados.

Corresponde, entonces a este Tribunal, con base en el caudal probatorio recaudado, este trámite, así como en el análisis de la naturaleza, alcance y normatividad aplicable a los tópicos arriba anunciados, hacer las consideraciones pertinentes, para lo cual temáticamente habrá de referirse en su orden a el alcance de la cobertura en el seguro de casco de navegación, su naturaleza jurídica, y la aplicabilidad del principio de universalidad del riesgo, así como el concepto de la llamada cobertura todo riesgo y el análisis de la cobertura respecto del daño presentado en la máquina de la M/N Taru III.

4.1 El alcance de la cobertura en el seguro de casco de navegación.

El seguro de casco, entendido como aquel destinado a proteger patrimonialmente a quien, ostentando un claro interés asegurable, sufre un menoscabo patrimonial en virtud de la ocurrencia de daños materiales a una embarcación con ocasión de la operancia de los denominados riesgos marítimos, hace parte de la categorización legal y doctrinaria de los llamados seguros de daños. Aunque el seguro, como materialidad nació como seguro marítimo, justo es reconocer que éste participa de la caracterización estructural de los seguros in genere, sin que obste ello a sus propias particularidades⁸. De allí que no obstante la especialidad del bien objeto de este seguro, cual es una embarcación⁹, le son aplicables los principios y normatividad, que conciernen a los seguros en general, a los de daños en particular (si nos referimos a la embarcación), de los que habrá de tomar su naturaleza, comportamiento y carga de legalidad.

El universo conceptual del seguro marítimo, desde antaño ha estado conformado en esencia por cuatro tipos de estructuras de coberturas, diseñadas para proteger a los comerciantes y usuarios de los medios de transporte marítimos (aun cuando modernamente más allá de la función transportadora en sí más referida a la utilización de la Nave, así sea para otros fines diferentes al transporte), de los efectos patrimoniales perjudiciales que generan los llamados riesgos marítimos, a saber.

4.1.1 El Seguro sobre el buque o la nave, comúnmente conocido como el seguro de casco y maquinaria.

4.1.2 El Seguro sobre las mercancías o bienes que en el buque o nave se transportan, conocido como seguro de transportes de mercancías, ya hoy extensivo no solamente al medio de transporte buque, si no a cualquier otro medio de transporte.

4.1.3 El Seguro sobre el flete, pasaje, comisión, ganancia, desembolsos u otra utilidad que se puedan malograr por alguna operancia de los riesgos marítimos.

4.1.4 El Seguro referido a la responsabilidad, que frente a terceros con motivo de los riesgos marítimos incurra el propietario de una embarcación o cualquier otra persona responsable de su conservación o uso¹⁰

⁸ Seguros Marítimos, Osvaldo Bias Simone 2002, página 41

⁹ Nuestro Código de Comercio en el artículo 1432, utiliza el término Nave, y en el artículo 1433 refiere a las embarcaciones mayores y menores, en función de su tonelaje de registro, como las dos únicas clases de naves; razón por la cual el término genérico de embarcación es de correcto uso, para diferenciarla de el concepto de artefacto naval, referido a la construcción flotante no comprendida en la definición de Nave (Toda construcción principal o independiente idónea para la navegación y destinada a ella, cualquiera que sea su sistema de propulsión) independiente

¹⁰ En este sentido el artículo 3 de la Ley de seguro marítimo Inglesa de 1906 (Marine Insurance Act 1906), refiere a esta categorización como la aventura marítima objeto del contrato de seguro

Los tres primeros tipos de seguro, esto es, el que recae sobre la Nave, mercancías o bienes en el transportados, fletes o desembolsos, por estar referidos a la propiedad asegurada a bienes específicos, hacen parte de la categorización de los llamados seguros de daños reales, respecto a los cuales serán aplicables normativamente, además de las estipulaciones contractuales, los artículos 1703 a 1765 del Código de Comercio, así como lo dispuesto de manera particularmente por los artículos 1083 a 1112, 1117 a 1126 - capítulo segundo sección 1 y sección 3 Seguros de Daños, del Código de Comercio, sin perjuicio de la aplicación de los principios comunes a los seguros terrestres contemplados desde el artículo 1036 a 1082 del Código de Comercio, por mandato expreso del artículo 1765 de esta codificación. Y la última categorización hace parte de lo que la normatividad, doctrina y jurisprudencia, denominan seguros de daños patrimoniales, seguro de responsabilidad, que aplicado al uso de una embarcación, usualmente es comercializado por el mercado asegurador a través de los llamados seguros de protección e indemnización, bien bajo bases mutualistas (Clubes de P&I) o de prima Fija. Respecto de la utilización de otros modos de transporte, tales como el terrestre, el aéreo o la tipificación contractual de esquemas agrupadores de varios medios de transporte Verbigracia, transporte multimodal, transporte combinado, se habla en el mercado de seguros, del seguro de responsabilidad civil del transportador.

El tipo de cobertura al que se refiere el asunto objeto de debate en esta sede arbitral, es el de un seguro de daños de carácter real, casco navegación que la empresa Aquamar S.A en su condición de tomador y también asegurado, contrató con la convocada Seguros Comerciales Bolívar, sobre la embarcación Tarú III.

Característica esencial de este tipo de seguro es el de ser meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado o beneficiario titulares ambos o uno de ellos (si se llegase a tratar de un seguro por cuenta como ya se mencionó) del interés asegurable.

En tal sentido, el artículo 1.088 del Código de Comercio establece que, respecto del asegurado, los seguros de daños ser de mera indemnización y Jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento, lo que legalmente implica que en los seguros de daños el pago de la prestación asegurada a cargo del asegurador, consiste en resarcir, dentro de los límites pactados en la póliza, las consecuencias económicas desfavorables o lo que es mejor, los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, y vale la pena reiterarlo, en el patrimonio del asegurado o el beneficiario del seguro (quien debe ostentar, en virtud precisamente del principio indemnizatorio necesariamente interés asegurable) quien por efectos del mismo (del siniestro) con certidumbre y claridad, lo ve y siente menoscabado.

El seguro de casco de navegación como típico seguro marítimo, se ha construido bajo la aplicación del principio de la universalidad de riesgos. Este principio consignado expresamente en la Ley de seguro marítimo Inglesa de 1.906 artículo 1¹¹, normatividad esta inspiradora de la mayoría de las

marítimo. El artículo 1704 del Código de Comercio, siguiendo esta línea normativa, se refiere a esta categorización como la expedición marítima sobre la cual igualmente recae el objeto del seguro marítimo.

¹¹ *Un contrato de seguro marítimo es aquel, mediante el cual el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado*

legislaciones continentales sobre seguro marítimo, de la cual no escapa la colombiana, está expresamente consagrado en el artículo 1703 que estipula como objeto de seguro marítimo, todos los riesgos inherentes a la navegación marítima.

El carácter universal del riesgo, se refiere a la no existencia de un riesgo específico determinado o concreto, descrito o convenido en la póliza o contrato de seguro sino por el contrario al aseguramiento de los intereses que componen la aventura marítima (buque, mercancías, flete y las responsabilidades que de ellas se deriven); contra los riesgos de la navegación. Se trata entonces de un riesgo complejo, no individualizable en los determinados, sino que incluye todas las posibilidades de sufrir daño el interés asegurado durante su viaje por mar, o en el momento de quietud que le precede, subsiguiente interrumpen¹². Quedan por tanto incluidos en la cobertura acorde a este principio todos los riesgos que son conexos a la navegación y no aquellos que le son ajenos de tal manera que si las partes desean limitar la cobertura asegurada deberán hacerlo mediante exclusiones expresas de los riesgos que no desean cubrir, esto es, bajo el principio de universalidad de riesgos, los contratos de seguro marítimo operan en la estructuración real de la cobertura, mediante la exclusión de los riesgos que no se desean asegurar, como se ha mencionado, además de la consagración de este principio en el artículo 1703 del Código de Comercio. En igual sentido aplicado al seguro de transporte de mercancías, el artículo 1120 del mismo estatuto, refiere a los riesgos que cubre el seguro de transporte, todos los riesgos inherentes al mismo.

Es claro por tanto que para la legislación local tratándose del seguro de daños, casco y 40 maquinaria y transporte de mercancías, su naturaleza y alcance se encuadran dentro del principio de la universalidad de riesgos. Efecto claro y directo de este principio radica en que de no estar expresamente excluidos ciertos y específicos riesgos inherentes a navegación, los mismos quedarán cubiertos por la póliza. Es preciso matizar que referirse al principio de la universalidad de riesgos a todos los riesgos de la navegación no solamente se está refiriendo a los que sean producidos por el mar, sino en general todos aquellos que amenazan a los bienes asegurados durante su transporte en el mar y en los momentos de quietud conexos al transporte (estancias en puerto, arribadas, cargas y descargas, etc.). Basta que la navegación sea la ocasión, no necesariamente su causa.

La consecuencia práctica relevante de la aplicación de este principio se ve claramente radicada en la carga de la prueba respecto de la causa del siniestro. Si la causa es atribuible a un riesgo propio e inherente a la navegación marítima, el asegurado le bastara simplemente probar esta circunstancia para dar cumplimiento a su obligación de acreditar la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, es decir, le bastaría acreditar la ocurrencia de cualquier riesgo de la navegación sin sujeción a una tipología o descripción expresa en la póliza; le

en la forma y medida convenidas, contra las pérdidas marítimas, es decir, pérdidas incidentales a la expedición marítima.

¹² *Manual de Derecho del Seguro Marítimo, José Ivfaría Ruiz Soroa y otros – 1993 Escuela de administración Marítima, Gobierno Vasco Página 83*

bastara acreditar que se produjo un daño con ocasión de la navegación. Lo anterior no obsta como de ordinario ocurre para que dentro de la amplitud de los riesgos de la navegación, se acuerde entre las partes la circunscripción específica de hechos o circunstancias que deban acreditarse o probarse como condición para que, bien el asegurado o beneficiario cumplan con su carga probatoria o bien para que la aseguradora válidamente pueda a su vez cumplir con su obligación condicionada. Lo relevante entonces es que presentado un riesgo de la navegación si dentro del mismo es menester para que opere la cobertura, que el asegurado acredite la operancia de un riesgo individualmente descrito deba este probarlo dentro del marco del universo de los riesgos propios e inherentes a la navegación. Ello a diferencia de las estructuras de póliza sobre riesgos nombrados, en los que al asegurado o titular del interés asegurable, le corresponderá acreditar, además de la pérdida en sí misma, que la causa obedece a uno de los riesgos específicamente contratados como objeto de la cobertura.

Este principio, así reconocido en la legislación especializada y en la doctrina convive con el comúnmente denominado por los aseguradores, esquema de cobertura “Todo Riesgo”, que precisamos, hace relación al cubrimiento de riesgos más allá de los propios e inherentes riesgos de la navegación, es decir, rebasándose la frontera limitativa de los riesgos inherentes a la navegación marítima (Seguro da Casco y Maquinaria, Transporte de Mercancías Marítimas) o inherentes al transporte (Transporte de Mercancías cualquiera que sea el medio) de tal forma que su cubrimiento se amplía a riesgos que guardan relación con la navegación en si o con el transporte, pero que pueden causar daños a los bienes objeto del seguro. Con todo, en la aplicación de uno u otro principio habrá necesariamente que observarse la conceptualización genérica de lo que es el riesgo en el contrato de seguro¹³. De ahí que los daños que inevitablemente se puedan producir por el uso o desgaste ordinario, vicio propio de la nave o de la mercancía, mermas, entre otros, no sean objeto de cubrimiento e igualmente hechos delimitados contractualmente por las partes o establecidos incluso por la ley, como exclusiones aplicables al seguro de daños verbigracia, los daños causados con dolo o culpa grave por parte del tomador, asegurado beneficiario, la guerra civil internacional, imposición de multas, acción de roedores, insectos etc.

La póliza 15 0-1005968-01, expedida por Seguros Bolívar al describir en sus condiciones generales condición primera (Folio 11) que la compañía amparará hasta por la suma asegurada fijada, las pérdidas y daños que sufra la nave descrita en la caratula, "contra los riesgos propios de la navegación acuática, tales como"... deje en claro que se acoge convencionalmente, al principio de universalidad de riesgos, como arriba ha quedado descrito y que está igualmente recogido en los artículos 1703 y 1705 del Código de Comercio.

¹³ Artículo 1054 del código de Comercio, denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposible, no constituyen riesgo, y son por lo tanto, extraños al contrato de seguro.

Y es que los riesgos a los que se refiere la condición primera de la póliza, como riesgos propios de la navegación (maremoto huracán, tempestad etc.), en su enumeración, son de carácter puramente enunciativo, con lo cual, la póliza en comento, sigue el lineamiento establecido en el artículo 1705 del Código de Comercio, quien al referirse a los riesgos marítimos los define como "...los que sean propios de la navegación marítima o incidentales a ella tales como". Igualmente y en punto a precisar el alcance de la póliza mencionada, cuyo amparo, condición primera, como viene dicho, consagra y ratifica el principio de universalidad de riesgos, se tienen delimitados los riesgos que la aseguradora convocada asume, en aquellos que son propios de la navegación acuática, de tal forma que en la medida en que la nave asegurada, en esta caso, la Taru III sufra pérdidas, daños en el periodo de seguro contratado y provengan ellas de los riesgos propios de la navegación, cualquiera que ellas sean, podrá válidamente predicarse la existencia de cobertura, y en el evento de que la aseguradora pruebe que la causa del daño o pérdida no proviene de los citados riesgos, podrá válidamente excusarse de cumplir su obligación condicionada.

De antemano dejamos claro, que, contrario a lo afirmado por la Convocada al desarrollar la excepción de ausencia de cobertura, en el sentido de que la póliza contratada por la empresa AQUAMAR como tomada y asegurada, obedece a una póliza de riesgos nombrados. Es claro para este tribunal que la citada póliza consagra el principio de universalidad de los riesgos, riesgos propios e inherentes a la navegación y no una lista numerada y concreta de específicos riesgos. El hecho de que se haya listado como condición particular la cobertura de daño interno para los motores (cobertura que curiosamente la convocada expresamente desconoce su existencia al ejercer el derecho de contradicción y en la objeción al reclamo, no obstante claramente figurar en uno de los anexos a la póliza), en manera alguna desdibuja el principio de universalidad de riesgos, ya que la causalidad pactada para que operase la cobertura debe necesariamente darse en el contexto de los riesgos propios e inherentes a la navegación. El artículo 1.732 del Código de Comercio, citado por la convocada ratifica igualmente esta apreciación al eximir de responsabilidad al asegurador respecto a siniestros cuya causalidad se base en filtración, rotura, uso o desgaste ordinario, vicio propio (genéricamente vicio propio que es ajeno al concepto de riesgo asegurable según lo prevé el artículo 1104 del C.Co) , o respecto de las pérdidas cuya causa sea la acción de roedores, insectos y gusanos, (al no ser riesgos propios de la navegación) ni de los daños a la maquinaria que no tenga su causa en peligros marítimos, es decir, aquellos que sean propios de la navegación marítima o incidentales a ella (artículo 1.705 del Código de Comercio).

Siguiendo con el alcance de la citada póliza, se tiene que se convino igualmente mediante anexo, el cubrimiento de los riesgos de protección e Indemnización con un límite asegurado de Col\$200.000.000 (folio 14) e igualmente mediante anexo, se precisó, además del valor asegurado para el caso de la nave en la suma de Col\$ 800.000.000, que el amparo para toda la nave sería, como sigue: (filo 248)

-PERDIDA TOTAL ABSOLUTA Y CONSTRUCTIVA

-AVERIA PARTICULAR

-HMACC Y AMIT, es decir, acorde a la práctica aseguradora HUELGA, MOTIN, ASONADA, CONMOCION CIVIL Y ACTOS MAL INTENCIONADOS DE TERCEROS.

-HURTO CALIFICADO.

Ello indica que lo convenido fue que, al producirse una pérdida total absoluta y constructiva, una avería particular, conceptos estos definidos en la condición tercera de la póliza o una huelga, motín, etc. o hurto calificado, cuya causalidad radicase en la navegación de la M/N Taru III o con ocasión de ella, serian objeto de cubrimiento por parte de la aseguradora convocada.

De la misma forma, en el citado anexo a folio 248 se pactaron algunas cláusulas adicionales una de las cuales atañe a la circunscripción de la cobertura sobre la Motonave cual es la referida a Daño Interno para los motores, siempre que sea a causa de avería particular o pérdida total, es decir, la aseguradora otorga cubrimiento específicamente para el daño interno a los motores de la Taru III, siempre que la causa de ellos sea una avería particular o pérdida total, según las definiciones que para el efecto prevé de estas dos circunstancias o causas (como lo enuncia el anexo) la condición tercera de la póliza.

En efecto, la Avería Particular se define convencionalmente, siendo coincidente en esencia con la prevista en el artículo 1529 del C.Co, como "los daños o pérdidas que sufra la nave por fuerza Mayor o caso fortuito y los gastos extraordinarios e imprevistos efectuados en beneficio exclusivo de la nave, por tal motivo. Y la pérdida total genéricamente enunciada en el anexo tiene dos acápites claramente definidas en la citada condición tercera, esto es, la real o efectiva y la constructiva o asimilada, siendo por tanto de aplicación ambas al análisis del alcance de la cobertura para el daño interno a los motores. La primera de ellas, la real o efectiva se presenta cuando la nave asegurada (que acorde al segundo y tercer inciso de la condición primera: amparo de la póliza incluye el casco, la quilla, maquinaria, calderas, y en general equipos, para la normal navegación de la nave asegurada) quede destruida o de tal manera averiada que pierda la aptitud para el fin a que esta naturalmente destinada o cuando el asegurado sea irreparablemente derivado de ella por cualquier de los riesgos de la navegación, definición esta coincidente con la que contempla el artículo 1.734 del C.Co.. La segunda, esto es, la constructiva o asimilada se presenta cuando la nave (con todo lo que ella incluye según la condición primera) sea razonablemente abandonada bien porque parezca inevitable su pérdida total real o efectiva, o bien porque no sea posible preservarla de ella sin incurrir en gastos de reparación y salvamento que excederían el valor de la prima después de efectuados. Esta definición contempla una variación importante respecto de la que prevé el artículo 1.736 del Código de Comercio ya que en la citada norma, el punto de comparación para determinar los gastos de preservación es el valor de la nave después de efectuados, mientras que en la póliza lo es el valor de la prima, después de efectuados.

Lo cierto es entonces que de ordinario, la maquinaria de la embarcación, esto es, sus motores, calderas, etc. en cuanto a sus daños externos, por estar expresamente incluidos en la descripción de la nave, a la luz de la condición primera de la póliza y poder ser evaluados como equipos

necesarios para la normal navegación de una embarcación como la Motonave Taru III (en igual sentido el artículo 1.434 del C.CO), son objeto de cobertura de la póliza dentro del preciso marco de operancia de los riesgos propios de la navegación acuática. No así de ordinario en cuanto al daño interno de los motores, que para el caso que nos ocupa, fueron dichos daños, objeto de convenio expreso para su inclusión en la póliza, pero circunscrita su causalidad a que se presentase única y necesariamente, una avería particular o pérdida total.

Dicho de otra forma, en la medida en que se presentase un daño interno de los motores, de carácter parcial, cuya causa sea la fuerza mayor o el caso fortuito y se refiera esta causa a riesgos inherentes o incidentales a la navegación marítima, la compensación económica por los citados daños a título de indemnización, sería objeto de cobertura.

En igual sentido si el daño interno a los motores se presenta en virtud de una pérdida total (real o constructiva) de los motores. Con ello precisamos, desde ya, que no es de recibo de este tribunal la excepción propuesta por la convocada, basada en el informe del ajustador INCOMAR, informe este que obra a folios 289 a 296 del expediente: toda vez que mediante convenio expreso, condición particular plasmada en el anexo obrante a folio 248, se pactó expresamente el amparo de daño interno para los motores, basado este amparo, en la causalidad ya descrita. Este amparo, resalta el Tribunal, en punto a este análisis, inexplicablemente es despachado como no contratado por el ajustador mencionado y por ende por la misma convocada, sin consideración a que expresamente había sido objeto de pacto mediante anexo.

Hechas las precisiones anteriores y en punto al análisis del siniestro que sufrió la motonave Taru III respecto a la cobertura de seguro contratada es preciso hacer varias reflexiones.

Se desprende de los hechos de la demanda y su contestación, que la máquina de la Motonave Taru III, hacia el día 27 de octubre de 2.008 presento averías cuando navegaba desde el puerto de San Andrés Isla con destino a Barranquilla.

El Tribunal deduce que el asegurado Aquamar S.A. dio aviso a la aseguradora convocada, habida consideración de que figura en el plenario a folio 272, un informe complementario del ajustador PROSERPUERTOS en el que se menciona, folio 274, que el siniestro fue avisado.

Que la aseguradora convocada procedió a la designación de un ajustador de seguros, en este caso la firma PROSERPUERTOS quien elaboró un informe complementario de fecha enero 11 de 2.009 y uno final de Marzo 17 de 2.009

Que el asegurado Aquamar S.A presento reclamación a la aseguradora Seguros Bolívar con cargo a la póliza 151510100596802, reclamación esta de fecha 30 de enero de 2.009 y recibida por esta según sello de Seguros Bolívar, el día 02 de Febrero de 2.009, documentos que obran a folios 63 y siguientes del expediente. El asegurado enuncia una serie de documentos que anexa a esta y que, en su sentir, acorde a lo expresado en los hechos de la demanda, constituyen en conjunto con la citada carta, la reclamación concerniente a los daños que sufrió la máquina de la embarcación durante su navegación, el día 27 de octubre de 2008.

De entrada, el Tribunal precisa que, en los seguros de daños, como es el que se encuentra probado con la póliza de casco navegación mentada, que vincula en sus extremos a Aquamar S.A como tomador y asegurado y a Seguros Bolívar como asegurador (sin desconocer la condición de beneficiario que ostenta la Dirección Nacional de Estupefacientes Unidad administrativa, según se observa en la caratula a folio 8) corresponde al asegurado o al beneficiario, demostrar, además de la ocurrencia del siniestro, la cuantía de la pérdida, según lo estipula el artículo 1.077 del Código de Comercio.

En este tipo de seguros, el de daños, además de acreditar el asegurado o el beneficiario la ocurrencia del siniestro, debe demostrar igualmente la cuantía de la pérdida ante la aseguradora. Observa el Tribunal que el asegurado Aquamar, probó la ocurrencia del siniestro con la comunicación fechada 30 de enero de 2.009 y recibida por la aseguradora convocada el 02 de febrero de 2.009, toda vez que acreditó con el acta de protesta y copia del diario de navegación (folios 65 a 77 del expediente) que durante la navegación, se presentó una avería a la máquina, esto es, en desarrollo de los riesgos propios de la navegación, con ocasión de la navegación, la máquina sufrió una avería.

No así, y debe resaltarse desde ya, en punto a la cuantía de la pérdida, ya que se limitó el asegurado Aquamar S.A en la carta de 30 de Enero de 2.009 a anexar dos cotizaciones de reparación (filo 147 Ermo Ltda por CII\$198.017.800 y MAN Ferrostal de Colombia- folio 148 y 149 por valor de US\$41.831.60) sin precisar que las mismas correspondían a las reparaciones que deberían hacerse a la máquina, hasta el punto que en la misma carta de reclamación, estima un ⁴⁵ valor diferente en cuantía de COI\$400.000.000, sin que lo soporte o acredite.

Bajo esta perspectiva, como carga individual y en cabeza del asegurado, mal podría afirmarse que se acreditó la cuantía de la pérdida en forma tal que la aseguradora hubiese podido tener claridad sobre el alcance cuantitativo del daño, sobre el cual hubiese podido compensar efectivamente el patrimonio afectado del asegurado. Adquiere especial relevancia esta precisión por cuanto que, a efectos del cómputo de tiempo a que se refiere el artículo 1080 del Código de Comercio (mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente su derecho ante el asegurador. mediante la demostración de la ocurrencia y la cuantía de la pérdida) como lapso en el que el asegurador debe proceder con el pago del siniestro, mal podría tenerse la carta de fecha 30 de enero suscrita por Aquamar S.A. y recibida por la aseguradora el 02 de febrero , como contentiva de la acreditación de su derecho, precisamente por cuanto le faltó acreditar con claridad la cuantía de la pérdida.

No obstante lo anterior, aparece acreditado en el plenario, que la convocada nomino al ajustador Proserpuertos quien mediante informe final de fecha marzo 17 de 2 009, conceptúa en torno a la cobertura del siniestro que, " El estado de hechos (bitácora del Capitán y Bitácora del jefe de máquinas) registra que los daños al motor de la embarcación fueron ocasionados por fallas internas del motor, eventos que no ampara la póliza". En consecuencia, expresa el citado informe "y habida cuenta que los daños sufridos por la embarcación asegurada TARU III, no son consecuencia de: maremoto, huracán... o situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, el

evento avisado no tendría cobertura bajo la presente póliza". Asimismo, entorno a la liquidación de la pérdida establece en resumen que el valor real del motor (Col\$ 139.537.485. 60) es inferior a la reparación del mismo, lo cual justificaría pagarlo por pérdida total, menos el deducible (folio 285).

Sabido es que los ajustadores de seguros, como auxiliares de las empresas aseguradoras, tienen una principalísima función cual es la de colaborar con el asegurado precisamente para que pueda cumplir con la carga que le impone el artículo 1.077 del código de Comercio, ante la ocurrencia de un siniestro. El tribunal no se detendrá en el análisis y alcance de la función representativa o no de la figura del ajustador frente a la aseguradora, aspecto en el que la doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas y no lo hará por cuanto que, si bien podría pensarse que con la designación de la firma Proserpuertos como ajustador. en virtud del intercambio de comunicaciones sostenidas con el asegurado, los requerimientos de información atendidos por este, podrían dar a entender que por su conducto se acredita la ocurrencia y la cuantía de la pérdida, claro es que, como se mencionó, el ajustador despacha de manera negativa la operancia de la cobertura y es, basado en ese concepto, que la aseguradora convocada, con fecha Marzo 18 de 2.009, produce una carta de objeción en la que, acogiendo lo dicho por el ajustador, sobre a la cobertura del siniestro, y a las causas que, la firma Generadores y Motores Ltda encuadra como provocadoras de la avería de la máquina del motor, deniega el pago indemnizatorio.

Dado que el actor sostiene y requiere a este Tribunal para que declare que la Póliza de seguro presta merito ejecutivo por si sola, por no haber sido objetada la reclamación de la sociedad asegurada, dentro del término señalado en el ordinal 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, y consecuentemente se condene al pago de Col\$400.000.000 a título de indemnización a la aseguradora convocada, no encuentra el Tribunal que en realidad y en punto exclusivo a la acreditación de la ocurrencia y cuantía de la pérdida ante la aseguradora, prueba alguna fehaciente aportada al proceso, específicamente en torno a la acreditación de la cuantía como carga cumplida por el asegurado de la que pueda deducirse que, como mencionamos arriba, se pueda valiosamente computar el lapso al que se refiere la citada norma, desde la fecha en que la aseguradora recibió la comunicación contentiva de la reclamación (021 de febrero de 2009).

Tan es así, reitera este Tribunal, que el mismo asegurado finaliza la citada comunicación, apenas con una estimación de la pérdida en reparaciones en suma de Col\$400.000.000. Tampoco aparece que el actor haya realmente probado, ya dentro del proceso la cuantía de la pérdida, no obstante a este punto se circunscribió en parte el informe pericial del perito Jorge Luis Vélez en prueba decretada de oficio por el Tribunal y respecto de la cual nos pronunciamos a continuación.

Este Tribunal en audiencia decretó de oficio la práctica de dictamen pericial para lo cual se designó al Ingeniero Naval JORGE LUIS VELEZ BALLESTEROS, perito Naval Clase A, registrado en la Capitanía de Puerto de Cartagena como tal, quien una vez tomo posesión, rindió su respectivo informe. EL Tribunal, habida consideración de que los informes de ajuste aportados por la convocada en la contestación de la demanda, solicitados como prueba pericial y decretados como prueba documental, engendraban contradicciones y vacíos conceptuales que no permiten tener claridad en cuanto a la causa del siniestro, decreto la prueba pericial mencionada.

En efecto el informe de PROSERPUERTOS como arriba mencionamos determina que no procede la cobertura contratada respecto de la avería de los motores de la M/N Taru III, por cuanto que los daños no son consecuencia de uno cualquiera de los riesgos enlistados en la condición primera, que como se ha explicado en virtud del principio de universalidad de riesgos, son apenas de carácter enunciativo. Ello de por si engendra un craso error conceptual, que aunado a lo expresado por el ajustador INCOMAR en su informe entorno a la causa de la avería (falla del motor propulso por daños internos, folio 292 del expediente) y a la no existencia de cobertura respecto del daño reportado, porque en su sentir, " el tomador de la póliza de Navegación caso, no incluyo dentro de la cobertura para la MN Taru III, otros riesgos adicionales tal como : EL ESTALLIDO DE CALDERAL (sic) ROTURA DE EJES O DANOS A LA MAQUINARIA, por lo tanto este riesgo NO ESTA AMPARADO POR LA POLIZA DE NAVEGACION CASCO" , colocaban al Tribunal en fundada duda respecto de la causa del siniestro.

Debe resaltarse que no entiende el Tribunal el porqué llega a la conclusión de la no existencia de cobertura este ajustador, por no haber contratado el amparo de ROTURA O DAÑO A LA MAQUINARIA, cuando salta a la vista la existencia de la condición particular consistente en el amparo respecto del daño para los motores, que no es otra cosa que rotura de maquinaria, siempre que sea a causa de avería particular o pérdida total. (folio 10 del expediente).

El perito Vélez establece en su informe que la causa del daño a los motores de la M/N Taru III fue una falla en sistema de lubricación del motor principal (Folio 408) por filtro de aceite (folio 416) que acorde a los registros de mantenimiento consultados al motor se le efectuaron los mantenimientos de cambio de aceite y filtros, regularmente; en su concepto, no obstante el informe de la firma GENERADORES Y MOTORES aportado por la convocada al proceso, el sistema de inyección de los motores no fallo, con lo cual es menester proceder a analizar si esa causalidad descrita por el perito, goza de cobertura en la póliza contratada, concretando el análisis a la forma en que se contrató la cobertura de daño interno a los motores precisamente por tratarse el siniestro, de una avería en el funcionamiento interno de los motores.

Para que el daño interno a los motores este cubierto, es preciso que la causa sea una avería particular o perdida total. No obstante la evidente falta de técnica en la descripción del amparo, se puede deducir en punto a las averías de los motores que en la medida en que !o sean de carácter parcial y la causa sea la fuerza mayor o el caso fortuito y se refiera esta causa a riesgos inherentes o incidentales a la navegación marítima, la compensación económica por los citados daños a título de indemnización, sería objeto de cobertura. En igual sentido los gastos extraordinarios o imprevistos efectuados en beneficio exclusivo de la nave, por tal motivo.

El daño al motor consistente en una avería en los casquetes de biela y al cigüeñal del motor propulsor, constituye sin duda alguna una pérdida parcial, ya que solo se afectó una parte de la máquina y no la totalidad de la misma (folio 259. definición convenida de pérdida parcial). Y al ser pérdida parcial, será menester analizar si ella fue causada por Fuerza Mayor o caso fortuito, por ser estos los presupuestos que exige el contrato de seguro para que el daño interno a los motores pueda ser objeto de cobertura.

Que los daños internos que sufrieron los motores de la nave hayan tenido como causa una fuerza mayor o caso fortuito, significa en otras palabras que se hayan originado por una causa extraña a la voluntad de la parte convocante, que sea imprevisible e irresistible.

En efecto, nuestra jurisprudencia, desde hace varios años ha concluido que el concepto de fuerza mayor o caso fortuito está integrado por tres elementos: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

En la sentencia del 13 de noviembre de 1962 expresó que la inimputabilidad consiste

"... en el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. "

La imprevisibilidad se configura

"... cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo.

Y la irresistibilidad radica *"... en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. "*

En la sentencia del 27 de febrero de 1974 la misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al referirse al alcance de los conceptos de imprevisibilidad e irresistibilidad expresó:

"Dos son, pues los requisitos esenciales del fenómeno exculpatorio de que se trata: su imprevisibilidad y su irresistibilidad. La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Esta imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico.

"Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, reliva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace mas difícil u onerosa que lo previsto inicialmente. La expresión misma fuerza mayor está indicando que éste debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones y circunstancias particulares del obligado. Las amonores

precisiones constituyen lugar común en la doctrina general de la Corte tocante con la apreciación caso fortuito".

En la sentencia del 4 de Julio de 2002, con ponencia del Magistrado José Fernando Ramírez Gómez, la Corte Suprema de Justicia, reiteró estos conceptos y dejó planteado que las circunstancias invocadas como fuerza mayor o caso fortuito deberán examinarse discrecionalmente por el juzgador de acuerdo a las circunstancias de cada caso, pues no puede elaborarse a priori una lista de eventos que la configuren:

"...conviene recordar que para que un hecho pueda considerarse constitutivo del fenómeno en mención debe estar revestido de dos características esenciales como son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Tiene lugar la primera cuando se trate de un acontecimiento "súbito, sorpresivo, excepcional o de rara ocurrencia", mientras que la segunda se tipifica cuando tal acontecer sea "inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias" (sent. de cas. clv. ene. 26/82). Más recientemente (sent. jun. 23/2000), la Corte reiteró similar criterio.

"Dichas características deben examinarse discrecionalmente de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, resulta imposible hacer una relación taxativa de los sucesos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito liberatorios de responsabilidad por el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de una determinada obligación contractual, porque "cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación ⁴⁹ inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste. sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor --dominado por el acontecimiento-- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación. d) Haber sido imprevisible. es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda esa clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización". (Cas. Clv. Jul 5/35).

"De ahí que la Corte al fijar fa verdadera inteligencia del precepto que define el fenómeno en mención haya considerado que, "el naufragio, el Apresamiento de enemigos, los actos de autoridad propuestos por el artículo citado (1° de la L. 951890) como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos", porque, explica "Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin embargo ele que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito". (Sent ago. 31/42, G.J 1989, pág. 376, reiterada entre otras en Cas. Civ nov. 20/89)".

El artículo 1604 del Código Civil en su inciso tercero dispone que "La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; **la prueba del caso fortuito al que lo alega**". (Las negrillas no corresponden al texto y se utilizan para destacar la idea).

En sentencia del 7 de octubre de 1993, con ponencia del magistrado Rafael Romero Sierra la Corte Suprema de Justicia, desarrolló esta norma y concluyó que la fuerza mayor y el caso fortuito no pueden considerarse como acontecimientos genéricos sino que deben probarse en cada caso concreto:

"2. Definido así el ámbito del recurso extraordinario, conviene memorar que, efe conformidad con las reglas generales imperantes en materia probatoria (CPC. art 1771, reiteradas para el caso particular del caso fortuito en el artículo 1604 del Código Civil la carga de la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito incumbe "...al que lo alega", razón por la cual el demandado que pretende exonerarse de la responsabilidad que se le imputa proponiendo como defensa tal fenómeno, debe acreditar en toda su plenitud el hecho invocado como tal y sus elementos esenciales, lo que constituye una cuestión de facto que debe apreciarse discrecionalmente, atendiendo las circunstancias concretas de cada caso, a fin de averiguar si en el hecho invocado como tal se ofrecen los requisitos constitutivos del fenómeno exculpatorio de la responsabilidad del deudor, como son el de la imprevisibilidad y el de la irresistibilidad, pues, es criterio decantado el de que ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual razón por la cual la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de puando de tal fenómeno Jurídico se trata, no sólo hay que 50 examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada los siguientes caracteres: a) no ser imputable al deudor; b) no haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual, c) ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa de ejecutar fa obligación y d) haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra é aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización (Cas. Civil de 5 de julio 1985); de consiguiente, "si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho o que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho".

Un examen del expediente de cara a esta temática, permite a este Tribunal, arribar a las siguientes conclusiones:

La parte convocante, en su solicitud de convocatoria o demanda no invocó, ni por asomo, que el daño interno de los motores haya tenido como causa una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, razón por la cual es justificable que no haya mostrado interés alguno en probar tales circunstancias durante el trámite del proceso arbitral, la compañía a actora enfocó su acción por otra vía diferente, tal como en otra parte de este laudo se destaca.

Solo al momento de alegar es que la parte convocante menciona el tema, desde un análisis eminentemente jurídico, desprovisto de todo contenido probatorio.

En efecto, no aparece en el expediente prueba alguna de la cual se desprenda con certeza y claridad que la causa del daño de los motores se derive o no de la conducta culpable (precedente o concomitante al momento en que se produjo tal daño) de la persona obligada a la operación de la nave, es decir, Aquamar S.A así como tampoco hay evidencia de que dicho daño pueda o no escapar a las previsiones normales de quien opera la nave, es decir, si era o no posible la ocurrencia de dichos daños, tomando como criterio la normalidad, frecuencia o no en que ello ocurre, y menos aún aparece demostrado que Aquamar S. A. haya adoptado las previsiones del caso y no obstante ello fue imposible evitar que los motores se dañaran, sin superar las consecuencias de dicho daño.

Ni siquiera del dictamen pericial rendido se desprende la prueba de las anteriores circunstancias, tal como este Tribunal lo puntualiza seguidamente.

El perito Jorge Luis Vélez Ballesteros, en su dictamen, sometido a la contradicción pertinente, dentro de este proceso señaló varios aspectos:

En primer lugar que la causa del daño en el motor fue una falla en el sistema de lubricación del mismo en cuanto se quedó con una lubricación deficiente, lo cual ocasionó daños en los casquetes de biela. Así lo expresa:

"En mi concepto el daño a los motores se debe a una falla en el sistema de lubricación que pudo ocasionarse a deficiencia en el sistema de funcionamiento de los filtros de lubricación, a una obstrucción de una válvula, elementos éstos que pueden originar una caída en la presión del aceite, con el consecuente daño en la casquetería del motor. en especial los de las bielas".

Como se observa, el perito atribuye la falla en el sistema de lubricación a dos causas posibles o probables: deficiencia en el funcionamiento de los filtros de lubricación y la obstrucción de una válvula, lo cual genera la caída en la presión del aceite, que a su turno genera el daño en los casquetes del motor, especialmente las bielas.

Sin embargo al responder el punto cuarto de las preguntas adicionales concluye que solo se ha limitado a dar unas posibles causas de estas consecuencias, sin identificar ninguna como la causante del daño.

Ese fenómeno descrito por el perito, no le ofrece certeza alguna a este Tribunal en cuanto a si los daños del motor se originaron en una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito) o si por el contrario ello se debió a culpa o negligencia de Aquamar S. A en su labor de mantenimiento del motor objeto del daño.

En cuanto al problema del mantenimiento, al dar la respuesta a la pregunta número cuatro del cuestionario adicional, el perito concluye que "En mí concepto con este informe no se puede afirmar falta de mantenimiento, el informe dice que al inspeccionar las tapas de biela se observó daño de las mismas por deformación y fricción y se limita a dar unas posibles causas de estas consecuencias sin identificar ninguna como la causa del daño".

Pero el perito tampoco concluyó que hubo adecuado mantenimiento del motor, pues se limita a decir en su dictamen simplemente que hubo cambio de aceite y filtros de manera regular.

Pero el perito si fue enfático al afirmar que la vida útil del motor depende de su mantenimiento preventivo; que la vida útil del motor, más que de los años de existencia del mismo depende de las horas de operación de la máquina. Para el perito no fue posible obtener evidencias ni información sobre la labor de mantenimiento del motor, tal como lo advierte en su dictamen:

"la vida útil de un motor se fundamenta en su mantenimiento preventivo, el cual tiene diferentes escalones o niveles..."

"En el caso particular de la motonave Taru III no fue posible conseguir dicha información ya ⁵² que la empresa Aquamar S.A. no tiene registros de medidas y tolerancias del motor antes de la avería, así el plan de mantenimiento que presentan lo llevaban por meses, días y no por horas de operación. Fue imposible determinar cuántas horas de operación tiene el motor propulsor y cuando fue su último overhaul o reparación completa del mismo".

El perito en el punto seis de sus consideraciones afirma que en el informe de gastos en mantenimiento de diciembre de 2007 a junio de 2008, elaborado por el ingeniero naval Daniel Cañón Murcia de fecha 8 de julio de 2008, no figura nada relacionado con la máquina propulsora.

Finalmente el auxiliar de Justicia es claro al concluir que el tiempo reinante en la zona de los hechos para los días 27, 28 y 29 de octubre de 2008 fue bueno, por lo que se descarta el mal tiempo como causante de las averías.

Todo lo anterior lleva a concluir que la parte convocante no demostró que el daño del motor se generó por circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, razón por la cual este Tribunal concluye que no se dan los presupuestos requeridos en la póliza para su afectación con cargo a la cobertura de daño interno a los motores, ni tampoco con cargo a ningún otro amparo en ella convenido. En ese sentido se declarará probada la excepción nominada, ausencia de cobertura.

En cuanto a la excepción de "Cobro de más de lo debido" por sustracción de materia al declararse probada la ausencia de cobertura, considera este Tribunal abordar su análisis de fondo

CAPÍTULO QUINTO

LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurrir las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como los gastos de defensa Judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.

El perito Jorge Luis Vélez Ballesteros, en su dictamen, sometido a la contradicción pertinente, dentro de este proceso señaló varios aspectos:

En primer lugar que la causa del daño en el motor fue una falla en el sistema de lubricación del mismo en cuanto se quedó con una lubricación deficiente, lo cual ocasionó daños en los casquetes de biela. Así lo expresa:

"En mi concepto el daño a los motores se debe a una falla en el sistema de lubricación que pudo ocasionarse a deficiencia en el sistema de funcionamiento de los filtros de lubricación, a una obstrucción de una válvula, elementos éstos que pueden originar una caída en la presión del aceite, con el consecuente daño en la casquetería del motor, en especial los de las bielas".

Como se observa, el perito atribuye la falla en el sistema de lubricación a dos causas posibles o probables: deficiencia en el funcionamiento de los filtros de lubricación y la obstrucción de una válvula, lo cual genera la caída en la presión del aceite, que a su turno genera el daño en los casquetes del motor, especialmente las bielas.

Sin embargo al responder el punto cuarto de las preguntas adicionales concluye que solo se ha limitado a dar unas posibles causas de estas consecuencias, sin identificar ninguna como la causante del daño.

Ese fenómeno descrito por el perito, no le ofrece certeza alguna a este Tribunal en cuanto a si los daños del motor se originaron en una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito) o si por el contrario ello se debió a culpa o negligencia de Aquamar S. A en su labor de mantenimiento del motor objeto del daño.

En cuanto al problema del mantenimiento, al dar la respuesta a la pregunta número cuatro del cuestionario adicional, el perito concluye que:

"En mi concepto con este informe no se puede afirmar falta de mantenimiento, el informe dice que al inspeccionar las tapas de biela y los casquetes de bielas, se observó daño de las mismas por deformación y fricción y se limita a dar unas posibles causas de estas consecuencias sin identificar ninguna como la causa del daño"

Pero el perito tampoco concluyó que hubo adecuado mantenimiento del motor, pues se limita a decir en su dictamen simplemente que hubo cambio de aceite y filtros de manera regular.

Pero el perito si fue enfático al afirmar que la vida útil del motor depende de su mantenimiento preventivo; que la vida útil del motor, más que de los años de existencia.

Entendido lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso prosperaron parcialmente las excepciones de mérito, es del caso condenar en costas a la parte convocante de manera parcial, en un 50%, de conformidad con la siguiente liquidación:

A. Gastos del trámite arbitral

1. Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Tribunal

Concepto	Valor
Honorarios de los árbitros (c/u \$8.000.0000) + IVA	27.840.000
Honorarios de la secretaria	4.000.000
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y amigable composición de la Cámara de Comercio de Cartagena.	4.000.000
Gastos del proceso, protocolización y otros	4.000.000
TOTAL	39.840.000

2. Gastos de la Peritación. \$6.489.000,00 que fueron asumidos por las partes, Convocante y Convocada en cuantía de 50%.

3. Honorarios del perito ingeniero naval Jorge Luis Vélez Ballesteros por su trabajo la suma \$3.000.000,00 los cuales fueron pagados por las partes convocante y convocada, por mitades.

Subtotal de gastos del proceso arbitral: \$49.329.000,00, de los cuales cada parte asumió el 50%.

4. Agencias en derecho. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 oo teniendo como referencia el valor de los honorarios que les correspondió a cada Árbitro.

Por tanto se liquidan las costas a favor de la parte Convocada y cargo de la parte convocante, en la suma total CATORCE MILLONES TRECIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$14.332 250, 00) suma que deberá pagarse una vez ejecutoriado el presente laudo.

CAPÍTULO SEXTO

DECISIÓN

Por ras razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre las sociedades

AQUAMAR S.A Y SEGUROS BOLÍVAR S.A con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. No acceder a las pretensiones de la demanda, con base en lo expuesto en las consideraciones de este laudo.

SEGUNDO. Declárense no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, denominadas “FALTA DE COMPETENCIA”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA ACTIVA”, y “COBRO DE MAS DE LO DEBIDO”, por las razones expuestas en este laudo.

TERCERO. Declárese probada la excepción denominada AUSENCIA DE COBERTURA con base en las consideraciones de este laudo.

CUARTO. Condenase a la sociedad AQUAMAR S.A. a pagar las costas procesales a favor de la parte convocada por la suma de CATORCE MILLONES TRECIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$14.332.250,00).

QUINTO. Protocolícese este expediente en la Notaría Quinta del Circuito de Cartagena.

SEXTO. Este laudo queda notificado en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

55

JUAN GUILLERMO HINCAPIÉ MOLINA

Árbitro Presidente

ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

Árbitro

CARLOS PONCE CABALLERO

Árbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA

Secretaria del Tribuna