

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL  
CODIGO DE COMERCIO**

**JAVIER TAMAYO JARAMILLO**  
**Abogado Titulado U.P.B.**  
**Profesor de Cátedra Responsabilidad Civil**  
**Extracontractual: Facultad de Derecho U.P.B.**

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CODIGO DE COMERCIO

Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial  
Medellín, 1985

### 1. Introducción y planteamiento del problema:

Aunque en principio, se ha habido asignado hablar, únicamente sobre la responsabilidad civil derivada del contrato de transporte, hemos creído sin embargo, conveniente, efectuar una evaluación global sobre los principios generales que orienta la responsabilidad en los diversos contratos y actos mercantiles. De igual forma, queremos plantear la necesidad de consagrar legislativamente normas referentes a otros tipos de contratos no contemplados por la legislación actual. En fin, queremos referirnos a la necesidad de proponer algunas reformas en lo relativo al contrato de seguros.

Esta charla desde luego, no pretende un estudio sistemático de la responsabilidad civil en los diferentes contratos mercantiles. Si busca en cambio, mostrar los conflictos y vacíos jurídicos de la legislación vigente, tratando de ensayar solución para el caso de una eventual reforma.

### 2. Plan

Para cumplir nuestro cometido se precisa analizar en principio, las instituciones de la fuerza mayor o caso fortuito y las de la prueba de la

culpa del deudor, pues es allí, donde, en mi concepto, se generan la mayoría de los conflictos y vacíos legales (SECCION I); resueltas estas premisas, estudiaremos algunos problemas relativos al contrato de transporte (SECCION II); luego, comentaremos, en una síntesis apretada, el nuevo estatuto del consumidor, que consagra la responsabilidad de fabricantes y distribuidores; pero dentro de ese análisis, veremos la influencia de esta nueva reglamentación en los contratos de compraventa y de depósito, como quiera que son ellos los más involucrados en la nueva normación (SECCION III). Con posterioridad, haremos algunas sugerencias en lo tocante a posibles formas en las normas que rigen el contrato de seguro (SECCION IV); en fin, propondremos una nueva legislación que regule la responsabilidad de los constructores y vendedores de inmuebles sobre planos (SECCION V).

## **SECCION I. LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO Y LA PRUEBA DE LA CULPA.**

### **3. Planteamiento del problema.**

Tal vez, ninguna de las instituciones del Código Civil haya generado más discusiones y debates que las de la fuerza mayor o caso fortuito, y de la clasificación tripartita de la culpa (art. 1604 del C.C.). En forma aparente el C de Co. , trató de simplificar el problema, creyendo recoger las interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado al respecto, durante todo este siglo. No obstante, veremos cómo todavía la nueva legislación conserva residuos provenientes de la legislación civil, motivo por el cual, se precisa mostrar esos conflictos, tratando de proponer alguna solución legislativa.

En primer lugar, hemos de referirnos al tratamiento que el C. de Co. le da a la fuerza mayor o caso fortuito (Subsección I) para, luego, referirnos al grado de culpa que pesa contra el deudor, según la naturaleza de cada contrato en particular (Subsección II).

#### **Subsección I. La fuerza mayor o caso fortuito**

4. El art. 64 del C. C. (Ley 95 de 1890, art. 1), define así, la fuerza mayor o caso fortuito.

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Para nosotros sin embargo, sería preferible considerar la fuerza mayor o caso fortuito, como **el efecto imprevisible e irresistible de una causa cuyo origen no es imputable jurídicamente al deudor.**

Justamente de comparar estas dos definiciones surgen las siguientes discrepancias:

a. En principio, hace bien el C.C. al considerar la imprevisibilidad y la irresistibilidad como características necesarias de la fuerza mayor o caso fortuito. Por el contrario, la norma es errada cuando da algunos ejemplos que configurarían fuerza a caso fortuito.

En efecto, a priori, ningún fenómeno puede incluirse o excluirse como imprevisible e irresistible. Es en cada caso concreto donde podemos saber si se dan o no estas características. En realidad, el terremoto, el huracán o el rayo pueden no ser imprevisibles e irresistibles, si el deudor a pesar de que no podía impedir el fenómeno, podía sin embargo, prever y resistir sus efectos dañinos.

b. Justamente, esa errática ejemplificación lleva al C.C. a una gran equivocación en la que a menudo incurre gran parte de la jurisprudencia y la doctrina.

En realidad, poco importa que el fenómeno como tal sea imprevisible o irresistible. Por el contrario, es el efecto de ese fenómeno que debe ser imprevisible e irresistible, para que pueda hablarse de fuerza mayor o caso fortuito. Así por ejemplo, la ciencia puede prever la ocurrencia de un terremoto, de un huracán o de un rayo. Pero, no por ello, hay que decir que esos fenómenos no constituyen fuerza mayor o caso fortuito.

En cambio, si el deudor tenía la posibilidad de prever y de resistir los efectos del fenómeno, y a pesar de ello, se expuso, entonces, no podrá invocar la fuerza mayor o caso fortuito, poco importa que se produzcan los fenómenos que como ejemplos trae el C.C. Pero si por ejemplo, el constructor de un edificio utilizó los aparatos antisísmicos que se encontraban a su alcance y, a pesar de ello, se produjo un terremoto de una intensidad superior a la prevista, podrá alegar fuerza mayor o caso fortuito porque, aunque el terremoto era previsible, la verdad es que su efecto era previsible e irresistible, pues apesar de haber tomado medidas, no pudo evitar los resultados.

En resumen, es el efecto del fenómeno el que debe reunir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, para que pueda hablarse

de caso fortuito o fuerza mayor\*. Es allí precisamente, donde radica el error de ejemplificar a priori, los diferentes eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

c. Por otra parte, en forma adecuada, nuestro C.C. identifica los conceptos de fuerza mayor, como quiera que en uno u otro caso, se trata de eventos imprevisibles, irresistibles y por ende, no imputables a culpa del deudor.

La doctrina alemana\*\* que trató de distinguir entre fuerza mayor y caso fortuito, buscaba simplemente, evitar que la falla mecánica de la cosa causante del daño, exonerara de responsabilidad a su guardián.

Sin embargo, tal diferenciación es meramente artificial. En efecto, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito, deben ser imprevisibles, irresistibles y jurídicamente, exteriores al deudor; es decir, no imputables jurídicamente a éste. Así las cosas, hay eventos que siendo interiores físicamente, son sin embargo, exterior desde el punto de vista jurídico, tales como un infarto fulminante que le impida al deudor cumplir su obligación. A su vez, si el propietario siembra un cultivo a sabiendas de que se producirá una helada, no habrá exoneración, a pesar de que el fenómeno sea exterior físicamente. Repetimos: el concepto de exterioridad, es concepto jurídico y no físico. Por lo tanto, la falla mecánica no libera de responsabilidad, pero no porque sea interior físicamente sino porque la actividad peligrosa que sufre el vicio está bajo la responsabilidad del deudor.

d. Finalmente, es preciso hacer énfasis en el sentido de que **la fuerza mayor o caso fortuito son absolutamente incompatibles con la culpa del deudor o del causante del daño, bien sea que la causa del fenómeno sea culposa, bien sea que esa causa haya concurrido con otra actividad culposa del demandado.**

En realidad, si ha habido culpa del demandado es porque el efecto era previsible o era resistible, pues antológicamente es imposible que el hecho sea imprevisible e irresistible, y que su origen se haya producido por culpa del demandado. O lo uno o lo otro: o hay fuerza mayor o caso fortuito, o culpa del deudor.

---

\* Sobre este punto: TAMAYO JARAMILLO, Javier "De la Responsabilidad Civil", Ed. Temis, Bogotá, 1983, No. 385.

\*\* MAZBAUD-TUNC-CHABAS, "Traite de la Responsabilité Civile", 6a. ed. Ed. Montchrestien, Paris, 1965, T. II, No. 1557.

Si se aceptare que la fuerza mayor o caso fortuito pueden coexistir con la culpa del demandado, habría que llegar a la conclusión de que absolutamente, en todos los casos de culpa del deudor, el daño se debe a un caso fortuito imputable a esa culpa, puesto que siempre habrá una serie infinita de fenómenos que convergen en la producción de un daño. Y como todos esos fenómenos se suman a la culpa del deudor, entonces habría caso fortuito culposo, lo que es absurdo.

Y es justamente en esta confusión en la que incurre nuestro C.C. cuando en su art. 1604, expresa que:

“el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”.

Un poco más adelante veremos las consecuencias nefastas que toda esta confusión ha tenido en la interpretación de los contratos y de los principios generales que rigen las obligaciones. Pero es necesario que analicemos primero la clasificación tripartita de la culpa, a que se refiere el inciso primero del ya citado art. 1604 del C.C.

## **Subsección II. La clasificación tripartita de la culpa en el C.C.**

### **5. La situación en el derecho francés**

POTHIER clasificó la culpa en grave, leve y levísima.

Los codificadores franceses desecharon tal clasificación, aunque, a primera vista, pareciera ser que el art. 1137 del Código de aquel país, estuviera inspirado en ella. Sin embargo, el art. 1147 del mismo código, despeja toda duda cuando expresa que el deudor contractual sólo se libera de su inejecución, mediante la prueba de una causa que no le sea imputable.

Pero como se trata de dos normas de carácter general y que aparentemente eran contradictorias entre sí, se presentaron largos debates en la jurisprudencia y doctrina en Francia. Entonces, fue cuando en 1925, RENE DEMOGUE propuso una distinción ya clásica, entre obligaciones de medio y de resultado\*. En las primeras, el demandante tendría que probar la culpa (cualquier culpa) del deudor, para poder comprometer la responsabilidad de éste. En cambio, en las obligacio-

---

\* STARCK, Boris. "Droit Civil, Obligations", Librairies Techniques, Paris, 1972, No. 1737 yss.

nes de resultado la culpa podría seguir siendo el fundamento de la responsabilidad, pero ésta se presumiría por la sola ocurrencia del daño, o por el solo hecho de incumplimiento, y, en tal virtud, sólo liberaría la prueba de ausencia de culpa o de una causa extraña.

Esta distinción hizo carrera y pese a la existencia de algunas voces discordantes, la jurisprudencia y la doctrina no sólo la han incorporado, sino que ha sido establecida en algunos textos legales posteriores.

## **6. Situación en el derecho colombiano**

Pero en el derecho nacional todo es diferente, pues el inciso primero del art. 1604 del C.C. recogió la clasificación tripartita de la culpa, tomada del derecho romano por POTHIER. No es tema de esta charla analizar en forma detenida, la validez de esta clasificación. Basta simplemente, anotar las contradicciones en que incurre el legislador cuando a cada situación concreta trata de aplicarle el principio general de la clasificación tripartita.

Lo grave del asunto es que tanto los partidarios de la clasificación tripartita como sus contradictores, encuentran sustento legal para defender sus tesis.

Por nuestra parte creemos que es inútil tratar de buscarle una plenitud hermética y lógica a la clasificación, puesto que habrá casos en los que necesariamente ella es insostenible.

Así, por ejemplo, la condición resolutoria tácita está consagrada a favor de la parte que cumplió el contrato, independiente de que el deudor hubiese cometido culpa grave, leve o levísima, según el contrato incumplido. De igual forma en las obligaciones de género, el deudor estará siempre obligado a entregar lo pactado; aún en el caso extremo de la pérdida de un cuerpo cierto que se debe, al art. 1731 expresa que si el cuerpo parece por culpa del deudor, la obligación de esto subsiste, siendo obligado al aprecio de la cosa y a la indemnización de perjuicios; de su lado, el mismo art. 1604 nos dice que si el caso fortuito ha sobrevenido por culpa del deudor, éste sigue siendo responsable. Igua- les soluciones podemos ver en los arts. 1983 y 2072 del C.C. No sobra recordar que la responsabilidad por vicios redhibitorios está desvinculada de toda idea de culpa, en lo relativo a la facultad de resolver el contrato o de rebajar proporcionalmente el precio de la cosa.

Como se ve, son demasiados los eventos en los que la clasificación tripartita no tiene aplicación y por lo tanto, es inconveniente plantearla

como principio general. El ideal hubiera sido que cada contrato o cada institución en particular hubiera consagrado el tipo de culpa que era inherente de acuerdo con su naturaleza.

De nuestro lado, creemos que salvo algunas excepciones, en todos aquellos casos en que se deba entregar o restituir una cosa o una persona, el deudor responde por todo tipo de culpa, así ésta, sea levísima; por el contrario, tratándose de obligaciones en las que el deudor pacta la prestación de un servicio, la aplicación del art. 1604 tendría validez. Tal ocurriría por ejemplo, en la responsabilidad de los médicos o los abogados.

### **Subsección III. La aplicación de todos estos principios en el C.Co.**

7. Los redactores del C. Co. no fueron ajenos a las ideas y problemas doctrinales que venimos de exponer. Sin embargo, en muchas de las normas que regulan la responsabilidad civil en estatuto mercantil, vemos cómo se incurre de nuevo en los errores que ya habíamos detectado en el C.C.

#### **8. El C. Co. distingue entre fuerza mayor y caso fortuito**

Así por ejemplo, el art. 992 en su párrafo final, establece que:

"el caso fortuito que reúna las condiciones de fuerza mayor se regirá por las reglas de éste".

En realidad, este párrafo está de más en la ley mercantil, puesto que obviamente, todo se vuelve un juego de palabras si se advierte que necesariamente, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, deben ser imprevisibles, irresistibles y no imputables jurídicamente al deudor. Faltando cualquiera de estas características no puede hablarse ni de una, ni de otra figura.

Pero es justamente este párrafo el que a veces da lugar a confusiones cuando en la ejecución del contrato de transporte se produce una falla mecánica o el daño, es imputable a culpa del dependiente del transportador. En tales circunstancias, el transportador tratará de demostrar que el hecho es constitutivo de fuerza mayor mientras que el pasajero o el destinatario de la mercancía tratarán de sostener que se trata de caso fortuito y que por lo tanto, no hay exoneración de responsabilidad.

Si el código no hubiera consagrado este párrafo, nos podríamos regir perfectamente por la noción de causa extraña, institución dentro

de la cual, cabe el caso fortuito o fuerza mayor. Ya hemos visto cómo el vicio interno del vehículo o el hecho de dependencia del transportador no constituyen fuerza mayor o caso fortuito, puesto que jurídicamente tanto el uno como el otro, están bajo la responsabilidad del deudor (en este caso, el transportador).

Esa distinción teórica que trata de hacer el C. Co., entre fuerza mayor y caso fortuito, es pues, un serio inconveniente para la interpretación de los posibles hechos exoneratorios del transportador.

## **9. El C.Co. consagra el caso fortuito no imputable a culpa del deudor**

Pero el inciso primero del art. 992 del C. Co., al igual que el C.C., también nos habla de fuerza mayor no imputable a culpa del transportador. Y ya hemos visto cómo ambas nociones son excluyentes entre sí, pues si hay fuerza mayor o caso fortuito, no puede haber culpa del transportador y a la inversa.

Y esta confusión del legislador crea en la práctica el problema de saber si por ejemplo, la piratería terrestre puede o no considerarse como fuerza mayor que libere al transportador, confusión que se agaganta cuando no se distingue entre el efecto y la causa del fenómeno que se alega como fuerza mayor.

En efecto, es interminable la discusión de si la piratería terrestre es previsible o imprevisible, resistible o irresistible.

Para nosotros repetimos, la fuerza mayor o caso fortuito es el efecto imprevisible e irresistible de una causa cuyo origen no es imputable jurídicamente al deudor. Por lo tanto, si la mercancía transportada se pierde por un acto de piratería, no hay lugar a considerar a priori que el hecho es o no constitutivo de la fuerza mayor o caso fortuito. La piratería como tal, es un hecho previsible que demuestran las estadísticas diarias. Lo que debe establecer el juez es si el transportador o su dependiente no fueron lo suficientemente prudentes para evitar que la mercancía fuera robada. No es lo mismo transitar sin las debidas seguridades técnicas y de vigilancia, por una carretera abandonada, de noche y por un sector donde habitualmente hay ladrones, que hacerlo con un buen vehículo, con suficiente vigilancia, en horarios apropiados y por una carretera con suficiente tráfico vehicular. Evidentemente, es más fácil aceptar que si la mercancía se pierde en el segundo caso, hay fuerza mayor o caso fortuito, que liberan al deudor. En cambio, en el primer evento, difícilmente el deudor pueda liberarse.

## **10. Propuesta de reforma**

En conclusión, consideramos que debería suprimirse el párrafo del art. 992 que trata de distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor.

De igual forma, pensamos que el inciso primero del mismo artículo debería quedar en la siguiente forma:

"El transportador sólo podría exonerarse de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones mediante prueba de una causa extraña, de vicio propio o inherente a la cosa transportada o de una culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario".

## **11. El C.Co. y la prueba de culpa**

Por otra parte, en algunos contratos como el de transporte o de cuenta corriente bancaria, el C.Co. efectúa una abolición completa de la clasificación tripartita de la culpa, acogiendo más bien, la clasificación francesa de obligaciones de medio o de resultado. En estos dos contratos, el deudor sólo se libera por la demostración de una fuerza mayor o culpa del acreedor. El simple hecho del incumplimiento hace presumir la culpa del deudor.

## **12. Constradicción en el contrato de depósito**

Pero el estatuto mercantil, al reglamentar la obligación del depositario, incurre en una lamentable constradicción cuando conserva la clasificación tripartita de la culpa y a la vez establece una obligación de resultado, a cargo del depositario.

En efecto, el art. 1171 del C. Co. expresa que:

"El depositario responderá hasta de culpa leve, en la custodia y consevación de la cosa. Se presumirá que la pérdida o deterioro se deberá a culpa del depositario, el cual deberá probar la causa extraña para liberarse".

La contradicción es la siguiente: si el depositario sólo responde de la culpa leve, quiere decir que si actuó por culpa levísima, no es responsable. En cambio, si sólo se libera mediante la demostración de una causa extraña, esta causa extraña jamás podrá presentarse si hubo culpa levísima del depositario.

En resumen: la primera parte del artículo da a entender que si la cosa se pierde o deteriora por culpa levísima, el depositario no es responsable. En cambio, la segunda parte del mismo da a entender que cualquier clase de culpa, hace responsable al depositario pues éste sólo se libera mediante la prueba de una causa extraña y ya hemos dicho hasta la saciedad, que la causa extraña exige que no haya culpa del deudor. Por lo tanto, es recomendable que en una eventual reforma del C. Co., se consagre simplemente la presunción de culpa del depositario, por la pérdida o deterioro de la cosa depositada, en cuyo caso, sólo la causa extraña podría exonerarlo de la presunción.

13. Una vez esbozados estos principios generales de responsabilidad civil, pasemos al análisis de algunas situaciones concretas que se presentan en varios de los contratos que aparecen normados en el C.Co.

## **Sección II. Apuntes relativos al contrato de transporte**

### **14. Introducción**

Repetimos una vez más, que la filosofía de esta charla no es la de efectuar una interpretación sistemática del contrato de transporte, sino más bien, la de demostrar los vacíos y contradicciones de la legislación vigente. Por lo tanto, analizaremos únicamente los problemas que se han suscitado en la práctica jurisprudencial.

#### **Subsección I. La presunción de culpa que pesa contra el transportador**

15. Tradicionalmente, el transportador tenía en su contra una presunción de culpa que se podía desvirtuar fácilmente, demostrando diligencia y cuidado, sin embargo, la facilidad de desvirtuar la presunción fue acelerando cada día más la irresponsabilidad de los transportadores y sobre todo, de los conductores del vehículo transportador. Fue entonces, cuando la carga probatoria se hizo más severa y las legislaciones crearon la denominada presunción de responsabilidad, en lugar de la de culpabilidad. De acuerdo con ella, el transportador sólo podría liberarse de su responsabilidad demostrando una causa extraña, que podría estar constituida por una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. Ni la falla mecánica, ni la conducta del conductor del vehículo se consideraban causa extraña, pues jurídicamente, el transportador tenía poder jurídico sobre ambos.

Fue esa justamente la solución consagrada por el C.Co., en su art. 992, norma según la cual, el transportador sólo se libera mediante la demos-

tración de una causa extraña, siendo prohibidas las cláusulas que exoneran la dicha presunción.

La verdad es que esa norma ha tenido graves repercusiones en el rendimiento económico de las compañías transportadoras, pues un solo siniestro, puede ser suficiente para arruinar la empresa. Es por ello por lo que algunos gremios han venido presionando con el fin de que se cambie nuevamente la legislación y se les quite la carga que hoy pesa sobre el transportador.

16. Creemos sin embargo, que en ese punto, el art. 992 debe seguir guardando su vigencia. De lo contrario, los transportadores descuidarían un tanto la seguridad y vigilancia de la mercancía transportada, pues la prueba de la diligencia y cuidado sería fácilmente aportable, y ello daría rienda suelta a bandas de piratas terrestres que con facilidad, podrían llevar a cabo sus fechorías.

Ahora, las dificultades económicas que surgen de esa pesada carga probatoria podría obviarse mediante un seguro obligatorio y un control gubernamental a las tarifas de los fletes.

En efecto, el gobierno podría crear un seguro obligatorio, bien sea de responsabilidad civil del transportador, o de mercancías, en forma tal que de perderse la mercancía, sea la compañía aseguradora y no el transportador quien corra con la pérdida del siniestro.

Como es obvio, un seguro de este tipo encarecería notoriamente los costos de transporte, razón por la cual habría competencia desleal cuando algunos transportadores que no tomaron el seguro, ofrezcan tarifas más bajas.

Es allí donde la obligatoriedad del seguro, imposibilita la competencia desleal, pues los costos del transporte serán más o menos los mismos.

De igual forma, si el gobierno controla las tarifas de los fletes, el transportador que se asegura no corre el riesgo de perder la clientela porque sus fletes son más costosos que los de otros transportadores.

Finalmente, se requiere crear un mecanismo financiero que vuelva rentable este seguro para las compañías aseguradoras, pues de lo contrario, éstas se negarían a contratar las pólizas.

Una vez que el contrato sea rentable para los aseguradores, se impondría a éstos la obligación de asegurar un determinado porcentaje de la

mercancía transportada, de acuerdo con su capital, o con el volumen de ventas en otras ramas del mercado asegurador.

Desde luego, todo ello supone una concepción intervencionista del Estado, no para que éste asuma los riesgos, sino para que se redistribuyan los costos reales del transporte. La verdad es que en el mundo contemporáneo todos los artículos que consumimos se encarecen en mayor o menor medida por los seguros que cubren todos los bienes y servicios que intervienen en la fabricación del producto.

En conclusión pues, consideramos conveniente que contra el transportador siga pesando una obligación de resultado que sólo puede quebrarse mediante la prueba de causa extraña.

17. Todavía en relación con el art. 992 recordemos que dicha norma consagra la prohibición de las cláusulas que esoneran o limitan la responsabilidad del transportador.

Sin embargo, a vía de excepción, el inciso tercero de la norma, establece que las cláusulas delimitativas de responsabilidad son válidas cuando "revistan la forma de un seguro", seguro que según el art. 994 será reglamentado por el gobierno nacional.

En ese sentido la norma es vaga puesto que no expresa si se trata de un seguro de responsabilidad civil del transportador, o de un seguro de mercancías en el que los asegurados serían el remitente y el destinatario. La diferencia entre ambos tipos de seguro es notoria, pero lamentablemente no es éste el momento de profundizar en la distinción. Por otra parte, esta fórmula que en la práctica sería muy beneficiosa para el mercado del transporte, permanece sin embargo como letra muerta, pues a estas alturas, el gobierno no ha hecho la reglamentación a que se refiere el art. 994 del C.Co.

Nosotros, creemos empero, que pese a la ausencia de reglamentación especial, la institución puede funcionar desde que el transportador pueda conseguir un seguro que se pague dentro de los dos meses siguientes a la pérdida de la mercancía transportada. En esta forma las partes podrían acordar válidamente una cláusula limitativa de responsabilidad del transportador.

## **Subsección II. Derechos del remitente y del destinatario**

18. Tal vez, la figura que más dificultad ha dado a la jurisprudencia nacional, dentro de las normas que regulan el contrato de transporte,

ha sido la relativa a los derechos del remitente y del destinatario, que aparecen consagrados en los arts. 1023 y 1024 del estatuto mercantil. Básicamente, el mayor conflicto se presenta cuando la mercancía se pierde antes de llegar a su destino. La pregunta que surge en tales circunstancias, es la de saber si una eventual acción judicial debe ser instaurada por el remitente o por el destinatario.

La última orientación de la Corte Suprema de Justicia es la que el remitente es la persona legitimada para ejercer los derechos contra el transportador, cuando la mercancía se ha perdido o extraviado.\*

Por nuestra parte, creemos que una adecuada interpretación de los arts. 1023 y 1024, sería la siguiente:

a. Cuando se ha expedido la carta de porte, es el tenedor legítimo de ésta quien puede ejercer todos los derechos derivados del contrato de transporte. Así lo prescribe el art. 1020 del C.Co.

b. No habiéndose expedido la carta de porte, los derechos se ejercerán así:

1. Cuando la mercancía se encuentra en el sitio de partida o en tránsito, el inciso primero del art. 1023 del C.Co., faculta al remitente para retirarla o detenerla. En este último caso podrá también ordenar que le sea entregada a persona diferente al destinatario inicialmente indicado.

El transportador debe exigirle al remitente la carta de porte si es que ésta existe. En caso contrario, asume la responsabilidad frente a quien sea legítimo tenedor del original de la carta de porte.

Por lo tanto, el destinatario no tiene derecho a reclamar la mercancía que se encuentra en el sitio de partida o en tránsito. Nos referimos desde luego a mercancía que no se ha extraviado ni perdido.

2. La situación empieza a volverse confusa cuando la mercancía ha llegado a su destino.

En efecto, el inciso final del art. 1023 prescribe que:

"el derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario, conforme al art. 1024".

---

\* C.S.J., Cas. Civ., septiembre 17 de 1983.

Ahora, el art. 1024, en su inciso primero, manifiesta que:

“salvo en los casos indicados en el artículo precedente (art. 1023), el destinatario tiene derecho desde la llegada de la mercancía hasta el punto de destino, a solicitar del transportador, que le entregue la mercancía”.

Tomado aisladamente este inciso, parecería claro que el destinatario, es quien tiene derecho a reclamar la mercancía que arribó sana y salva al lugar de destino.

No obstante, el inciso primero del art. 1023, faculta al remitente para “disponer de la mercancía retirándola del sitio de destino”.

Como se ve, tanto el destinatario como el remitente están facultados para tal operación, lo que crea graves problemas de legitimación en causa.

La situación se vuelve aún más confusa, cuando el inciso final del art. 1023 sostiene que:

“Si el destinatario rehusa la mercancía o si no es hallado, el remitente recobrará su derecho de disposición”.

Resumiendo: el inciso primero del art. 1023, incondicionalmente, faculta al remitente para retirar la mercancía del punto de destino. El inciso final de la misma norma, condiciona dicha facultad a que el destinatario no sea hallado o a que rechace la mercancía. Finalmente, el inciso primero del art. 1024 faculta expresamente al destinatario, para retirar la mercancía, desde que ésta llega al punto de destino.\*

3. Pero la dificultad mayor se presenta cuando la mercancía no llega a su destino y no ha sido retirada por el remitente, según lo prescribe el art. 1023 del C.Co.

En ese sentido, el inciso final del art. 1023 y el primero del 1024, dan a entender que sólo el remitente está facultado para cobrar los perjuicios por la pérdida de la mercancía.

---

\* Los arts. 1023 y 1024, son una copia literal de los artículos pertinentes del Convenio de Varsovia de 1929, lamentablemente, el codificador colombiano adicionó el texto, permitiéndole al remitente retirar la mercancía del sitio de llegada, facultad ésta que no consagra el Convenio de Varsovia.

En efecto, los primeros incisos del art. 1023 hablan de que el remitente puede retirar o detener la mercancía mientras ésta se encuentre en tránsito. Y en el inciso final prescribe que los derechos del remitente cesarán en el momento en que comience el del destinatario, conforme al art. 1024.

Ahora, el inciso primero del art. 1024 dice que:

“El destinatario tiene derecho, desde la llegada de la mercancía al punto de destino, a solicitar del transportador que le entregue la mercancía”.

Concordando el art. 1023 con el inciso primero del art. 1024, podría interpretarse que las palabras “desde la llegada de la mercancía al punto de destino”, significan que toda pérdida que se produzca antes de esa llegada sólo puede ser reclamado por el remitente. Es esa la interpretación que hasta la fecha viene consagrando la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, el inciso final del art. 1024, en forma expresa, reconoce que el destinatario tiene derecho a reclamar por la pérdida de la mercancía, cuando ésta no llega a su destino. El citado inciso dice:

“Si se reconociera por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de siete días a partir del en que haya debido llegar, la mercancía no hubiere llegado, el destinatario queda autorizado a hacer valer con relación al transportador, los derechos resultantes del contrato de transporte”.

Frente a esta complicada situación, cabrían las siguientes interpretaciones: de un lado, y es la solución que da el derecho francés\*, tanto el destinatario como el remitente, o en su defecto, quien tenga la carta de porte, están facultados indistintamente, para reclamar la mercancía. La acción de uno de los dos, libera al transportador frente al que no demandó.

También podría pensarse que el remitente sólo tiene derecho a detener la mercancía cuando ésta no se ha extraviado; porque realmente el art. 1023 en parte alguna faculta al remitente para demandar judicialmente indemnización por la pérdida de la mercancía. En cambio, el inciso final del art. 1024 sí faculta al destinatario para pedir tal reparación.

---

\* En ese sentido: RODIERE, René. “Droit Commercial”, Ed. Dalloz, París, 1978, No. 208.

## **19. Propuesta de reforma**

Como conclusión, sugerimos que en una eventual reforma del C. Co., se reglamente en forma debida, lo relativo a la carta de porte, pues existiendo ésta, no surgen dudas en cuanto a la legitimación en causa para ejercitar los derechos derivados del contrato de transporte. De todas formas, será necesario también determinar con absoluta claridad cuáles son los derechos del destinatario y cuáles los del remitente.

Por nuestra parte, creemos que la solución mejor sería la de que, en ausencia de carta de porte, los derechos puedan ser ejercitados bien sea por el remitente, bien sea por el destinatario.

### **Subsección III. Cálculo de la indemnización en caso de pérdida de la mercancía transportada**

20. El art. 1031 del C. Co., establece lo siguiente:

“En caso de pérdida de la cosa transportada, la indemnización a cargo del transportador, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Cuando se trate de cosas destinadas a la venta el transportador pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega más un veinticinco por ciento de dicho precio, por lucro cesante”.

La redacción de esta norma, sería edacuada en una economía no inflacionaria; por el contrario, en un país que como el nuestro, sufre el galopante envilecimineto de la moneda, la norma es absolutamente injusta para los derechos del destinatario o del remitente.

Precisamente, ya la jurisprudencia nacional va siendo unánime en el sentido de aplicar la indexación en la indemnización de perjuicios, como consecuencia de la desvalorización de la moneda.

Sin embargo, la aplicación literal del art. 1031 del C.Co., impediría indexar el daño que debe ser reparado por el transportador, el día del fallo. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, en un fallo del 21 de septiembre de 1977, en el que se dijo que el transportador sólo estaba obligado a pagar por daño emergente, el valor que tenía la mercancía al momento de ser transportada.

Negó en esta forma la indexación del monto reparable.

Creemos entonces, que el texto debe ser reformado de tal manera que tanto el daño emergente, como el lucro cesante que debe pagar el transportador al remitente o al destinatario, puedan ser indexados. Pero fuera de esta reforma necesaria, pensamos que la equidad exige interpretar la norma actual de tal manera, que también sea aplicable la corrección monetaria a cargo del transportador. Para conseguirlo es conveniente averiguar cuál es la filosofía que orienta el art. 1131 del C. Co.

Durante muchos años, y en el mundo entero, el derecho de seguros y el de transporte, tuvieron problema con los daños sufridos por mercancías que eran destinadas a la venta. A menudo, el asegurador o el dueño de la mercancía transportada, argumentaban que de no haberse dañado la mercancía, ellos hubieran podido venderla por una suma "X"; a ello, el transportador o la compañía aseguradora, contra-argumentaban diciendo que el precio de venta variaba de un lugar a otro y aún, entre varios comerciantes, y que por otra parte, no había la seguridad de la venta, ni mucho menos la fecha de ésta. Había pues incertidumbre en cuanto a la forma de liquidar el lucro cesante y aún el mismo daño emergente proveniente de la venta de la mercancía afectada.

Así fue como el derecho de seguros, cortó toda discusión cuando en las pólizas se estableció en forma expresa, que la indemnización del asegurador sólo comprendía el valor de costo de la mercancía, ya que la utilidad por la venta podía ser indemnizada mediante un anexo especial que cubriera el lucro cesante.

Pero en el contrato de transporte tal solución era imposible, puesto que el transportador continuaba siendo responsable de todos los daños causados.

Surgió entonces, la fórmula utilizada por el art. 1031 del C. Co. Fue así como se determinó que el daño emergente se liquidara teniendo en cuenta el valor de costo de la mercancía transportada; adicionalmente, se consagró un porcentaje fijo por concepto de lucro cesante, derivado de la imposibilidad de vender la mercancía no entregada. En esta forma, se buscaba evitar que el remitente o el destinatario alegaran haber sufrido perjuicios superiores que serían de difícil prueba. La finalidad pues, era la de dar seguridad jurídica a las partes.

Ahora, es obvio que en una economía no inflacionaria, el precio de costo no varía, por lo cual podría decirse que esa sería una buena solución. Pero no lo es en el derecho colombiano, donde como ya lo hemos dicho, todos los días el valor adquisitivo de la moneda, disminuye.

Por lo tanto, en países que sufren el problema de la desvalorización de la moneda, la solución debería ser adecuada de tal manera, que la indemnización por daño emergente se efectúe según el valor de costo de la mercancía al día en que el transportador pague al remitente o al destinatario, la indemnización por la pérdida de la mercancía.

Nosotros creemos por lo tanto, que a pesar de la mala redacción del art. 1031 del C. Co., la equidad exige que el daño emergente se liquide por el precio de costo que tendría la mercancía al momento del fallo; adicionalmente, y sobre ese valor, se liquidará al veinticinco por ciento de lucro cesante.

## **21. Reforma propuesta**

Para una eventual reforma del art. 1031 proponemos el siguiente texto:

“Cuando se trate de cosas destinadas a la venta, el transportador pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar previsto para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio por lucro cesante”.

En esta forma se le deja al juez la facultad de aplicar o no, la corrección monetaria, según las circunstancias de cada caso.

## **Subsección IV: Responsabilidad del daño del vehículo transportador**

### **22. Planteamiento del problema**

El art. 991 del C. Co., establece que cuando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúe el transporte, o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, quien lo afilie y la empresa, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte.

La filosofía de esta norma es sana en principio. Sin embargo, puede generar una serie de vacíos e injusticias al consagrar la responsabilidad solidaria del dueño del vehículo transportador.

En efecto, lo normal es que el propietario del vehículo tenga su “control efectivo”; sin embargo, no siempre es así; tal ocurre por ejemplo, cuando se celebra una promesa de contrato y se hace entrega del automotor al promitente comprador. Es obvio que, a pesar del dueño seguir siéndolo, éste no tiene ningún poder de dirección y control sobre

el bien. Ese poder queda en cabeza del promitente comprador, a pesar de que aún no sea su propietario. Es más, lo usual es que sea el promitente comprador quien en forma directa se beneficie de los fletes causados por el contrato de transporte. Luego, no habría razón lógica ni equitativa, para que el propietario, quien no tiene el control efectivo del vehículo, respondiera solidariamente por las obligaciones derivadas del contrato. Esa solidaridad debiera recaer sobre quien explote o tenga el control efectivo del automotor que transporte la mercancía, sea o no, propietario, pues él es quien se beneficia con la explotación.

### **23. Reforma propuesta:**

En consecuencia, se propone el siguiente texto como sustituto del art. 991 del C.Co.

“Cuando la empresa de servicio público no tenga el control efectivo del vehículo transportador, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte, la empresa, quien afilie el vehículo transportador, y quien tenga el control efectivo de éste.

Se tiene el control efectivo, cuando se administra con facultad de utilizarlo y designar al personal que lo opera, directamente o por interpuesta persona”.

## **Sección III. El Estatuto del Consumidor y los Contratos Mercantiles de Compraventa y de depósito**

### **24. Introducción**

Mediante el Dto. 3466 de diciembre 2 de 1982, el gobierno nacional reglamentó la ley 73 de 1981. En uno y otra, se normó lo relativo a la responsabilidad civil de fabricantes y distribuidores, por los daños causados a los consumidores de bienes y servicios.

Desgraciadamente, la forma precipitada como se elaboró el Decreto reglamentario (3466), ocasionó una confusión legislativa de tal magnitud, que a estas alturas pareciera ser que sólidos principios del C.Co. hayan quedado derogados.

En realidad, en todos los países del mundo, se va imponiendo la necesidad de legislar, con el fin de que se garanticen los derechos de los consumidores. En ese sentido, se han creado los denominados “estatutos del consumidor”.

Pero ese estatuto así concebido, no deroga los Códigos Civil y de Comercio, sino que simplemente, los complementa en el sentido de facilitar el ejercicio de los derechos por parte del consumidor. Así por ejemplo, todas esas legislaciones, salvo la colombiana, declaran nulas o ineficaces todas las cláusulas y contratos de adhesión en los que se exonera de responsabilidad al fabricante o distribuidor; de igual forma, en casi todos ellos se le permite al consumidor, ejercer una acción directa contra el fabricante, sin necesidad de demandar al deudor contractual, es decir, al distribuidor; también se establecen procedimientos rápidos para decidir las obligaciones y derechos de las partes.

Asimismo, se establece una especie de acción popular en la que las víctimas que no se hayan hecho parte en el proceso, puedan beneficiarse de la declaratoria de responsabilidad, bastando para tal efecto, probar la causación de perjuicios. La mayoría de las legislaciones sólo buscan proteger a los consumidores de bienes muebles, puesto que tratándose de bienes inmuebles, la responsabilidad se rige por estatutos especiales; finalmente, se reglamenta lo relativo al interés usuario por ventas a crédito.

Es lógico que todas estas legislaciones remitan en lo no previsto en ellas, a las normas y principios contenidos en el C.Co. Como lo hemos dicho, la finalidad del estatuto no es derogar el C.Co., sino agilizar un poco el ejercicio de los derechos del consumidor.

25. Pero el Dto. 3466 de 1982, tratando de cumplir estos objetivos, creó graves confusiones, puesto que no remitió al C. Co. o al C.C., para efectos de lo no previsto en ellos. Y esta grave falla de técnica jurídica, trajo aparejadas, las siguientes consecuencias. Veamos:

## **26. Caducidad y prescripción:**

El primer gran vicio que encontramos en el estatuto del consumidor, es el relativo a la caducidad y a la prescripción. Al efecto, basta mencionar un proceso que se ventila en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá (Proceso Verbal de Beatriz Vargas de Guerrero vs. VE—COL S.A.) con el fin de mostrar el absurdo jurídico a que ahora nos somete el citado estatuto.

Los hechos: El propietario de un hato lechero adquirió un determinado número de vacunas con el fin de prevenir la aftosa en sus animales. Sin embargo, por razones que son motivo de debate probatorio, los animales vacunados sufrieron la enfermedad que se buscaba evitar. Más de

un año después, se inició un proceso verbal, con base en el decreto que venimos comentando.

El suscrito, abogado de los demandados, propuso las excepciones de caducidad y la prescripción basándose para ello, en los arts. 932 y 938 del C. Co., normas según las cuales, la caducidad se produce treinta días después de haber descubierto el vicio de la cosa comprada y prescribe en seis meses contados a partir de la entrega de la cosa.

En realidad, el estatuto del consumidor guarda silencio en relación con la caducidad y la prescripción, y como no hay una norma que remita al C. Co., entonces se presenta la inseguridad jurídica de que venimos hablando.

En nuestro sentir, la solución hubiera sido la de que, como el acto sigue siendo mercantil, pues entonces, se aplican la caducidad y la prescripción que para el contrato de venta, consagra el C.Co.

El juez de primera instancia sin embargo, consideró que como el estatuto guardaba silencio, entonces habría que concluir que las acciones derivadas de la compraventa ni caducaban, ni prescribían. Es de admitir que al resolver la excepción el juez consideró necesaria la nueva intervención del legislador, con el fin de solucionar el vacío, pues parecía absurdo que no se señalaran plazos de caducidad y prescripción de materias tan delicadas.

Como se ve, ya empiezan a presentarse duros conflictos de interpretación judicial, al punto de que la tesis del juzgado, en el caso sub-judice, ni más ni menos, conlleva a que prácticamente, el contrato de compraventa mercantil, que es el más importante y común en la vida diaria, adolezca de términos de caducidad y prescripción, lo que genera una gran inseguridad jurídica. Lo mismo puede decirse de los contratos de suministro, depósito, seguros y en general, todos los de prestación de servicios, salvo los de las profesiones liberales. (art. 45 del Dec.).

## **27. Legitimación pasiva:**

En los arts. 11 y 12 del Dec. 3466 de 1982, se dice en forma expresa y clara, que las acciones por defectos de calidad e idoneidad del bien o servicio, recaen directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan repetir contra los proveedores o expendedores al por mayor o contra los productores. Ese mismo principio aparece en el inciso primero del art. 29 del estatuto.

Sin embargo, el inciso segundo de ese art. 29, al fijar normas de procedimiento, prescribe que:

"En la parte resolutive de la providencia que decida la actuación, se ordenará al productor hacer efectiva la garantía... asimismo, se dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante por concepto de los perjuicios causados".

Como se ve, esta solución conlleva ni más ni menos, a la derogación absoluta del derecho de defensa, pues mientras unas normas exigen demandar al proveedor o distribuidor, las otras ordenan condenar a un productor que no fue citado como demandado.

No se sabe qué es más grave: si una equivocación del legislador o un acto deliberado de su parte.

En el mencionado asunto de las vacunas, se demandó al productor. Como es obvio, se argumentó falta de legitimación en la causa puesto que los arts. 11 y 12 del estatuto, son claros al establecer que la demanda se debe dirigir contra el distribuidor y no contra el fabricante. El juzgado de primera instancia sin embargo, consideró que el fabricante sí era sujeto pasivo de la acción, puesto que el art. 36 señalaba que era él quien debía ser condenado.

La lógica del estatuto pues es la de que está legitimado para la demanda, al distribuidor; en cambio está legitimado para la condena, el productor.

Queremos anotar que nos merecen el mayor respeto las apreciaciones del señor juez de primera instancia, ante los vacíos y conflictos legales, el fallador tiene plena autonomía para aplicar los principios generales del derecho, que considere pertinente. Nuestro rechazo es a la forma burda, como se establece la legislación, sin advertir los graves conflictos de procedimiento a que ello da lugar. Con razón decía KARL SMITH: "El Decreto es la motorización de la ley"

Porque, una cosa es que se permita a todos los consumidores beneficiarse de la sentencia de un proceso en el que no fueron parte, y otra muy diferente, es de condenar a un productor que no tuvo forma de defenderse.

## **28. Vicio de la cosa**

Otro de los embrollos que crea el estatuto del consumidor es el relativo al vicio de la cosa.

En principio, casi todas las codificaciones que se han elaborado en los diferentes países con el fin de proteger al consumidor, siguen conservando la noción tradicional de vicio de la cosa. Lo único que varía es la imposibilidad de pactar cláusulas exoneratorias de responsabilidad, cuando la cosa vendida adolece de un vicio oculto.

Pero el estatuto del consumidor, que venimos comentando, es muy impreciso, pues unas veces habla de calidad de bienes y servicios y otras veces habla de idoneidad de un bien o servicio. Adicionalmente, habla de que el productor debe garantizar que las calidades del producto vendido, que aparecen anunciadas, deben ser veraces. Este último aspecto nos parece positivo pues en esa forma evita los engaños que a veces se producen en medios ignorantes, los cuales se ven cautivos por una publicidad mentirosa.

Pero la parte del estatuto radica en que, mientras el art 934 del C.Co. establece indemnización de perjuicios por parte del vendedor, cuando éste conocía al tiempo del contrato, el vicio de la cosa vendida, en el primero se consagra una responsabilidad objetiva del vendedor, así éste no tuviera, ni debiera tener conocimiento del vicio o defecto de la cosa.

Quedan derogados pues, los principios indemnizados consagrados en el C.C. y en el C. Co. En adelante, habrá indemnización por el hecho objetivo del vicio de la cosa vendida.

Y para que se vean los alcances de la noción de vicio de la cosa vendida, de acuerdo con el estatuto del consumidor, observemos como se plantea, en el ya citado proceso de las vacunas, este problema.

En efecto, el comprador del productor farmacéutico sostiene que la idoneidad de las vacunas sólo se dá cuando éstas efectivamente inmunizan los animales vacunados. De lo contrario, el producto no cumple "su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido". Por lo tanto, si los animales se murieron a pesar de haber sido vacunados, el productor debe pagar todos los perjuicios con la muerte de los animales, según el demandante.

Así las cosas, todos los laboratorios farmacéuticos están llamados a desaparecer, puesto que en medicina, prácticamente ningún medicamento garantiza una eficiencia absoluta cuando es aplicado. En adelante, si un paciente, víctima de una infección, fallece a pesar de habersele aplicado una penicilina, el laboratorio será responsable de dicha

muerte, de acuerdo con la interpretación que da el demandante, al estatuto del consumidor.

En realidad, los laboratorios sólo deberían ser responsables cuando fabrican un producto de una calidad inferior a la que la ciencia médica haya alcanzado. Entonces, sí, habría vicio de la cosa fabricada. En el asunto de las vacunas habría que averiguar si éstas son de una calidad inferior a las fabricadas por otros laboratorios, caso en el cual sí sería aplicable la noción de vicio de la cosa. De lo contrario, habría que decir que el producto llenaba los requisitos de calidad y que si los animales no se inmunizaron, fue debido a lo que en medicina se denomina , el riesgo terapéutico.

### **29. El estatuto del consumidor se aplica a toda clase de bienes:**

La legislaciones que se han elaborado para proteger al consumidor, se refieren a la compraventa de bienes inmuebles. Sin embargo, el estatuto colombiano, no hace distinción alguna y en consecuencia, pareciera ser que la compraventa de inmuebles también se rige por sus normas. En esta forma queda derogado el art. 2060, inciso tercero, del C.C. que reglamenta este tipo de contratos.

En consecuencia, una interpretación alegre del estatuto llevaría a la conclusión de que un edificio que se caiga veinte o treinta años después de haber sido construido generaría la responsabilidad del constructor, pues como ya hemos visto, la jurisprudencia empieza a decir que estas acciones no caducan ni prescriben, puesto que el estuto guarda silencio al respecto.

### **30. Procedimiento verbal**

Por otra parte, el estatuto establece que todas las acciones judiciales en las que se ventilen obligaciones derivadas de la venta de bienes o de la prestación de servicios, el procedimiento aplicable será verbal.

Así pues, las acciones resolutorias derivadas de la compraventa ya no se tramitarán por vía ordinaria; tampoco las derivadas del incumplimiento del contrato de depósito; y lo que es más grave: el estatuto del consumidor legisla a medias, sobre los sistemas de financiación de bienes y servicios, lo que crea dudas en relación con los títulos valores que se produzcan en virtud de esa financiación.

### **31. La responsabilidad del depositario**

En los arts. 39 y 40, el estatuto habla de responsabilidad por "prestación de servicios que supongan la entrega de un bien". Es decir, regula al contrato de depósito.

Lo grave es que el estatuto esta vez, no dice cómo funciona la carga de la prueba de la culpa, y entonces, nos quedamos sin saber si ésta presume o si nos seguimos rigiendo por el art. 1171 del C.Co.

### **32. Conclusión**

Las anteriores son sólo algunas de las imprecisiones y contradicciones a que nos tiene sometidos el estatuto del consumidor.

Yo quisiera proponerles a los integrantes de este congreso que de aquí surja una propuesta legislativa, no para suprimir el estatuto del consumidor, pues su filosofía es sana, sino simplemente, para hacer algunos ajustes no sólo procesales, sino también sustantivos. Como están las cosas, el C. Co. en muchas de sus instituciones fundamentales, está absolutamente derogado o confundido.

## **SECCION IV. EL CONTRATO DE SEGUROS**

### **33. Introducción**

Aunque el tema central de esta charla es el de la responsabilidad civil en materia mercantil, consideramos necesario sin embargo, hacer algunas observaciones muy generales a la legislación que regula el contrato de seguros. Insistimos en la premisa inicial de que no se trata de estudios sistemáticos sobre la materia, sino pura y simplemente, de destacar los conflictos judiciales que a través de estos trece años de vigencia, ha suscitado el C. Co. Veamos cuáles son estas divergencias interpretativas en materia de seguros.

#### **Subsección I. La prescripción en el contrato de seguros**

34. El art. 1081 del C.Co., consagra dos tipos de prescripción en materia de seguros. La primera, denominada prescripción ordinaria, es de dos años "y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción".

La otra, llamada extraordinaria, "es de cinco años y correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho".

Esta norma dio lugar a que la ASOCIACION COLOMBIANA DE DERECHO DE SEGUROS "ACOLDESE", dedicara todo el congreso\* a su análisis; se trataba de una nueva institución que no tenía antecedentes judiciales, doctrinales, ni legales.

No sólo entre los participantes en dicho congreso, sino también entre la jurisprudencia y la doctrina, han habido discrepancias y confusiones en cuanto a la distinción entre ambas prescripciones.

En una aquilata obra de reciente aparición\*\*, el Dr. J. EFREN OSSA GOMEZ, establece una aguda distinción que sin embargo, no satisface a muchos de los doctrinantes.

Según el maestro OSSA GOMEZ, la prescripción ordinaria tiene un carácter subjetivo y por eso, el término de prescripción, empieza a contarse "desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción". En cambio, la extraordinaria tiene un carácter objetivo, y corre aún contra los incapaces y su término empieza a contarse "desde el momento en que nace el respectivo derecho" poco importa la época en que el demandante hubiese tenido conocimiento del siniestro o de los hechos que dan base a su acción.

A nosotros personalmente, nos satisface la explicación, sin dejar de reconocer que en tratándose de seguros de responsabilidad civil, ambas prescripciones pueden encontrar algunos obstáculos en su aplicación.

Empero, los conflictos doctrinales y jurisprudenciales a los que nos hemos visto sometidos, exigen que una futura reforma de las normas que regulan el contrato de seguros, tenga en cuenta todas estas inquietudes y se haga una mayor claridad en los que se refiere a la prescripción.

---

\* VI ENCUENTRO NACIONAL DE ACOLDESE, Medellín, 1980. Publicado por Seguros Skandia.

\*\* OSSA GOMEZ, J. Efrén. "Teoría General del Seguro", Ed Temis, Bogotá, 1984, p. 441 y ss.

## Subsección II. Valor de reposición y valor a nuevo

35. El art. 1090 del C. Co. permite que las partes "acuerden el pago de la indemnización por el valor de reposición o de reemplazo del bien asegurado".

Esta norma sin embargo, ha dado lugar a sonados casos jurisprudenciales y exige por lo tanto, que sea revisada.

En efecto, la doctrina distingue entre el valor a nuevo y valor de reposición. Para los señores PICARD y BESON\* el valor de reemplazo es aquel que tiene un bien de las mismas características del siniestrado. Así, si el bien destruido es un automóvil modelo 1981 y su precio es de un millón de pesos, será esta suma el valor del reemplazo o de reposición. Por el contrario, el valor a nuevo consiste en el precio que tiene un objeto de las mismas características del siniestrado, pero sin ningún uso. En nuestro ejemplo, si un vehículo último modelo, con cero kilómetros de recorrido, vale dos millones de pesos, será ese el valor a nuevo del bien siniestrado.

En principio, el asegurador sólo está obligado a pagar el valor de reemplazo, es decir, a entregar un vehículo de las mismas características y calidades del siniestrado, o a entregar el valor comercial de dicho bien, teniendo en cuenta el desgaste por el uso. No obstante, algunas legislaciones permiten a las partes pactar cláusulas de valor a nuevo, de forma tal, que en caso de siniestrarse un objeto usado, el asegurador sea obligado a reemplazarlo por uno nuevo o a pagar el valor de lo que éste cueste.

Según la autorizada opinión del Sr. OSSA GOMEZ, cuando el art. 1090 del C.Co., habla de valor de reposición o de reemplazo, lo que está haciendo es hablar de valor a nuevo\*\*.

El Dr OSSA GOMEZ da también aquí, algunas explicaciones que conceptualmente consideramos válidas; sobre todo si se tiene en cuenta que él, más que ninguno, participó en la comisión redactora del contrato de seguros.

---

\* PICARD et BESSON., "Les Assurances Terrestres". L.G.D.J., París, 1975, No. 294.

\*\* OSSA GOMEZ, J, Efrén. Op. Cit. p, 393 y ss.

Sin embargo, creemos de todas formas que la norma es equívoca en el sentido de confundir los términos valor de reposición o reemplazo, con el concepto de valor a nuevo.

Lo ideal pues, sería que al revisar la norma, se suprimiese el concepto "valor de reposición o reemplazo", y en su lugar se consagrara el concepto "valor a nuevo".

### **Subsección III. La póliza como prueba solemne**

36. Según el art. 1046 del C.Co., "el documento por el cual se perfecciona y prueba el contrato de seguros, se denomina póliza".

Si bien esta norma busca dar mayor seguridad jurídica al contrato de seguro, la verdad es que le quita toda agilidad al contrato, pues en muchísimas oportunidades las partes están interesadas en contratar aún, telefónicamente, la cobertura de un riesgo.

Por otro lado, casi siempre, se presenta un peligro interregno durante el cual el asegurado generalmente lleva la peor parte. A menudo, el asegurado paga la prima al agente o al corredor, pero la póliza no es expedida en forma inmediata. Si por desgracia, el siniestro ocurre con posterioridad al pago de la prima o a la aceptación verbal de la cobertura, pero la póliza no se ha expedido, la compañía aseguradora se puede apoyar en el art. 1046, para así exonerarse de su responsabilidad contractual.

Desde luego, el asegurado dispone de una acción en responsabilidad extracontractual por negligencia del asegurador, en la expedición de la póliza. Sin embargo, ello no obsta para que la situación siga siendo confusa, insegura e injusta para los asegurados.

En consecuencia, consideramos necesario abolir la póliza como instrumento necesario para probar y perfeccionar el contrato de seguro. Este podría probarse por todos los medios legales, sobre los cuales el juez tiene plena libertad de apreciación.