

**LA PÉRDIDA TOTAL CONSTRUCTIVA.
ALCANCE DE LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD***

**CONSTRUCTIVE TOTAL LOSS
AND THE TRANSFER OF LIABILITIES**

*MAURICIO CARVAJAL GARCÍA***

Fecha de recepción: 16 de junio 2020

Fecha de aceptación 1 de julio 2020

Disponible en línea: 30 de diciembre 2020

Para citar este artículo/To cite this article

CARVAJAL GARCÍA, Mauricio, *la pérdida total constructiva. Alcance de la transferencia de responsabilidad*, 53 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 223-254 (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.ptca>

doi:10.11144/Javeriana.ris53.ptca

* Trabajo presentado como requisito de grado para el “Curso de Especialización de Contratos y Daños” de la Universidad de Salamanca 2019.

** Abogado Javeriano, especialista en Derecho de Seguros de la misma universidad. LLM en derecho Marítimo de la Universidad de Southampton. Profesor de la Especialización de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Socio Director Práctica Seguros, Marítimo y Transporte en Carvajal Valek Abogados. Contacto: mcg@carvajalvalekabogados.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5328-2767>.



RESUMEN

La pérdida total constructiva es una institución común en el seguro marítimo, sin embargo, por más que se encuentra regulada por la ley colombiana, es una figura desconocida para muchos.

Si bien la incorporación de esta en la ley colombiana es más o menos uniforme con los principios fundamentales de la misma, aplicables en otras jurisdicciones de gran tradición marítima y de seguros, nuestra ley establece requisitos formales que son de necesario cumplimiento para la aplicación de la figura, lo que hace de interés su estudio.

Adicionalmente, ésta institución produce efectos para la aseguradora, no sólo respecto del contrato de seguro sino también respecto de la responsabilidad civil que se le transfiere cuando opera el abandono de la cosa asegurada.

Por todo lo anterior, en el presente escrito se analizará la figura de la pérdida total constructiva, sus características y los efectos que de cara al seguro y la responsabilidad de la aseguradora produce.

Palabras clave: Seguro Marítimo, pérdida total real o actual, pérdida total constructiva o Asimilada, aviso de abandono, abandono.

ABSTRACT

Constructive Total Loss is common to marine insurance and Colombian jurisdiction allocates space in its law to regulate it. Nevertheless, many at the Colombian insurance market relate this institution with other types of insurance, being unaware that Constructive Total Loss is a marine insurance creation.

The regulation by our local law is somehow comparable with the common principles of the figure, applicable under other jurisdictions with great maritime and insurance tradition, nonetheless, Colombian law requires for its application the fulfilment of some formalities, which makes its study relevant.

Keywords: *Marine insurance, Actual Total Loss, Constructive Total Loss, Notice of abandonment, Abandonment.*

SUMARIO

Introducción. 1. La pérdida bajo el seguro marítimo colombiano. 2. La pérdida total constructiva o asimilada. 3. La pérdida total constructiva según su definición en el código de comercio colombiano. 4. El aviso de abandono y sus efectos. 5. Eventos en los que no se requiere aviso de abandono. 6. Aceptación y rechazo del abandono. 7. Aviso de abandono válido. 8. Efectos del aviso de abandono válido. 9. El abandono y la subrogación. 10. Responsabilidad del asegurador que acepta el abandono. Conclusiones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La pérdida total constructiva, hace parte de las figuras especiales creadas por el seguro y el derecho marítimo. Esta institución, al igual que muchas otras de esta especie, tales como la avería gruesa, han surgido de las necesidades cotidianas de la industria marítima.

Considerado por muchos como el inspirador del contrato de seguro, el seguro marítimo contiene particularidades en su aplicación que hacen interesante el estudio de instituciones especiales como lo es la pérdida total constructiva, sus efectos respecto de la responsabilidad del asegurador que acepta el abandono y la diferencia respecto de la subrogación que surge en cabeza de la aseguradora que indemniza con base en esta figura.

Si bien esta institución está lejos de ser innovadora, y es común en el mercado marítimo¹, en Colombia, por más que la misma se encuentre regulada en el título del seguro marítimo del libro de la navegación del Código de Comercio y ha tenido algún desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se ve en el día a día del mercado, que la institución es desconocida para muchos intervinientes del sector asegurador, siendo más reconocida la figura de la pérdida total constructiva o asimilada en los seguros de automóviles o de maquinaria, toda vez que en el mercado colombiano, dicha institución que es propia del seguro marítimo ha sido adoptada parcialmente para otros tipos de seguro.

Por esto, se hace relevante el estudio de la institución desde su concepción en el seguro marítimo, haciendo referencia a la doctrina y jurisprudencia inglesa, la cual es desarrolladora de la figura y de su aplicación práctica, siendo relevantes los desarrollos que en dicha jurisdicción se producen, al punto que salvo por variaciones minúsculas que se encuentran en la legislación colombiana respecto de la figura, como lo es el requisito de la formalidad de presentar por escrito el aviso de abandono que revisaremos más adelante, el cual se encuentra también en la legislación española, la definición y demás normas que aplican a la pérdida total constructiva son adoptadas de las normas que se encuentran en el “Marine Insurance Act 1906” a partir de su sección 60 (BENNETT, 2006, p. 643).

Por lo anterior, en el presente escrito se analizará la definición y aplicación de la institución de la pérdida total constructiva bajo la ley colombiana y los efectos de la misma en cuanto a la transferencia de responsabilidad que asume la aseguradora sobre los restos o remanentes del objeto asegurado, que pueden llegar a hacerla responder por los perjuicios que con estos se causen a terceros.

¹ Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España art, 433 ss.

1. LA PÉRDIDA BAJO EL SEGURO MARÍTIMO COLOMBIANO

La ley colombiana en el art. 1733 del Código de Comercio² establece la existencia de dos “clases de pérdidas” que pueden afectar un interés asegurado en el seguro marítimo. Las pérdidas pueden ser clasificadas como pérdidas totales o pérdidas parciales.

Por su parte, la clasificación de la pérdida total está subdividida entre pérdida total real o efectiva (definida en el art. 1734 del Código de Comercio³) y pérdida total constructiva o asimilada (art. del 1736 C.Com⁴).

Para que una pérdida sea considerada como pérdida total real o efectiva, la cosa asegurada debe quedar destruida o averiada de forma tal, que pierda su aptitud para el fin al que está naturalmente destinada⁵ o “si transcurrido un lapso razonable de tiempo no se han recibido noticias de la nave, se presumirá su pérdida total o efectiva”⁶.

La pérdida parcial⁷ por su parte, es aquella que se deriva del riesgo asegurado pero no es de tal magnitud para que la cosa asegurada pierda su aptitud para el fin al que está naturalmente destinada, ni encuadra en los escenarios que plantea la ley en los cuales opera la pérdida total constructiva, como se expone a continuación.

² **Art. 1733. <clasificación de pérdidas-total o parcial>**. La pérdida podrá ser total o parcial. La primera podrá ser pérdida total real o efectiva, o pérdida total constructiva o asimilada. Una y otra se considerarán incluidas en el seguro contra pérdida total. Promovida una acción de pérdida total, podrá hacerse efectiva la pérdida parcial si sólo ésta logra establecerse.

³ **Art. 1734. <definición de pérdida total real o efectiva>**. Existirá pérdida total real o efectiva y, en tal caso, no será necesario dar aviso de abandono, cuando el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado que pierda la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinado o cuando el asegurado sea irreparablemente privado de él.

⁴ **Art. 1736. <casos de existencia de pérdida total constructiva o asimilada>**. Existirá pérdida total constructiva o asimilada cuando el objeto asegurado sea razonablemente abandonado, bien porque aparezca inevitable su pérdida total o efectiva, o bien porque no sea posible preservarlo de ella sin incurrir en gastos que excederían su valor después de efectuados. Particularmente habrá pérdida total en los siguientes casos:

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

2) Cuando el daño causado a la nave por peligro asegurado sea de tal magnitud que exceda el costo de la nave una vez reparada.

Al efectuar la estimación del costo de las reparaciones no podrá hacerse deducción alguna por contribuciones de avería general a cargo de otros intereses. Pero se tendrán en cuenta los gastos de futuras operaciones de salvamento, lo mismo que cualesquiera contribuciones futuras de avería general a que la nave tuviere que atender en caso de ser reparada, y

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

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 1996-20780 de marzo 27 de 2014. CP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁶ **Art. 1735. <presunción de pérdida total o efectiva>**. Si transcurrido un lapso razonable de tiempo no se han recibido noticias de la nave, se presumirá su pérdida total o efectiva.

⁷ **Art. 1748. <definición de la pérdida parcial del objeto asegurado>**. La pérdida parcial del objeto asegurado, que sea efecto del riesgo cubierto por el seguro y no constituya avería común, será avería particular. No se considerarán averías de esta clase los gastos particulares, esto es, los que se efectúen por el asegurado, en su nombre o por su cuenta, para preservar el objeto asegurado o para garantizar la seguridad de él y que no constituyan gastos de salvamento.

2. LA PÉRDIDA TOTAL CONSTRUCTIVA O ASIMILADA

La pérdida total constructiva o asimilada, es tan pérdida total como lo es la pérdida total actual o real. Así se ha establecido en el mercado de los seguros marítimos, en donde a través de pronunciamientos jurisprudenciales en el mercado inglés y americano (*Adams v Mckenzie* (1863) 13 CB (ns) 422; *Sailing Ship (Blairmore) Co Ltd v Macredie* (1898) AC 593; y *Hampton Roads Carriers Inc v Boston Ins Co* (1958) AMC 425), se ha establecido que “salvo que se manifieste de manera expresa en contrario en el contrato, un seguro que otorgue amparo de pérdida total, incluye la cobertura de pérdida total actual y la de pérdida total constructiva” (Gilman, J., Merkin, R., Blanchard, C., Hopkins, P., & Tempelman, M. (2008) pág. 1352), por más que esta última no se defina en el contrato de manera expresa.

La pérdida total constructiva es una ficción, bajo la cual, se permite al asegurado que sufre una pérdida darle al siniestro trato de pérdida total, aun cuando en la práctica no lo es. Esto sucede tras la decisión del asegurado de dar el aviso de abandono correspondiente (*Bigham J. In Western ASS Co of Toronto v Poole* (1903) 1 KB 376 at 383).

La naturaleza de una pérdida total constructiva y su diferencia con la pérdida total real, se puede explicar si se tiene en cuenta que la pérdida total real es una pérdida total según la ley y según el estado en el que queda el bien asegurado luego del siniestro, el cual pierde su capacidad de servir para los fines que fue creado.

Por su parte, la pérdida total constructiva es una pérdida total, no por haber dejado de existir la cosa o por haber perdido su capacidad de servir para el fin que fue creada, sino por su definición de ley, y por la decisión del asegurado de dar el aviso de abandono en debida forma (Gilman, J., Merkin, R., Blanchard, C., Hopkins, P., & Tempelman, M. (2008) pág. 1353), lo que le da derecho a reclamar al asegurador la indemnización como si el siniestro fuese una pérdida total, es decir, es una ficción creada por el legislador.

La pérdida total constructiva se presenta en el evento en el que la cosa asegurada (embarcación⁸, carga⁹ etc.) no sufre una pérdida total real, es decir, “no está destruida en modo que pierda su aptitud para el fin a que está naturalmente destinada, ni el asegurado ha sido irreparablemente privado de él” (art 1734 Código de Comercio Colombiano), pero que, con el desarrollo del siniestro es probable que el daño derive eventualmente en una pérdida total, debido a la improbabilidad de recuperar la cosa asegurada, o porque los costos de recuperarla o repararla hacen “impráctico” (GILMAN, J., MERKIN, R., BLANCHARD, C., HOPKINS, P., & TEMPELMAN, M. (2008) p. 1353) incurrir en los esfuerzos para hacerlo, motivo por el que es razonable dar aviso de abandono y entender el caso como una pérdida total, sobre la cual la responsabilidad de la póliza se entiende como tal.

Si bien la figura de la pérdida total constructiva ha sido adoptada por otros seguros en el mercado colombiano, como los son los seguros de automóviles o de maquinaria,

⁸ Art 449. Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España.

⁹ Art 461. Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España.

la institución es creación del seguro marítimo y sólo encuentra su definición y aplicación bajo las normas que rigen este tipo de seguro (art 1736 Código de Comercio Colombiano), no obstante lo anterior, la libertad contractual¹⁰ permite a las partes de otros tipos de seguros diferentes a los seguros marítimos, acordar la aplicación o la adaptación de la figura a otra clase de pólizas.

En principio, la figura nació para cubrir los riesgos generados cuando el asegurado naviero era privado de su nave y los costos de recuperarla eran tan altos, que a la hora de compararlos con el valor del bien asegurado no valía la pena incurrir en ellos.

Por esto, se creó la posibilidad de reclamar bajo la figura de la pérdida total constructiva un siniestro como pérdida total cuando en realidad no lo era, para conseguir cumplir el fin que persiguen los seguros, cual es el de cubrir los riesgos a los que están expuesto los asegurados en el ejercicio de sus actividades.

Luego, con el transcurrir del tiempo y ante los efectos positivos que se presentaron en el mercado por la aplicación de la institución, la pérdida total constructiva se aplicó a otros casos y a otros tipos de bienes asegurados, distintos a la nave, como lo es la carga.

De esta forma, hay un caso de pérdida total constructiva cuando la cosa asegurada, como consecuencia de un riesgo asegurado (art. 1735 Código de Comercio Colombiano) ha quedado en estado tal que su destrucción real sea altamente probable o su recuperación altamente dudosa.

Frente a esto, se ha manifestado la doctrina inglesa, indicando que lo que se exige no es que la posibilidad de destrucción total sea “inevitable” o que la recuperación sea “imposible”, sino que el daño haga improbable su reparación o que sea altamente dudosa su recuperación (GILMAN, J., MERKIN, R., BLANCHARD, C., HOPKINS, P., & TEMPELMAN, M. (2008), p. 1353).

Lo anterior, se afirma a partir de los desarrollos de la casuística, en donde se ha establecido que lo que en principio puede aparentar ser una pérdida total real, luego por el curso de los hechos puede convertirse en una pérdida total constructiva, cosa que se explica ampliamente por la jurisprudencia inglesa (Roux v Salvador (1836) 3 Bing NC 266) en donde se analiza el caso de una nave capturada, de la que al momento de dar aviso al asegurador parecía imposible su recuperación, pero luego fue recuperada, así como eventos en donde los daños de la nave o la carga parecen prima facie pérdida total real, pero por el desarrollo de la tecnología, luego se hace posible su reparación o recuperación.

¹⁰ Principios de derecho europeo de los contratos. Partes I y II (Revisadas). Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Presidente: Profesor Ole Lando.

“Art. 1:102: Libertad contractual (1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios. (2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa”.

3. LA PÉRDIDA TOTAL CONSTRUCTIVA SEGÚN SU DEFINICIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

La figura de la pérdida total constructiva es definida por el derecho colombiano en el Código de Comercio, art. 1735 en los siguientes términos:

“art. 1736. <Casos de existencia de pérdida total constructiva o asimilada>. Existirá pérdida total constructiva o asimilada cuando el objeto asegurado sea razonablemente abandonado, bien porque aparezca inevitable su pérdida total o efectiva, o bien porque no sea posible preservarlo de ella sin incurrir en gastos que excederían su valor después de efectuados. Particularmente habrá pérdida total en los siguientes casos:

1) Cuando el asegurado sea privado de la nave o de las mercancías, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de la nave o de las mercancías una vez rescatadas¹¹;

2) Cuando el daño causado a la nave por peligro asegurado sea de tal magnitud que exceda el costo de la nave una vez reparada.

Al efectuar la estimación del costo de las reparaciones no podrá hacerse deducción alguna por contribuciones de avería general a cargo de otros intereses. Pero se tendrán en cuenta los gastos de futuras operaciones de salvamento, lo mismo que cualesquiera contribuciones futuras de avería general a que la nave tuviere que atender en caso de ser reparada, y

3) Cuando la reparación de los daños de que sean objeto las mercancías aseguradas y el costo de su remisión a su lugar de destino excedan su valor a la fecha de arribo¹²”.

Así, se ve cómo ante los escenarios planteados en la norma se identifican los casos según los cuales se puede considerar dar trato a un siniestro que no es pérdida total real, como si lo fuera, a través de la pérdida total constructiva¹³. Motivo por el que, a partir de esto, se hará referencia en este escrito a los mismos, como los “requisitos fácticos” para la existencia de la pérdida total constructiva.

Respecto a esta definición, hay que señalar que al no ser la norma referida una a la que se le dé carácter de norma imperativa¹⁴, ésta puede ser modificada por el acuerdo de las partes en la suscripción del contrato de seguro.

¹¹ Frente a este escenario de pérdida total constructiva se puede ver los siguientes casos: “The Bamburi” (1982) 1 Lloyd’s Rep 312, 320-1; Royal Boskalis Westminster NV v Mountain (1997) LRLR 523; Polurrian Steamship Co Ltd v Young (1913) 19 Com Cas; Rickards v Forestal Land, Timber & Railways Co Ltd (The Minden) (1942) AC 50; Bayview Motors Ltd v Mitsui Marine & Fire Insurance Co Ltd (2002) EWHC 21.

¹² Frente a los escenarios planteados en los numerales segundo y tercero de la norma se puede ver los siguientes casos: Court Line Ltd v R (The Lavington Court) (1945) 2 ALL ER 357; Venetico Marine SA v International General Insurance Company Ltd and Nineteen others (The Irene EM) (2013) EWHC 3644 (Comm); Suez Fortune Investments Ltd and Piraeus Bank SA v Talbot Underwriting Ltd and others (The Brillante Virtuoso) (2015) EWHC 42; “The Renos” (2016) EWHC 1580 (Comm).

¹³ En la legislación española estos se pueden encontrar en los arts. 449 y 461 de la Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España.

¹⁴ Principios de derecho europeo de los contratos. Partes I y II (Revisadas). Preparadas por la Comisión

Por esto, es importante que quien realice el análisis del alcance de la cobertura de un seguro marítimo, en lo que se refiere a la pérdida total constructiva, debe revisar la definición de ley para entender el alcance de la figura, pero debe analizar también las coberturas del contrato, pues la activación de la institución sólo sucede, si el siniestro por el cual se va a dar tratamiento de pérdida total constructiva es consecuencia de un riesgo asegurado.

Finalmente se debe revisar, de existir, la definición y alcance que se de en el contrato de seguro, pues como se mencionó ya, si en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, se le da un alcance distinto en la póliza a la definición de pérdida total constructiva, dicho alcance será el que aplique para el contrato.

4. EL AVISO DE ABANDONO Y SUS EFECTOS

En cuanto a los efectos de la declaración de la pérdida total constructiva, se establece que es el asegurado¹⁵ quien tiene la potestad de dar tratamiento al siniestro como pérdida parcial o como pérdida total constructiva (MERKIN. R. (2009) p. 87), sin embargo, si decide dar tratamiento al siniestro como pérdida total constructiva, deberá “abandonar” a favor de la aseguradora el bien objeto del seguro, para lo que deberá dar “aviso de abandono” en los términos que establece la ley y el contrato.

De hacerlo, el siniestro será considerado como una pérdida total, y para efectos prácticos, tendrá el mismo trato y la indemnización se hará como si se tratara de una pérdida total real (GILMAN, J., MERKIN, R., BLANCHARD, C., HOPKINS, P., & TEMPELMAN, M. (2008), p. 1355).

El aviso de abandono se constituye entonces en un requisito formal para que el asegurado manifieste su intención de dar trato de pérdida total constructiva al siniestro.

El aviso de abandono debe estar acompañado de prueba de la existencia de las circunstancias establecidas por la ley (requisitos fácticos) y del contrato, para que opere la pérdida total constructiva.

De esta manera, debe entenderse que además de estar presentes los eventos que dan lugar a la declaración de la pérdida total constructiva (art. 1736 Código de Comercio), si el asegurado decide darle trato a su pérdida como tal, deberá dar el correspondiente

de Derecho europeo de los contratos. Presidente: Profesor Ole Lando. “Art. 1:103: Normas imperativas (1) Cuando el Derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional.

(2) No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

¹⁵ Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España “**Art. 373. Conservación de la propiedad.** 1. La propiedad de los buques u otros bienes naufragados o hundidos no se verá afectada por el solo hecho de su naufragio o hundimiento, no produciéndose su abandono sino por voluntad expresa de su titular. 2. Los propietarios de tales bienes podrán disponer de ellos y, especialmente, abandonarlos a favor del asegurador cuando proceda”.

aviso de abandono¹⁶ al asegurador (art. 1738 Código de Comercio), y en caso de no hacerlo, la pérdida podrá ser considerada sólo como una pérdida parcial. (BENNETT, H. (2006) p. 661)

Para que el aviso se entienda presentado, el asegurado debe cumplir con los requisitos de tiempo y forma que establece la ley, aclarando, que sobre estos puede pactarse en contrario en el contrato.

En el evento en que no haya pacto en contrario y se haga referencia al aviso tal como está estipulado en la ley, el asegurado deberá darlo dentro de los treinta días en que haya recibido información fidedigna respecto de la pérdida (art. 1738 Código de Comercio Colombiano) y el aviso deberá darse “por escrito en términos que indiquen, de modo inequívoco, la intención del asegurado de hacer abandono incondicional de su interés en el objeto asegurado, a favor del asegurador”¹⁷ (art. 1739 Código de Comercio)¹⁸.

Habiendo dicho lo anterior, se observa como no basta con que los escenarios que plantea la ley (requisitos fácticos) estén presentes para que se active la posibilidad de dar trato de pérdida total constructiva a un siniestro; sino que el asegurado debe tomar la decisión consentida de declararla presentando el aviso de abandono a la aseguradora. Aviso que de no cumplir con las formalidades señaladas por ley, esto es, presentarse dentro de los 30 días de haber conocido la pérdida y hacerse por escrito manifestando la intención inequívoca e incondicional de abandonar a favor del asegurador, se entenderá por no presentado y la pérdida se considerará entonces sólo como una pérdida parcial¹⁹.

5. EVENTOS EN LOS QUE NO SE REQUIERE AVISO DE ABANDONO

Respecto a los requisitos formales del aviso de abandono, hay eventos en los que la ley colombiana permite que se omita el cumplimiento de los mismos.

¹⁶ **Art. 1738. <aviso de abandono del objeto asegurado>**. Si el asegurado opta por abandonar el objeto asegurado, deberá dar aviso de abandono. No dándolo, la pérdida sólo podrá considerarse como pérdida parcial. El aviso deberá darse por el asegurado dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que haya recibido información fidedigna de la pérdida. **Parágrafo.** Si la información fuere sospechosa, el asegurado tendrá derecho a un término de treinta días para investigarla. En este caso el término para dar el aviso comenzará a correr desde el momento en que la información haya llegado a ser fidedigna.

¹⁷ **Art. 1739. <formalidad para el abandono del objeto asegurado>**. El aviso de abandono deberá darse por escrito en términos que indiquen, de modo inequívoco, la intención del asegurado de hacer abandono incondicional de su interés en el objeto asegurado, en favor del asegurador.

¹⁸ Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España. “**Art. 434. Declaración de abandono.** 1. La declaración de abandono deberá notificarse por escrito al asegurador. (...)”.

¹⁹ En el caso de la legislación española, el plazo es de 90 días. Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España. “**Art. 450. Plazo de abandono.** 1. La declaración de abandono deberá presentarse al asegurador dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha del siniestro. En el caso de la letra d) del artículo anterior, el plazo se contará una vez transcurridos los otros noventa días en él señalados. 2. Pasados los plazos indicados en el número anterior, el asegurado sólo podrá reclamar la indemnización mediante la acción de avería.

El primero, se presenta cuando una vez el asegurado ha tenido conocimiento de la pérdida, se tiene sospecha sobre el alcance (cuantía) de la misma, caso en el que el asegurado (parágrafo art. 1738 Código de Comercio Colombiano) tendrá una extensión de tiempo de 30 días adicionales para investigar, y a partir del cumplimiento de esos segundos treinta días, empezará a correr el plazo para dar aviso de abandono de manera ordinaria.

Frente a esto, es de señalar que las sospechas sobre el alcance de la pérdida deben ser fundadas, y será el asegurado quien deberá demostrar que no conocía ni podía conocer el alcance de la pérdida para hacer uso de la extensión de tiempo que otorga la norma.

Esto se señala, siempre que dicha extensión no puede ser excusa para dilatar el proceso y esconder la negligencia del asegurado que no da el aviso en tiempo. Si se llegare a demostrar que la sospecha era infundada, y que existía forma antes de cumplidos los 30 días para establecer el alcance de la pérdida y entender si la misma encajaba en los eventos señalados por la norma para que aplique la pérdida total constructiva, tendrá que omitirse la extensión, y si el asegurado no cumplió entonces con los requisitos formales para el aviso de abandono, la pérdida no podrá ser catalogada ni tratada como pérdida total constructiva sino que deberá serlo como una pérdida parcial.

El segundo evento, es aquel en el que dar o no el aviso no reporta ningún beneficio para el asegurador (art. 1741 Código de Comercio)²⁰.

Se entiende, que al ser la pérdida total constructiva una ficción, por la cual se le da trato a una pérdida parcial como una pérdida total, al presentarse el aviso de abandono al asegurador, se manifiesta la intención del asegurado de dar trato al siniestro como una pérdida total constructiva, y con el abandono, se le transfieren al primero los derechos y obligaciones que tenga el asegurado sobre el bien abandonado (art. 1745 Código de Comercio Colombiano), así las cosas, en el evento en el que el dar aviso no reporte ningún beneficio para el asegurador, no será necesario presentarlo, y aun así podrá estarse eventualmente frente a un caso de pérdida total constructiva.

Una vez más, ante cualquier controversia que suscite esta posibilidad, quien tiene la carga de demostrar que se está ante un escenario en el que no se requiere dar aviso de abandono, es el asegurado y no el asegurador.

Así mismo, es de señalarse que al establecer la norma que no debe otorgarse el aviso de abandono cuando el mismo no reporte un beneficio para el asegurador, el uso de la palabra beneficio debe entenderse más allá de su definición literal.

Al señalarse que el efecto del abandono válido genera a favor del asegurador subrogación en los derechos sobre la cosa abandonada, debe entenderse entonces que el término “beneficio” al que se hace referencia, debe ser tan amplio como para permitir a la aseguradora recuperar el bien asegurado y lucrarse de su venta, como también debe entenderse por la posibilidad de permitirle a la compañía de seguros evitar la

²⁰ **Art. 1741. <aviso innecesario cuando al recibo se dé la información>**. No será necesario el aviso de abandono cuando al recibo por el asegurado de la información respectiva, no exista posibilidad de beneficio para el asegurador.

propagación del daño y ser activa en el cumplimiento de las obligaciones que a su cargo surgen del abandono, como lo puede ser la de responder como armador²¹ de la nave y estar obligada a remover naufragios u otros obstáculos que queden como consecuencia del siniestro en las vías marítimas²².

Finalmente, la ley colombiana permite la existencia de una pérdida total constructiva sin aviso de abandono en caso que el asegurador renuncie a su derecho a recibir el aviso (art. 1744 Código de Comercio)²³, caso en el que a su vez, el asegurador no estará obligado a dar aviso al reasegurador.

Frente a esta disposición, hay que tener mucho cuidado a la hora de suscribir contratos en el mercado local que cuenten con reaseguro, toda vez que una variación en las condiciones del contrato local que sean contrarias a las del reaseguro, pueden poner en riesgo la cobertura del reaseguro, y cómo se sabe, esto puede generar pérdidas económicas significativas para las compañías, en la medida que la exposición a la que se enfrenta una aseguradora ante un evento de pérdida total constructiva es significativa, al poderse traducir ésta en la pérdida total de la embarcación o la pérdida total de la carga movilizada.

6. ACEPTACIÓN Y RECHAZO DEL ABANDONO

El aviso de abandono, además de ser un requisito formal señalado por la ley colombiana para la existencia de la pérdida total constructiva, es la manifestación del asegurado

²¹ **Art. 1473. <definición de armador>**. Llámase armador 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 persona que figure en la respectiva matrícula como propietario de una nave se reputará armador, salvo prueba en contrario.

²² **Art. 1481. <casos de responsabilidad del armador, propietario o no de la nave>**. El armador, propietario o no de la nave, sólo responderá hasta por el valor de ésta, sus accesorios y el flete, en el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

- 1) De las indemnizaciones debidas a terceros por daños o pérdidas causados durante la navegación o en puerto por culpa del capitán, de la tripulación, del práctico o de cualquiera otra persona al servicio de la nave;
- 2) De las indemnizaciones debidas por daños causados al cargamento que se entregue al capitán para su transporte, o a los bienes que se encuentren a bordo;
- 3) De las demás obligaciones derivadas de los conocimientos de embarque o contrato de fletamento;
- 4) De las indemnizaciones debidas por las culpas náuticas en la ejecución de un contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el ordinal 1o. del art. 1609;

Concordancias.

- 5) De la obligación de extraer los restos de una nave náufraga y de las obligaciones vinculadas a aquélla;

- 6) De las remuneraciones de asistencia y salvamento;

Concordancias.

- 7) De la contribución que corresponda a su nave en virtud de un acto de avería común, y

8) De las obligaciones contraídas fuera del puerto de matrícula por la agencia marítima o el capitán, merced a sus poderes legales para atender las necesidades de su nave o a la continuación del viaje, siempre que aquéllas no provengan de insuficiencia o defecto del equipo o del aprovisionamiento al comienzo del viaje.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo se entenderán como accesorios los indicados en el art. 1562.

²³ **Art. 1744. <renuncia del asegurador a recibir aviso de abandono>**. El aviso de abandono podrá ser renunciado por el asegurador, quien no estará obligado a darlo a su reasegurador.

para dar a conocer al asegurador su intención de dar trato a un siniestro como pérdida total constructiva y de abandonar incondicionalmente la cosa asegurada a favor de éste. En cuanto al efecto del aviso de abandono válido, la aseguradora tiene la potestad de aceptarlo o rechazarlo.

Lo acepta en el evento en que considere que el siniestro reclamado tiene cobertura bajo el contrato y que el evento se enmarca dentro de los escenarios de pérdida total constructiva, esto es, que se cumplen los requisitos fácticos y formales.

En caso contrario, la aseguradora tendrá la posibilidad de rechazarlo. Para ambos eventos deben las partes cumplir con su carga probatoria en los términos del régimen general de los seguros (art. 1077 Código de Comercio colombiano²⁴).

El asegurado deberá demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, además del cumplimiento de los requisitos fácticos y de forma para que se dé la pérdida total constructiva.

La aseguradora que rechaza el aviso, tendrá la carga probatoria de demostrar que el siniestro no cumple con los requisitos fácticos y/o de forma para que se constituya la pérdida total constructiva, o que el evento que da base a la reclamación no es uno amparado por el seguro, esto, siempre que es de resaltar que la posibilidad de la declaración de la pérdida total constructiva se presenta sólo frente al acaecimiento de riesgos amparados por el contrato (Lowry, J., Rawlings, P., & Merkin, R. (2011) pág. 491), en cumplimiento de las condiciones del mismo, sin que opere alguna exclusión o se haya incumplido alguna garantía, entre otras cláusulas que podrían negar la cobertura del seguro.

El ejercicio del derecho de abandono interrumpe la prescripción de la acción para hacer efectiva la indemnización por pérdida parcial (art. 1737 Código de Comercio colombiano²⁵), esto independientemente de la aceptación o rechazo por parte de la aseguradora, pues es el mero ejercicio del derecho de abandono el que surte este efecto de interrupción.

No obstante, hay que mencionar que para que el efecto de interrupción se dé, es necesario que el aviso cumpla con los requisitos al menos de haberse presentado en tiempo, por escrito y demostrando de manera inequívoca e incondicional la intención de abandonar el bien asegurado a favor del asegurador.

En lo que respecta a la interrupción de la prescripción y su aplicación, a pesar de la aceptación o no de parte del asegurador, esto encuentra sentido, en la medida que si luego de las discusiones correspondientes entre las partes, la aseguradora llegare a demostrar que el caso no es una pérdida total constructiva, mal podría hacerse en to-

²⁴ **Art. 1077. <carga de la prueba>**. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

²⁵ **Art. 1737. <abandono del objeto asegurado-interrupción de prescripción de acción>**. En caso de pérdida total constructiva o asimilada, el asegurado podrá considerarla como parcial o como total real o efectiva, abandonando en este caso el objeto asegurado a favor del asegurador.

Parágrafo. El ejercicio del derecho de abandono interrumpe la prescripción de la acción para hacer efectiva la indemnización por pérdida parcial.

mar el tiempo transcurrido en contra del asegurado para efectos de la aplicación de la prescripción, máxime si la pérdida reclamada sí se encuentra cubierta por el seguro y el efecto de la controversia es que el caso deberá ser considerado no como una pérdida total sino como una parcial, pero repetimos, encontrándose cubierta por el contrato²⁶.

El hecho que la aseguradora rechace el aviso de abandono que ha sido dado en debida forma por el asegurado, no debe generar efectos negativos en contra de éste (art. 1740 Código de Comercio colombiano)²⁷ en lo que concierne a la afectación del seguro. Producirá efecto entonces respecto de si el siniestro se trata como una pérdida total constructiva o como una parcial, lo que, a su vez, como se verá más adelante, afectaría es el alcance de la subrogación y eventual responsabilidad civil de la aseguradora.

Como ya se mencionó, de presentarse esta discusión, las partes conforme a las cargas probatorias que soportan, deberán respaldar su posición, teniendo como resultado, que, si se prueba la pérdida total constructiva, la aseguradora estará obligada a indemnizar el siniestro como pérdida total. En el evento en que no se pruebe la pérdida total constructiva, el asegurado / beneficiario sólo será titular de la indemnización por pérdida parcial, esto por supuesto, si el siniestro que da lugar a la discusión se encuentra cubierto por el seguro.

En caso que se acepte por parte de la aseguradora el aviso de abandono, la aceptación será irrevocable y significará que el asegurador reconoce cobertura y su responsabilidad por la pérdida total del siniestro (art. 1743 Código de Comercio colombiano)²⁸.

En Colombia y España²⁹, a diferencia de legislaciones como la inglesa, además de los requisitos fácticos tantas veces mencionados, la ley establece de manera expresa que el aviso de abandono debe darse por escrito y es sólo frente a ese escrito, en el cual se declara de manera inequívoca e incondicional la intención del asegurado de abandonar la cosa, que se debe pronunciar la aseguradora.

Ahora bien, es de tenerse en cuenta que la aceptación por parte de la aseguradora podrá hacerse de manera expresa o tácita, la cual podrá inferirse de la conducta del asegurador (art. 1742 Código de Comercio colombiano)³⁰, por este motivo, ante el aviso de abandono válido de parte del asegurado, la aseguradora debe tener presente que su actuar puede derivar en la aceptación tácita del abandono, es decir en la aceptación tácita de la pérdida total constructiva lo que genera el reconocimiento de cobertura y la aceptación del pago por pérdida total.

²⁶ Ver el art. 94 del Código General del Proceso para efectos de la interrupción de la prescripción.

²⁷ **Art. 1740. <efectos del aviso de abandono realizado en debida forma>**. Dado en debida forma el aviso de abandono, no sufrirán ningún menoscabo los derechos del asegurado porque el asegurador rehúse aceptar el abandono.

²⁸ **Art. 1743. <aceptación del abandono-consecuencias>**. La aceptación del abandono, además de dar a éste el carácter de irrevocable, significará que el asegurador reconoce su responsabilidad por pérdida total.

²⁹ Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España. “**Art. 434. Declaración de abandono**. 1. La declaración de abandono deberá notificarse por escrito al asegurador. (...)”.

³⁰ **Art. 1742. <aceptación del abandono- irrevocabilidad- responsabilidad por pérdida total>**. La aceptación del abandono podrá ser expresa o tácita. Esta podrá inferirse de la conducta del asegurador.

Transcurridos sesenta días desde la fecha de recibo del aviso de abandono, el silencio del asegurador se tendrá como aceptación.

Esto cobra importancia en el evento en el que la aseguradora tenga dudas sobre la real existencia de la pérdida total constructiva y planee rechazar el aviso de abandono. En el caso que para la Compañía de seguro la pérdida total constructiva sea clara y pretenda aceptarla, esta advertencia no tiene mayor relevancia.

Actuaciones tales como presentar liquidaciones al asegurado, disponer del salvamento, encargarse del reflote de un buque, retirar las mercancías afectadas, realizar gestiones ante la autoridad marítima etc., podrían entenderse como actuaciones del asegurador encaminados a aceptar el aviso de abandono, aceptación la cual, como lo mencionamos anteriormente tiene por efecto el reconocimiento de cobertura y el de la indemnización por pérdida total.

Así las cosas, se puede decir que en el caso hipotético de un encallamiento, el cual pudiere generar una pérdida total constructiva, si la aseguradora que aún no sabe cuál será la extensión de la pérdida, pero que ha recibido aviso de abandono, toma la decisión de iniciar un actuar proactivo para “mitigar el daño”, podría estar generando el efecto contrario, pues existe la posibilidad que al liberar la nave se encuentre que los daños y gastos generados por el siniestro sean muy inferiores a los pensados y no den para cumplir con los requisitos fácticos para la declaración de la pérdida total constructiva, e incluso el riesgo podría estar excluido de cobertura, sin embargo, al mediar aviso de abandono válido y al haber actuado la aseguradora de forma tal que se pueda entender una aceptación tácita, ésta última, con su actuar aceptó cobertura y aceptó indemnizar la pérdida total; aceptación que será irrevocable, por más que luego la aseguradora encuentre pruebas para demostrar la ausencia de cobertura o la falta de requisitos para la operancia de la pérdida total constructiva.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la aceptación y sus efectos no sólo se activan ante la aceptación expresa o tácita de parte del asegurado. También, ante el evento en que se reciba aviso de abandono de parte del asegurado y el asegurador no se pronuncie respecto del mismo en un periodo de 60 días desde la fecha del recibo del aviso de abandono, caso en el que el silencio³¹ del asegurador se tendrá como aceptación (art. 1742 Código de Comercio colombiano). Aceptación la cual tendrá los efectos ya mencionados de ser irrevocable y significar que el asegurador reconoce su responsabilidad por pérdida total (art. 1743 Código de Comercio).

Siguiendo lo anterior, la posibilidad que el silencio del asegurador se convierta por el paso del tiempo en una forma de aceptación, cobra relevancia respecto a las formalidades del aviso de abandono establecidas por la ley colombiana.

Si bien la norma (art. 1739 Código de Comercio colombiano) es clara al establecer que el aviso de abandono “deberá darse por escrito en términos que indiquen, de modo inequívoco, la intención del asegurado de hacer abandono incondicional de su interés

³¹ Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España. “**Art. 435. Aceptación expresa o presunta del abandono.** 1. El abandono no podrá ser parcial ni condicionado y comprenderá la totalidad de las cosas objeto del interés asegurado. 2. La aceptación del abandono puede ser expresa o presunta. Se entenderá producido el abandono si el asegurador no lo rechaza en el plazo de un mes contado desde la recepción de la declaración”.

en el objeto asegurado, a favor del asegurador”³², ni la ley ni la jurisprudencia definen el alcance del término “por escrito”. De forma tal, que cualquier documento “escrito”, por el que se dé aviso de abandono siguiendo las condiciones expuestas, y presentado en el término debido (art. 1738 Código de Comercio) deberá ser considerado como un aviso de abandono válido.

Con lo anterior, nos referimos a lo que puede suceder en el evento en el que el asegurado presente un fax, un e-mail o cualquier otro documento escrito al asegurador, en el que en un párrafo o en un par de líneas se dé el aviso de abandono cumpliendo todos los requisitos formales, pero que el asegurador no le preste a dicho documento la importancia debida y no se pronuncie al respecto; si llegaren a pasar los 60 días a los que se refiere la ley, sin que haya pronunciamiento, se entenderá aceptado el aviso y se entenderá también que de manera irrevocable, la aseguradora ha reconocido su responsabilidad por pérdida total.

Otro escenario a tener en cuenta es el de los siniestros en los que participa un ajustador. Es común en el mercado que sea el ajustador quien realice la solicitud de documentos y que sea éste quien recopile la información y documentación necesaria, para presentar su opinión a la aseguradora, y ésta, basada en el concepto y los soportes documentales recogidos tome una decisión frente a la cobertura y el valor a indemnizar.

Ahora bien, qué sucedería si durante el trámite descrito el asegurado presenta el aviso de abandono al ajustador, entendiéndolo el primero que con esto cumple el requisito.

Frente a esta situación se considera que tanto las aseguradoras como los ajustadores deben estar alerta ante dicha posibilidad, pues si bien es claro que bajo la ley colombiana el ajustador es un asesor independiente de las aseguradoras y no las representa (Jaramillo, C.I., (2012) págs. 346 y 347), la ley tampoco establece de manera clara este tema y por tanto quedaría a la interpretación de un juez en el caso de una disputa, decidir si el aviso entregado al ajustador en el marco de un siniestro, constituye cumplimiento del requisito y si la entrega a éste da para que los términos antes mencionados inicien su conteo en contra de los intereses de la aseguradora³³.

7. AVISO DE ABANDONO VÁLIDO

Frente a las formalidades que debe contener el aviso de abandono, tanto el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 16 de septiembre de 2002, como la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 18 de diciembre de 2006 M.P. Edgardo Villamil

³² **Art. 1739. <formalidad para el abandono del objeto asegurado>**. El aviso de abandono deberá darse por escrito en términos que indiquen, de modo inequívoco, la intención del asegurado de hacer abandono incondicional de su interés en el objeto asegurado, en favor del asegurador.

³³ Ver **Art. 1075. <aviso de la ocurrencia del siniestro>**. El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.

Portilla, han ratificado la necesidad de dar aviso de abandono si se pretende se dé trato de pérdida total constructiva a un siniestro.

De manera puntual, manifestó el Tribunal que:

“la pérdida total constructiva requiere que el asegurado ejerza el derecho de abandono, que como tal, no es simplemente desentenderse del objeto, sino que de conformidad con los artículos 1733 a 1737 del C. Co., implica dar aviso, y que este debe contener: la manifestación al asegurador de que se abandona razonablemente el objeto por su pérdida inevitable o por la imposibilidad de preservarlo; la indicación de que se ha recibido información fidedigna de cualquiera de esas dos circunstancias; y la expresión de modo inequívoco de la intención de realizar el abandono incondicional del objeto a favor del asegurador”.

De la misma forma, ratificó la Corte Suprema de Justicia que

“el aviso de abandono es un elemento esencial para proteger los intereses del asegurador, (...) pero el aviso no sólo sirve para ilustrar al asegurador sobre la situación de peligro y degradación actual del bien asegurado, sino que cumple una función de importancia adicional que no puede pasarse por alto: la de comunicar el propósito del asegurado de abandonar el bien asegurado, para que el asegurador tome una posición frente a dicho abandono”. Por esto, “la expresividad del aviso de abandono debe ser tal que no deje duda que el asegurado tiene la intención de dejar incondicionalmente la cosa. En este escenario en lo que atañe al aviso de abandono, la exigencia de dar aviso de lo sucedido es condición necesaria, pero no suficiente, pues además de comunicar el peligro que se cierne sobre la cosa, imposible de conjugar por medios ordinarios, el asegurado tiene el deber de anunciar su intención de abandonar la cosa y debe hacerlo de modo inequívoco. A este fin, no es bastante denunciar la gravedad del suceso constitutivo de la amenaza, sino que es menester que además de la descripción de lo externo y objetivo, la destrucción inminente, el asegurado anuncie la intención inequívoca de abandonar la cosa. Y ese propósito subjetivo de abandonar la cosa, creador de situaciones jurídicas de hondo significado para el asegurador, no puede expresarse de cualquier manera, no puede ser ambiguo o anfractuoso, ha de ser, cual lo exige la norma, inequívoco e incondicional.”

A diferencia de lo que sucede en Colombia y España, donde el aviso de abandono debe presentarse por escrito, en otras jurisdicciones de gran tradición marítima y de seguros como la inglesa, el aviso de abandono puede darse por escrito, de manera verbal o parcialmente por escrito y parcialmente verbal (*The Iluson v Fletcher* (1780) 1 Doug 315).

Sin embargo, independientemente de la forma en la que se haga, oral o por escrito, la noticia de abandono debe manifestar incondicionalmente la intención del asegurado de abandonar la cosa asegurada a favor del asegurador. (GILMAN, J., MERKIN, R., BLANCHARD, C., HOPKINS, P., & TEMPELMAN, M. (2008) p. 1355).

8. EFECTOS DEL AVISO DE ABANDONO VÁLIDO

En el entendido que el “aviso de abandono válido” es aquel que cumple con los requisitos fácticos (art. 1735 Código de Comercio colombiano) y formales (arts. 1738 y 1739 Código de comercio colombiano) establecidos por la ley para constituir un escenario de pérdida total constructiva, “el asegurador se subrogará en los derechos y obli-

gaciones del asegurado sobre los restos o remanentes del objeto asegurado y de sus accesorios, y podrá tomar posesión de los mismos”³⁴. (art. 1745 Código de Comercio)

Esto tiene implicaciones absolutamente significativas para la aseguradora, toda vez que de presentarse un “abandono válido” la subrogación en cabeza de la aseguradora opera automáticamente y sus efectos son retroactivos al día del siniestro³⁵ (art. 1746 Código de Comercio).

En otras palabras, lo que quiere decir esto, es que de existir un abandono válido³⁶, la aseguradora se convierte en la titular de los derechos y obligaciones sobre los restos de la cosa asegurada, de forma tal que podrá obtener un beneficio del rescate y venta de los mismos, pero también estará obligada a responder ya no sólo como aseguradora sino como titular del derecho sobre la cosa asegurada.

Ejemplo práctico de esto se encuentra en el seguro de casco, en donde ante un siniestro por abordaje³⁷ o encallamiento que genere la pérdida total constructiva y se de aviso de abandono válido, la aseguradora en virtud al abandono realizado por el asegurado y a la subrogación que este conlleva quedará obligada a responder por la nave ya no como aseguradora sino bajo el régimen de responsabilidad del armador, esto es, respondiendo por la remoción del naufragio, cancelación de la matrícula, eventuales responsabilidades por contaminación, responsabilidades frente a terceros etc., pero resaltando una vez más que dicha responsabilidad ya no será en capacidad de aseguradora sino en calidad de armador o responsable de la embarcación, lo que en la práctica tiene como efecto, que los límites asegurados y las demás condiciones del contrato de seguro no serán las llamadas a aplicar, sino como ya se mencionó el asegurador subrogatario responderá como titular de la nave siniestrada.

9. EL ABANDONO Y LA SUBROGACIÓN

“Abandono” debe entenderse más como un concepto legal, que como un acto físico o mental (LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011) p. 496). El concepto legal,

³⁴ **Art. 1745. <subrogación de derechos y obligaciones del asegurado>**. En caso de abandono válido, el asegurador se subrogará en los derechos y obligaciones del asegurado sobre los restos y remanentes del objeto asegurado y de sus accesorios, y podrá tomar posesión de los mismos.

³⁵ **Art. 1746. <efectos retroactivos del abandono>**. Los efectos del abandono se retrotraerán al día del siniestro.

³⁶ Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España. “**Art. 436. Efectos del abandono.** 1. El abandono aceptado por el asegurador o, en su defecto, declarado judicialmente válido, transmite al asegurador la propiedad de las cosas aseguradas. Esta transmisión se retrotrae al momento en que el asegurador recibió la declaración de abandono. Sin embargo, podrá pactarse válidamente en la póliza el derecho del asegurador a renunciar a la transmisión de la propiedad de las cosas aseguradas o sus restos. 2. La aceptación del abandono por el asegurador o, en su caso, la declaración judicial de la validez del abandono, obligan al asegurador al pago del importe total de la suma asegurada”.

³⁷ **Art. 1531. <soporte de daños por abordaje por fuerza mayor>**. En caso de abordaje ocurrido por fuerza mayor o por causa que no sea posible determinar en forma inequívoca, soportarán los daños quienes los hayan sufrido.

Art. 1532. <abordaje por culpa del capitán u otro miembro—responsabilidad solidaria>. Ocurrido el abordaje por culpa del capitán, del práctico o de cualquier otro miembro de la tripulación, de una de las naves, éstos responderán solidariamente con el armador del pago de los daños causados.

corresponde a la subrogación del asegurador en los derechos y también en las obligaciones respecto del bien asegurado, esto, tal como se puede observar en las secciones 63 y 79 del “Marine Insurance Act 1906” (Kastor Navigation Co Ltda v Axa Global Risks (UK) Ltd (2004) EWCA Civ 277) y en el caso colombiano, en los arts. 1074³⁸, 1096³⁹ y 1737⁴⁰ del Código de Comercio.

Si el bien asegurado es una embarcación, el asegurador que acepta el abandono del bien, es titular al cobro de los fletes que se hayan devengado desde la fecha del siniestro, así como es titular de la remuneración correspondiente por transportar los bienes del armador asegurado luego del siniestro. (Yorkshire Insurance Co Ltd v Nisbet Shipping Co Ltd (1962) QB 330 at 339).

El aviso de abandono, es una oferta que hace el asegurado a la aseguradora para ceder los restos del bien siniestrado, esto como consecuencia de la pérdida total constructiva y del pago que haga la aseguradora como consecuencia de la activación del seguro (LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011) p. 496).

Al entenderse el aviso de abandono como una oferta hecha por el asegurado al asegurador, para abandonar los restos de la cosa asegurada una vez se realice el pago de la pérdida total constructiva, el asegurador tiene la potestad para rechazar dicha oferta, evento en el cual, no se efectuará la subrogación de los derechos que tiene sobre el bien, sin embargo, este rechazo, no afectará su obligación de indemnizar de cara al contrato de seguro, salvo que el siniestro no tenga cobertura.

Además, al ser el aviso de abandono una oferta realizada por el asegurado para abandonar el bien en favor del asegurador, oferta que la aseguradora puede aceptar o rechazar, permite también al asegurado retirar su oferta antes que la aseguradora haya procedido al pago de la indemnización.

Si esto sucede, si el asegurado retira el aviso de abandono, se entenderá entonces que éste ha tomado la decisión de dar trato al siniestro como una pérdida parcial y no como pérdida total constructiva.

Sin embargo, si no da aviso de abandono y por ende decide dar trato al siniestro de pérdida parcial, esta decisión no puede ser luego modificada (Stringer v English and

³⁸ **Art. 1074. <obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro>**. Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones.

³⁹ **Art. 1096. <subrogación del asegurador que paga la indemnización>**. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

⁴⁰ **Art. 1737. <abandono del objeto asegurado—interrupción de prescripción de acción>**. En caso de pérdida total constructiva o asimilada, el asegurado podrá considerarla como parcial o como total real o efectiva, abandonando en este caso el objeto asegurado a favor del asegurador.

Parágrafo. El ejercicio del derecho de abandono interrumpe la prescripción de la acción para hacer efectiva la indemnización por pérdida parcial.

Scottish Marine Insurance Co Ltd (1869) LR 4 QB 678), esto, en la medida que, para la activación de la pérdida total constructiva, además de los requisitos fácticos, debe cumplirse en debida forma con los requisitos formales.

Con el pago por la pérdida total, ya sea ésta generada por la pérdida total real o pérdida total constructiva, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado y puede (no está obligado) ejercer las acciones correspondientes en contra de los terceros responsables del daño indemnizado. (LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011) p. 496).

Respecto a la subrogación, es clara la ley al establecer que ésta opera *ipso iure*⁴¹ (art 1096 y 1745 Código de Comercio) al cumplirse con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para la activación de dicha figura (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 1985. M.P. Edgardo Villamil Portilla).

No obstante, este es un derecho que tiene restricciones. El principio legal que da lugar a la subrogación general a favor de la aseguradora, está conectado con el principio indemnizatorio, siempre que el derecho que se transfiere va hasta el importe pagado por la misma, cosa distinta a lo que sucede con el derecho a la subrogación que deriva del abandono, donde se le transfiere de manera integral al asegurador los derechos y obligaciones sobre los restos del bien abandonado.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia inglesa (Simpson v Thomson, Birrel (1877) 3 App; Page v Scottish Insurance Corporation 140 LT 571) ha establecido que debe diferenciarse entre las figuras de la subrogación y el abandono, siempre que las dos dan lugar al surgimiento de derechos diferentes.

Si bien como se ha dicho ya, el abandono constituye la subrogación sobre el bien asegurado a favor del asegurador, transfiriéndose derechos y obligaciones, esto sólo se presenta ante una pérdida total constructiva, la subrogación del régimen general del seguro le otorga al asegurador un derecho diferente, en el que lo que se transfiere son derechos y acciones en contra de los terceros responsables de la causación del siniestro, pero no obligaciones respecto de la cosa asegurada. (art 1096 Código de Comercio).

Si el asegurador acepta el abandono, se hará acreedor de todos los derechos que estén ligados con los restos de la cosa asegurada, esto, desde la fecha del siniestro (The Seas Insurance Co v Hadden & Wainwright (1884) 13 QB 706).

⁴¹ **Art. 1096. <subrogación del asegurador que paga la indemnización>**. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

Art. 1745. <subrogación de derechos y obligaciones del asegurado>. En caso de abandono válido, el asegurador se subrogará en los derechos y obligaciones del asegurado sobre los restos y remanentes del objeto asegurado y de sus accesorios, y podrá tomar posesión de los mismos.

Ejemplo de esto, se observa en el caso estudiado por las cortes del Reino Unido (*Attorney General v Glen Line Ltd* (1930) 37 LI Rep 55), en donde la aseguradora indemniza a su asegurado por la pérdida total del buque, el cual fue retenido por el gobierno alemán durante la primera guerra y su recuperación parecía improbable.

Sin embargo, una vez acabada la guerra, la nave fue recuperada por la aseguradora que había indemnizado con base en la pérdida total constructiva y la compañía logró vender la embarcación luego de pagada la indemnización, por un mayor valor al indemnizado.

Por lo anterior, el asegurado reclamó por el pago de la diferencia, alegando que le pertenecía, pues la aseguradora sólo tenía derecho sobre el valor indemnizado. Frente a esto, resolvió la Corte que la aseguradora no debía entregar suma alguna al asegurado y que la Compañía era acreedora del valor total de la venta, precisamente por el hecho que los derechos de ésta surgían del abandono que había hecho el asegurado sobre la nave asegurada favor de la Compañía. De esta manera, era la aseguradora la titular de todos los derechos sobre la nave, los cuales incluían el recibir el mayor valor de la venta.

Respecto al derecho a reclamarle a terceros por los perjuicios causados que generaron el siniestro, este surge del derecho de subrogación que establece la ley, y no por el abandono. El motivo de esto es que el derecho en contra del tercero ya ha nacido al momento de darse el aviso de abandono y no se cede al asegurador por el mismo, sino por el pago de la indemnización (MARINE LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011) p. 498 / *Anon, Abandonment and subrogation in Marine Insurance* (1917) 30 *Harvard L Rev* 383 at 384).

El aceptar el abandono no sólo genera derechos a favor del asegurador sino también obligaciones. Obligaciones las cuales la aseguradora puede no estar en capacidad técnica de asumir, por esto es común que la aseguradora lo rechace. (*Arrow Shipping Co Ltd v Tyne Improvement Commissioners (The Crystal)* (1894) AC 508).

Por la redacción de la norma (art 1745 Código de Comercio) se presenta la discusión respecto a si la subrogación que se da con el abandono opera de forma automática o no, lo cual va a depender de la aceptación o no del abandono por parte de la aseguradora.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia especializada en seguros marítimos a nivel mundial (LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011) p. 498 / *Arrow Shipping Co Ltd v Tyne Improvement Commissioners (The Crystal)* (1894) AC 508) ha planteado diversas opiniones.

Por una parte, están quienes dicen que opera automáticamente y por la otra quienes opinan que la subrogación no es automática y depende de la aceptación que se dé respecto del abandono.

Esta posición, está también respaldada por la ley colombiana, la cual en el art. 1740 del Código de Comercio⁴² hace referencia expresa a la posibilidad de rechazar el aban-

⁴² **Art. 1740. <efectos del aviso de abandono realizado en debida forma>**. Dado en debida forma el aviso de abandono, no sufrirán ningún menoscabo los derechos del asegurado porque el asegurador rehúse aceptar el abandono.

dono, permitiendo concluir que la aceptación o rechazo del aviso de abandono es una potestad que está en cabeza del asegurador.

Ahora bien, qué sucede si la aseguradora rechaza aceptar el aviso de abandono. Lo primero que hay que señalar, es que la decisión de rechazar el aviso de abandono no genera menoscabo en los derechos del asegurado frente al siniestro, salvo que éste carezca de cobertura.

Lo que pasará entonces, es que como el aviso de abandono constituye la manifestación del asegurado de darle trato al caso como pérdida total constructiva, la aseguradora tendrá que explicar entonces si su rechazo al mismo tiene por finalidad única la de no aceptar el abandono sobre los restos, o si rechaza por no considerar la pérdida como pérdida total constructiva sino como pérdida parcial, o porque el siniestro carece de cobertura.

En el evento en que el rechazo corresponda sólo a la decisión de la aseguradora de no aceptar el abandono de la cosa asegurada, el asegurado conservará sus derechos sobre los restos de los bienes asegurados y por ende también las obligaciones sobre los mismos.

Hay que resaltar entonces que el hecho que se rechace el abandono, no afecta el derecho que surge en cabeza de la aseguradora por ministerio de la ley de subrogarse en contra de terceros, el cual permanece aun cuando se rechace el abandono de la cosa asegurada, sólo que como se mencionó ya, ese derecho a subrogarse será sólo hasta el importe de la suma indemnizada.

Hay quienes han manifestado que el efecto del rechazo al abandono debería ser distinto al señalado. Indican que, ante el evento del rechazo, la cosa será catalogada como *res nullius*, considerándose como de propiedad de nadie” (LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011) p. 498), sin embargo, la ley colombiana no plantea dicho efecto y, por el contrario, ante la posibilidad que da a la aseguradora de adquirir con la aceptación los derechos del asegurado, se debe interpretar que, si decide no hacerlo rechazando el aviso, dichos derechos quedarán en cabeza del asegurado.

Finalmente, hay que hablar del caso en el que el aviso de abandono es rechazado por la aseguradora por considerar ésta que no hay lugar a la pérdida total constructiva, pero posteriormente el asegurado demuestra que sí, y el pago de la indemnización sea al fin de cuenta por concepto de pérdida total constructiva.

La pregunta entonces será, si en ese evento la aseguradora tendrá derecho a la subrogación que se origina del abandono, por más que ha rechazado el aviso.

Frente a esto, se encuentra el caso de *Dornoch Ltd v Westminster International BV* (2009) EWHC 889, en el que, ante hechos similares al escenario planteado, la Corte Suprema Inglesa decidió que incluso frente al rechazo por parte del asegurador del aviso de abandono, si posteriormente el pago de la indemnización se hace por concepto de pérdida total constructiva, la aseguradora conserva la potestad de aceptar o rechazar la cesión de los restos del bien asegurado.

10. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR QUE ACEPTA EL ABANDONO

Tal como se ha mencionado ya en este escrito, el efecto práctico de la aceptación del abandono por parte del asegurador tiene dos consecuencias. La primera, que aplica de cara al seguro, es la de aceptar la cobertura del siniestro y darle tratamiento de pérdida total. La segunda, que es la que va a hacer referencia este capítulo, es la de subrogarse en los derechos del asegurado respecto de la cosa sobre la que se aceptó el abandono.

Lo interesante de este tema, es que la subrogación a la que hace referencia la norma colombiana que regula la figura de la pérdida total constructiva⁴³, distingue entre la subrogación que se genera de ésta, con la que se produce en el marco del régimen general de los seguros⁴⁴.

También, se diferencia la figura de la subrogación producida por la aceptación de la pérdida total constructiva, de la figura de la cesión de derechos, tal como se verá más adelante en este capítulo.

En Colombia, al igual que en España⁴⁵, la aseguradora que paga una indemnización se subroga por ministerio de la ley en los derechos y acciones del asegurado en contra de quién causó el daño del que derivó la afectación del seguro, con el fin que se le permita a la aseguradora recuperar de éste el valor indemnizado, hasta el importe de la suma cancelada.

⁴³ Código de Comercio colombiano: “**Art. 1745. <subrogación de derechos y obligaciones del asegurado>**. En caso de abandono válido, el asegurador se subrogará en los derechos y obligaciones del asegurado sobre los restos y remanentes del objeto asegurado y de sus accesorios, y podrá tomar posesión de los mismos”.

⁴⁴ “**Art. 1096. <subrogación del asegurador que paga la indemnización>**. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrán también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

⁴⁵ Ley N° 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. España. “**Art. cuarenta y tres.** El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

Si bien en la legislación colombiana, la subrogación opera ipso iure, en los términos del art. 1096 del Código de Comercio, vía desarrollos jurisprudenciales se ha exigido a las aseguradoras para demostrar que ha operado la subrogación, probar que el pago de la indemnización sucedió en el marco de una póliza válida, con relación a las coberturas del seguro, sin que aplique ninguna causal de no pago por parte de la aseguradora y que el pago efectivamente se haya realizado.

Así mismo, esta subrogación legal, tal como lo establece el Código Civil colombiano transfiere los derechos del asegurado a la aseguradora que le paga (art. 1666 Código Civil), traspasando todos los derechos, acciones y privilegios (art. 1670 Código Civil) que le permitan reclamar, hasta el importe de la suma indemnizada, a cualquier tercero que sea responsable de la causación del siniestro.

De esta manera, se ve claramente cómo esta subrogación que surge a favor de la aseguradora sólo transmite a ésta derechos, acciones y privilegios que le permiten intentar la recuperación del dinero indemnizado, lo que reporta un beneficio para la aseguradora, y a grandes rasgos permite concluir que se le transmiten, respecto de la cosa asegurada, sólo derechos, y ninguna obligación de custodia o responsabilidad, que la obligue a responder, si con el bien asegurado se llegare a causar un daño a un tercero; siempre que el asegurado en ningún caso está transmitiendo la propiedad de la cosa o guarda de la misma.

Si se quisiera transmitir la propiedad de la cosa, lo que es perfectamente viable y se hace mediante la figura que se conoce en el mercado asegurador como “salvamento”, esto debería realizarse bajo la figura de la cesión de derechos, que a todas luces es diferente a la subrogación y que requiere de la entrega de un título (art. 1959 Código Civil) de parte del asegurado (cedente) al asegurador (cesionario) y no produce efecto frente a terceros, mientras no sea notificada por parte del asegurador (cesionario), cosa diferente de lo que sucede con la figura de la subrogación que nos atañe, la que vemos opera por ministerio de la ley (*ope legis*).

Ahora bien, en el caso de la pérdida total constructiva, específicamente en lo que concierne al efecto del abandono, vemos que la norma introduce una variación al efecto de la subrogación, el cual tiene consecuencias directas en la exposición a la responsabilidad civil de la aseguradora que hace el pago de la indemnización.

Es así como el art. 1745 del Código de Comercio Colombiano, establece que “en caso de abandono válido, el asegurador se subrogará en los derechos y obligaciones del asegurado sobre los restos o remanentes del objeto asegurado y de sus accesorios, y podrá tomar posesión de los mismos” (subraya fuera de texto).

Se ve entonces, que la norma no sólo hace referencia al traspaso de derechos, como lo hace la figura de la subrogación que aplica en el régimen general de los seguros. En ésta, la que aplica a la pérdida total constructiva, se transfieren los derechos y obligaciones que puedan surgir de la cosa asegurada, la cual fue objeto de la indemnización.

Así las cosas, la aseguradora que decida aceptar el abandono, debe ser consciente que esto no le permite sólo intentar recuperar el valor indemnizado, sino que la hace responsable de los perjuicios que se les causen a terceros con la cosa objeto del abandono.

Adicionalmente, la ley colombiana retrotrae los efectos del abandono a la fecha del siniestro (art. 1746 Código de Comercio), motivo por el que si la aseguradora acepta el abandono, lo que puede tardar meses luego de ocurrido el siniestro, su responsabilidad respecto de los perjuicios que se puedan generar por la cosa asegurada se retrotraen a esa época, lo que hace que la aseguradora esté expuesta a ser responsable de hechos sucedidos incluso antes de haber tomado la decisión de darle cobertura al siniestro, ampliando así su exposición a la responsabilidad que se genere por el objeto abandonado.

Los riesgos a los que se expone la aseguradora que acepta el abandono son de variada índole, pues se expone a responder por perjuicios generados por contaminación, por los perjuicios que se generen por la obligación de despejar las rutas navegables, por la responsabilidad que se genere de la obligación de extraer los restos del naufragio (art. 1481.5 C. Com) y en general a la responsabilidad que le será imputable por cualquier perjuicio que se cause a terceros con la cosa objeto del abandono.

Adicionalmente, se presenta la particularidad que si esto sucede, la responsabilidad de la aseguradora no se verá limitada al monto de la suma asegurada, sino que su responsabilidad se deberá estudiar de cara a los principios generales de la responsabilidad civil, los que en el caso colombiano reconocen el principio de la reparación integral del perjuicio⁴⁶, el cual incluye los perjuicios materiales y extra patrimoniales, los que en este último ítem son de amplia procedencia en nuestra legislación⁴⁷, reconociendo el perjuicio moral⁴⁸ por daño a las cosas y a las personas, el daño a la vida en relación⁴⁹,

⁴⁶ “La reparación integral es un principio de la reparación del daño que debe ser entendido como algo que se debe buscar, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible, es decir, poner al damnificado en el mismo estado en que se habría encontrado, si no hubiese mediado el hecho dañoso”. ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil* (trad y notas de León L Leysler), Lima, Ara Editores, 2006, p. 782. Citado en VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Temis. 2015, p. 376.

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Agosto 5 de 2014. SC10297-2014. Radicación: 11001-3103-003-2003-00660- 01. Ponente Ariel Salazar Ramírez.

“De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: **i**) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); **ii**) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, **iii**) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional”.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia (Sentencia mayo 11 de 1976). “Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero... la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es, que derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales sólo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas del estado civil”.

⁴⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Diciembre 18 de 2012. Ref. Exp.: 05266-31-03-001-2004-00172-01. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez. En la aclaración del voto, del magistrado Arturo Solarte Rodríguez se aclara que la Corte Suprema de Justicia no toma en consideración el concepto

daño a la salud, daño a derechos constitucionalmente tutelados⁵⁰, el perjuicio estético y el daño psíquico entre otros.

No obstante lo anterior, encontramos que si bien el límite asegurado del contrato de seguro ya no es aplicable, pues la responsabilidad de la aseguradora surge de la responsabilidad por las cosas (bien asegurado del que se acepta el abandono) o por la ejecución de una actividad peligrosa (daños por la navegación del bien asegurado del que se acepta el abandono), es necesario señalar también, que en lo que concierne al seguro de casco, la aseguradora responde como propietaria o armadora (art. 1473 C. Com), lo que le permite hacer uso del límite de responsabilidad que ofrece la ley a los navieros, pudiendo limitarla hasta el valor de la nave, sus accesorios y el flete (art. 1481 C. Com).

Por su parte, si el abandono se realiza no sobre la nave sino respecto de la mercancía transportada, dicha limitación de responsabilidad no será aplicable, y la aseguradora subrogataria a causa del abandono, quedará expuesta a responder bajo el criterio del principio de la reparación integral del daño⁵¹, sin que apliquen causales de limitación de la responsabilidad.

En el caso en el que la responsabilidad de la aseguradora surja de la denominada “responsabilidad por el hecho de las cosas”⁵² será responsable por los perjuicios que se

de daño a la salud. Sigue utilizando el concepto de alteración de condiciones de existencia o daño a la vida de relación.

⁵⁰ Sentencia C. de E. de febrero 12 de 2014: condena por daño extrapatrimonial derivado de afectación de derechos constitucionales por falla en el servicio (muerte de la madre y la bebé) como un concepto de daño inmaterial distinto del daño moral y del daño a la salud. Dice la sentencia:

“Independientemente del *nomen iuris* que se plantea en la demanda, y teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en las recientes decisiones de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado referente al concepto de daño a la salud, existen otros tipos de perjuicios inmateriales susceptibles de protección por parte del juez natural, siempre que no se encuentren comprendidos dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” o el daño moral. Estos eventos corresponden a la afectación o vulneración a otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

⁵¹ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Formas de reparación del daño*, p. 28. “Por lo demás, tampoco podemos olvidar que la aspiración a la reparación integral no constituye de un principio absoluto, ni debe ser una obsesión del legislador ni del intérprete, entre otras cosas porque hay daños que nunca pueden ser reparados íntegramente, como sucede en general con el daño moral. Con agudeza explica Vicente Domingo que “la reparación integral del daño no es un buen parámetro para los daños que recaen en bienes imposibles de evaluar. El primer problema que se plantea es el de la aplicación del principio de la reparación integral a daños en los que concurren dos notas. De un lado, daños que no son susceptibles de reparación específica porque no circulan en el mercado y no pueden reponerse. Y de otro, son daños cuya naturaleza no permite una evaluación objetiva”.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent 31 de octubre de 2018. SC4750-2018 Radicación n.º 05001-31-03-014-2011-00112-01 M.P. Margarita Cabello Blanco “**Responsabilidad del guardián**—Elementos estructurales para su prosperidad. El guardián de la cosa puede desvirtuar que transfirió su poder de dirección y control o que éste le fue arrebatado. Aplicación del art. 2356 del Código Civil a las actividades que con cosas o sin ellas son riesgosas. Reiteración de las sentencias de 4 de junio de 1992, 17 de mayo de 2011, 4 de abril de 2013 y 8 abril de 2014. (SC4750-2018; 31/10/2018).

“De modo que a más de acreditar en el proceso el daño cierto, el factor de imputación (culpa, riesgo, etc. salvo que la ley lo presuma) y el nexo causal entre el daño y la conducta del agente, en esta responsabilidad por el hecho de las cosas deben estar también corroborados otros elementos: la relación del sujeto pretensamente responsable con la cosa de forma que se le pueda endilgar la calidad de guardián, y la

causen a terceros, pero podrá exonerar su responsabilidad, probando no ser el “guardián” de la cosa para el momento en que se causó el perjuicio, de forma tal que la causación del mismo le es extraña.

Si bien hemos mencionado ya que el efecto del abandono se retrotrae a la fecha del siniestro, es evidente que se trata esto de una ficción legal, en la que la realidad le debe permitir a la aseguradora demostrar que no poseía la guarda material de la cosa para la fecha del suceso generador de responsabilidad, motivo por el que la misma no le debería ser imputable⁵³.

Por otra parte, para el caso de los seguros de embarcaciones, si una vez ejercido el derecho de subrogación, la nave se recupera siendo apta para su uso, y el daño se produce como consecuencia de la actividad de la navegación, la aseguradora subrogataria responderá bajo el régimen de la teoría del riesgo, por considerarse la navegación, para efectos de la responsabilidad, como una “actividad peligrosa”⁵⁴.

actividad misma de esa cosa como causante directa o indirecta del perjuicio, actividad que si es peligrosa allana el camino para la aplicación del art. 2356 de acuerdo con su decantada interpretación”.

“(…) En el fondo, al que tiene el poder de control se le carga y exige el cumplimiento de la obligación de custodia y guarda de la cosa con la cual se causa el perjuicio. Esa guardanía en principio recae en el propietario pero puede desvirtuarse éste si demuestra que transfirió ese poder sobre la cosa a otra persona o si esta le fue arrebatada, porque lo que en últimas está en juego es, más que la guarda jurídica, una especie de obligación de quien material o intelectualmente manipula y se vale de una cosa, que ella no cause perjuicios a terceros. Más, preciso es establecer que todo cuanto viene dicho, referido a las cosas peligrosas, la Corte lo ha venido aplicando con propiedad y a tono con el art. 2356, a la actividad que con cosas o sin ellas son riesgosas; y así, el guardián de esta se hace responsable de los daños en los términos de tal precepto”.

⁵³ *Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI.*- Ricardo Luis LORENZETTI.-Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires, p. 13.“El principio de que no hay responsabilidad sin culpa fue superado por la explosión de numerosos factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso de derecho, la equidad, etc. - La jerarquía entre todos ellos es igualitaria, pero es claro que cuantitativamente apreciados, son mucho más trascendentes los factores objetivos, ya que la mayoría de las pretensiones se canalizan a través de ellos.- Los factores objetivos de atribución son recibidos como regla en materia de responsabilidad.

empresaria, responsabilidad por productos, servicios, automotores, daños nucleares, daño ambiental, residuos peligrosos.- Muchas de estas reglas nacidas en la legislación especial se incorporan en los Códigos más recientes: El nuevo Código Civil Brasileño dispone (art. 931) que los empresarios individuales y las empresas responden, independientemente de culpa, por los daños causados por los productos puestos en circulación⁵⁸.- Es decir, no se requiere existencia de defecto, y la vinculación causal es entre el acto del producto y el daño.—Asimismo, el art. 927 CC. brasileño establece que hay responsabilidad objetiva cuando “la actividad normalmente desempeñada por el autor del daño implica por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro”.- El art. 1846 del Civil del Paraguay establece que el que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent de 12 de julio de 2005. M.P. Pedro Munar Cadena. “Con referencia a la Flota, advirtió, que la actividad desarrollada con la nave es de las denominadas como peligrosas, lo “*que releva de la necesidad de probar la culpa como requisito genérico de la responsabilidad civil*”. De manera independiente ejercía el mando, control y dirección del buque por medio de su dependiente el Capitán Pineda Giraldo, y su calidad de armadora permite concluir que en esa condición lo explota, ejerciendo con ella la navegación. “Más aún”, agregó, la prueba de tal calidad sirve “por sí sola para establecer la responsabilidad de la flota mercante demandada, porque ésta, por sólo tener tal calidad, soporta las responsabilidades que la afectan, a tenor del numeral 2° del art. 1478 del Código

En este caso, si bien la responsabilidad de la aseguradora no es absoluta, pues se puede exonerar probando causa extraña, no se hace necesario que medie en la causación del incidente negligencia alguna de parte de la aseguradora, quien en virtud del art. 1745 del C. Com es responsable por las obligaciones que surjan de la nave abandonada y cuya responsabilidad se presume, por asimilarse como consecuencia de la subrogación, la posición de la aseguradora subrogataria con la del armador o propietario de la embarcación.

Lo anterior, como lo explica la doctrina, siempre que “quien crea un riesgo tiene la obligación legal de impedir que la cosa cause un daño. En consecuencia, cada vez que haya un daño causado por la cosa se ha incumplido la obligación legal de guarda”⁵⁵. Esta obligación exige de manera efectiva la guarda de la cosa, para mantener el control de la misma y evitar potenciales daños a terceros, concluyendo que si no logra evitarlos, se ha fallado en el cumplimiento de la obligación de ley y debe indemnizarlos. (VELÁSQUEZ POSADA, p. 561)

De igual manera, como complemento a las causales de exoneración por causa extraña, la aseguradora una vez más podría alegar para excusar su responsabilidad, el no ser guardián⁵⁶ de la cosa.

Si bien esta calidad se presume como consecuencia del art. 1745 C. Com, por poseer las facultades de gozar, usar y disponer de la cosa abandonada bajo la figura de la pérdida total constructiva, dicha presunción puede desestimarse, si la aseguradora demuestra que

“transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojada inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada”⁵⁷.

CONCLUSIONES

La institución de la pérdida total constructiva, si bien es una figura común en los seguros marítimos que se encuentra suficientemente regulada por la ley colombiana y que, en cierta medida, a diferencia de lo que ocurre con otras figuras del derecho

de Comercio, porque, como se analizará al establecer la responsabilidad del capitán y del práctico, éstos incurrieron en culpa en la operación de acercamiento del buque a la tubería submarina”. Es decir, añadió, que esa empresa es responsable por dos vías diferentes”.

⁵⁵ MAZEUD, TUNC y CHABBAS. *Traite de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, t. II, Paris, Edit. Montchrestien, 1970, núms. 1008 y ss. Citado en VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Temis. 2015, p. 561.

⁵⁶ MAZEUD, Henry y Leon y TUNC, Andre t, II, p.140 Citado en VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Temis. 2015, p. 572 “es guardián aquel que tiene de hecho poder de mando en relación con la cosa; o más exactamente, es guardián el propietario de la cosa o el que, de hecho, ejerce en relación con ella un poder de mando. De hecho, es decir, que no ha de averiguarse si es titular o no de un derecho sobre la cosa, derecho al que corresponde ese poder. Y tampoco hay que tener en cuenta el que tenga o no tenga la cosa en sus manos, ni si es o no tenedor lato sensu”.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sen de 18 de mayo de 1972.

marítimo y de los seguros marítimos, encuentra desarrollos jurisprudenciales en nuestra jurisdicción, es ampliamente desconocida en el mercado de seguros colombiano, relacionándose más con otro tipo de contratos de seguro distintos al marítimo.

La definición de la figura en nuestra jurisdicción es más o menos uniforme con la que se encuentra a nivel internacional, sobre todo en las jurisdicciones de amplia tradición marítima y de seguros, esto, toda vez que como se vio, en gran medida la regulación de nuestro Código, es equiparable a la del Marine Insurance Act 1906.

Sin embargo, si bien los escenarios en los que se puede presentar una pérdida total constructiva, son iguales a los que se encuentran a nivel internacional y a los que hacen referencia los casos citados en este escrito, se considera que por la tradición de nuestro país, heredada del derecho continental, las diferencias se encuentran en la carga que tiene el asegurado que decide dar trato a su siniestro como pérdida total constructiva, de dar aviso de abandono siguiendo las formalidades que establece la ley, sobre todo que este debe darse por escrito.

Si bien la posibilidad de estar en frente de una pérdida total constructiva es una que depende de los hechos del siniestro, es el asegurado quien debe decidir si da trato a su siniestro como pérdida total constructiva o asimilada o como pérdida parcial.

El aviso de abandono es la manifestación del asegurado de dar trato a su siniestro como pérdida total constructiva, y en éste se manifiesta de manera inequívoca e incondicional la decisión del asegurado de abandonar la cosa asegurada a favor del asegurador.

Al respecto, el asegurador tendrá la posibilidad de aceptar o no el abandono, aceptación que puede presentarse de manera expresa o tácita. En caso de aceptarlo, acepta también la cobertura del seguro y acepta su responsabilidad en la indemnización por pérdida total. Así mismo, al aceptar el abandono, acepta la responsabilidad sobre los restos de la cosa asegurada, responsabilidad que se retrotrae a la fecha del siniestro, momento desde el cual el asegurador será titular de los derechos y obligaciones que surjan de la cosa asegurada, favoreciéndose y respondiendo por estos, ya no en su capacidad de asegurador, con los límites del contrato de seguro, sino como titular de los derechos sobre los restos de la cosa asegurada.

La subrogación que surge de la pérdida total constructiva es un derecho diferente al de la subrogación del régimen general de los seguros, pues en esta última, el asegurador tendrá derecho a reclamar los perjuicios a los terceros responsables de los daños que generaron la indemnización, sólo hasta el importe de la suma indemnizada, pero a su vez no se hace responsable de los daños que con la cosa se produzcan; mientras que con la subrogación que deriva de la pérdida total constructiva, el asegurador se hace titular de todos los derechos vinculados a la cosa abandonada, incluso por encima del importe indemnizado, pero a su vez, se hace responsable de los perjuicios que con ésta se causen a terceros.

Finalmente, no obstante lo anterior, la responsabilidad de la aseguradora no será absoluta, pues podrá exonerarse demostrando que no poseía la guarda material de la cosa al momento de generarse el daño, o cualquier otra causal de las denominadas causa extraña.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. Decimotercera edición actualizada. Pontificia Universidad Javeriana. 2015.
- BENNETT, H. (2006). *The Law of Marine Insurance*. Oxford University Press.
- LOWRY, J., RAWLINGS, P., & MERKIN, R. (2011). *Insurance Law Doctrines and Principles*. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing.
- GILMAN, J., MERKIN, R., BLANCHARD, C., HOPKINS, P., & TEMPELMAN, M. (2008) *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*. Sweet and Maxwell.
- MANDARAKA-SHEPARD, A. (2009). *Modern Maritime and Risk Management*. London. Informa.
- MERKIN, R., SHAW, R., PILLEY, R., & HJALMARSON, J. (2008). *Marine Insurance. Southampton on Shipping Law*. Institute of Maritime Law. London. Informa.
- WILSON, J., (2010). *Carriage of Goods by Sea. Essex*. Pearson Education Limited.
- MERKIN, R. (2009). *Marine Insurance Legislation*. London. Lloyd's List Group.
- STEPHENS, T., KEMP, A., & SALMON, J. (Feb 15, 2017). *Constructive Total Loss – Have They Got Easier?* Holman Fenwick Willan LLP.
- JARAMILLO, C.I., (2012). *Derecho de Seguros*. Tomo 1. Bogotá. Editorial Temis.
- CARVAJAL, M., (2013). *Piratería Marítima Bajo las Cláusulas del Instituto de Londres*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Volumen 22, pp. 27-62.
- *Principios de derecho europeo de los contratos*. Partes I y II (Revisadas). Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Presidente: Profesor Ole Lando.
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Temis. 2015.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. *Formas de reparación del daño*.
- *Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI*.- Ricardo Luis LORENZETTI.-Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires

Jurisprudencia Colombia

- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2002.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2006. M.P. Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 1985. M.P. Edgardo Villamil Portilla.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 1996-20780 de marzo 27 de 2014. CP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sen de 18 de mayo de 1972.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Agosto 5 de 2014. SC10297-2014. Radicación: 11001-3103-003-2003-00660- 01. Ponente Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia (Sentencia mayo 11 de 1976).
- Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Diciembre 18 de 2012. Ref. Exp.: 05266-31-03-001- 2004-00172-01. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- Sentencia C. de E. de febrero 12 de 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent 31 de octubre de 2018. SC4750-2018 Radicación n.º 05001-31-03-014-2011-00112-01 M.P. Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent de 12 de julio de 2005. M.P. Pedro Munar Cadena.

Tabla de casos foráneos

- Adams v Mckenzie (1863) 13 CB (ns) 422.
- Sailing Ship (Blairmore) Co Ltd v Macredie (1898) AC 593.
- Hampton Roads Carriers Inc v Boston Ins Co (1958) AMC 425.
- Bigham J. In Western ASS Co of Toronto v Poole (1903) 1 KB 376 at 383.
- Roux v Salvador (1836) 3 Bing NC 266.
- The Bamburi” (1982) 1 Lloyd’s Rep 312, 320-1.
- Royal Boskalis Westminster NV v Mountain (1997) LRLR 523.
- Polurrian Steamship Co Ltd v Young (1913) 19 Com Cas.
- Bayview Motors Ltd v Mitsui Marine & Fire Insurance Co Ltd (2002) EWHC 21.
- Court Line Ltd v R (The Lavington Court) (1945) 2 ALL ER 357.
- Venetico Marine SA v International General Insurance Company Ltd and Nineteen others (The Irene EM) (2013) EWHC 3644 (Comm).
- Suez Fortune Investments Ltd and Piraeus Bank SA v Talbot Underwriting Ltd and others (The Brillante Virtuoso) (2015) EWHC 42.
- “The Renos” (2016) EWHC 1580 (Comm).
- Masfield AG v Amlin Corporate Member Ltd, The Bunga Melati Dua, (2011) EWCA Civ 24.
- The llusson v Fletcher (1780) 1 Doug 315.
- Kastor Navigation Co Ltda v Axa Global Risks (UK) Ltd (2004) EWCA Civ 277.

- Kastor Navigation Co Ltda v Axa Global Risks (UK) Ltd (2004) EWCA Civ 277.
- Stringer v English and Scottish Marine Insurance Co Ltd (1869) LR 4 QB 678.
- Yorkshire Insurance Co Ltd v Nisbet Shipping Co Ltd (1962) QB 330 at 339.
- Simpson v Thomson, Birrel (1877) 3 App.
- Page v Scottish Insurance Corporation 140 LT 571.
- The Seas Insurance Co v Hadden & Wainwright (1884) 13 QB 706.
- Attorney General v Glen Line Ltd (1930) 37 LI Rep 55.
- Arrow Shipping Co Ltd v Tyne Improvement Commissioners (The Crystal) (1894) AC 508.
- Dornoch Ltd v Westminster International BV (2009) EWHC 889.

Normas Nacionales

- Código Civil Colombiano.
- Código de Comercio Colombiano.

Normas extranjeras

- Marine Insurance Act 1906.
- Insurance Act 2015.
- Ley N° 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. España.
- Ley N° 14 / 2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. España.

